



Tribunal Administrativo de Nariño
Sala Mixta de Decisión

MAGISTRADO PONENTE: EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS

San Juan de Pasto, lunes, dieciocho (18) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

REF.: 2018-00512

ACCIÓN: POPULAR
ACCIONANTE: CARLOS EFRAÍN SANTACRUZ MORENO
ACCIONADOS: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA –
DIRECCIÓN DE HIDROCARBUROS
VINCULADA: PETRÓLEOS Y DERIVADOS DE COLOMBIA
S.A.
ASUNTO: RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA
CAUTELAR

AUTO INTERLOCUTORIO

I. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

Procede esta judicatura a pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada por la parte actora consistente en la suspensión de los efectos de la Resolución 311031 de 2017, modificada por las Resoluciones 31117 y 31524 de 2018, proferidas por la DIRECCIÓN DE HIDROCARBUROS DEL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA; en tanto considera que es evidente la vulneración de los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa, libre competencia económica y los derechos de los consumidores y usuarios.

II. ANTECEDENTES

El actor sostiene que la DIRECCIÓN DE HIDROCARBUROS DEL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA vulneró los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa, libre competencia económica y los derechos de los consumidores y usuarios con la expedición de la Resolución 311031 de 2017, modificada por las Resoluciones números: 31117 y 31524 de 2018, porque con estas se favorece en detrimento del interés general, al particular PETRÓLEOS Y DERIVADOS DE COLOMBIA S.A. – PETRODECOL S.A., al imponerlo como único mayorista autorizado para distribuir combustible a todas las estaciones de servicio del Departamento de Nariño, estableciendo un monopolio que implica que el monopolista se apropie del excedente del consumidor, el incremento de los precios, afectando al sector productivo y la competitividad económica a nivel departamental, e igualmente especifica que el monopolio consiste en que los comercializadores minoristas de combustible del departamento, se ven impedidos a realizar contratos de suministro de combustible con un mayorista diferente a PETRODECOL S.A.

En relación con el derecho a la moralidad administrativa, señala que la Resolución 311031 de 2017 lo vulneró en tanto se expidió de manera irregular, sin el cumplimiento de lo previsto en los artículos 38 y 333 de la Constitución Política y 7 de la Ley 1340 de 2009, en este último caso, al no agotar el trámite de consulta previa de abogacía ante la Superintendencia de Industria y Comercio trasgrediendo los principios del Estado Social de Derecho y de estirpe constitucional a la libre



Tribunal Administrativo de Nariño

Sala Mixta de Decisión

empresa, la economía de mercado y la libre competencia, alejándose del interés general al establecer un monopolio en la distribución de combustibles líquidos para el Departamento de Nariño.

Señala, que se desconocieron varios factores que pueden conllevar la afectación del servicio público de distribución de combustible por el desabastecimiento del mismo en el Departamento, como que PETRODECOL S.A. no cuenta con la infraestructura adecuada para almacenar combustibles líquidos, dada la antigüedad de los tanques que se destinarán a ello, que el Municipio de Tumaco no cuenta con la infraestructura pública vial adecuada, puesto que solo existe una vía que comunica las dos islas y que los puentes de El Pindo y El Morro, no tienen la solidez suficiente para soportar el tráfico pesado, el hecho notorio del deterioro de orden público en Tumaco y los municipios aledaños por los que transitarán los automotores cargados de combustible, los peajes ilegales que en razón de lo anterior, se establecen en dichas vías y que se propiciará el contrabando de combustible desde el Ecuador.

De otro lado, considera que al ser la libertad de empresa un derecho de raigambre constitucional, es necesario que su limitación se fundamente en motivos de interés público y general y observado el juicio de proporcionalidad requerido para la toma de esa decisión.

Frente a la vulneración de la libre competencia económica, afirmó que se encuentra acreditado que el cambio del sistema de abastecimiento de combustibles líquidos de cinco distribuidores mayoristas desde Yumbo (V.) a uno desde Tumaco, conlleva el paso de un mercado de competencia a uno de monopolio por cuanto de conformidad con el orden de prelación, todos los distribuidores minoristas estarían obligados a contratar la compra de combustibles con este último; concretando el menoscabo de este derecho en la pérdida de la opción de adquirir combustibles líquidos de diferentes mayoristas que en competencia, buscan ofrecer mejores condiciones a los minoristas y estos a los usuarios finales.

Alegó, además que la Resolución cuya suspensión de sus efectos se pretende, introdujo elementos que obran en detrimento de las condiciones de competencia en la distribución minoritaria de combustible restándoles libertad y que la modificación de la fuente de abastecimiento para las zonas de frontera en el Departamento de Nariño a la Refinería de Cartagena, implica un incremento en los costos a asumir por los distribuidores minoristas y los consumidores finales, asociados al tránsito del combustible por el Canal de Panamá, el transporte marítimo desde Cartagena hasta Tumaco y desde allí hasta las estaciones de servicio de cada municipio, ya que este último ya no va a ser subsidiado como lo es ahora, que es distribuido desde la Planta de Abastecimiento ubicada en Yumbo (V.)

III. LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA

Fue interpuesta oportunamente por la parte demandante y está encaminada a obtener que se suspendan los efectos de la Resolución 311031 de 2017, por medio de la cual se modifica el plan de abastecimiento y se establece un esquema especial para la distribución de combustibles líquidos a las estaciones de servicio del Departamento de Nariño, y de sus Resoluciones modificatorias, 31117 y 31524 de 2018.



Tribunal Administrativo de Nariño Sala Mixta de Decisión

Presentó consideraciones en relación con los aspectos generales de la procedencia de la solicitud, desde lo establecido en el artículo 231 del CPACA y en el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, establecido en providencia de fecha 30 de abril de 2018, dentro del Expediente No. 11001-03-24-000-2016-00481-00, concluyendo que en este caso es procedente por cuanto la solicita la parte demandante y está acreditada la vulneración de los derechos colectivos cuya protección se invoca por parte de la Resolución 311031 de 2017 y sus modificatorias 31117 y 31524 de 2018, de acuerdo con el artículo 333 CN.

Reiteró, que la Resolución 311031 de 2017 incumple el requisito de legalidad, en cuanto se expidió de manera irregular, sin observancia de lo establecido en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, puesto que se omitió el trámite de consulta previa de abogacía de la competencia, de conformidad con la certificación expedida por la Superintendencia Delegada para la Protección de la Competencia, situación que torna procedente la medida cautelar solicitada, de acuerdo con el precedente anotado.

