

Sentencia T-021/05

ACCION DE TUTELA FRENTE A MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Procedencia excepcional como mecanismo subsidiario para evitar un perjuicio irremediable

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para proteger derechos a la libertad económica, libre empresa y libre competencia/DERECHO AL TRABAJO-No existe violación por desconocimiento en la identificación e individualización del titular

CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIO DE ASEO-Procedimiento para establecer área de servicio exclusivo y adjudicación/CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIO DE ASEO-Notificación de la licitación pública mediante aviso/CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIO DE ASEO-Conocimiento oportuno del proceso licitatorio por parte de Empresa de Servicios Públicos

Referencia: expediente T-979461

Peticionario: Aseo Total E.S.P.

Accionados: Alcaldía Municipal de Yumbo y Servigenerales S.A. E.S.P.

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D.C. veinte (20) de enero de dos mil cinco (2005)

La Sala Sexta de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Humberto Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la Sentencia proferida el 19 de julio de 2004, por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali que, a su vez, confirmó el fallo del 8 de junio del mismo año, dictado por el Juzgado Primero Penal Municipal de Yumbo.

I. ANTECEDENTES

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.

1. Hechos

Los hechos que fundamentan la demanda de tutela son relatados por el accionante de la siguiente manera:

a. 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.

a. 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.

a. 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.

a. 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.

a. 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.

a. 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.

a. 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.

a. 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.

1. Argumentos de derecho

Como argumentos de derecho que fundamentan la solicitud de tutela, en la demanda se expone lo siguiente:

a. Manifiesta la accionante que con fundamento en el artículo 336 de la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 estableció la libertad de competencia para la prestación de los servicios públicos domiciliarios. No obstante, indica que la referida Ley también previó la posibilidad de crear áreas de servicio exclusivo, definidas en el artículo 40 ibídem como aquellas en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos, distinta de aquella contratada, pueda ofrecer los mismos servicios, en la misma área, durante un tiempo determinado. El establecimiento de estas áreas, dice la Ley, se justifica en motivos de interés social y en el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos.

a. Señala que a partir de esta disposición legal, la Alcaldía de Yumbo solicitó a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Ambiental (CRA) la verificación de los motivos que permitían el establecimiento de un área de servicio exclusivo para la prestación del servicio de recolección de basuras en su jurisdicción.

a. Expresa que, por su parte, la Ley 632 de 2000 “dispuso las áreas de servicio exclusivo para usuarios residenciales y pequeños productores, mientras que, para los grandes productores reiteró la libre competencia y concurrencia de prestadores de servicios (...)” Por lo tanto, afirma que “es claro que los grandes generadores de residuos están fuera de las áreas de servicios exclusivos, y que éstas sólo comprenden a los usuarios residenciales y pequeños productores” (subraya original).

a. Indica que el Gobierno Nacional, mediante el Decreto Reglamentario 891 de 2002, definió los conceptos de usuarios residenciales y pequeños productores en relación con el servicio de recolección de basuras, y que lo mismo hizo en el Decreto 1713 del mismo año, respecto de los grandes productores.

a. Continúa afirmando que, por su parte, la propia Alcaldía de Yumbo, mediante Decreto 249 de 2003, estableció el contenido y alcance del concepto “servicio domiciliario”, indicando que éste comprende la recolección de residuos sólidos producidos por todos los usuarios residenciales y pequeños generadores.

a. Para terminar, manifiesta que la CRA, en las consideraciones de la Resolución 258 de 2003, por medio de la cual autorizó la creación del área de servicio exclusivo en mención, indicó que dichas áreas sólo se podían asignar para recolección, transferencia y transporte de residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores, no para los residuos producidos por grandes generadores.

De todo lo anterior concluye que el área de servicio exclusivo fue autorizada para la recolección de residuos de origen domiciliario, que son los producidos por usuarios residenciales y pequeños productores, y no para los residuos producidos por grandes generadores, pues estos no están incluidos en la parte resolutive de la Resolución 258 de la CRA. En consecuencia, estima que la Alcaldía de Yumbo y SERVIGENERALES S.A. han dado a tal Resolución una interpretación y un alcance que no tiene, interpretación que resulta vulneratoria de sus derechos fundamentales.

