

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil quince
(2015)

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

REF: Expediente 2009 00296 00

Acción: Nulidad.

Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad, previa suspensión provisional, del Decreto 4839 de 2008, "por el cual se reglamenta el artículo 69 de la ley 1151 de 2007 y se dictan otras disposiciones.", expedido por el Gobierno Nacional, por considerar que existe falsa motivación y desviación de poder.

REF: Expediente 2009 00296 00
Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

I-. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En apoyo de sus pretensiones el actor adujo los siguientes cargos de violación:

I.1. En cuanto a la desviación de poder señaló que el Decreto 4839 de 2008 cuestionado fue expedido con fundamento en la Ley 1151 de 2007 por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010., que en el artículo 69 autorizó al Gobierno para reglamentar el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles, lo cual indica que se actuó con facultad legal para hacerlo, pero pese a ello se incurrió en desviación de poder al perseguir una finalidad distinta a las señaladas en el artículo 1 del Plan Nacional de Desarrollo.

La norma demandada contraría los objetivos del Plan de Desarrollo, pues está generando más pobreza, inequidad e injusticia social afectando especialmente a los trabajadores de menores ingresos, pues el objeto de crear el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles era atenuar el precio en el mercado

REF: Expediente 2009 00296 00

Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

interno pero lo que en realidad ha ocurrido es que se ha inflado el precio del combustible en el mercado nacional, que no refleja el verdadero costo en el mercado internacional, lo cual inevitablemente impacta el costo de vida de todos los colombianos que se ve reflejado en el incremento de todos los productos que deben ser transportados de los sitios donde se producen a los grandes centros de consumo, al igual que afecta el desplazamiento cotidiano de las personas. Este sobre costo es trasladado a los consumidores finales bien sea con el incremento de los fletes que se refleja en los precios de los productos de la canasta familiar o en las tarifas del transporte público.

Mencionó que la información del DANE indica que uno de los factores que más pesan en el incremento del costo de la vida son los combustibles, sin contar los elevados impuestos con que se gravan los combustibles, de lo cual concluye que el precio que se establece para la gasolina es un precio ficticio, lejano a la realidad que impacta el bolsillo de los colombianos.

REF: Expediente 2009 00296 00

Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

También se acusa la normativa demandada de desviación de los fines y valores constitucionales, pues la finalidad del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles era mantener la estabilidad de los precios de la gasolina en caso que se dispararan las cotizaciones en los mercados internacionales, pero de conformidad con lo expresado por el Banco de la República, esa posibilidad no existía en la coyuntura de los mercados mundiales donde todos los combustibles estaban a la baja, por lo cual se considera que el decreto demandado disfraza una reforma tributaria que contraría los fines del Plan de Desarrollo, el principio democrático del artículo 1 de la Constitución, los fines del Estado del artículo 2 ibídem y el mínimo vital del artículo 53 de la Carta.

I.2. El cargo por falsa motivación fue justificado por considerar que el primer motivo del Gobierno para expedir el acto demandado fue el hecho de que el artículo 60 de la Ley 1151 dispuso que se podían financiar, con cargo a los recursos del presupuesto general de la nación los subsidios a la gasolina motor y los combustibles diesel, y con base en ello regula el

REF: Expediente 2009 00296 00

Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles, motivo que el actor encuentra falso, por cuanto considera que en nuestro ordenamiento jurídico no existen subsidios a la gasolina, pues la fórmula implementada en la Resolución 83438 de 1998 no permitía tales subsidios.

En efecto, en el caso de la gasolina el precio lo fija el Gobierno a través de la Unidad de Planeación Minero Energética UPME, con la fórmula que no refleja el costo real de producción y el margen razonable de ganancia, sino que se fija como si se adquiriera en los Estados Unidos, lo cual es ilógico dado que ésta se produce en el país. Pero aún más absurda es la razón del Gobierno que dijo estar preparando a los colombianos para una posible importación de combustibles, por si alguna vez tenía que importar con base en una política petrolera equivocada.

