
FEDEBIOCOMBUSTIBLES
DIRECCION JURIDICA - CONCEPTO

para: PRESIDENCIA EJECUTIVA CON DESTINO A MINISTERIOS DE MINAS Y ENERGÍA – COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

de: CARLOS ALBERTO MATEUS HOYOS, DIRECTOR JURÍDICO

asunto: OBLIGATORIEDAD DE LOS PRECIOS EN MERCADOS REGULADOS

fecha: 27-05-2017

Contenido

Fundamento jurídico del concepto:	4
I. Facultades de intervención para la regulación de precios:.....	4
A. Constitución Política:.....	4
B. Nivel legal:	4
C. Nivel Reglamentario:.....	5
D. Doctrina	6
II. Normativa específica.....	7
A. Nivel legal:.....	7
B. Nivel de Política Pública y Reglamentario:.....	7
C. JURISPRUDENCIA.....	10

Consulta: ¿Cuál es el nivel de obligatoriedad de los precios establecidos periódicamente para los biocombustible por el Ministerio de Minas y Energía y el de los precios contenidos en las fórmulas utilizadas para establecerlos?

Para dar respuesta a esta pregunta debemos en primer lugar analizar la facultades del ejecutivo para intervenir mercados estableciendo precios: al respecto podemos señalar que la Constitución Nacional establece la libertad de mercados como regla general, pero también le da al Gobierno

Nacional la facultad de intervenir, mediante mandato legal, es decir, solo con la autorización del legislativo, con el propósito de racionalizar la economía cuya dirección está su cargo.

Una vez obtenida la facultad, -para este caso se otorga a través de la ley 81 de 1988-, se ejerce a través de los tres regímenes de intervención de precios que en ella se establecen: control, libertad regulada y libertad vigilada, lo que corresponde también a niveles de obligatoriedad de observancia por los diferentes agentes que participan en el mercado de los combustibles.

El mismo instrumento legal establece los organismos del ejecutivo, entre ellos los ministerios, que tienen facultades de intervenir el mercado mediante la fijación de precios. Entre ellos tenemos al Ministerio de Minas y Energía, que se revisará en detalle más adelante, el Ministerio de Agricultura, que ha intervenido permanentemente fijando precios mínimos -que son mandatorios- bandas de precios (precio piso y precio techo) o precios de referencia, que permiten la operación de los instrumentos de estabilización de la ley 101 de 1993, entre otros. Del mismo modo opera la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos integrado por varios ministerios y que, mediante actos administrativos, establece cuales medicamentos se regulan y bajo qué régimen de precios.

El Ministerio de Minas y Energía, por decreto reglamentario, tiene dentro de sus funciones el fijar los precios de los combustibles a lo largo de toda la cadena de distribución, incluyendo a los biocombustibles cuya utilización es mandatoria en el caso del etanol y facultativa en el caso del biodiesel; sin embargo, la facultad no es absoluta en la medida que si se afecta la Política Pública por vía de fijación de tarifas, el proyecto normativo debe pasar por la “Comisión Intersectorial para el Manejo de los Biocombustibles” para su recomendación y el acto administrativo correspondiente debe ir firmado por al menos dos ministros, incluyendo al de MME, dependiendo la incidencia temática.

Esta facultad la ha venido ejerciendo el Ministerio de Minas y Energía de modo permanente e ininterrumpido (salvo en contadísimas ocasiones), en la medida que los mercados de referencia son cambiantes, inestables y volátiles; así, mensualmente establece los precios, bajo el régimen de libertad vigilada, siempre con excepciones para algunas zonas del país en donde el régimen es el de libertad regulada.

Los términos en los que el MME expide las resoluciones de precios son consistentes con estos regímenes y aquellas, mediante las cuales establece el precio de los biocombustibles, contienen el precio máximo al productor llamado también “ingreso al productor” o por su sigla “IP”.