3. Derechos fundamentales desconocidos

La entidad demandante considera que la interpretación errónea de las normas en mención, así como la actuación de la Alcaldía fundada en la misma, desconoce sus derechos fundamentales así:

a. El derecho al debido proceso, pues las comunicaciones que le fueron libradas ordenándole abstenerse de continuar prestando el servicio público de recolección de basuras no son producto de un proceso administrativo o judicial en el que se haya hecho parte.

a. El derecho al trabajo, toda vez que al impedírsele continuar desarrollando su razón social, se verá forzada a despedir a todos sus trabajadores.

a. Los derechos adquiridos, ya que las acciones de las demandadas pretenden desconocer contratos legalmente celebrados entre ASEO TOTAL E.S.P. y sociedades particulares.

a. El derecho a la libertad económica, puesto que la actividad económica lícita que desarrolla se ha visto perturbada por las actuaciones de las accionadas.

a. El derecho a la libre competencia, por cuanto el establecimiento de un área de servicio exclusivo permite el desarrollo de una actividad monopolística en un espacio determinado, monopolio que no podía ser creado sin la indemnización previa de los afectados.

4. Pretensiones de la empresa demandante

Con fundamento en los anteriores hechos y fundamentos de derecho, la empresa demandante solicita (i) que se ordene a las accionadas no obstruir la actividad económica lícita que desarrolla, consistente en la recolección de residuos sólidos de grandes productores del Municipio de Yumbo; y que si lo anterior no fuera posible, (ii) que ordene a la Alcaldía de Yumbo indemnizarla plenamente antes de aplicar la restricción que se deriva del establecimiento del área de servicio exclusivo aludida.

5. Contestación de la demanda

5.1 Alcaldía Municipal de Yumbo

La anterior demanda de tutela fue contestada por la Alcaldía Municipal de Yumbo, en los siguientes términos:

a. Señaló que, en efecto, en el mes de junio de 2003, la Alcaldía de Yumbo solicitó a la CRA la verificación de los motivos que permitirían la inclusión de cláusulas de área de servicio exclusivo en el contrato de concesión que se celebraría para la prestación el servicio público de aseo en su jurisdicción, tal como lo exigen los artículos 40 y 73 de la Ley 142 de 1994, y que dicha autorización le fue provista mediante la Resolución 258 de 2003.

a. Indicó que con la creación del área de servicio exclusivo, el Municipio pretendía lograr un equilibrio entre las contribuciones aportadas por los estratos 5 y 6 comercial e industrial y los subsidios que reciben los estratos 1, 2 y 3, puesto que el sistema que se venía manejando, en el que concurrían un operador para la zona urbana y varios operadores para la zona industrial, no permitía alcanzar el cierre financiero del área.

a. Manifestó que la Resolución 258 de 2003 de la CRA tiene fundamento en lo preceptuado por los artículos 365 de la Constitución Política, 40 de la Ley 142 de 1994 y 9° de la Ley 632 de 20001, en particular en esta última norma de la que “(...) se desprende claramente que la áreas de servicio exclusivo no recaen únicamente en los usuarios residenciales y pequeños productores de residuos, sino que son aplicables para garantizar la recolección de las basuras generadas por éstos, dada la obligación de los municipios y distritos de asegurar la prestación del servicio de aseo (...)”.

a. Agregó que a la misma conclusión se arriba a partir de las definiciones de usuario residencial y de usuario no residencial contenidas en el Decreto Reglamentario 891 de 2002, y de grandes generadores prevista en el Decreto Reglamentario 1713 del mismo año,

definiciones de las que se deduce que el establecimiento de áreas de servicio exclusivo que incluyan a los grandes productores de residuos no carece de soporte normativo.

a. Expresó que es claro que la Resolución 258 de 2003 de la CRA comprende también los residuos producidos por los grandes generadores de área industrial de Yumbo, como fue señalado en el Concepto No. 0742 de la CRA, del 15 de marzo de 2004 y en el Concepto SSPD-OJ-2004-128 de 2003 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

a. Sostuvo que el Decreto 1713 de 2002 define (i) el servicio ordinario de aseo como la modalidad de prestación de servicio público domiciliario de aseo para residuos sólidos de origen residencial y para otros residuos que puedan ser manejados de acuerdo con la capacidad de la entidad prestadora del servicio, y que no corresponden a ninguno de los tipos de servicios definidos como especiales; (ii) el servicio público domiciliario de aseo como aquél descrito como servicio ordinario, y (iii) la recolección industrial y comercial como la recolección de residuos sólidos ordinarios producidos por las actividades industriales y comerciales que, por lo tanto, pertenece al servicio de aseo ordinario. De estas definiciones, la Alcaldía de Yumbo afirmó se concluye que la zona de prestación exclusiva del servicio de aseo comprende los residuos producidos por los grandes generadores por estar inmersos dentro del servicio ordinario de aseo, que es el mismo servicio público domiciliario de aseo y del que hacen parte los usuarios residenciales, industriales y comerciales.