Afirmó que no puede llamarse subsidio el costo de oportunidad en que incurre el Estado al abastecer el mercado nacional de combustibles que hubiera podido vender a precios más altos fuera del país. Siguiendo

REF: Expediente 2009 00296 00

Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

esa definición de subsidio se concluiría que muchos de los productos que compramos a diario en el mercado se encuentran subsidiados, porque sus productores sacrifican vendiéndolos en Colombia, las ganancias que obtendrían si los exportan.

Estimó que lo más desalentador es que la baja en el precio internacional del petróleo no se traduzca en una baja en el precio interno de los combustibles.

Indicó que el precio lo fijaba el Gobierno y se encontraba por encima del precio internacional, lo cual, a su juicio, significaba que se estaba pagando un sobreprecio plasmado en el diferencial positivo entre el precio interno vigente y el precio internacional, sin tener en cuenta que el salario mínimo en los Estados Unidos era ocho veces superior al colombiano.

Arguyó que mantener los precios de los combustibles por encima de los precios internacionales es una reforma tributaria de facto, que pretende recaudar los recursos para darle vida a Fondo.

REF: Expediente 2009 00296 00
Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

I.3. Adujo además que el test de legalidad que debe hacer esta Corporación debe ser exigente y como consecuencia del mismo se deberá precisar si el fin buscado con la medida es razonable y legítimo, pues, a juicio del actor, no lo es dado que en lugar de estabilizar los precios de los combustibles infló su valor e impactó negativamente el ingreso mínimo vital de todos los colombianos.

II-. TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones; previa decisión sobre la solicitud de suspensión provisional solicitada por el actor.

II.1-. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

El MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO por medio de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

REF: Expediente 2009 00296 00

Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

El decreto demandado implementó un mecanismo previsto desde que se diseñó el tema del desmonte de subsidios de los combustibles, en el período 2002-2006, cuando se programó la creación del fondo, y el ahorro para el evento de un incremento desproporcionado en los precios de los combustibles.

El Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles se constituyó como una alternativa intermedia que permite, por un lado, suavizar los efectos sobre el precio interno de los combustibles ocasionado por movimientos de precios tan volátiles como el precio internacional del petróleo, el margen de refinación y la tasa de cambio y, por otro, seguir enviando las señales de precio a los agentes del mercado para que tomen las decisiones que correspondan en materia de consumo de combustible.

Explicó que el Gobierno al expedir el Decreto atacado se basó en lo dispuesto en los artículos 60, 69 y 131 de la Ley 1151 de 2007 y en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y no existe desviación

REF: Expediente 2009 00296 00

Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

de poder ni falsa motivación, pues conforme a las normas legales mencionadas es función del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles atenuar, en el mercado interno, el impacto de fluctuaciones en precios de los combustibles en los mercados internacionales y para lograr ese cometido se reglamentó lo pertinente al Fondo determinando aspectos como la estructura, los recursos, los reportes, la posición diaria, la posición neta trimestral positiva y negativa, la conformación del comité directivo y las funciones del mismo, de manera que con la citada reglamentación se cumple la finalidad estatal prevista en la Ley 1151.

II.2-. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA

Por medio de apoderado el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA se opuso a las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

Precisó que no existe desviación de poder, por cuanto en la Ley 1151 de 2007 se previó que *“También, se*

REF: Expediente 2009 00296 00

Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

desmontarán los subsidios no progresivos a los combustibles líquidos y evaluará la adopción de una política de liberación de precios y la viabilidad de implementar mecanismos que permitan mitigar los efectos de la volatilidad de los precios.”, de manera que no es cierto, como afirma el actor, que el acto demandado no cumple los objetivos señalados en el Plan Nacional de Desarrollo, pues por el contrario dicho Plan estableció el motivo de la creación del Fondo y su finalidad.

