

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA T-021 de  
2005 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

*Libertad económica, libre empresa y libre competencia*

**Magistrados Ponentes**

**Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra**

**Análisis del CEDEC**

**Por:**

**Alfonso Miranda Londoño**

**Bogotá D.C., 2020**

## ÍNDICE

<b>1.</b>	<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>3</b>
<b>2.</b>	<b>NORMAS DEMANDADAS .....</b>	<b>4</b>
<b>3.</b>	<b>PROBLEMA JURÍDICO .....</b>	<b>4</b>
<b>4.</b>	<b>CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>5</b>
<b>5.</b>	<b>DECISIÓN.....</b>	<b>8</b>
<b>6.</b>	<b>ANÁLISIS Y CONCLUSIONES.....</b>	<b>9</b>

# **RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA T-021 DE 2005 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

## ***Libertad económica, libre empresa y libre competencia***

### **Magistrado Ponente**

**Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra**

## **1. Introducción**

El doctor Juan Manuel Charry Urueña, abogado en ejercicio, actuando en nombre y representación de la sociedad ASEO TOTAL E.S.P., solicitó al juez de tutela que protegiera los derechos fundamentales de su representada al debido proceso, a la defensa, al trabajo y a las libertades de empresa y competencia, presuntamente vulnerados por el Alcalde del Municipio de Yumbo y la empresa SERVIGENERALES S.A. E.S.P., al haber desplegado una conducta perturbadora y obstructiva de la prestación del servicio público que aquella llevaba a cabo en el Municipio de Yumbo.

La Alcaldía de Yumbo, previo estudio técnico, solicitó a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) la "verificación" de las condiciones que permitirían la inclusión de cláusulas de "área de servicio exclusivo" en el contrato de concesión que celebraría para la prestación de servicio de recolección de basuras en su jurisdicción.

El 30 de septiembre de 2003, la CRA, mediante Resolución N° 258 de 2003, dispuso dar por verificadas las condiciones para la inclusión de cláusulas de área de servicio exclusivo en el contrato que el Municipio de Yumbo decidiera suscribir para conceder las actividades de recolección y transporte de residuos de origen exclusivamente domiciliario.

El 1º de diciembre de 2003, el Municipio de Yumbo, previa licitación pública, suscribió el contrato No. 441 de 2003 con la empresa SERVIGENERALES S.A. E.S.P., para la prestación del servicio de recolección de basuras con cláusula de área de servicio exclusivo.

El 12 de diciembre de 2003, mediante aviso de prensa y circular enviada a todos los usuarios del servicio de aseo, el Municipio de Yumbo comunicó a la ciudadanía que los usuarios no residenciales solamente podrían seguir utilizando el servicio de aseo con los actuales operadores hasta el 5 de enero de 2004, ya que a partir del 6 de enero del mismo año, la firma SERVIGENERALES S.A. E.S.P. prestaría de manera exclusiva dicho servicio.

Para la fecha de establecimiento del área de prestación exclusiva del servicio de aseo en el Municipio de Yumbo, ASEO TOTAL E.S.P. venía prestando este servicio a varios

usuarios industriales y comerciales, grandes productores de residuos del Municipio, en virtud de la celebración de contratos de derecho privado que, a la fecha de interposición de la acción de tutela, se encontraban vigentes.

El 29 de diciembre de 2003, la Alcaldía de Yumbo informó a la empresa aquí demandante que la CRA había autorizado el establecimiento de un área de servicio exclusivo en el Municipio para la prestación del servicio de aseo, y que dicha prestación había sido adjudicada en licitación pública a la empresa SERVIGENERALES S.A. E.S.P., razón por la cual ASEO TOTAL E.S.P. sólo podría seguir desarrollando dicha actividad hasta el 5 de enero de 2004.

El 6 de enero de 2004, SERVIGENERALES S.A. E.S.P informó a ASEO TOTAL E.S.P la suscripción del contrato No. 441 de 2003 con la Alcaldía de Yumbo y le solicitó abstenerse de continuar prestando el servicio por haberse pactado zona de exclusividad.

La peticionaria afirma que la Alcaldía del Municipio de Yumbo no adelantó ningún proceso administrativo o judicial en el que se le vinculara formalmente, con el propósito de dejar sin efectos el ejercicio de su actividad comercial como empresa prestadora del servicio público de aseo, o los contratos suscritos por ella para la recolección de basuras, con empresas particulares. Señala que tampoco fue indemnizada plenamente por la privación del desarrollo de una actividad económica lícita, como obliga el artículo 336 de la Constitución.