En la metodología de precios de los combustibles adoptada por el MME se establecen, para cada una de las formulas, precios máximos que son los que el ministerio reconoce al productor para la formación del precio de venta al interior de la cadena y/o finalmente al público. Este reconocimiento no implica una fijación de precios mandatorios para el mercado de materias primas o insumos. Se trata de un precio de referencia que, en cada caso, responde a mecanismos diversos, ya sea, a precios de referencia establecidos para la operación de instrumentos de estabilización de

precios o a indicadores de referencia que reflejan precios de mercados, también de referencia, para tales productos durante un período determinado.

En conclusión:

1. **Los precios al consumidor de los combustibles** tiene mayor o menor obligatoriedad dependiendo si se fijan bajo el régimen de libertad regulada o libertad vigilada.
2. **Los precios de los biocombustibles son precios máximos de referencia**, reconocidos por la formula, para la conformación del precio al consumidor.
3. **Los precios de las materias primas e insumos** usados por la fórmula para establecer IP al productor de biocombustibles **tienen la misma naturaleza de los anteriores**: se trata de precios de referencia es decir el máximo precio que se reconoce al productor de biocombustibles para la conformación del precio máximo del biocombustible o IP, dentro de la fórmula de precios de los combustibles al consumidor.

Fundamento jurídico del concepto:

I. Facultades de intervención para la regulación de precios:

A. Constitución Política:

Artículo 65: “La producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado. Para tal efecto, se otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, así como también a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras. De igual manera, el Estado promoverá la investigación y la transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario, con el propósito de incrementar la productividad” y

Artículo 334: (Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 003 de 2011, Desarrollado por la Ley 1695 de 2013) “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario”

B. Nivel legal:

Ley 1695 de 2013:

ARTÍCULO 1o. INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL. (Condionalmente exequible) “De conformidad con lo señalado en el artículo 334 de la Constitución Política, el Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia o los autos que se profieran con posterioridad a la misma, por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrá solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. En todo caso, el Ministro de Hacienda y Crédito Público será parte dentro del trámite.

PARÁGRAFO. Bajo ninguna circunstancia se podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos, restringir su alcance o negar su protección efectiva.”

Ley 101 de 1993: “4. Elevar la eficiencia y la competitividad de los productos agrícolas, pecuarios y pesqueros mediante la creación de condiciones especiales”

Ley 81 de 1988:

Artículo 60 “De la Política de Precios. El ejercicio de la Política de Precios a que se refiere el literal d) del artículo 2o. de la presente Ley podrá ejercerse, por parte de las entidades a que se refiere el artículo siguiente, bajo algunas de las modalidades que a continuación se consignan.

i) Régimen de control directo, en el cual la entidad fijará mediante resolución el precio máximo, en cualquiera de sus distintos niveles, que los productores y distribuidores podrán cobrar por el bien o servicio en cuestión;

ii) Régimen de libertad regulada, en el cual la entidad fijará los criterios y la metodología con arreglo a los cuales los productores y distribuidores podrán determinar o modificar, los

precios máximos en cualquiera de sus niveles respecto a los bienes y servicios sometidos a este régimen;

iii) Régimen de libertad vigilada, en el cual los productores y distribuidores podrán determinar libremente los precios de los bienes y servicios en cuestión, bajo la obligación de informar en forma escrita a la respectiva entidad sobre las variaciones y determinaciones de sus precios, de acuerdo con la metodología que la entidad determine.

Las empresas cuyos bienes o servicios están sometidos a la política de precios que se señale en el presente artículo, tendrán derecho a exigir de la respectiva entidad que se modifique o se permita la modificación el precio en cuestión, consultando para ello el incremento de costos que se compruebe haya tenido el bien o servicio en el curso de los doce (12) meses siguientes a la fecha en la cual la entidad haya ejercido la política de precios en cualquiera de sus modalidades”.