De otro lado, advierte el carácter de urgencia de la medida cautelar solicitada, para indicar que puede ser resuelta de plano, de manera previa a la admisión de la demanda y sin correr traslado a la parte demandante, procediendo a sustentar la necesidad de adoptar la medida con este carácter.

IV. TRÁMITE IMPARTIDO

Mediante auto del 16 de noviembre de 2018, se ordenó correr traslado de la solicitud de medida cautelar, para que la parte demandada se pronuncie sobre ella.

V. PRONUNCIAMIENTOS SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR

5.1. Petróleos y Derivados de Colombia S.A. – PETRODECOL S.A.

Considera que las medidas cautelares deben ser denegadas, ya que, no se acreditaron los requisitos necesarios para su decreto, de acuerdo con los parámetros fijados en la Ley 1437 de 2011 y la Ley 472 de 1998 y dado que no existe vulneración, puesta en peligro o amenaza de los derechos colectivos cuya protección se invoca.

Sustenta lo anterior con base en la consideración de que la solicitud de suspensión provisional no está relacionada directa y necesariamente con las pretensiones de la demanda, pues, debían recaer sobre la nulidad de las resoluciones lo que no es procedente en una acción popular, que no existió violación de normas superiores en tanto el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA tiene la función de distribución de combustible en zonas de frontera de conformidad con la Ley 191 de 1995 y el Decreto 386 de 2007, compilado en el Decreto 1073 de 2015, que las resoluciones no debían cumplir con el trámite de abogacía de la competencia por no ser proyectos regulatorios o normativos, que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO rindió concepto favorable sobre la nueva estructura de fijación de precios en el Departamento de Nariño en agosto de 2018 lo cual desvirtúa supuestas infracciones al derecho de la competencia o afectaciones de los usuarios, que se presenta inexistencia de apariencia de buen derecho, pues no se afectan los derechos colectivos y se desconoce la regulación de distribución de combustibles



Tribunal Administrativo de Nariño

Sala Mixta de Decisión

en zonas de frontera y que no existe perjuicio irremediable en tanto no existe prueba sumaria que soporte los hechos soporte de la presente acción.

Argumenta la inexistencia de violación a los derechos colectivos a la moralidad administrativa dada la improcedencia de la acción popular para atacar la legalidad del acto, a la libre competencia económica, puesto que la distribución de combustibles en zonas de frontera está regulada a nivel nacional y a los derechos de los consumidores y usuarios, pues la inclusión de PETRODECOL S.A. no implicó un alza de precios a los consumidores.

Se manifestó frente a los fundamentos de la solicitud de medidas cautelares señalando en primer lugar, que no se vulneró el derecho colectivo a la moralidad pública, debido a los siguientes puntos:

- a. Como derecho colectivo en sí mismo no supone en sede de acción popular un control de legalidad sobre los actos administrativos, por lo que el solicitante debía acreditar al menos sumariamente unos elementos objetivos y subjetivos, lo cual no ocurrió.
- b. La actuación del MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA se encuentra ajustada constitucional y legalmente, de acuerdo con el artículo 337 de la Constitución Política, la Ley 191 de 1995 y el Decreto 1073 de 2015, toda vez que la función de distribución de combustible en zona de fronteras es un servicio público a cargo del Estado y una función administrativa a cargo del Ministerio.
- c. La función administrativa de distribución de combustibles en zona de fronteras puede ser cedida por el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA de acuerdo con un orden de prelación establecido en los artículos 2 del Decreto 386 de 2007 y 2.2.1.1.2.2.6.7. del Decreto 1073 de 2015, a las plantas de abastecimiento ubicadas en cada departamento que tienen el primer orden de prelación, condición que en el de Nariño sólo cumple PETRODECOL S.A. al ser la única planta de abastecimiento.
- d. Que PETRODECOL S.A. tenga el primer orden de prelación para lo distribución de combustibles en el Departamento de Nariño no implica un alza de precios, puesto que la actividad de distribución de combustibles en zonas de frontera es altamente regulada y los precios sólo los fija el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA.
- e. Las Resoluciones 311031 de 2017, 31117 y 31524 de 2018, no debían someterse al trámite de abogacía por competencia, debido a que no constituyen actos o proyectos de regulación, sino que se dirigen a la materialización de los preceptos contenidos en el Decreto 386 de 2007, a los cuales se ajustó PETRODECOL S.A. para la realización y construcción de la planta de abastecimiento en Tumaco.
- f. Cualquier discusión relacionada con la afectación de la libre competencia económica con la inclusión de PETRODECOL S.A., en el primer orden de prelación, quedó zanjada con el concepto favorable que dio en el mes de agosto de 2018 la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, a la resolución que determinó el nuevo esquema de fijación de precios de la distribución de combustibles en el Departamento de Nariño.

Tribunal Administrativo de Nariño

Sala Mixta de Decisión

En segundo lugar, respecto de la posible trasgresión del derecho a la libre competencia económica, dijo que las Resoluciones 311031 de 2017, 31117 y 31524 de 2018 no debían agotar el trámite de abogacía de la competencia ante la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, estipulado en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, en razón a que:

- a. Dichas Resoluciones no contienen proyectos normativos o regulatorios sino de materialización de normas preexistentes.
- b. La libre competencia económica para el caso de distribución de combustibles en zona de frontera es restringida y está regulada por el Estado a través del MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, esto de acuerdo con el artículo 19 de la Ley 191 de 1995, modificado por el artículo 9 de la Ley 1430 de 2010.
- c. En el concepto favorable rendido por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, menciona que no se encontró que se afectara la libre competencia económica con el nuevo esquema de fijación de precios que incluye a PETRODECOL S.A. en el primer orden de prelación para la distribución de combustible en el Departamento de Nariño.