a. Señaló que el procedimiento de establecimiento y adjudicación del área de prestación exclusiva del servicio de aseo se ajustó a lo previsto por la normativa vigente.

a. Adujo que, en tanto la adopción del área de prestación exclusiva del servicio de aseo tuvo la finalidad de lograr que éste fuera autosostenible, para así liberar los recursos que el Municipio venía comprometiendo para suplir la ineficiencia económica generada por el esquema de libre competencia y por el incumplimiento de algunos operadores - como ASEO

TOTAL – en el pago de las contribuciones destinadas a cubrir los subsidios otorgados a los estratos 1, 2 y 3, los contratos privados celebrados por los antiguos operadores deben ceder ante el interés general del Municipio de Yumbo. Al respecto, la Alcaldía agregó que el no cobro de la contribución destinada a subsidiar los estratos 1, 2 y 3 por parte de los antiguos operadores del servicio de aseo en la zona industrial, llevó a que estos pudieran ofrecer tarifas muy por debajo de las legales, trasladando la obligación del pago del subsidio al Municipio.

a. Por ultimo, indicó que no existe un perjuicio irremediable porque a pesar del establecimiento del área de servicio exclusivo, la sociedad tutelante sigue desarrollando ilegalmente la referida actividad.

De todo lo anterior, la Alcaldía de Yumbo concluyó que el alcance del área de servicio exclusivo cuestionada cobija los grandes productores de residuos sólidos, esto es, los de la zona industrial de su jurisdicción, y que en la licitación por medio de la cual se adjudicó la prestación del servicio de aseo en dicha zona, no se violó ningún derecho de la peticionaria.

5.2 SERVIGENERALES S.A. E.S.P.

Por su parte, la empresa SERVIGENERALES S.A. E.S.P. se opuso a las pretensiones de la demanda de tutela, por las razones que siguen:

a. Porque afirma que no es cierto que no se pueda constituir un área de servicio exclusivo de recolección de basuras que incluya los usuarios no residenciales grandes generadores, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1713 de 2002.

a. Porque los denominados “II. HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES” relacionados en la demanda, en realidad constituyen conductas legítimas de SERVIGENERALES S.A. E.S.P., adelantadas en virtud del contrato de concesión celebrado con el Municipio de Yumbo. Al respecto, señala que la tutela no procede contra conductas legítimas de los accionados.

a. Porque la empresa actora fue notificada en forma previa, expresa y oportuna sobre su obligación de abstenerse de seguir prestando el servicio de aseo en el Municipio de Yumbo, de manera que nunca fue violado su derecho al debido proceso.

a. Finalmente, porque los demás supuestos derechos lesionados invocados por la accionante, en realidad constituyen “situaciones de carácter legal y reglamentario”.

Concluye entonces que el accionante no puede pretender que se proteja a través de la acción de tutela, una actividad que es manifiestamente ilegal.

6. Decisiones de instancia

6.1 Primera instancia

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

a. Que el Municipio de Yumbo se ciñó a las normas que regulan la creación de áreas de servicio exclusivo, en tanto su finalidad fue extender el servicio público de aseo a los sectores más marginados de la sociedad.

a. Que el Municipio de Yumbo en ningún momento vulneró el derecho al debido proceso de la sociedad actora, pues una vez fue autorizada la creación del área de servicio exclusivo, procedió a realizar una licitación pública para adjudicar la prestación del servicio de aseo, licitación en la que ASEO TOTAL no quiso participar.

a. Que en virtud del principio de lealtad, ASEO TOTAL debía haberle informado a sus usuarios particulares que se estaba llevando a cabo una licitación para adjudicar la prestación exclusiva del servicio de aseo y que, por fuerza mayor, no podría seguir ejecutando los contratos, de manera que si la demandante no cumplió con este deber, la terminación de los contratos a los que alude es su responsabilidad.

a. Por último, que como fue señalado por la Superintendencia de Servicios Públicos, no hay lugar a reclamar indemnización alguna por parte de ASEO TOTAL, pues ésta no tiene ninguna clase de derechos adquiridos.

En suma, el a quo concluyó que si el representante legal de ASEO TOTAL E.S.P. conoció de la apertura de la licitación y no quiso participar en ella, ahora no puede alegar vía tutela la violación de los derechos de su representada, por cuanto la empresa fue la que no quiso hacer uso de las oportunidades que se le brindaron para concursar por la adjudicación del contrato de concesión con cláusula de servicio exclusivo.