Artículo 61: "De las entidades que desarrollan políticas de precios. El establecimiento de la política de precios, su aplicación así como la fijación cuando a ello haya lugar, por medio de resolución, de los precios de bienes y servicios sometidos a control, corresponde a las siguientes entidades:

- a) El Ministerio de Agricultura para los productos del sector agropecuario;
- b) Al Ministerio de Minas y Energía, para el petróleo y sus derivados, carbón, gas a distribuidores y demás productos mineros;
- c) Al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, las tarifas del transporte terrestre, urbano y suburbano, de pasajeros y mixto, cuando sea subsidiado por el Estado, las de transporte terrestre intermunicipal e interdepartamental y las del fluvial;
- d) Al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, las tarifas del transporte aéreo nacional... ”.

C. Nivel Reglamentario:

Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural:

- a) El numeral 13 del artículo 3° del Decreto 2478 de 1999, aclarado por el artículo 1° del Decreto 967 de 2001, faculta al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para “Regular los mercados internos de productos agropecuarios y pesqueros, determinar la política de precios de dichos productos y sus insumos, cuando se considere que existan fallas en el funcionamiento de los mercados y proponer a los organismos competentes la adopción de medidas o acciones correctivas de distorsiones en las condiciones de competencia interna de los mercados de dichos productos”.

Ministerio de Minas y Energía:

- a) **DECRETO 381 DE 2012: ARTÍCULO 2o. FUNCIONES.** Además de las funciones definidas en la Constitución Política, en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998 y en las demás disposiciones legales vigentes, son funciones del Ministerio de Minas y Energía, las siguientes:
18. <Numeral modificado por el artículo 1 del Decreto 1617 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> Establecer los parámetros y la metodología para definir el precio de referencia de la gasolina motor y del ACPM, teniendo en cuenta los parámetros que expida la CREG para determinar el precio de paridad; así como establecer los parámetros y la metodología para definir el precio de los biocombustibles y de las mezclas de los anteriores.”...

... "ARTÍCULO 5o. DESPACHO DEL MINISTRO. Son funciones del Despacho del Ministro de Minas y Energía, además de las previstas en la Constitución Política, en el artículo 61 de la Ley 489 de 1998 y en las demás disposiciones legales, las siguientes: 5. Definir precios y tarifas de la gasolina, diésel (ACPM), biocombustibles y mezclas de los anteriores.

D. Doctrina

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (SIC): Concepto 02095379 del 25 de Noviembre de 2002:

"Régimen general de libertad de precios:

De acuerdo con lo establecido en nuestra Constitución Política, en Colombia la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común. Para ello, el Estado por mandato legal impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado.

En desarrollo del mandato constitucional anteriormente enunciado, la regla general es la libertad de precios de acuerdo con la cual los distribuidores y expendedores podrán fijar libre y autónomamente los precios de acuerdo con su estructura de costos y su margen de utilidad, sin sujetar al consenso de otras voluntades el precio, el cual debe estar determinado por el libre juego de la oferta y la demanda.

Sin embargo, excepcionalmente el Estado podrá intervenir en la política de precios en ejercicio de las facultades constitucionales anteriormente señaladas y de esta forma, a través de ciertas entidades podrá ejercer un control sobre los precios bajo alguna de las siguientes modalidades:

- **"Régimen de control directo.** La entidad fijará mediante resolución el precio máximo que los productores o distribuidores podrán cobrar por el bien o servicio.
- **"Régimen de libertad regulada.** La entidad fijará los criterios y la metodología con arreglo a los cuales los productores y los distribuidores podrán determinar o modificar, los precios máximos en cualquiera de sus niveles respecto a los bienes y servicios sometidos a este régimen.
- **"Régimen de libertad vigilada.** Los productores y distribuidores podrán determinar libremente los precios de los bienes y servicios, bajo la obligación de informar en forma escrita a la respectiva entidad sobre las variaciones y determinaciones de sus precios, de acuerdo con la metodología que la entidad determine."