Por último, frente a la presunta vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios, señala que de acuerdo con lo planteado por el actor, esta se traduce en *“una supuesta alza de precios que se daría en los combustibles al otorgarle el monopolio a PETRODECOL y al eliminar el subsidio de transporte que tiene el Departamento de Nariño”*, sin embargo, no se aportó prueba que acredite esta situación. Adicionalmente, indicó que:

- a. PETRODECOL S.A. no puede subir los precios del combustible, pues estos se fijan íntegramente por el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA
- b. El nuevo esquema de fijación de precios para la distribución de combustibles en el Departamento de Nariño, obtuvo concepto favorable de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, en el mes de agosto del año en curso.
- c. La inclusión de una planta de abastecimiento en el primer orden de prelación para la distribución de combustibles no constituye la constitución de un monopolio sino que persigue en el presente caso, garantizar el abastecimiento en la zona de frontera. De otro lado, para desvirtuar la posible institución de un monopolio señala que actualmente PETRÓLEOS DE NARIÑO – PETRONAR S.A.S., está construyendo otra planta de abastecimiento en Nariño.
- d. El artículo 147 del texto definitivo del presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal 2019, otorgó al MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, la facultad de reconocer el costo de transporte terrestre de los combustibles líquidos derivados del petróleo que se suministre desde las plantas de abastecimiento ubicadas en el Departamento de Nariño hasta Pasto.



Tribunal Administrativo de Nariño

Sala Mixta de Decisión

- e. El Ministerio de Minas y Energía expidió la Resolución 41013 de 5 de octubre de 2018 en la que se establecen los precios de referencia para venta al público de la gasolina motor corriente oxigenada y del ACPM mezclado con biocombustible. Esta evidencia indica que no hubo incremento al precio del combustible como consecuencia de la inclusión de PETRODECOL S.A. en el primer orden de prelación para la distribución de los mismos y que no se eliminaron los subsidios para esta actividad al ser una zona de frontera.

Concluye, señalando que la inclusión de PETRODECOL S.A. en el primer orden de prelación es un deber constitucional y legal del MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, que beneficia a los consumidores y usuarios que en este momento dependen de las plantas de abastecimiento que se encuentran fuera del departamento y que se ven perjudicados de manera sistemática en el servicio público de distribución de combustibles, por las constantes afectaciones de la vía Panamericana.

5.2. Ministerio de Minas y Energía

Presenta oposición a la medida cautelar solicitada argumentando, en primera medida, su improcedencia, ya que de conformidad con el artículo 231 del CPACA, la suspensión de los actos administrativos por la presunta violación de normas superiores sólo procede cuando se pretenda la nulidad de los mismos y en los demás casos, cuando concurren los requisitos de los numerales 1º al 3º y alguno del 4º del mismo artículo.

Adicionalmente, cita precedente de la Corte Constitucional - Sentencia SU – 913 de 2009 - y del Consejo de Estado – Auto de 13 de mayo de 2015, Expediente Radicado No. 11001-03-26-000-2015-00022-00 (53057) - para establecer que la solicitud no es procedente dado que está indebidamente fundada y no cumple con los requisitos porque lo que se pretende a través de la acción popular discutir presuntas irregularidades o las ilegalidades de un acto administrativo, siendo que la misma sólo es adecuada cuando el acto sea el resultado de actuaciones de mala fe.

Respecto de la mala fe, anota que el actor señala que la actuación de la administración se debe a un proceder indebido e irregular, omitiendo injustificadamente mencionar que la prelación como mayorista otorgada a PETRODECOL S.A., corresponde a la materialización del artículo 2.2.1.1.2.2.6.7. del Decreto 1073 de 2015 y que la obtuvo tras adelantar los trámites tendientes al cumplimiento de los requisitos establecidos en dicha norma, actuaciones de las cuales presenta una relación en su escrito de oposición.

En relación con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida cautelar, expresa que no fueron sustentados ni acreditados en la solicitud, ya que no fueron probadas aunque sea sumariamente las manifestaciones relativas al aumento de precios de los combustibles, las actividades de contrabando y el desabastecimiento y que lo que se está proponiendo es la intervención del juez popular en competencias del Ministerio relacionadas con el abastecimiento de combustible, sin que haya elementos de convicción que acrediten los presuntos peligros o perjuicios que motivan la solicitud por lo que no podría justificadamente adoptar una decisión debidamente sustentada.



Tribunal Administrativo de Nariño

Sala Mixta de Decisión

Frente a la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable al orden económico y social con la entrada en vigencia del nuevo plan de abastecimiento de combustibles, consistente en el aumento del precio de los derivados del petróleo, explica que dado que los artículos 365 CN y artículo 1º de la Ley 26 de 1989, determinan que la distribución de combustibles es un servicio público esencial respecto del cual el Gobierno Nacional tiene la facultad para regular las condiciones que influyan en la mejor prestación del servicio, no es posible que los mayoristas impongan precios por fuera de lo establecido por el Ministerio con base en la facultad a este conferida en el artículo 2 numeral 18 del Decreto 381 de 2012.

Sobre la inaplicación de las medidas de protección de precios al consumidor, indica que se debe a que la Resolución 311031 de 2017 modificó el plan de abastecimiento y no estableció los precios finales de combustibles, como lo hizo la Resolución 40827 de 2018, en cuyo artículo 15 dispuso el precio de referencia máximo de venta al público.

En segundo lugar, en lo referente a la vulneración de la moralidad administrativa alegada por el actor, concretada en la omisión de solicitud de concepto de la Competencia de la Coordinación de Abogacía, aclara que a este se someten los proyectos de regulación y que la Resolución 311031 de 2017, no lo es; también refiere que el alcance de estos proyectos se determina con base en los artículos 7 de la Ley 1340 de 2009, 2.2.2.30.1. del Decreto 1074 de 2015 y 8 numeral 8 de la Ley 1437 de 2011 y 2.1.2.1.14 parágrafo del Decreto 1081 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 270 de 2017.

A partir de lo anterior y del concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 14 de septiembre de 2016, dentro del radicado 11001-03-06-000-2016-00066-00 (2291), concluyó que el concepto de abogacía de la competencia regulado en el artículo 7º de la Ley 1340 de 2009, es aplicable a proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia de los mercados y es solo exigible para actos administrativos de carácter general, y que de acuerdo a lo establecido por la Corte Constitucional en Sentencia C – 620 de 2004, las resoluciones cuya suspensión se está solicitando, son actos administrativos de carácter particular por cuanto aunque tienen un número plural de destinatarios, en la misma se individualizan los distribuidores mayoristas y minoristas que prestan el servicio en el Departamento de Nariño, creando situaciones individualmente determinadas, expedidos en cumplimiento de una norma de carácter general y reglamentaria vigente en el ordenamiento jurídico.