6.2 Impugnación

El apoderado de ASEO TOTAL E.S.P. impugnó el fallo de primera instancia argumentando:

a. Que el juez de primera instancia no se pronunció sobre la indemnización previa a la que tiene derecho, cuando en la demanda de tutela se demostró que desarrolla una actividad económica lícita y que no puede ser privada de ésta sin ser indemnizada.

a. Que tampoco tuvo en cuenta que el Decreto Municipal 249 de 2003, al definir el servicio domiciliario de recolección de basuras, no lo extendió a los grandes productores de residuos.

a. Que no es cierto que la libre competencia en la prestación del servicio rige mientras el

Municipio pueda prestarlo, toda vez que, de conformidad con la Constitución y la Ley 142 de 1994, la libre competencia es un principio que rige la prestación de los servicios públicos.

a. Que no está probado que las empresas que antiguamente prestaban el servicio de aseo no hacían los aportes que les correspondían al Fondo de Solidaridad municipal, ni que los recursos con los que contaba el Municipio fueran insuficientes para subsidiar la prestación del servicio. Al respecto, indica que los procedimientos de recaudo de los mencionados aportes, así como las sanciones por su incumplimiento, no pueden ser motivación válida para el establecimiento de un área de servicio exclusivo.

a. Que no se puede sostener que los contratos de derecho privado celebrados por ASEO TOTAL con terceras personas a partir del ejercicio de una actividad lícita, no representan situaciones jurídicas consolidadas o derechos adquiridos, bajo el argumento de que la citada empresa no participó en el proceso licitatorio.

6.3 Fallo de segunda instancia

El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali, en Sentencia del 19 de julio de 2004, confirmó el fallo de primera instancia por estimar que, en efecto, no se había vulnerado ningún derecho fundamental de la firma tutelante y, por otra parte, que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para reclamar la indemnización a la que alude ASEO TOTAL S.A.

7. Pruebas

7.1 Aportadas por la parte demandante

a. Copia del aviso de prensa publicado el 12 de diciembre de 2003, por la Alcaldía de Yumbo, informando a la ciudadanía: (i) que la CRA había autorizado la creación de un área de servicio exclusivo en el Municipio para la prestación del servicio de recolección, transferencia y transporte de residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores,

residuos patógenos y peligrosos, y para la limpieza integral de vías, áreas y elementos que componen el amoldamiento urbano público; (ii) que, en consecuencia, el Municipio de Yumbo había dado inicio a la licitación pública No. MY007 de 2003 para la concesión del la prestación del servicio, licitación que se adjudicó a la firma SERVIGENERALES S.A ESP; (iii) que adjudicada la licitación, se procedió a la suscribir el contrato de concesión No. 441 de 2003 con la referida sociedad, por un término de 8 años; y (iv) que los usuarios del servicio no residenciales podrían seguir utilizando los servicios de los actuales prestadores hasta el 5 de enero de 2004, por cuanto a partir del 5 de enero del mismo año, SERVIGENERALES S.A. ESP empezaría a operar como prestador único del servicio.

a. Copia de la circular enviada el 12 de diciembre de 2003, por la Alcaldía Municipal de Yumbo, a los usuarios residenciales y no residenciales (industriales, comerciales y oficiales) del servicio público de aseo, notificándoles que en virtud de la creación de un área de servicio exclusivo en el Municipio para la prestación del referido servicio, sólo podrían seguir utilizando los servicios de los actuales operadores hasta el 5 de enero de 2004, fecha a partir de la cual la firma SERVIGENERALES S.A. ESP asumiría la labor.

a. Carta enviada el 29 de diciembre de 2003, por el Coordinador General de Servicios Públicos del Municipio de Yumbo, al Gerente de ASEO TOTAL E.S.P., indicándole que la empresa sólo podría seguir prestando el servicio de aseo hasta el 5 de enero de 2004.

a. Copia de la carta enviada el 6 de enero de 2004, por la Directora Comercial de SERVIGENERALES S.A. E.S.P., al Gerente de ASEO TOTAL E.S.P., solicitándole abstenerse de seguir prestando el servicio de aseo en el Municipio de Yumbo.

a. Copia de la licencia sanitaria otorgada por la Secretaría del Salud del Valle a ASEO TOTAL E.S.P., con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2002.

a. Copia de la certificación expedida el 25 de septiembre de 2003, por el Municipio de Yumbo, informando “[q]ue la empresa ASEO TOTAL E.S.P., cuya actividad económica es: recolectar, transportar y disponer residuos sólidos, está cumpliendo con los requisitos exigidos por las autoridades ambientales y que hasta la presente este despacho no ha registrado que la empresa en su sitio de operación está causando acciones de impacto ambiental”.