Sobre este punto es importante aclarar que no hay una lista taxativa en donde se encuentren todos los bienes y servicios sometidos al régimen de control directo, motivo por el cual deberá dirigirse a cada entidad de las enumeradas en el artículo 61 de la Ley 81 de 1988, a la cual le corresponde el establecimiento de la política de precios, su aplicación y fijación cuando a ello haya lugar.

II. Normativa específica

A. Nivel legal:

LEY 693 DE SEPTIEMBRE 19 DE 2001

Artículo 2o. *“La producción, distribución y comercialización de los alcoholes no potables estarán sometidas a la libre competencia, y como tal, podrán participar en ellas las personas naturales y jurídicas de carácter público o privado, en igualdad de condiciones, quedando derogada la autorización conferida por el artículo 11 de la Ley 83 de 1925. PARÁGRAFO 1o. Exceptúanse la producción, distribución y comercialización del alcohol etílico potable con destino a la fabricación de licores, actividades éstas que constituyen el monopolio rentístico de los entes departamentales”*

LEY 939 DE 2004 DE DICIEMBRE 31 DE 2004

Artículo 7°. *“A partir de la fecha señalada en la reglamentación de la presente ley, el combustible diesel que se utilice en el país podrá contener biocombustibles de origen vegetal o animal para uso en motores diesel en las calidades que establezcan el Ministerio de Minas y Energía y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.”*

Parágrafo . *“El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural fomentará la producción de oleaginosas que se requieran como materia prima para la obtención de biocombustibles de origen vegetal o animal para uso en motores diesel.”*

B. Nivel de Política Pública y Reglamentario:

CONPES 3510 DE 2008 (documento de política)

“El ingreso máximo al productor del biocombustible para uso en motores diésel será el que resulte de establecer el mayor precio, entre los siguientes tres precios:

- Un precio que tome como referencia el costo de oportunidad de los usos alternativos de la materia prima más eficiente utilizada para la producción del biocombustible, en este caso se calcula a partir del precio de referencia del mercado interno de aceite de palma, con sus respectivos ajustes por calidad. Adicionalmente, se tendrá en cuenta el precio internacional del metanol como insumo en su producción y el cálculo de un Factor Eficiente de Producción.
- Un precio que tome como referencia los precios internacionales del diesel, medido este sobre la base actual en la que se fijan los precios internos de nuestro ACPM, es decir una ponderación entre la paridad exportación y la paridad importación, al ser el país hoy importador en una porción en esta materia, con un ajuste referido a los cambios en las

propiedades de estos combustibles como resultado de la mezcla : i) aumento del precio por mejoras en cetanaje y la disminución en el contenido de azufre; y ii) disminución del precio causado por el menor poder calorífico del biocombustible frente al diésel de origen fósil.

- Un precio mínimo que permita atenuar las consecuencias de reducciones considerables en los anteriores precios. Dicho precio se fijó en \$6.545/galón a precios del 2008, bajo análisis de costos de la producción del biocombustible para uso en motores diésel tomando como referencia el costo promedio de las materias primas en los últimos 10 años, el cual se debe actualizar anualmente de acuerdo con el comportamiento del índice de precios al productor en un 70% y del comportamiento de la tasa de cambio en un 30%.”

Ministerio de Minas y Energía:

DECRETO NÚMERO 1073 DE Mayo 26 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía”