En lo atinente a la presunta vulneración de la libre competencia y la conformación de un monopolio, recordó inicialmente, la definición de monopolio en los términos de la Sentencia C – 154 de 1996 y luego manifestó las razones por las cuales la Resolución 311031 de 2017 y sus modificatorias no lo crean, así:

- * La inclusión en el primer orden de prelación en favor de PETRODECOL S.A., es una situación transitoria que no proscribe la actividad de otros mayoristas.
- * Ante la eventual imposibilidad de esta sociedad para distribuir combustibles líquidos, los distribuidores minoristas pueden abastecerse de conformidad con el segundo orden de prelación establecido.



Tribunal Administrativo de Nariño

Sala Mixta de Decisión

- * La Sentencia C – 269 de 2000, señaló que contratar el abastecimiento de combustibles líquidos derivados del petróleo de manera exclusiva con ECOPETROL S.A., no vulnera los principios constitucionales de libre competencia ni establece alguna clase de monopolio.

De otra parte, concluye que las Resoluciones en cuestión cumplen un mandato normativo correspondiente con los principios constitucionales de confianza legítima, buena fe y legalidad para el régimen de zonas de frontera, y que no restringen la oferta de determinado producto o servicio al mayorista al cual se concedió la prelación, ya que no se excluye la posibilidad de que otras empresas puedan solicitar su inclusión en dicho orden, señalando que incluso actualmente se está tramitando una solicitud de otra planta de abastecimiento para el Departamento de Nariño.

Finalmente, en lo tocante a la posible vulneración de los derechos de los usuarios y situaciones de desabastecimiento, expone, de un lado, que las medidas de protección al consumidor fueron previstas por el Ministerio en la Resolución 40827 de 6 de agosto de 2018, la cual sirvió de base para la expedición de las Resoluciones números: 40902, 41013 y 41142 de 2018 en las que se fijó el valor de precio de referencia de la gasolina motor corriente oxigenada y del ACPM mezclado con biocombustible para uso en motores diésel para el Municipio de Pasto, así como las condiciones aplicables para la formación del precio de referencia para los demás municipios del Departamento de Nariño, valores y condiciones que rigen para los meses de septiembre, octubre y noviembre. Adicionalmente, en el artículo 15 de la Resolución 40827 de 2018 se adoptó la medida clara y expresa para que en ningún caso el precio de venta al público supere el precio máximo fijado por el Ministerio para los municipios del Departamento de Nariño.

De otro lado, en referencia a la posibilidad de que no se reconozca el subsidio de transporte instituido por la Ley 191 de 1995 al transporte de combustible entre Tumaco y Pasto, porque el primero de estos no es terminal de poliducto, señala que esto es cierto en virtud del artículo 55 de dicha ley, la cual establece de manera exclusiva el reconocimiento del gasto de transporte entre las plantas de abasto y las zonas de frontera que sean capital de departamento y tengan comunicación por vía con dichas plantas, para el caso en concreto las ciudades de Yumbo y Pasto; sin embargo, a través de las Resoluciones 40902, 41013 y 41142 de 2018, se estableció que en ningún caso se incrementará el precio de venta al público del combustible en el Departamento de Nariño, independientemente de la ubicación de la planta de abastecimiento del distribuidor mayorista.

Respecto de la limitación en materia de innovación de las estaciones de servicio, informa que de acuerdo con el artículo 2.2.1.1.2.2.3.91. numeral 10 del Decreto 1073 de 2015, no le es posible a ningún minorista abastecerse de dos o más distribuidores mayoristas, obligación vigente desde la expedición del Decreto 4299 de 2005 y ratificada por el Consejo de Estado mediante providencia de 25 de agosto de 2010, proferida dentro del Expediente Radicado No. 110010324000 2006 00184 01. Lo anterior aunado a que la distribución de combustibles líquidos constituye un servicio público de alto riesgo, por lo que tampoco se puede innovar sin tener en cuenta los límites técnicos reglamentarios.

Además, señala que los artículos 46 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el artículo 2º de la Ley 1340 de 2009 y el artículo 2.2.1.1.2.2.3.84 numeral 19 del

Tribunal Administrativo de Nariño

Sala Mixta de Decisión

Decreto 1073 de 2015, prohíben las prácticas restrictivas de la competencia en el mercado de los combustibles y que también la actividad de almacenamiento de combustibles líquidos derivados del petróleo está estrictamente reglamentado y que en ese marco PETRODECOL S.A. acreditó el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para ser incluido en el primer orden de prelación, como distribuidor mayoritario en el Departamento de Nariño.

Concluye, que la imposibilidad o dificultad para el abastecimiento de combustibles desde Tumaco alegada por el accionante es una apreciación subjetiva del mismo, pues estas condiciones de orden público no tienen su causa en los actos administrativos expedidos en relación con el plan de abastecimiento de combustible y son situaciones de frecuente ocurrencia también en los municipios aledaños a la vía Panamericana; por otra parte, en lo referente a las actuaciones delictivas correspondientes al establecimiento de peajes ilegales, señala que las mismas no se encuentran probadas, no obstante, la fuerza pública desplazada en la zona ha logrado la desarticulación de bandas dedicadas a hechos delictuosos en esa vía.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Problema jurídico

Corresponde determinar la procedencia de la medida cautelar solicitada por la parte actora, con fundamento en el contenido de la solicitud y los documentos aportados con la misma, medida consistente en la suspensión de los efectos de la Resolución 311031 de 2017 y sus modificatorias 31117 y 31524 de 2018, expedidas por la Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía.

6.2. Fundamento normativo y jurisprudencial

6.2.1. La acción popular

Esta acción se encuentra consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política y fue desarrollada por la Ley 472 de 1998, la que en su artículo 2º determinó que es el medio procesal para la protección de los derechos e intereses colectivos que se ejerce para evitar el *daño contingente*, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Es decir, de conformidad con lo anterior y con el artículo 9 *ibídem*, que es un medio procesal *preventivo*, reparativo, correctivo o restitutorio, que procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos amparados por el ordenamiento jurídico, cuyo propósito, según pronunciamiento de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de 20 de mayo de 2016, efectuado dentro del expediente Radicado No. 73001 23 31 000 2011 00611 01 (AP), es la tutela de aquellos derechos que la Constitución y la Ley han reconocido de manera *indivisible y global a la comunidad* en cuanto cuerpo social titular de unos intereses merecedores de protección, y en tanto los presupuestos o condiciones determinantes para el buen funcionamiento de la sociedad y la realización del orden jurídico, político, económico y social justo que aspira implantar



Tribunal Administrativo de Nariño Sala Mixta de Decisión

la Norma Fundamental, frente a situaciones capaces de originar daños actuales o contingentes en los bienes jurídicos colectivos.