a. Copia del acta de visita No. 0887 de la Secretaría Municipal de Salud de Yumbo, de fecha 21 de noviembre de 2002, en la que consta que al momento de la visita a la empresa ASEO TOTAL E.S.P., “(...) SE CONSTATÓ QUE EL ESTABLECIMIENTO SÍ CUMPLE CON LAS CONDICIONES HIGIÉNICO - LOCATIVAS Y TÉCNICO - SANITARIAS PARA SU FUNCIONAMIENTO SEGÚN LAS NORMAS SANITARIAS VIGENTES”.

a. Copia de la Resolución No. 066 de 2004 de la Alcaldía de Yumbo “Por medio de la cual se resuelve amparo policivo para la empresa prestadora del servicio público de aseo en el Municipio de Yumbo, SERVIGENERALES S.A. (Ley 142 de 1994 Art.29)”. En dicho documento se indica que a pesar del establecimiento del área de servicio exclusivo para la prestación del servicio de aseo en el Municipio, los operadores EMISIRVA S.A ESP, ASEO TOTAL Y/O ASEO TOTAL INDUSTRIAL ESP, INGENIERÍA AMBIENTAL Y PROAMBIENTALES S.A. ESP siguieron desarrollando la actividad de recolección y transporte de residuos sólidos ordinarios.

a. Copia del recurso de reposición interpuesto por ASEO TOTAL E.S.P. contra la Resolución No. 066 2004 de la Alcaldía de Yumbo.

a. Copia de la carta enviada el 2 de enero de 2004, por ASEO TOTAL E.S.P., al Alcalde de Yumbo, manifestándole su desacuerdo con el contrato celebrado entre el Municipio y la firma SERVIGENERALES S.A. E.S.P., por ocasionar un daño antijurídico a las sociedades que prestan el servicio de aseo en el área.

a. Copia del listado de clientes de la firma ASEOTOTAL S.A. E.S.P.

a. Copia del Decreto 249 de 2003, expedido por el Alcalde Municipal de Yumbo “Reglamento para la prestación del servicio público de Aseo Municipio de Yumbo”.

7.2 Aportadas por la parte demandada

a. Copia de oficio del 16 de junio de 2003, enviado por el Alcalde de Yumbo, al Director Ejecutivo de la CRA, solicitando “la verificación de motivos que permitan incluir cláusulas de áreas de servicio exclusivo” en el contrato que el Municipio celebraría para la prestación del servicio de aseo.

a. Copia del oficio enviado el 20 de agosto de 2003, por el Alcalde de Yumbo, al Director Ejecutivo de la CRA, solicitando algunas aclaraciones sobre la solicitud de verificación de motivos que permitan incluir cláusulas de áreas de servicio exclusivo en el contrato que el Municipio celebraría para la prestación del servicio de aseo.

a. Copia del “Estudio de factibilidad técnica, económica y financiera para el establecimiento de un área de servicio exclusivo en el Municipio de Yumbo”.

a. Copia del pliego de condiciones y su anexos de la licitación MY 007-2003.

a. Copia del “Acta de audiencia aclaratoria de pliego de condiciones licitación MY 007 – 2003” para la prestación integral del servicio público de aseo en el Municipio de Yumbo.

a. Copia de la carta enviada el 14 de noviembre de 2003, por PROACTIVA DE COLOMBIA S.A., a la Alcaldía de Yumbo, expresando su imposibilidad de participar en la licitación MY 007-2003, por la “intransigente” actitud del Municipio consistente en conservar e introducir algunas exigencias irrazonables y varias ambigüedades en el pliego de condiciones.

a. Copia de la carta enviada el 12 de noviembre de 2003, por el Alcalde de Yumbo, a SERVIGENERALES S.A. E.S.P, dando respuesta al comunicado enviado por esta última, el 10 de noviembre de 2003.

a. Copia del comunicado enviado el 7 de noviembre de 2003, por el Alcalde de Yumbo, a la firma ASEO TOTAL E.S.P. informándole su negativa ante la solicitud de revocar la apertura de la licitación MY-007-2003.

a. Copia del comunicado enviado el 7 de noviembre de 2003, por el Alcalde de Yumbo, a la firma ASEO TOTAL E.S.P., informándole su negativa ante la solicitud de indemnización presentada.

a. Copia del Acuerdo 028 de 2003 del Concejo Municipal de Yumbo, mediante el cual se autoriza al Alcalde para contratar el servicio integral de aseo.

a. Copia del Acuerdo 042 de 2003 del Concejo Municipal de Yumbo, en el que se prorroga hasta el 31 de diciembre de 2003 la autorización dada al Alcalde para contratar la prestación del servicio integral de aseo.