El Juez Primero Penal Municipal de Yumbo, en Sentencia del 8 de junio de 2004, negó el amparo solicitado

## **2. Normas demandadas**

La presente Tutela se encuentra enmarcada dentro del proceso de revisión que realiza la Corte Constitucional en virtud de sus competencias.

No obstante, a lo anterior, se tiene que el accionante considera que se le vulneraron el artículo 336 de la Constitución Política, la Ley 142 1994 específicamente en su artículo 40 y la Ley 632 de 2000

## **3. Problema Jurídico**

Establecer si la Alcaldía de Yumbo vulneró las disposiciones de las normas relacionadas en el acápite anterior, así mismo si transgredió los principios de debido proceso, derecho al trabajo, derechos adquiridos, derecho a la libertad económica y a la libertad de competencia

#### 4. Consideraciones de la Corte Constitucional

Antes de entrar a verificar la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la sociedad accionante, encuentra la Sala necesario constatar la procedencia de la acción de tutela en el presente caso.

Sobre este punto, recuerda la Sala que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario de protección de derechos fundamentales que sólo procede cuando el accionante no cuenta con otros medios de defensa judicial o cuando, existiendo otros mecanismos, éstos no son idóneos ni eficaces para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.<sup>1</sup> Estas circunstancias deben ser evaluadas por el juez atendiendo a las particularidades de cada caso.

En relación con las características del perjuicio irremediable, esta Corporación ha indicado:

*"En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable."*<sup>2</sup>

Sobre la idoneidad y eficacia de los otros medios judiciales de defensa, la Corte ha asegurado que tal circunstancia depende de que éstos proporcionen el mismo grado de protección que se obtendría mediante el empleo la acción de tutela, es decir, que sean tan sencillos, rápidos y efectivos como ésta para lograr la protección de los derechos fundamentales lesionados o amenazados.<sup>3</sup>

En atención a estas consideraciones, la Sala encuentra:

Primero, que la acción de tutela no procede para la protección de los derechos a la libertad económica, a la libre empresa y a la libre competencia invocados por la tutelante,

---

<sup>1</sup> Cfr. sentencias T-057 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-815 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis

<sup>2</sup> Sentencia T-1316 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny.

<sup>3</sup> Ver al respecto las sentencias T-384 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-488 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-899 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

por cuanto éstos no constituyen derechos fundamentales, como se desprende de su ubicación dentro de la Carta, entre otras razones. En efecto, la Corte ha sostenido que las libertades económicas no son derechos fundamentales *per se* y que, además, pueden ser ampliamente limitadas por el legislador en aras del interés general, tal como lo establece el artículo 333 de la Carta.<sup>4</sup>

Segundo, que la tutela tampoco procede frente a la presunta violación del derecho al trabajo alegada por la actora, toda vez que el titular de dicho derecho no es la empresa, sino sus trabajadores, quienes en la acción que se revisa no acudieron directamente para solicitar el amparo constitucional. En relación con este asunto, esta Corporación ha manifestado que la procedencia de la acción de tutela está supeditada a la identificación subjetiva del derecho fundamental afectado, lo que implica la individualización plena de las personas titulares del mismo<sup>5</sup>, cosa que no sucede en este caso, en tanto se desconoce cuáles son los trabajadores que posiblemente perderían su empleo como consecuencia de las conductas cuestionadas de los demandados.

Tercero, que para la protección de los demás derecho invocados existen otros mecanismo ordinarios de defensa, asunto sobre el que esta Sala se ocupará a continuación:

La Sala observa que la firma accionante contaba con las acciones de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho para impugnar los actos previos a la celebración del contrato de concesión en el que se incluyeron las cláusulas de área de prestación exclusiva del servicio de aseo, y que, para la reclamación de la indemnización a la que alude en sus pretensiones, dispone de la acción de reparación directa ante la jurisdicción Contencioso Administrativa.

Dichas acciones son de carácter público, de manera que pueden ser interpuestas por cualquier ciudadano, en el caso de la acción de nulidad, o por quien aduzca haber sufrido la vulneración de un derecho, tratándose de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, aunque no haya presentado una propuesta dentro de la licitación o concurso respectivo, o no esté interesado en hacerlo.