Y para llegar, por ejemplo, a la conclusión de un daño contingente, es posible realizar razonamientos a partir de hechos demostrables, o incluso, utilizando las reglas de la lógica bajo puntuales estudios científicos o técnicos, más aún cuando se trata de acontecimientos naturales, sobre los cuales la administración omite acciones que ponen en peligro a la colectividad.

Por lo tanto, no es cierto que en todos los casos deba necesariamente demostrarse un daño irremediable cuando se vislumbra a las claras el daño contingente, vr gracia, al poner en vigencia plena un acto administrativo o una norma jurídica, así ella no tenga vicios de ilegalidad, la que deberá discutirse, en cuanto a la presunción de legalidad, en el respectivo medio de control de nulidad.

Es así como, con fundamento en el precedente en materia contencioso administrativa, se concluye que la acción popular prospera en tanto se acrediten debidamente en el proceso estos supuestos sustanciales: 1.) Una acción u omisión de la parte demandada, 2.) Un *daño contingente*, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, distinto de aquél que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana y, 3.) Una relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses.

6.2.2. Medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos

El precedente del Consejo de Estado contenido en los autos proferidos el 5 de febrero de 2015 y el 12 de noviembre de 2015, dentro de los Expedientes Radicados No. 85001 23 33 000 2014 00218 01 (AP) y 15001 23 31 000 2012 00122 01 (AP), refuerza la garantía de los derechos colectivos a través de las medidas cautelares consagradas en el artículo 25 de la Ley 472 de 1998, el que autoriza al juez constitucional para adoptar las medidas preventivas, protectoras y correctivas o restitutorias adecuadas para la salvaguarda de dichos derechos de manera previa a la expedición de la sentencia, siempre que cuente con elementos de juicio suficientes para determinar que está frente a una amenaza o una afectación tal de estos, que esperar hasta el fallo supone tomar el riesgo de que se configure su daño o afectación irreversible - *periculum in mora* - y a una reclamación con la seriedad y visos de legitimidad suficientes para respaldar una decisión anticipada - *fumus boni iuris* -.

Esto de acuerdo con lo establecido por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en auto de 18 de julio de 2007, proferido en el Expediente Radicado No. 08001-23-31-000-2005-03595-01(AP), en donde señala que puesto que de la Ley 472 de 1998, tiene una finalidad protectora respecto de los derechos e intereses colectivos, las medidas previas tienen como propósito efectivizar dicha protección cuando se percate que de esperar a la terminación del proceso, las medidas definitivas resulten ineficaces, es decir, prevenir el peligro o la vulneración que se presenten o que se perciben como inminentes, evitando la concreción del daño o que de estarse produciendo, se prolongue en el tiempo.



Tribunal Administrativo de Nariño Sala Mixta de Decisión

Como se mencionó anteriormente, lo atinente a las medidas cautelares en la acción popular está regulado en el artículo 25 de la Ley 472 de 1998, de la siguiente manera:

“Artículo 25.- Medidas cautelares. Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular, podrá decretar las siguientes:

- a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;*
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;*
- c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;*
- d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.*

Parágrafo 1º.- El decreto y práctica de las medidas previas no suspenderá el curso del proceso.

Parágrafo 2º.- Cuando se trate de una amenaza por razón de una omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo cual otorgará un término perentorio. Si el peligro es inminente podrá ordenar que el acto, la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, a costa del demandado”. (Resaltado por la Sala)

Por su parte la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en providencia de 6 de febrero de 2014 proferida dentro del Expediente Radicado 2013-00941, señaló que el decreto de una medida previa en el trámite de una acción popular, está sujeto a estos presupuestos de procedencia:

“a) Que esté debidamente demostrado en el proceso la inminencia de un daño a los derechos colectivos o que el mismo se haya producido, esto con el fin de justificar la imposición de la medida cautelar, el cual es prevenir aquel daño que está por producirse o a hacer cesar aquel que ya se consumió;

b) Que la decisión del juez al decretar la medida cautelar esté plenamente motivada; y

c) Que para adoptar esa decisión, el juez tenga en cuenta los argumentos contenidos en la petición que eleve el demandante, para que se decrete tal medida, lo cual, lógicamente, no obsta para que el juez oficiosamente, con arreglo a los elementos de juicio que militen en la actuación, llegue al convencimiento de la necesidad de decretar una medida cautelar y proceda en tal sentido”. (Resaltado por la Sala)



Tribunal Administrativo de Nariño Sala Mixta de Decisión

En el mismo sentido, en la Sentencia proferida el 20 de mayo de 2016, dentro del Expediente Radicado No. 73001 23 31 000 2011 00611 01 (AP), ya mencionada, estableció que el régimen de protección anticipada en materia de acciones populares se caracteriza por:

"i) Flexibilidad en cuanto a la oportunidad para su adopción, toda vez que pueden ser decretadas antes de la notificación de la demanda o en cualquier estado del proceso.

ii) Apertura en cuanto a la iniciativa para su decreto, ya que pueden ser adoptadas de oficio o a petición de parte.

iii) No taxatividad, en tanto que se habilita a la autoridad judicial para adoptar las medidas que estime pertinentes y necesarias para proteger los derechos colectivos y se enmarquen en el bloque de legalidad que rige las decisiones del juez constitucional.

iv) Cualificación del supuesto habilitante, puesto que se exige prevenir un daño inminente o hacer cesar el ya causado, como forma de impedir la producción de perjuicios irremediables e irreparables.

v) Encerrar órdenes de cumplimiento inmediato.

vi) Las medidas así adoptadas son susceptibles de impugnación vía recursos de reposición y de apelación.

vii) Los recursos se conceden en efecto devolutivo, por lo cual su interposición no suspende el cumplimiento de la medida ni el curso del proceso.

viii) Oposición por razones legalmente establecidas, pues en atención a la trascendencia de la protección previa y como forma de evitar recursos infundados el legislador reguló en el artículo 26 de la ley 472 los motivos en los cuales necesariamente debe fundarse la impugnación de las medidas decretadas."