Adujo que el demandante no prueba como el Decreto cuestionado es contrario a los objetivos del Plan de Desarrollo.

Aseveró que no existe falsa motivación, por cuanto se entiende que un bien transable que se venda por debajo de su costo de oportunidad, como la gasolina, el café, los textiles, el oro, el petróleo, etc., e independiente de cual es el costo de producción, se considera subsidiado.

Anotó que se respetó no solo el contenido de la Ley 1151 de 2007 sino también su espíritu en cuanto a la creación del Fondo como un mecanismo apropiado para mitigar los efectos de los precios internacionales del

REF: Expediente 2009 00296 00

Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

petróleo en los precios internos de los combustibles, pues de no ser así el Fondo no tendría efecto en la economía y se requerirían recursos para cumplir su propósito que no se lograrían solo con los ahorros de ECOPETROL y los dineros del presupuesto nacional.

Destacó que mediante esas políticas se ha venido mitigando los efectos de la volatilidad de los precios de los combustibles por efectos de las variaciones de los precios internacionales del petróleo, la fuerte devaluación que ha venido presentando la tasa de cambio y las variaciones de otras variables que hacen parte de la estructura de precios al consumidor.

Aclaró que el subsidio surge cuando el costo de la producción es mayor que el precio del mercado. En el caso de los combustibles el precio de mercado es el ingreso del productor regulado por el Ministerio de Minas y Energía y el costo, según la definición clásica, es el costo de oportunidad en el mercado, en este caso, corresponde al precio de paridad de exportación.

REF: Expediente 2009 00296 00

Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

Solicitó además tener en cuenta el fallo de 12 de diciembre de 2009, de esta Sección en acción popular radicada con el No. 2002-00032.

III-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa, en su vista de fondo consideró que el actor no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado, razón por la cual debían desestimarse las pretensiones de la demanda.

Explicó que la aseveración del actor en torno a la supuesta desviación de poder, imponía un análisis que trascendía el objetivo y formal del acto administrativo, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que lo expedieron, que llevara a la demostración del "iter desviatorio", esto es, que debía estar acreditado que la autoridad administrativa perseguía fines contrarios o distintos a los fijados en el ordenamiento jurídico.

REF: Expediente 2009 00296 00
Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

Observó que en el presente caso la norma demandada se limitó a los aspectos de operatividad y funcionamiento del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles creado por la Ley 1151 de 2007.

Añadió que el actor se centra en los efectos que presumiblemente ha tenido en el costo de vida de los colombianos sin demostrar que quienes expedieron el acto persiguieron fines distintos a los previstos en la ley.

Consideró que la motivación esencial del decreto cuestionado es la facultad que el legislador puso en cabeza del ejecutivo en el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007, para reglamentar el funcionamiento y operatividad del Fondo creado por dicho artículo.

Finalmente advirtió que lo que el demandante planteaba respecto de la mención del artículo 60 de la mencionada ley en la parte motiva del acto demandado, era una inconformidad con dicha norma, lo cual escapaba del control de legalidad de la jurisdicción contencioso administrativa.

REF: Expediente 2009 00296 00
Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

IV.1. Competencia

Lo primero que advierte la Sala es que la norma demandada fue derogada por el Decreto 2713 de 2012, no obstante lo cual procederá a analizar su legalidad, dados los efectos que pudo producir mientras estaba vigente.

IV.2. Norma demandada

El Decreto 4839 de 2008 aquí demandado es del siguiente tenor:

DECRETO 4839 DE 2008
(diciembre 24)

Por el cual se reglamenta el artículo 69 de la ley 1151 de 2007 y se dictan otras disposiciones.

Nota: Derogado por el Decreto 2713 de 2012, artículo 17.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las consagradas en el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política y el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007, y

REF: Expediente 2009 00296 00

Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

CONSIDERANDO:

Que el artículo 60 de la Ley 1151 de 2007 dispuso que se podrán financiar, con cargo a los recursos del Presupuesto General de la Nación, los subsidios a la gasolina motor y combustibles diésel.