- a) **DECRETO 1067 DE 2014 (FEPC) Artículo 1. Definiciones.** Para los efectos del funcionamiento y operatividad del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles (FEPC), creado mediante el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007, se establecen las siguientes definiciones: **2. 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 18 1602 del 30 de septiembre de 2011 y 18 1491 del 30 de agosto de 2012, proferidas por el Ministerio de Minas y Energía o las normas que las modifiquen o lo sustituyan. Dicho precio se fijará mensualmente.”
- b) **Resolución 82439 de 1998 (Diésel) , artículo 1.** “...El ingreso al productor para ACPM (IP) tal como se determina en el artículo segundo siguiente, el precio máximo de venta al distribuidor mayorista (PMI) tal como se establece en el artículo tercero de la presente resolución, el margen del distribuidor mayorista (MD) y el precio máximo de venta en planta de abasto mayorista (PMA) tal como se establecen en el artículo cuarto de la presente resolución y el precio de venta al usuario final tal como se establece en los artículos quinto y sexto de la presente resolución.”
- c) **Resolución 181780 de Dic 29 del 2005 :** “ARTÍCULO 2º. INGRESO AL PRODUCTOR. El Ingreso al Productor del ACPM mezclado con biocombustible para uso en motores diesel, IPAMB(t), expresado en pesos por galón, será el que resulte de aplicar la siguiente fórmula: $IPAMB(t) = Ip(t) * 0.95 + IpBUMD*0.05$ Donde: IP(t): Es el Ingreso al Productor del ACPM, tal y como dicho ingreso se establece en la Resolución 8 2439 de 1998, o las normas que la modifiquen, adicionen o deroguen. IPBUMD(t): Es el Ingreso al Productor del biocombustible para uso motores diesel, que para efectos de esta estructura de precios se define con base en la siguiente banda de precios: INGRESO TECHO: $IpBUMD(t) = \{PIACPM (t) + [FPE/(\beta*42)]\} * TRM$ Donde: IPBUMD(t): Es el Ingreso al Productor techo del biocombustible para uso en motores diesel, expresado en pesos por galón (\$/galón).”

- d) **Resolución 182158 de Dic 28 del 2007** modificada por la resolución **180134 de Ene 29 del 2009**, modificado por la **resolución 181489 de Ago. 30 de 2012**, modificado a su vez por la **resolución 91566 de Sept. de 2012**: Artículo Primero: "... 2. "El precio interno del aceite de palma, calculado de acuerdo con la metodología del Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, el Aceite de Palma y sus Fracciones, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo número 149 de 2005 o en las normas que lo modifiquen, con sus respectivos ajustes por calidad, teniendo en cuenta el precio internacional del metanol y un Factor Eficiente de Producción, se calculará con la siguiente fórmula:..."
$$IpBUMD(t) = \{PIAp(t) + [(FPE + FMeOH)/(\beta*42)]\} * TRM$$
 Donde:
PBUMD(t): Es el Ingreso al Productor del biocombustible para uso en motores diésel, expresado en pesos por galón (\$/galón).
PIAP (t): Es el precio interno nacional del aceite de palma ajustado por calidad, expresado en dólares por galón, calculado de acuerdo con la fórmula señalada en el parágrafo 2o del presente artículo.
FPE: Es el factor de producción eficiente del biocombustible para uso en motores diésel, ... por tonelada de biocombustible, el cual se fija en"
- e) **Resolución 18 1966 DE 2011 Artículo 1º.** "PBUMD(t): Es el Ingreso al Productor del biocombustible para uso en motores diesel, por la venta de dicho producto en condiciones estándar, es decir corregido a 60°F de temperatura, que para efectos de esta estructura de precios se reconoce como el **precio máximo** al mayor, entre los siguientes tres valores: ..."
- f) **DECRETO 1073 de 2015 ARTÍCULO 2.2.1.1.2.2,3.115. Autoridades regulatorias.** Los Ministerios de Minas y Energía, de Transporte, de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y de Protección Social, dentro de sus competencias, regularán la producción, transporte, distribución y uso, así como las emisiones permitidas y demás controles ambientales y de salubridad pública, para el uso de los biocombustibles E-20, B-10 y B-20 en las fechas establecidas. (Decreto 2629 de 2007, art. 3º)

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO:

DECRETO NÚMERO 1073 DE Mayo 26 de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía"

ARTÍCULO 1.2.1.1.4. Comisión de Regulación de Energía, Gas y Combustibles (CREG).