7. Caso concreto

En principio, debe analizarse si la solicitud de medida cautelar presentada dentro de este trámite, se sujeta a los presupuestos de procedencia establecidos en el precedente del Consejo de Estado y, desde luego, de la ley especial que desarrolla las acciones populares.

Así las cosas, se tiene que en primer lugar, para justificar su imposición a efectos de prevenir un daño que está por producirse o hacer cesar aquel que ya se consumó, debe estar debidamente demostrado el daño cuando se consumó o está produciéndose, o en el caso de *daño contingente o inminente, los hechos que permitan al juez llegar a la conclusión de la inminencia del daño sobre los derechos colectivos*, en este caso, a la moralidad administrativa, libre competencia económica y los derechos de los consumidores y usuarios, que como colectividad se puedan ver afectados.



Tribunal Administrativo de Nariño

Sala Mixta de Decisión

Para verificar, las dos situaciones, es decir, el daño contingente, o la amenaza a los derechos colectivos, o el daño causado, aparecen en el expediente las siguientes pruebas, que la Sala considera relevantes:

1. Copia del memorial de agotamiento del requisito de procedibilidad para interponer la presente acción, presentado ante el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA (Folios 47 a 49)
2. Copia de las Resoluciones 311031 de 2017 (Folios 50 a 53), 31117 de 2018 (Folios 54 a 56), 31524 de 2018 (Folios 57 a 59), 31089 de 2018 (Folios 60 a 66), 40827 de 2018 (Folios 67 a 71)
3. Copia del Oficio Rad.: 18-183900-5-0 de 2018-08-06 de la Superintendencia Delegada para la Protección de la Competencia cuyo asunto es "*Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*" (Folios 72 a 77)
4. Copia del Oficio 18-202990-1-0 de 2018-08-09 de la Superintendencia Delegada para la Protección de la Competencia cuya referencia es "*Respuesta a consulta sobre trámite de Abogacía de la Competencia en relación con las Resoluciones 311031 de 2017 y 31524 de 2018, proferidas por el Ministerio de Minas y Energía*" (Folio 78)
5. Documento denominado "*IMPLICACIONES ECONÓMICAS PARA LAS EDS CON EL NUEVO PLAN DE ABASTECIMIENTO DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO*" de autoría del Economista GUILLERMO ALEXANDER MORILLO, fechado 2 de agosto de 2017 (Folios 79 a 85)
6. Certificado de Existencia y Representación Legal de PETRÓLEOS Y DERIVADOS DE COLOMBIA S.A. – PETRODECOL S.A., expedido por la Cámara de Comercio de Tumaco el 1 de noviembre de 2018 (Folios 86 a 90).

Ahora bien, la prueba documental aportada permite establecer en relación con la medida cautelar solicitada y los argumentos que le sirvieron como sustento, que en efecto el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA mediante la Resolución 311031 de 29 de diciembre de 2017, modificó el plan de abastecimiento y estableció un esquema especial para la distribución de combustibles líquidos a las estaciones de servicio del Departamento de Nariño, resolviendo inicialmente que en virtud de su competencia y dentro del marco de libertad regulada para la comercialización minorista de combustibles, este esquema no podrá ocasionar un incremento en el precio al consumidor final en este departamento; no obstante, esta disposición y las demás en las que se hizo mención a los lineamientos para la fijación de la estructura de precios para el Departamento de Nariño, fueron revocadas a través de la Resolución 31524 de 27 de junio de 2018, para adoptar las respectivas determinaciones, a través del respectivo acto administrativo de carácter general.

Hasta aquí puede concluirse que el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA hizo uso de sus competencias en lo relativo a la fijación de los precios de los combustibles en el Departamento de Nariño e igual en lo que tiene que ver con el Plan de Abastecimiento, cambiándolo de manera sustancial; situación que se analizará más adelante.



Tribunal Administrativo de Nariño **Sala Mixta de Decisión**

Posteriormente y en razón de lo anterior, el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA mediante Resolución 40827 de 6 de agosto de 2018, adoptó la estructura para la fijación de precios de la gasolina corriente motor, gasolina motor corriente oxigenada, ACPM y ACPM mezclado con biocombustible para uso en motores diésel, a distribuir en los municipios definidos como Zonas de Frontera del Departamento de Nariño, estableciendo en el artículo 15 frente al precio de referencia máximo de venta al público PVP, que el resultado de la aplicación de la estructura de precios establecida para los municipios del Departamento de Nariño en esa resolución, con respecto al precio de venta al público, no podrá en ningún caso superar el precio máximo de referencia que fije dicho Ministerio.

En este punto y tal como la entidad lo manifiesta en la contestación a la solicitud de medidas cautelares, no se tuvo en cuenta el subsidio que se estableció para el Departamento de Nariño de conformidad con el artículo 55 de la Ley de Fronteras, la cual dice:

“ARTICULO 55: Mientras la Nación construye la red de poliductos contemplada en el Plan Nacional de Desarrollo, Ecopetrol asumirá el costo del transporte de los combustibles derivados del petróleo entre las plantas de abasto o mayorista y las Zonas de Frontera que, siendo capital de departamento tengan comunicación por carretera con dichas plantas de abasto donde existiere terminal de poliducto” (Negrillas por la Sala)

En otras palabras, se tiene, que si bien las resoluciones indican que el precio máximo de referencia del combustible para esta región del país lo determina el Ministerio, el solo hecho de dejar de aplicar el subsidio de transporte, lo asumirá la nueva entidad distribuidora del mercado mayorista, la que, a su vez, impacta cuando los minoristas deben, como orden perentoria, comprar el combustible al ente autorizado, y por ende, al consumidor final.

Por lo tanto, cualquier estructura de precios debe definir el asunto del subsidio creado por la ley, con exclusividad al Departamento de Nariño y él necesariamente se complementará en el valor final cobrado al usuario, es decir, el transporte del combustible que de la Refinería de Cartagena, pasando por el Canal de Panamá, llegue al Puerto de Tumaco, pues, según los actos administrativos ya ECOPETROL no subsidiará el transporte en este tramo, y por ello es imposible que en la estructura de precios se descarte este costo, el cual cada año va impactar en el usuario final, sin desconocer el que deben asumir los distribuidores internamente en el Departamento de Nariño.