Que el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007 creó el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC-, con el propósito de atenuar en el mercado interno, el impacto de las fluctuaciones de los precios de los combustibles en los mercados internacionales.

Que el mencionado artículo dispuso que los montos necesarios para la constitución del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles - FEPC -, provendrán de la transferencia de parte de los recursos ahorrados por Ecopetrol en el Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera FAEP.

Que el artículo 131 de la Ley 1151 de 2007 estableció que los recursos ahorrados por Ecopetrol S.A. en el Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera FAEP, son de la Nación.

Que se hace necesario reglamentar el funcionamiento y la operatividad del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC

DECRETA:

Artículo 1. Definiciones. Para los efectos de lo señalado en el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007 y el presente decreto, se establecen las siguientes definiciones:

Precio de Paridad: Son los precios diarios de los combustibles gasolina regular y ACPM observados durante el mes, expresados en pesos, referenciados al mercado del Golfo de los Estados Unidos de América, calculado aplicando los artículos 5°, 6° y 7° de la Resolución 181496 de septiembre 8 de 2008, proferida por el Ministerio de Minas y Energía o las normas que las modifiquen o sustituyan.

Precio de Referencia: Con miras a estabilizar el precio de la gasolina motor o ACPM del consumidor final, es el Ingreso al Productor definido por el Ministerio de Minas y Energía, de acuerdo con las Resoluciones 82438 y 82439 de 1998, proferidas por el Ministerio de Minas

REF: Expediente 2009 00296 00

Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

y Energía o las normas que las modifiquen o sustituyan. Dicho precio se fijará mensualmente.

Diferencial de Compensación: *Es la diferencia diaria entre el Precio de Paridad y el Precio de Referencia, cuando esta es positiva.*

Este factor se calculará en pesos, trimestralmente para la gasolina regular y para el ACPM por el Ministerio de Minas y Energía.

Diferencial de Participación: *Es la diferencia diaria entre el Precio de Paridad y el Precio de Referencia, cuando esta es negativa.*

Este factor se calculará en pesos, trimestralmente para la gasolina regular y para el ACPM por el Ministerio de Minas y Energía.

Refinador y/o Importador: *Es toda persona natural o jurídica que cumpla con los requisitos exigidos para los Refinadores y/o importadores en el Decreto 4299 de 2005, o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, y se encuentre debidamente registrada ante el Ministerio de Minas y Energía para actuar como tal.*

Artículo 2. Estructura del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC-. El Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC- creado por el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007, funcionará como un fondo especial sin personería jurídica, adscrito y administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual tendrá como función atenuar en el mercado interno, el impacto de las fluctuaciones de los precios de los combustibles en los mercados internacionales.

Artículo 3. Recursos del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC-. El Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC- se constituirá con el 10% de los recursos ahorrados por Ecopetrol S.A., en el FAEP a que hace referencia el artículo 131 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto 3238 de 2007. Adicionalmente contará con los siguientes recursos:

a) Los rendimientos de los recursos que conformen el Fondo.

REF: Expediente 2009 00296 00

Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

b) Los provenientes de los giros efectuados por los Refinadores y/o Importadores de los recursos generados en virtud de su Posición Neta Trimestral.

c) Los recursos asignados por el Presupuesto General de la Nación, en virtud del artículo 60 de la Ley 1151 de 2007.

Artículo 4. Cuentas por Combustible. El Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles - FEPC- manejará cuentas separadas para cada refinador o importador de combustible y a su vez estos tendrán subcuentas separadas para cada combustible a ser estabilizado por el Fondo.

Artículo 5. Reporte ante el Ministerio de Minas y Energía - Dirección de Hidrocarburos. Dentro de los primeros cinco (5) días hábiles de cada trimestre, los Refinadores y/o Importadores deberán reportar a la Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía, las cantidades de gasolina corriente y ACPMv vendidas en el trimestre anterior, incluyendo aquel ACPM proveniente de la degradación del JET A-1.