a. Copia del memorial presentado el 29 de octubre de 2003, por el representante legal de ASEO TOTAL E.S.P., ante la Alcaldía de Yumbo, solicitando la revocatoria de la Resolución mediante la cual se abrió la licitación MY-007-2003.

a. Copia del aviso de prensa por medio del cual la Alcaldía de Yumbo informó a la ciudadanía la apertura de la licitación MY-007-2003.

a. Copia del certificado expedido por el Profesional Especializado en Informática y la Auxiliar Administrativa de la Alcaldía de Yumbo, en el que consta que desde el 15 de octubre de 2003, se publicó en la página web del Municipio el pliego de condiciones de la licitación MY-007-2003.

a. Copia de la Resolución 437 de 2003 del Alcalde de Yumbo, por medio de la cual se ordena la apertura de la licitación pública MY-007-2003.

a. Copia de la constancia de fijación en el Despacho de la Alcaldía Municipal de Yumbo de la Resolución No. 437 de 2003, "Por la cual se ordena la apertura de la licitación pública No. MY-007-2003, prestación del servicio público domiciliario de aseo en el Municipio de Yumbo".

a. Copia de la comunicación enviada el 14 de octubre de 2003, por el abogado de las firmas ASEO TOTAL E.S.P. y ASEO TOTAL INDUSTRIAL E.S.P., a la Alcaldesa de Yumbo, solicitándole que antes de abrir la licitación para la concesión de la prestación exclusiva del servicio de aseo en el Municipio, indemnizara a las referidas empresas.

a. Copia del Acuerdo 031 de 2003 del Concejo Municipal de Yumbo, "Mediante el cual se conceden facultades a la Alcaldesa de para reglamentar el servicio de aseo en el Municipio

de Yumbo”.

a. Copia de la Resolución 258 de 2003 de la CRA “Por la cual se decide la solicitud de verificación de motivos que permitan la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que suscriba el Municipio de Yumbo – Valle, para conceder el servicio público de aseo”.

a. Copia del concepto SSPD-OJ-2004-128, emitido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en respuesta a la de consulta enviada por el Municipio de Yumbo sobre los “(...) mecanismos que prevé la legislación de servicios para que una empresa que venía prestando el servicio público de aseo en un área declarada de servicio exclusivo, pueda ser obligada a salir del área y si en este caso debe ser indemnizada previamente por considerar que esa empresa ha sido privada del ejercicio de una actividad lícita” y sobre “(...) la delimitación del tipo de residuos y usuarios que incluyó la Resolución CRA 258 de 2003 en el área de servicio exclusivo de Yumbo y si los residuos sólidos producidos por los grandes generadores están incluidos dentro del área”.

a. Copia del oficio CRA-OJ 0742 de 2004 de la CRA, en el que se da respuesta a la consulta elevada por el Municipio de Yumbo sobre “[s]i la normatividad que contempla el establecimiento y regulación de Áreas de Servicio de Servicio (sic) Exclusivo posibilita la exclusión física e inmediata de las empresas que con anterioridad al contrato de concesión No. 441 de diciembre 01 de 2003 venían prestando el servicio de aseo en jurisdicción del municipio de Yumbo, sin que medie previa indemnización”.

a. Copia del contrato No. 441 del 1º de diciembre de 2003 “Concesión con área de exclusividad para la prestación del servicio de aseo en el Municipio de Yumbo”, celebrado entre el Municipio de Yumbo y la firma SERVIGENERALES S.A. E.S.P.

a. Copia de la Resolución 516 del 28 de noviembre de 2003 “Mediante la cual se adjudica la licitación MY-007-2003 CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ASEO MUNICIPIO DE YUMBO (VALLE DEL CAUCA)”.

a. Copia del acta de la audiencia de adjudicación de la licitación pública MY-007-2003 del Municipio de Yumbo.

7.3 Practicadas durante el proceso

a. Acta de la diligencia de declaración rendida por Gonzalo Perdomo Cabrera, Secretario General y Coordinador de Servicios Públicos del Municipio de Yumbo, el 1º de junio de 2004.

b. Acta de la diligencia de rectificación rendida por Oscar Eliseo Payan Delgado, representante legal de ASO TOTAL E.S.P., el 1º de junio de 2004.

c. Copia del acta de la diligencia de declaración rendida por William Pérez Castañeda, antiguo Secretario General y Coordinador General de Servicios Públicos del Municipio de Yumbo, el 3 de junio de 2004.

d. Copia del acta de la diligencia de declaración rendida por Tulio Eduardo Sarmiento Romero, representante legal de la firma SERVIGENERALES S.A E.S.P., el 4 de junio de 2004.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Esta Sala de Revisión es competente para revisar las sentencias proferidas el 19 de julio de 2004, por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali y el 8 de junio del mismo año, por el Juzgado Primero Penal Municipal de Yumbo, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y el Decreto 2591 de 1991.