Y tan cierto es este hecho, que vulnera el derecho colectivo de los consumidores y usuarios, que la Resolución No. 40827 del 6 de agosto de 2018, dice:

“Artículo 9, Numeral 9.5. Valor entre plantas no interconectadas: Valor a considerar por concepto del transporte del combustible que sólo aplica para el caso de Plantas de Abastecimiento Mayoristas No Interconectadas al sistema de poliductos de Cenit de Transporte Logística de Hidrocarburos S.A.S.

Para el caso del departamento de Nariño, se deben considerar las rutas establecidas en el plan de abastecimiento aprobado en las

Tribunal Administrativo de Nariño Sala Mixta de Decisión

resoluciones 124101 de 2007 y el 313031 de 2017, así como de aquellas que las modifiquen o sustituyan. El distribuidor mayorista fijará libremente el valor para este concepto” (Negrillas por la Sala)

Por su parte, los oficios emanados de la Superintendencia Delegada para la Protección de la Competencia Rad.: 18-183900-5-0 de 2018-08-06 y Rad.: 18-202990-1-0 de 2018-08-09, dan cuenta respectivamente de que las Resoluciones 311031 de 2017 y 31524 de 2018 no surtieron el trámite de abogacía de la competencia de que trata el artículo 7º de la Ley 1340 de 2009, en tanto la Resolución 40827 de 6 de agosto de 2018, si lo hizo.

Resulta necesario, entonces, transcribir el artículo señalado:

“ARTÍCULO 7o. ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA. <El artículo 2o. del Decreto 2153 de 1992 fue derogado expresamente por el artículo 19 del Decreto 3523 de 2009> Además de las disposiciones consagradas en el artículo 2o del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir. El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta.”

De la lectura de la norma en cita, es posible determinar que la anterior norma es aplicable frente a la Resolución 311031 de 2017, por cuanto al modificarse el plan de abastecimiento para la distribución de combustibles, deja por fuera dos circunstancias fundamentales: la *primera*, que elimina los mercados mayoristas situados en el punto de llegada del poliducto que termina en la ciudad de Yumbo y que corresponde al departamento de Nariño, y, la *segunda*, la competencia del mercado en relación con otras regiones del país al fijar los criterios del precio de los combustibles, pues, existen un beneficio por la ley de fronteras que redundo en favor de los distribuidores y, al final, en el precio a los consumidores.

Por consiguiente, el cambio y la modificación en cuanto a la prioridad del mercado mayorista de combustibles, las características de la región y el subsidio del transporte que impacta en el precio, altera la competencia y más aún cuando es el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA, el que debe tener en cuenta todos estos factores para fijar el precio de los combustibles, y en el cual entrarán a discusión las nuevas condiciones del mercado, omitiendo la ley que favorece al Departamento de Nariño.

Ahora bien, en la revocatoria que mediante la Resolución No. 31524 de 2018 se hizo de la disposición de este esquema de abastecimiento se dice que no podrá ocasionar un incremento en el precio al consumidor final en el Departamento de Nariño y de las demás en las que se hizo mención a los lineamientos para la fijación de la estructura de precios para el mismo; pero debe tenerse en cuenta que los criterios de fijación de los precios los determina el MINISTERIO DE MINAS Y



Tribunal Administrativo de Nariño **Sala Mixta de Decisión**

ENERGIA, lo que significa que existe un límite para evitar precisamente el incremento del precio, tanto por el mercado mayorista como los distribuidores, pero no se analiza la *contingencia posterior*, en tanto que la estructura de costos y la derogatoria del subsidio del transporte, será asumido por el mercado mayorista y necesariamente, el desmonte y otros costos internos de transporte acrecentarán el valor del combustible en el tiempo, derogando tácitamente la norma superior que dispuso de los beneficios para esta región del país.

Por todo lo afirmado, era importante la intervención de la Superintendencia mencionada, y es tan cierta esta expresión, que si bien en el primer acto administrativo no rindió el concepto de abogacía, también lo es que procuró hacerlo en los otros actos administrativos (Resolución No. 40827 de 2018), lo cual demuestra, que había un problema de libre competencia en el mercado; ello aunado con el hecho de que se pueden, con este aval, constituir empresas para involucrarse en el mercado mayorista de los combustibles, tal como puede darse con la empresa que está en construcción de tanques en el municipio de Chachagui.

En relación con el documento denominado “*IMPLICACIONES ECONÓMICAS PARA LAS EDS CON EL NUEVO PLAN DE ABASTECIMIENTO DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO*”, se encuentra que en el mismo se expresa que busca demostrar cómo se vería afectado el distribuidor minorista con los cambios establecidos en la Resolución 311031 de 2017 y sus modificatorias, señalando que es posible que se generen incrementos en el precio de los combustibles en el Departamento de Nariño que afecten al consumidor final y a los diferentes actores que pertenecen a la cadena de combustible como transportadores y distribuidores minoristas, con ocasión de los incrementos respecto de los ítems de compensación, cabotaje y transporte de biocombustibles; es decir, este documento refuerza el argumento respecto de los *daños contingentes* al implementar, desconociendo las normas, un nuevo esquema de distribución de combustibles en el Departamento de Nariño, partiendo de hechos ciertos.

En consecuencia, de lo anterior, la modificación que se hace en las resoluciones sobre la modificación del mercado mayorista de combustibles en el Departamento de Nariño, desconoce los derechos colectivos a la moralidad administrativa, en cuanto desconoce la normas relativas a los siguientes puntos:

- No obtuvo el concepto de abogacía de la Superintendencia de Industria y Comercio, a sabiendas que se afectaba la libre competencia, pues, cambia sustancialmente el mercado mayorista de combustibles y de contera la libre competencia, y no tanto porque PETRODECOL S.A., asuma la distribución como único oferente por el orden de prioridad, sino por el hecho de desconocer el mercado mayorista, implementado en la ciudad de Yumbo, Valle, punto final del poliducto y requisito esencial para determinar el mercado mayorista para el Departamento de Nariño.
- Desconoció la Ley de Fronteras que en su artículo 55, dispuso el subsidio de transporte que afecta directamente el precio de los combustibles en esta región, el cual al desmontarlo, hacia futuro será fundamental para estructurar por el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA los criterios para fijar el precio del combustible, situación que no requiere de una prueba contundente sobre



Tribunal Administrativo de Nariño Sala Mixta de Decisión

el daño, sino que por su contingencia, partiendo de estos hechos ciertos se hace clara e innegable.