ARTICULO 1.2.1.1.3.1.1 Objeto. La Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, tiene por objeto regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Igualmente tiene por objeto expedir la regulación económica para las actividades de la cadena de combustibles líquidos derivados de hidrocarburos, en los términos y condiciones señalados en la Ley. (Decreto 1260 de 2013, art. 2º)

Resolución CRA No. 351 de 2005 (20 de diciembre de 2005) Metodologías Tarifarias para los Componentes del Servicio Público de Aseo Antes de Contribuciones y Subsidios

Artículo 23. Metodología tarifaria. “La metodología tarifaria que se adopta de acuerdo a lo dispuesto en la presente Resolución, es de precio techo, lo cual implica que las personas prestadoras podrán, en cualquier momento y con observancia de las disposiciones relativas a competencia e información a los suscriptores, cobrar hasta el límite que constituye su precio techo calculado con base en lo establecido en la presente Resolución...”

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS CREG: Resolución CREG 59 de mayo 26 2009 (generación eléctrica)

Definición de Precio Techo:

“Es el precio máximo del combustible puesto en el sitio de la planta de generación que se reconocerá al prestador del servicio de energía eléctrica en el ASE de las ZNI.”

GAS El marco tarifario de la resolución CREG 011 de 2003 difiere de lo establecido en la resolución CREG 057 de 1996 porque no se impone un precio techo a todo mercado; sino un precio de restricción o acotación que permite formar un vector de precios para diferentes rangos de consumo. • El esquema de remuneración de la actividad de distribución de gas combustible por red está definido en las resoluciones CREG 057 de 1996 y CREG 011 DE 2003.

C. JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C-621/13

“1. El sistema previsto para la estabilización de precios de los combustibles

Dentro de los mecanismos de la política gubernamental en materia de hidrocarburos, el control del precio que los combustibles tengan en el mercado interno resulta un elemento de cardinal importancia en pos de la estabilidad en las condiciones de mercado de estos productos.

En este contexto fue creado el FEPC por el artículo 69 de la ley 1151 de 2007, cuyo objetivo es morigerar los efectos que la volatilidad del precio internacional de los combustibles tiene en el mercado interno.

La disposición legal estableció “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.”(...) “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”.

En ese entonces se ordenó que para desarrollar su política de estabilización de precios, parte de los recursos del Fondo de Estabilización Petrolera que administraba Ecopetrol S.A serían trasladados al FEPC –inciso 2º del artículo 69 de la ley 1151 de 2007-.

Posteriormente, el artículo 3º del decreto 4839 de 2008 –que reglamentó el mencionado artículo 69 de la ley 1151 de 2007-, previó nuevas fuentes de recursos para el Fondo. Dentro de las nuevas formas de obtener el dinero necesario para esta labor de estabilización se creó un sistema en que el precio de los combustibles estaría determinado por un precio de referencia, que regiría en el mercado interno.

El mecanismo de estabilización previsto tiene como fundamento que el precio de venta de los combustibles en Colombia sea fijado por el Ministerio de Minas y Energía. A este valor, primero el artículo 1º del decreto 4839 de 2008 y ahora, el artículo 1º del decreto 2713 de 2012, le denominó precio de referencia y previó que su determinación se hará mensualmente. Otro elemento esencial en la comprensión del funcionamiento del mecanismo de estabilización es el precio de paridad –referido en la disposición acusada como precio de paridad internacional-, que resulta ser el promedio de los precios que los combustibles han presentado en el mes anterior en el mercado de combustibles del Golfo de los Estados Unidos.

Los refinadores e importadores que operen en Colombia deben vender su producto al precio de referencia establecido por el Ministerio de Minas y Energía; los días en que este valor sea superior al precio de paridad internacional –lo que se denomina diferencial de participación, por el artículo 1º del decreto en mención-, la diferencia por cada galón vendido dentro del territorio colombiano tendrá como destino el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles.