Dichos reportes deberán contener la información correspondiente desagregada diaria, y deberán ser suscritos por la persona natural registrada o por el representante legal de la persona jurídica. El informe adicionalmente contendrá la discriminación de los volúmenes vendidos, indicando si el origen de los mismos es nacional o importado. En caso que la gasolina corriente o el ACPM sean de origen nacional, es necesario informar la refinería de la cual provienen.

Para estos efectos, los refinadores y/o importadores deberán usar el formato diseñado por el Ministerio de Minas y Energía.

El Ministerio de Minas y Energía evaluará la información remitida y liquidará lo propio a través de resolución, durante los quince (15) días siguientes a partir de su recibo.

Artículo 6. Posición Diaria. Es el producto del volumen reportado por el Refinador y/o Importador para el día correspondiente y el Diferencial de Compensación o el Diferencial de Participación, según sea el caso.

Artículo 7. Posición Neta Trimestral. El Ministerio de Minas y Energía calculará y liquidará mediante

REF: Expediente 2009 00296 00

Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

resolución, la Posición Neta Trimestral de cada Refinador y/o Importador.

Dicha posición será el producto de la diferencia generada entre cuentas por pagar por concepto del Diferencial de Compensación y cuentas por pagar por concepto del Diferencial de Participación, definidas así:

Cuentas por pagar a favor de los refinadores y/o importadores con cargo al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC-: Es el monto en pesos correspondiente a la sumatoria de las Posiciones Diarias a lo largo del trimestre para los días en que hay lugar a Diferencial de Compensación.

Cuentas por pagar a favor del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC- con cargo a los refinadores y/o importadores: Es el monto en pesos correspondiente a la sumatoria de las Posiciones Diarias a lo largo del trimestre para los días en que hay lugar a Diferencial de Participación.

Artículo 8. Pagos con cargo a los recursos del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC-. En el evento en que la Posición Neta Trimestral de cada refinador y/o importador sea positiva, el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC- cancelará en pesos, dentro de los cinco días (5) siguientes a la expedición de la resolución a que hace referencia el artículo 7° del presente decreto, el valor correspondiente.

Parágrafo transitorio. En virtud de lo señalado en el presente artículo y en atención a las normas presupuestales, el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC-, cancelará en el año 2010 lo correspondiente al 2009, reconociendo el costo de oportunidad que defina el Consejo de Política Fiscal -CONFIS-, si a ello hubiere lugar y sin perjuicio de que se pueda dar aplicación al artículo 10 de la Resolución 181496 de 2008 del Ministerio de Minas y Energía.

Artículo 9. Pagos a favor del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC-. En el evento en que la Posición Neta Trimestral de cada refinador y/o importador sea negativa, los mismos girarán en pesos con destino al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles - FEPC- dentro de los cinco días (5) siguientes a la expedición de la resolución a que hace

REF: Expediente 2009 00296 00

Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

referencia el artículo 7° del presente decreto, el valor que esta determine y en la cuenta que sobre el particular defina el administrador del Fondo.

Artículo 10. Incompatibilidad. No se podrán generar dobles pagos a favor de los Importadores y/o Refinadores en virtud de la aplicación del presente decreto y de la Resolución 181496 de 2008 del Ministerio de Minas y Energía.

Artículo 11. Comité Directivo. El Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC tendrá un Comité Directivo conformado de la siguiente forma:

- a) El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado, quien lo presidirá;
- b) El Ministro de Minas y Energía o su delegado;
- c) El Viceministro Técnico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o su delegado;
- d) El Director de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía o su delegado;
- e) El Director de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o su delegado.

Artículo 12. Funciones del Comité Directivo. El Comité Directivo del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles- FEC- tendrá las siguientes funciones:

- a) Aprobar los estados financieros del Fondo.
- b) Designar la Secretaría Técnica del Fondo.
- c) Darse su propio reglamento.
- d) Trazar la política de inversión del Fondo.
- e) Las demás funciones inherentes a la naturaleza y a los fines del Fondo.