1. Procedencia de la acción de tutela

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.

ASEO TOTAL E.S.P. afirmó no contar con un medio de defensa judicial distinto de la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales, por cuanto, señaló, no existe ninguna acción que pueda detener la ejecución del contrato en el que se incluyeron las cláusulas de área de servicio exclusivo de aseo y por medio de la cual pueda exigir la indemnización a la que tiene derecho, ante la aplicación de las medidas monopolísticas.

No obstante lo anterior, solicitó al juez que si llegaba a considerar que existía otro medio de defensa judicial, accediera al amparo constitucional de manera transitoria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

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.² 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.”³

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.⁴

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, 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.⁵

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 mismo⁶, 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.

En efecto, el inciso segundo del artículo 87 del C.C.A. establece:

“Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.”

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.⁷

Al respecto, el Consejo de Estado ha expresado:

“En este sentido y para la procedencia de la causal de nulidad contemplada en el ord 4° del art. 44 de la mencionada ley, habrá que aceptar que ciertos actos previos a la celebración del contrato podrán demandarse, por cualquier persona, en acción de simple nulidad (art 84 del c.c.a.). En este sentido ya la jurisprudencia de la sala ha aceptado la viabilidad de esta clase de acción frente a actos como los de apertura de una licitación o concurso y de adopción de pliegos de condiciones. Asimismo ha tramitado acciones de simple nulidad contra los actos de la asambleas o concejos que autorizan a los gobernadores o alcaldes para la celebración de ciertos contratos.”⁸ (subraya fuera del texto)

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, no sólo se abstuvo de iniciar las acciones pertinentes sino que, además, de manera voluntaria, decidió no participar en la licitación adelantada.

En este punto es preciso recordar el procedimiento que debe surtir para el establecimiento de un área de servicio exclusivo y para la adjudicación del contrato de concesión en el que se incluyan cláusulas de esta naturaleza:

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 municipios⁹ pueden establecer, mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas¹⁰ 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.

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 transparencia¹¹, 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.

Sin embargo, para que una entidad territorial pueda establecer un área de servicio exclusivo, según el párrafo primero del artículo 40 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 4º del Decreto 891 de 2002, ésta debe, antes de dar inicio a la respectiva licitación pública, solicitar a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico CRA, la verificación de los

motivos que permiten la creación de este tipo de áreas, a partir de estudios que demuestren que el establecimiento de las mismas constituye el mecanismo más apropiado para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos.¹²

El concepto que brinda la CRA a los municipios y distritos es de carácter consultivo, toda vez que la decisión final sobre la creación del área de servicio exclusivo corresponde a la entidad territorial, de lo que se desprende que no existe obligación de la CRA de vincular a los antiguos prestadores del servicio, al proceso de verificación de las condiciones exigidas para el establecimiento del área.

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.

Por su parte, la licitación pública que se adelante para la adjudicación del contrato de concesión donde se incluyan cláusulas de área de servicio exclusivo, debe darse a conocer a los antiguos operadores del servicio, al igual que al resto de ciudadanos, través de los mecanismo previstos por el numeral 3º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993¹³.

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.

Por otra parte, existen pruebas suficientes que demuestran que ASEO TOTAL E.S.P. conoció oportunamente de los actos administrativos aludidos, tal como se desprende (i) de la certificación sobre la publicación del pliego de condiciones de la referida licitación en la página web del Municipio, (ii) de los avisos fijados en las oficinas de la Alcaldía, y (iii) de los memoriales enviados por el representante legal de ASEO TOTAL E.S.P. a la Alcaldía de

Yumbo, los días 14 y 29 de octubre de 2003 – estando en curso la oportunidad para presentar propuestas dentro del proceso licitatorio – solicitando, por una parte, que antes de que se diera inicio a la licitación, se indemnizara plenamente a la empresa por privarla del ejercicio de una actividad económica lícita, y, por otra, la revocatoria de la Resolución 437 de 2003 por medio de la cual se ordenó la apertura de la licitación.

En este orden, ASEO TOTAL no puede alegar el desconocimiento de tales actos para excusar la falta de ejercicio de las acciones referidas, ya que es claro, en primer lugar, que no era necesaria la notificación personal y, en segundo lugar, que en todo caso conoció oportunamente de su existencia.