La forma en que opera este sistema de financiación fue definida por el artículo 5º del decreto 2713 de 2012. Esta disposición exige un reporte trimestral de las ventas de los combustibles que hayan realizado refinadores e importadores; dicho reporte deberá especificar las ventas diarias, discriminando el tipo de combustible y su procedencia –nacional o extranjera-. A partir de este reporte, la Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía establecerá la posición diaria de cada refinador o importador, es decir, si en un determinado día existió diferencial de participación o diferencial de compensación [4]. La sumatoria de las posiciones diarias registradas durante el trimestre determina la posición neta trimestral, que será liquidada por el Ministerio de Minas y Energía –artículo 6º del decreto 2713 de 2012-; de acuerdo con este resultado surge la obligación para refinadores e importadores de girar el valor correspondiente al diferencial de participación –artículo 8º del decreto 2713 de 2012- o de recibir por parte del Fondo el diferencial de compensación, lo que se determina por resolución expedida por el Ministerio –artículo 7º del decreto 2713 de 2012-.

Este es uno de los mecanismos previstos para la obtención de recursos por parte del Fondo de Estabilización de Precios de Combustibles. Los otros actualmente son definidos por el artículo 101 de la ley 1450 de 2011, y corresponden a los dos literales de dicha disposición que no fueron demandados en el presente caso, disposición en que se prevé que los recursos para el funcionamiento del Fondo provendrán de:

- i) Los rendimientos de recursos que conformen el Fondo; y
- ii) Los recursos de crédito que de manera extraordinaria reciba del tesoro.

Esta es la forma en que opera el sistema de estabilización de precios de los combustibles que se venden en territorio colombiano.

Se recuerda que la solución al primer cargo planteado hace necesario determinar si este mecanismo de obtener recursos por parte del FEPC constituye una forma de recaudo tributario y, de ser así, verificar si se cumplen los requisitos derivados del principio de legalidad tributaria, establecido en el artículo 338 de la Constitución.

Por esta razón resulta pertinente referirse brevemente al procedimiento por el que se determina el precio de los combustibles para el territorio colombiano –precio de referencia-.

3.2. Procedimiento para la determinación del precio de los combustibles por parte del Ministerio de Minas y Energía

Lo primero que resalta la Sala es que no existe norma de rango legal que establezca algún parámetro en la realización de esta tarea por parte del Ministerio de Minas y Energía.

El fundamento jurídico para ejercer esta competencia se encuentra en el numeral 19 del artículo 5º del decreto reglamentario 070 de 2001, que determina como función del Ministro de Minas y Energía “[f]ijar los precios de los productos derivados del petróleo a lo largo de toda la cadena de producción y distribución, con excepción del Gas licuado del Petróleo”. Competencia que menciona la disposición legal acusada al fijar como uno de los elementos de la fórmula para obtener los recursos del FEPC, el precio de referencia establecido por el Ministerio de Minas y Energía.

El precio de referencia, de acuerdo con el segundo numeral del artículo 1º del decreto 2713 de 2012 que reglamentó el artículo 101 de la ley 1450 de 2011 –cuyo literal C) es la disposición acusada-, corresponde a lo que denomina Ingreso al Productor, que es definido por las resoluciones 181602 de 30 de septiembre de 2011 y 181491 de 30 de agosto de 2012, proferidas por el Ministerio de Minas y Energía. Ambas resoluciones aplican la misma fórmula para determinar el precio ingreso al productor que regirá el mes siguiente, una de ellas para la gasolina motor corriente y la otra para el ACPM.

En el artículo 1º de dichos cuerpos normativos se define Ingreso al productor vigente –IP como el **“valor establecido por el Ministerio de Minas y energía, o quien haga sus veces en materia de regulación de precios de los combustibles, para el Ingreso al Productor por galón de Gasolina Motor Corriente [ACPM para uso en motores diesel] dentro de la estructura de precios para el mes en curso”**.

De acuerdo con la resolución el cálculo del ingreso al productor debe obtenerse de aplicar la siguiente fórmula:

$$IP(\text{siguiente mes}) = IP(\text{vigente}) * (1+c)$$

Es esta la regulación que define cómo es fijado el precio de los combustibles por el Ministerio de Minas y Energía.