Ahora bien, esos actos, cuya nulidad podría haber sido demandada por la peticionaria, son todos aquellos dictados por la Administración en la etapa previa a la suscripción del contrato estatal y que pueden proferirse aun sin que éste se perfeccione, de modo que su validez puede ser cuestionada de manera independiente a la del contrato, claro está, dentro del término previsto por la ley.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Cfr. SU-157 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-615 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>5</sup> Cfr. Sentencia T-440 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>6</sup> Esta Corporación señaló al respecto en la Sentencia C-1048 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, al ocuparse de una demanda de inconstitucionalidad promovida contra algunos apartes del artículo 87 del C.C.A.: "*3. Los actos preparatorios del contrato administrativo, pertenecen a la categoría que la doctrina ha llamado "actos separables del contrato". Aunque no han sido definidos por la ley, han sido entendidos por el h. Consejo de Estado como aquellos que constituyen decisiones unilaterales de la Administración en las etapas precontractuales.*

Así las cosas, es claro que la firma ASEO TOTAL E.S.P. disponía de las acciones de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho, para impugnar los actos previos a la celebración del contrato cuestionado, como, por ejemplo, el acto mediante el cual se estableció el área de servicio exclusivo o en el que se ordenó la apertura de la licitación, mecanismos de los que no hizo uso oportunamente.

Ahora bien, la sociedad peticionaria tampoco puede alegar que no pudo hacer uso de estos mecanismo debido a la falta de notificación de los mismos, pues está plenamente acreditado que tuvo conocimiento oportuno de ellos y, a pesar de ello, nos sólo se abstuvo de iniciar las acciones pertinentes sino que, además, de manera voluntaria, decidió no participar en la licitación adelantada.

De conformidad con el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, el artículo 9º de la Ley 632 de 2000 y el Decreto 891 de 2002, por motivos de interés social y con el propósito de ampliar a la población de menores recursos, la cobertura de servicios públicos tales como la recolección, transferencia y transporte de residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores, residuos patógenos y peligrosos, y para la limpieza integral de las vías, áreas y elementos que componen el amoblamiento urbano público, los municipios<sup>7</sup> pueden establecer, mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas<sup>8</sup> en las que puede acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios, en la misma área, durante un tiempo determinado.

---

*Lo que distingue genéricamente a los actos separables del contrato es, según la jurisprudencia de ese Tribunal, que los mismos no son de contenido bilateral como es propio de los contratos, sino autónomos o unilaterales de la entidad contratante. Además, "el acto separable impugnado debe ser un acto administrativo decisorio en el sentido técnico jurídico –ha agregado el Consejo de Estado-, pues 'los simples actos de la administración, meramente preparatorios, no pueden ser objeto de impugnación'. Ahora bien, las acciones que se reservan para impugnarlos (nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho), persiguen que los administrados que tengan un interés, o aun quienes abogan por el interés general, puedan demandar las ilegalidades que pueden afectar tales actos, sin inmiscuirse en las acciones contractuales que la legislación reserva a las partes del contrato. De esta manera, la separabilidad de los actos a que se viene haciendo referencia, esto es su posibilidad de ser individualizados frente al contrato, o aislados de éste para efectos de su impugnación, viene a ser una garantía del interés general y de los derechos de las personas afectadas con ellos, quienes frente a las acciones contractuales serían terceros no revestidos de legitimidad en la causa para demandar.*

*(...)*

*Estas modificaciones tienen para la Corte una precisa significación: de un lado, buscan ampliar el espectro de garantías jurídicas reconocidas a los participantes en el proceso de contratación, que no obstante ser ajenos a la relación contractual pueden verse perjudicados por la actuación administrativa en las etapas precontractuales. Ahora ellos pueden demandar independientemente del contrato y desde el momento de su expedición, los actos administrativos ilegales que resulten lesivos de sus intereses (antes sólo podían demandarlos después de suscrito el contrato a través de las acciones contractuales, salvo las excepciones vistas). No obstante, esta posición garantista se ve acompañada por un término de caducidad corto, y por la fijación de un límite a la separabilidad de los actos previos, que viene marcado por la celebración del contrato. A partir de la suscripción del mismo los actos precontractuales, unilaterales de la Administración, se hacen inseparables para efectos de su control judicial, de tal manera que sólo pueden atacarse a través de la acción de nulidad absoluta del contrato. "*

<sup>7</sup> Según el artículo 5º de la Ley 142 de 1994, es competencia de los municipios asegurar la prestación del servicio domiciliario de aseo a sus habitantes, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio.