En cuanto a la indemnización de perjuicios solicitada, la actora también cuenta con otro mecanismo judicial, cual es la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A. para la reparación de los daños causados por cualquier hecho, omisión, operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o cualquier otra causa por parte de la Administración.¹⁴

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 irremediable¹⁵, lo que no sucede en el caso bajo estudio, como a continuación se analizará.

Cuarto, que no fue acreditada la existencia de un perjuicio irremediable que amerite la procedencia excepcional de la tutela, como se infiere de los siguientes hechos:

En primer lugar, ASEO TOTAL E.S.P. es una sociedad con sede principal en la ciudad de Bogotá y con sucursales en varias ciudades y municipios del país – como el Municipio de Yumbo –, como puede observarse en su certificado de existencia y representación (fols. 2 y 3 cuaderno principal), hecho que pone en duda el argumento de que como consecuencia de la suscripción del contrato cuestionado, tendrá que ser liquidada.

En segundo lugar, la sociedad accionante siguió prestando el servicio de recolección de basuras en el área industrial de Yumbo hasta, por lo menos, el 19 de mayo de 2004, fecha en la que se hizo efectiva la querrella policiva promovida por SERVIGENERALES S.A. en su contra, con el fin de que se abstuviera de seguir desarrollando la actividad aludida. Este hecho se

infiere, por ejemplo, de las afirmaciones de la representante legal de la tutelante.

En suma, la Sala encuentra que, contrario a lo manifestado por ASEO TOTAL E.S.P., ésta cuenta con otros medios de defensa judicial idóneos y eficaces para la protección de los derechos que invoca, idoneidad que no se puede desvirtuar con el simple argumento del largo tiempo que tarda su resolución, más cuando no se encuentra acreditada la existencia de un perjuicio irremediable.

Por las razones anteriores, la Sala revocará las sentencias revisadas y, en su lugar, declarará la improcedencia de la acción instaurada por ASEO TOTAL E.S.P.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO: 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.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

1 Ley 632 de 2000. “Artículo 9°. Esquemas de prestación del servicio público domiciliario de aseo. Para la prestación de las actividades de recolección y transporte de los residuos ordinarios de grandes generadores, así como las de reciclaje, tratamiento, aprovechamiento, disposición final de los residuos y operación comercial, los municipios y distritos, responsables de asegurar su prestación, podrán aplicar el esquema de la libre competencia y concurrencia de prestadores del servicio, en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional.

Para las actividades de recolección, transferencia y transporte de residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores, residuos patógenos y peligrosos, y para la limpieza integral de vías, áreas y elementos que componen el amoblamiento urbano público, los municipios y distritos deberán asegurar la prestación del servicio, para lo cual podrán asignar áreas de servicio exclusivo, mediante la celebración de contratos de concesión, previa la realización de licitación pública, procedimiento con el cual se garantizará la competencia.

Parágrafo. Corresponde al Gobierno Nacional definir la metodología a seguir por parte de los municipios y distritos para la contratación del servicio público domiciliario de aseo.”

2 Cfr. sentencias T-057 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-815 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis

3 Sentencia T-1316 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny.

4 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.

5 Cfr. SU-157 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-615 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

6 Cfr. Sentencia T-440 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

7 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.

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. ”

8 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de agosto de 1997, radicación No. 13495, C.P. Carlos Betancour Jaramillo.

9 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.

10 Las áreas de servicio exclusivo son definidas en el artículo 2.3 del Decreto 891 de 2002 “Por el que se reglamenta el artículo 9º de la Ley 632 de 2000”, de la siguiente manera: “El área geográfica otorgada 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”.

11 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.

12 El artículo 5º del Decreto 891 de 2002 dispone que los municipios y distritos deben, como mínimo, demostrar ante la CRA:

“5.1 Que los recursos disponibles en un horizonte de mediano y largo plazo no son suficientes para extender la prestación del servicio de aseo a los usuarios de menores ingresos y que con el otorgamiento del área se obtendrá el aumento de cobertura a dichos usuarios, sin desmejorar la calidad del servicio.

5.2 Que la constitución del área de servicio exclusivo propuesta producirá economías y eficiencias asignativas en la operación que permitirán, con los recursos disponibles, llevar o subsidiar el servicio a dichos usuarios.

5.3 Que las zonas que se declaren como áreas de servicio exclusivo serán financiera e institucionalmente viables teniendo en cuenta los niveles de subsidio otorgados y los montos de contribuciones con que cuente el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del respectivo Municipio o Distrito.”

13 Esta norma dispone: “3. Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación o concurso se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad o, a falta de estos, en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión.

Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación o concurso.”

14 Cfr. Sentencia T-815 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

15 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.