Artículo 13. Facultades del Administrador del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC. Será facultad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su calidad de administrador del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC-, decidir autónomamente sobre la compra y venta de

REF: Expediente 2009 00296 00

Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

títulos o valores financieros y determinar la política de inversiones financieras con los recursos del Fondo, de conformidad con la política trazada por el Comité Directivo.

Parágrafo. Facúltase a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que, con cargo a los recursos del Fondo y en virtud de su administración, pueda negociar y ejecutar operaciones de cobertura sobre los productos objeto de estabilización así como de petróleo y sus derivados.

Artículo 14. Naturaleza de los recursos. Los recursos existentes en el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC- no forman parte de las reservas internacionales del país.

Artículo 15. Vigencia. El Presente decreto rige a partir del 1° de enero de 2009.

Publíquese y cúmplase

Dado en Bogotá D.C., a 24 de diciembre de 2008.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

*El Ministro de Hacienda y Crédito Público,
Oscar Iván Zuluaga Escobar.*

*El Ministerio de Minas y Energía,
Hernán Martínez Torres.*

IV.3. El caso concreto

IV.3.1. El demandante acusa la totalidad del Decreto 4839 de 2008 (i) de desviación de poder porque, a su juicio, persigue fines diferentes a los previstos en el Plan Nacional de Desarrollo, y (ii) de falsa motivación porque en la parte motiva del acto cuestionado se

REF: Expediente 2009 00296 00
Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

mencionó el artículo 60 de la Ley 1151 de 2007, que dispuso que con cargo a recursos del presupuesto nacional podrían financiarse los subsidios a la gasolina motor y a combustibles diesel, lo cual, a juicio del actor, es falso, porque, en su criterio, no existen en el ordenamiento jurídico subsidios a la gasolina, pues la fórmula implementada en la Resolución 82438 de 1998 no los admite.

IV.3.2. En cuanto al cargo de desviación de poder, en el presente caso, el demandante reconoce que el Gobierno, al expedir el Decreto 4839 de 2008, actuó con facultad legal para hacerlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 69 de la ley 1151 de 2007, pero considera que incurrió en desviación de poder al buscar una finalidad distinta a las señaladas en el artículo 1 del Plan Nacional de Desarrollo, pues, a su juicio, está generando más pobreza inequidad e injusticia social afectando a los trabajadores más pobres.

Respecto de la desviación de poder, la jurisprudencia ha precisado que la misma se produce cuando la

REF: Expediente 2009 00296 00
Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

finalidad perseguida con la expedición del acto es ajena a cualquier consideración del interés público.

Igualmente ha señalado que la desviación de poder resulta difícil de establecer por cuanto se trata de determinar la intención torcida del autor del acto, lo cual requiere normalmente pruebas indiciarias, pues la prueba directa usualmente no existe.

Además cabe señalar que la intención debe concurrir con la expedición del acto, de manera que no necesariamente los efectos posteriores del acto administrativo pueden atribuirse necesariamente a una mala intención de la administración.

Sobre este punto la Sala observa que el demandante no demostró que en el ánimo del Gobierno hubiese existido una intención diferente al interés común y el cumplimiento de los objetivos del Plan de Desarrollo (Ley 1151 de 2007), entre los cuales se encontraban los de desmontar los subsidios no progresivos a los combustibles líquidos y evaluar la adopción de una política de liberación de precios y la viabilidad de

REF: Expediente 2009 00296 00

Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

implementar mecanismos que permitieran mitigar los efectos de la volatilidad de los precios.