<sup>8</sup> Las áreas de servicio exclusivo son definidas en el artículo 2.3 del Decreto 891 de 2002 "Por el que se reglamento el artículo 9º de la Ley 632 de 2000", de la siguiente manera: "El área geográfica otorgada

La adjudicación de la prestación de tales servicios debe realizarse a través de contratos de concesión, previo agotamiento de un proceso licitatorio público en el que se garantice la competencia y la transparencia<sup>9</sup>, y en dichos contratos se debe precisar el espacio geográfico en el que se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio.

Tampoco existe obligación de los municipios de notificar personalmente a los antiguos prestadores del servicio del acto administrativo mediante el cual se establece un área de servicio exclusivo, por tratarse de un acto de carácter general y no particular. La publicidad de esta decisión se debe efectuar, como se indica en el artículo 43 del C.C.A., mediante su publicación en el diario, gaceta o boletín que los municipios designen para ello, o a través de un periódico de amplia circulación en el territorio de la misma entidad territorial.

En consecuencia, no existe ninguna disposición que ordene que en eventos como el que ocupa a la Sala en esta oportunidad, deba notificarse personalmente a los antiguos operadores del servicio de la decisión de establecer el área de servicio exclusivo o de la apertura de la licitación. Los antiguos operadores, como ya ha sido mencionado, al igual que los demás ciudadanos, deben ser notificados de conformidad con el artículo 43 del C.C.A. y el numeral 3º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

La Sala recuerda que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para reclamar el pago de indemnizaciones, reembolsos o cualquier otra suma de dinero, salvo en casos excepcionales cuando se evidencia la presencia de un perjuicio irremediable<sup>10</sup>, lo que no sucede en el caso bajo estudio, como a continuación se analizará.

Cuarto, ASEO TOTAL E.S.P no acredita la existencia de un perjuicio irremediable que amerite la procedencia excepcional de la tutela.

## **5. Decisión**

La Corte Constitucional resolvió el presente caso en los siguientes términos:

---

*contractualmente por los municipios y distritos a una persona prestadora del servicio público de aseo, mediante licitación pública, en la cual ninguna otra persona prestadora puede ofrecer los servicios y actividades objeto del contrato, durante un tiempo determinado, y cuya finalidad es asegurar la extensión de la cobertura del servicio a los usuarios de menores ingresos".*

<sup>9</sup> De acuerdo con el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001, los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o varios servicios públicos domiciliarios, se rigen en todos sus efectos por la Ley 80 de 1993. Por su parte, el artículo 3º del Decreto 891 de 2002 señala que el establecimiento y otorgamiento de áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio público domiciliario de aseo debe hacerse por medio de contratos de concesión, previa realización de una licitación pública.

<sup>10</sup> Cfr., entre muchas sentencias, T-673 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-815 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-899 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.



- ✓ **REVOCAR** las sentencias proferidas el 8 de junio de 2004, por el Juez Primero Municipal de Yumbo, y el 19 de julio de 2004, por el Juez Séptimo Penal del Circuito de Cali, y, en su lugar, declarar la **IMPROCEDENCIA** del amparo solicitado.
- ✓ Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, las corporaciones de origen harán las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

## **6. Análisis y conclusiones**

De la presente sentencia se tiene que, ninguna empresa por vía de tutela puede subsanar sus omisiones, lo anterior en relación con el caso acá descrito, la empresa ASEO TOTAL E.S.P aun conociendo el proceso de licitación decidió no participar, motivo por el cual no podía seguir realizando la actividad, y pretendía utilizando este mecanismo que le fuere concedido.

Motivo que no se encuentra razón alguna y que sea concordante con los requisitos de la tutela.

Aún dejando claro lo anterior el Alto Tribunal revisó si se configuraron demás requisitos para poder solucionar la controversia, sin embargo, el recurrente no probó la existencia del perjuicio remediable, siendo este la única alternativa que tenía la empresa para que su pretensión estuviera en consonancia con los fines de la tutela.

En esa medida la Corte fue enfática en declarar improcedente la acción, toda vez que existen otros mecanismos para proteger los derechos de la libre empresa, libertad económica y libre competencia entre ellas

En relación con la vulneración al derecho a trabajo, según manifiesta el recurrente, la Corte enfatiza, que el sujeto de la protección son los mismos trabajadores y que ninguno se vinculó al proceso por ser en quienes recaen los fines del Estado, toda vez que la protección recae sobre la persona natural no jurídica.