Respecto de las medidas cautelares en defensa del derecho a la competencia económica, el Doctor JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, en su libro *"Acciones Populares y medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos"*, expresó:

"En lo tocante a los derechos de los consumidores y los usuarios, el Consejo de Estado ha sostenido que la libre competencia consagrada en la Carta Política de 1991 no fue concebida únicamente para garantizar la sana concurrencia de los agentes económicos para asegurar la provisión de bienes y servicios de la más alta calidad y por un precio correlativo, sino también en beneficio de los consumidores, que son los directos beneficiarios de las consecuencias que arroja la leal competencia entre los agentes económicos. Así mismo, las disposiciones que regulan los derechos de los consumidores encuentran su razón de ser en la necesidad de dotar al consumidor o usuario de bienes o servicios de las herramientas jurídicas necesarias para de alguna manera contrarrestar al estado de inferioridad en el que muchas veces se encuentran frente al productor o distribuidor, quienes por definición son unos profesionales de su actividad; de esta manera, la acción popular es el mecanismo judicial por excelencia destinado a defender el derecho de los consumidores en su dimensión colectiva."

En este texto se plantea la correlatividad entre el derecho a la libre competencia y los derechos de los consumidores, señalando en el primero de los casos que la intervención del Estado en esta materia busca garantizar la sana concurrencia de los agentes económicos para asegurar el abastecimiento de bienes y servicios altamente calificados por un precio correlativo y, en relación con los segundos, que lo que pretende proveer a consumidor o usuario de los mecanismos jurídicos para contrarrestar el estado e inferioridad frente al productor o distribuidor.

En este orden de ideas, y con fundamento en el análisis probatorio efectuado, es posible establecer que el derecho a la libre competencia económica dentro del presente asunto esté siendo afectado de manera tal que requiere de la adopción de la medida cautelar solicitada por la parte actora, en tanto, como se acreditó, las tarifas del precio de los combustibles líquidos derivados del petróleo para el Departamento de Nariño se encuentran regulados en la Resolución 40827 de 2018, pero sin dejar pasar por alto, que por la advertencia que se hace de que al mercado mayorista prioritario le está prohibido subir el precio, no quiere significar que hacia futuro los criterios a tener en cuenta para la fijación de los precios, cambien por efecto del desconocimiento del subsidio de transporte, el que se hace actualmente desde Yumbo a la ciudad de Pasto; situación que se desconoce en la modificación de la distribución de los combustibles, amén de los costos del transporte terrestre en este departamento.

En este orden, y en tratándose de la modificación, si bien para la época de la implementación, el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA, adopta ciertas medidas para evitar que la Empresa escogida en la ciudad de Tumaco no alce el precio, también es cierto que la Resolución número 40827 de 2018 es temporal, y que cada año los criterios cambiarán involucrando los nuevos costos, como el transporte



Tribunal Administrativo de Nariño

Sala Mixta de Decisión

marítimo y terrestre, que será una de las razones de ser de las utilidades de la empresa particular, el que alcanzará al consumidor final.

En consecuencia, no es lo mismo el transporte en el punto final del poliducto que hoy suministra el transporte al Departamento de Nariño, al que se hará desde la ciudad de Tumaco, previo el transporte fluvial por el océano Pacífico, después de pasar desde Cartagena por el canal de Panamá. A lo cual se agrega los siguientes factores:

- Se desconoce la norma que indica que el mercado mayorista se tendrá en cuenta en el punto final del poliducto. La ciudad de Tumaco no lo es.
- Se desconoce la libre utilización del mercado mayorista que beneficia por ley al Departamento de Nariño, debido a la aplicación de la prioridad.
- El desconocimiento de una ley, la cual no ha sido derogada.

8. Conclusión

La solicitud de medida cautelar de suspensión provisional formulada por la parte actora es procedente, y por lo tanto, se ordenará la suspensión de los efectos de la Resolución No. 311031 de 2017 y sus modificatorias 31117 y 31524 de 2018, proferidas por la DIRECCIÓN DE HIDROCARBUROS DEL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, hasta tanto se dicta sentencia que ponga fin al proceso.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo anterior, la Sala Mixta de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO**,

RESUELVE

PRIMERO: DECRETAR la medida cautelar de **SUSPENSIÓN** provisional de los efectos de la Resolución 311031 de 2017 y sus modificatorias 31117 y 31524 de 2018, proferidas por la DIRECCIÓN DE HIDROCARBUROS DEL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, de acuerdo con los motivos expuestos en esta providencia.

SEGUNDO: COMUNICAR de manera inmediata la medida anteriormente adoptada a la DIRECCION DE HIDROCARBUROS DEL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA, para que proceda al obedecimiento de la orden judicial.

TERCERO: RECONOCER personería al abogado ISAAC ELÍAS BEDOYA CÁRDENAS, identificado con la C.C. No. 19.872.776 y titular de la T.P. No. 86.058 C. S. de la J., para actuar como apoderado del MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, en los términos contemplados en el memorial poder a él otorgado.

CUARTO: RECONOCER personería para actuar como apoderados de PETRÓLEOS Y DERIVADOS DE COLOMBIA S.A., en los términos contemplados en el memorial poder a ellos otorgado, a los abogados:



Tribunal Administrativo de Nariño
Sala Mixta de Decisión

JUAN SEBASTIÁN LOMBANA SIERRA, identificado con la C.C. No. 11.233.717 y titular de la T.P. No. 161.893 C. S. de la J.; DAVID LEONARDO LÓPEZ ZULUAGA, identificado con la C.C. No. 1.020.774.489 y titular de la T.P. No. 265.307 C. S. de la J. y NANCY ALEJANDRA VERA GUZMÁN, identificada con la C.C. No. 1.018.464.418 y titular de la T.P. No. 291.627 C. S. de la J.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se aprobó en la sesión de Sala de la fecha, la que consta en el acta correspondiente.


EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS


BEATRIZ ISABEL MELODELGADO PABÓN

Impedida
ANA BEEL BASTIDAS PANTOJA