Para estos efectos se incluyeron en la citada ley los artículos 60, 69 y 131 cuyo tenor era el siguiente al momento de expedirse la normativa acusada:

Artículo 60. Sistema General de Precios de Combustibles. Se podrán financiar, con cargo a los recursos del Presupuesto General de la Nación, los subsidios a la gasolina motor y combustibles diésel. Mientras culmina el desmonte de estos subsidios en la vigencia del presente Plan Nacional de Desarrollo, seguirán siendo financiados con cargo a los recursos de la Nación, en desarrollo de la política para implementar un Sistema General de Precios que reconozca la realidad de los precios internacionales de estos combustibles.

(...)

Artículo 69. Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles. Créase el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles (FEPC), sin personería jurídica, adscrito y administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual tendrá como función atenuar en el mercado interno, el impacto de las fluctuaciones de los precios de los combustibles en los mercados internacionales.

Los recursos necesarios para la constitución de este Fondo provendrán de la transferencia de parte de los recursos ahorrados por Ecopetrol S. A., a que hace referencia el artículo sobre el "Fondo de Estabilización Petrolera" de la presente ley.

La operatividad y funcionamiento de dicho Fondo se adelantará de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional, y en todo caso se sujetará a las normas y procedimientos establecidos en la Constitución Política y el Estatuto Orgánico de Presupuesto".

REF: Expediente 2009 00296 00

Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

(...)

Artículo 131. Fondo de Estabilización Petrolera. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, Ecopetrol S. A. no estará obligada a efectuar ahorros en el Fondo de Estabilización Petrolera, FAEP, de que trata la Ley 209 de 1995. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Los ahorros que a la fecha de la entrada en vigencia de la presente ley haya efectuado Ecopetrol S. A. en el FAEP son de propiedad de la Nación y serán transferidos a la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Las normas transcritas se ajustan a la finalidad del Plan Nacional de Desarrollo antes señalada, que se relacionaba con el desmonte de los subsidios a los combustibles líquidos, y la evaluación de la adopción de una política de liberación de precios y de la viabilidad de implementar mecanismos que permitieran mitigar los efectos de la volatilidad de los precios.

Con base en lo anterior, de la lectura del Decreto no deriva la Sala que sus disposiciones puedan indicar una desviación de poder, pues en ellas se observa que se cumple el objetivo de la potestad reglamentaria de permitir la cumplida ejecución de la ley, y en este caso particular de disponer lo relativo a la

REF: Expediente 2009 00296 00
Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

operatividad y funcionamiento del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles, creado por el artículo 69 de la Ley 1151 de julio 24 de 2007 por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010.

En efecto, La reglamentación demandada, a su vez, incluye (i) la definición de las expresiones "Precio de Paridad", Precio de Referencia", "Diferencial de Compensación", "Diferencial de Participación", y Refinador y/o Importador"; la estructura del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC-; (iii) los recursos del Fondo; (iv) la previsión de que el fondo maneje separadas para cada refinador o importador de combustible y a su vez estos tendrán subcuentas separadas para cada combustible a ser estabilizado por el Fondo; (v) la obligación para los Refinadores y/o Importadores de reportar a la Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía, las cantidades de gasolina corriente y ACPM vendidas en el trimestre anterior; (vi) la definición de las posiciones diaria y neta de los Refinadores y/o Importadores (vii) los pagos con cargo a los recursos

REF: Expediente 2009 00296 00

Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

del Fondo (viii) los pagos a favor del Fondo; (ix) la prohibición de generar dobles pagos a favor de los Importadores y/o Refinadores en virtud de la aplicación del decreto y de la Resolución 181496 de 2008 del Ministerio de Minas y Energía; (x) la conformación del Comité Directivo del Fondo; (xi) las funciones del citado Comité; (xii) las facultades del Administrador del Fondo; y (xiii) la naturaleza de los recursos

El cargo de desviación de poder, como se dijo, se basa en que con la normativa demandada se perseguía una finalidad contraria a la prevista en la norma reglamentada, con base en una valoración subjetiva de los efectos de la norma, y sin haber demostrado que la intención, el ánimo, que hace parte del fuero interno de la autoridad que expidió la norma, hubiese estado orientada por razones o motivos ajenos al interés general y a los propósitos del Plan Nacional de Desarrollo.

En consecuencia, el cargo no prospera.

IV.3.3. En cuanto al cargo de falsa motivación, está sustentado en que (i) uno de los motivos que se

REF: Expediente 2009 00296 00
Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

incluyeron en el Decreto atacado radica en que el artículo 60 de la Ley 1151 de 2007 autorizó que mientras se culminaba el desmonte de los subsidios a la gasolina motor y Diesel en la vigencia del citado Plan Nacional de Desarrollo, ellos seguirían siendo financiados con cargo a los recursos de la Nación, en desarrollo de la política para implementar un Sistema General de Precios que reconociera la realidad de los precios internacionales de esos combustibles; (ii) a juicio del actor no hay subsidios a la gasolina en Colombia, ni pueden llamarse tales los costos de oportunidad en que incurre el Estado al abastecer el mercado nacional con combustibles que hubiera podido vender más caros en el mercado internacional; (iii) no tiene lógica la forma de fijación de los precios cómo si se adquiriera en los Estados Unidos.

Al respecto, no encuentra la Sala que la inclusión del artículo 60 de la Ley 1151 de 2007, en la parte motiva del acto demandado de lugar a la nulidad del mismo, pues es una simple referencia normativa que en nada afecta la legalidad del acto demandado.

REF: Expediente 2009 00296 00
Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

En cuanto a la falsedad de la motivación por la supuesta inexistencia de subsidios a la gasolina en Colombia, debe la Sala resaltar que, contrario a lo que afirma el actor, ya antes de la Ley 1151 de julio 24 de 2007, el Ministerio de Minas y Energía había expedido la Resolución 180414 de 23 de marzo de 2007, en la cual se definió expresamente el valor del subsidio en pesos para el productor o refinador de combustibles y se cambió el precio de referencia al productor de precio de paridad de importación a precio de paridad de exportación¹.

De hecho, según cifras del Ministerio de Minas y Energía, para el año 2007 se reconocieron 2,12 billones de pesos en subsidios a los combustibles.²

¹ Ver Rincón Hernán "Precios de los combustibles e inflación" Borradores de Economía No. 581 Disponible en el sitio web <http://www.banrep.gov.co/es/contenidos/publicacion/precios-de-los-combustibles-e-inflacion>.

² Ministerio de Minas y Energía, "Precios combustible abril. Marzo 31 de 2008 Disponible en el sitio web:

https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.minminas.gov.co%2Fminminas%2Fdownloads%2FarchivosEventos%2F3317.ppt&ei=EwPLVJ2AM421sAT844CADA&usg=AFQjCNHfP4pbQnuiyqY-_gnNSk3noIUnzA&bvm=bv.85970519,d.aWw

REF: Expediente 2009 00296 00

Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

En consecuencia, la inexistencia de subsidios a los combustibles en Colombia no pasa de ser una apreciación subjetiva que el actor no logró demostrar, pues se limitó a decir que la fórmula para el cálculo del precio no permitía subsidios, desconociendo que la normativa anterior a la Ley 1151 de 2007 y al Decreto demandado ya había determinado expresamente la manera de calcularlos.

En cuanto a la inconformidad del actor con la forma de fijación del precio de la gasolina, encuentra la Sala que puede ser interesante, pero no guarda relación con lo normado en el Decreto atacado en el que no se fija dicho precio.

El mismo razonamiento aplica a la crítica que hace el actor al concepto de subsidio, pues dicho criterio corresponde a la teoría económica y no es el caso discutirlo en el presente proceso.

De lo anterior se concluye que el cargo no tiene vocación de prosperar.

REF: Expediente 2009 00296 00
Actor: FERNEY ANDRADE SALINAS RIAÑO

Así pues, es del caso denegar las pretensiones de la demanda, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

GUILLERMO VARGAS AYALA

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO