



situación concreta, se hace necesaria cuando se toma en serio la finalidad social del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y se pretende impedir que, por la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios de ellos.

#### PRINCIPIO DE PONDERACION-Colisión entre derechos constitucionales

En el caso de colisión entre derechos constitucionales, corresponde al juez llevar a cabo la respectiva ponderación. Mediante ésta, se busca un equilibrio práctico entre las necesidades de los titulares de los derechos enfrentados. La consagración positiva del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, elevó a rango constitucional la auto-contención de la persona en el ejercicio de sus derechos. La eficacia constitucional de este deber, en consecuencia, exige de los sujetos jurídicos un ejercicio responsable, razonable y reflexivo de sus derechos, atendiendo a los derechos y necesidades de las demás y de la colectividad.

#### LIBERTAD DE EMPRESA-Límites/ESTABLECIMIENTO COMERCIAL-Cercanía a estación de gasolina

Si se toma en cuenta la cercanía del establecimiento comercial con la estación de gasolina, la venta de licor y cigarrillos para ser consumidos en el lugar, y el interés de la demandada en mantener su clientela, el ejercicio que ésta hace de sus derechos constitucionales no está exento de efectos hacia terceros. La actividad empresarial de la demandada genera un riesgo claro e inminente que amenaza no sólo el derecho a la vida del demandante, sino también otros bienes y derechos suyos, así como los de los demás miembros de la colectividad. El derecho a la libertad de empresa de la demandada, colisiona con el derecho a la vida, a la libertad de empresa y a la propiedad del demandante. En el ejercicio de su derecho a la libertad de empresa, la demandada genera un riesgo difuso e incontrolable, que traslada a su vecino y a la colectividad, consistente en suministrar bebidas alcohólicas y cigarrillos que son consumidos, sin las debidas precauciones, en un lugar cercano al depósito de combustibles, aledaño. Justamente, por la carencia de instalaciones adecuadas y las costumbres de su clientela.

#### DERECHO A LA VIDA-Explosión de tanques de gasolina

El riesgo de que se produzca una explosión de los tanques de gasolina - lo cual es altamente probable -, y se vulneren los derechos a la vida, a la propiedad o a la empresa del demandante, de vecinos del sector e, incluso, de la misma demandada, es mayor que la posibilidad de una reducción de su clientela como consecuencia de la prohibición de consumir el licor y los cigarrillos en el lugar, dada la vecindad con la estación de gasolina y la existencia de las mencionadas prácticas. De conformidad con el principio de armonización concreta, se observa que el derecho a la libertad de empresa - que de suyo tiene una función social y supone responsabilidades -, debe soportar una limitación, con miras a eliminar el riesgo que, para los derechos del actor y de otras personas, genera su ejercicio en las actuales circunstancias.

#### ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Afectación del interés de la comunidad/INTERES COLECTIVO-Explosión de tanques de gasolina

La generación y transferencia del riesgo de vender licor y cigarrillos con miras a su consumo inmediato al lado de una estación de gasolina, y la negativa a adoptar medidas razonables para controlarlo, constituyen una conducta que afecta grave y directamente el interés colectivo y que, por lo tanto, justifica la interposición de la acción de tutela en contra del particular responsable de dicha situación.

#### INDEFENSION/AUTORIDAD DE POLICIA-Ineficiencia

La inactividad de las autoridades administrativas de policía, consistente en no controlar el expendio y consumo de licor y cigarrillos en la vecindad de una estación de gasolina, pese al riesgo objetivo que esta situación representa para la seguridad y salubridad públicas, coloca al demandante en una situación de indefensión.

#### NULIDAD PROCESAL POR FALTA DE NOTIFICACION-Saneamiento

No obstante, la mencionada nulidad quedó saneada mediante la intervención oportuna en el proceso de la parte afectada. La señora interpuso recurso de apelación contra el fallo condenatorio de primera instancia, logrando su revocatoria en segunda instancia, razón por la cual no puede afirmarse que sus derechos constitucionales hayan sido vulnerados. Es evidente que la nulidad procesal por falta de notificación quedó saneada por la propia actuación de la demandada, por lo que no se justifica la declaratoria de nulidad del trámite

de tutela en sede de revisión.

SEPTIEMBRE 26 DE 1995

Ref.: Expediente T-72178

Peticionario: AUGUSTO VARGAS SAENZ

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Temas:

-Principio de armonización concreta de derechos constitucionales

-Libertad de empresa y abuso de los derechos constitucionales

-Acción de tutela contra particulares

-Condiciones de procedencia

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela T-72178, promovido por AUGUSTO VARGAS SAENZ contra ANAIS MORENO DE ALZATE.

## ANTECEDENTES

1. AUGUSTO VARGAS SAENZ, propietario de la estación de servicio “Esso” en la ciudad de Tunja, interpone acción de tutela contra ANAIS MORENO DE ALZATE, con el objeto de que le sean protegidos los derechos a la vida, a la paz y al trabajo (C.P., arts. 11, 22 y 25). Los siguientes son los hechos en que basa la presunta vulneración de sus derechos fundamentales:

1.1. La demandada ANAIS MORENO DE ALZATE tiene un establecimiento comercial denominado “SURTILICORES 24 HORAS”, que colinda con la estación de servicio “ESSO” de propiedad del demandante. La mencionada señora, expende licores durante todo el día.

1.2. Los consumidores del licor vendido por la demandada tienen por costumbre, especialmente en horas de la noche, consumirlo enfrente del establecimiento comercial y al lado de la estación de gasolina.

1.3. Como grave e inminente amenaza contra sus derechos a la vida, a la paz y al trabajo, así como los derechos de sus empleados, acusa el demandante:

” ... la conducta de los compradores y consumidores de licor vendido por ANAIS MORENO DE ALZATE, consistente en utilizar el surtidor de “Bencina” y la zona aledaña, como baño u orinal junto al cual prenden cigarrillos, los fuman y apagan o dejan prendidos en el piso, poniendo en peligro no solamente al propietario sino a todos los moradores del sector, dado el altísimo grado de inflamabilidad de los surtidores ... ” y la posibilidad de ocasionar una explosión con consecuencias impredecibles e incalculables”.

En relación con la amenaza del derecho a la paz, manifiesta que los compradores y consumidores del licor vendido por la demandada escuchan música a alto volumen y protagonizan escándalos que han obligado a la intervención de la fuerza pública. Las agresiones verbales y físicas contra los operarios de la estación de servicio por parte de los compradores embriagados, atentan contra su derecho al trabajo.

1.4. Las autoridades de policía no han podido controlar la acción de los embriagados consumidores del licor que vende la demandada.

2. El actor pretende que se ordene a la señora ANAIS MORENO DE ALZATE abstenerse de

suministrar licores y cigarrillos para ser consumidos en el andén ubicado frente al establecimiento de comercio “SURTILICORES 24 HORAS” y que corre paralelo a la estación de servicio “ESSO”.

3. A petición del demandante, el Tribunal Administrativo de Boyacá, que asumió el conocimiento de la acción de tutela, recibió declaración juramentada a los señores CLEMENTE PIRACOCA GUTIERREZ y VICTOR JULIO QUINTERO FLOREZ, operarios de la estación de servicio “ESSO” de propiedad del demandante, quienes confirmaron la versión de los hechos presentada por éste.

3.1. En su declaración ante el juzgado de tutela, CLEMENTE PIRACOCA manifiesta que trabaja como expendedor de gasolina aproximadamente hace un año en la estación de servicio. Anota que “cuando hay harta gente por la noche el establecimiento vecino cierra a las cuatro o cinco de la mañana” (...). Los compradores de licor - afirma - “sacan la botella de aguardiente y se ponen a tomar ahí en los surtidores, y tomando, fuman cigarrillo, prenden los fósforos y no les importa nada, como si fuera cualquier parte”. Sostiene que ya borrachos, vomitan y generan desorden, y cuando les llama la atención le regañan, diciéndole que ese sitio es público, y amenazan con pegarle.

3.2. Por su parte, VICTOR JULIO QUINTERO declara que labora igualmente en la estación de gasolina desde hace más de tres años. Expresa que se han venido presentando problemas con la señora de SURTILICORES, ya que los compradores de licor lo ingieren fuera de su establecimiento, ahí hacen sus necesidades físicas y fuman al lado del surtidor de bencina. Manifiesta que el dueño de la estación elevó queja ante la propietaria del local y le solicitó la colocación de un orinal en el establecimiento. Informa que bajo el suelo se encuentran enterrados cuatro tanques de aproximadamente cinco mil galones de gasolina cada uno. A su juicio, el riesgo de una explosión se incrementa porque no es sólo una persona la que fuma, sino que “son varios que llegan ahí a prender al lado del surtidor y al raspar el fósforo al lado del surtidor, y eso sí es peligroso”.

4. El Comandante de la Primera Estación de Policía de Tunja, Capitán CESAR FERNANDO GRANADOS ABAUNZA, mediante oficio No. 046/YDTUN del 22 de marzo de 1995, dio respuesta a la solicitud de información sobre las actividades policivas adelantadas. En él precisa que ninguna operación relativa a “SURTILICORES 24 HORAS”, aparece registrada en

los libros de esa institución.

5. El Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala Plena, mediante sentencia de marzo 28 de 1995, tuteló el derecho a la vida del peticionario y, en consecuencia, ordenó a la propietaria del establecimiento SURTILICORES 24 HORAS se abstuviera de vender licores que fueran a ser consumidos en las inmediaciones de su establecimiento. Adicionalmente, impuso a la autoridad de policía el deber de velar por el cumplimiento de lo ordenado.

5.1. El Tribunal de tutela considera procedente la acción de tutela por estar dirigida contra un particular cuya conducta afecta grave y directamente el interés colectivo (C.P., art. 86 inciso 5).

En su concepto, para que proceda la acción de tutela ante una amenaza contra los derechos fundamentales, no es necesario que se presente un resultado dañino, sino simplemente que de ella pueda resultar un daño concreto a particulares.

5.2. Los hechos constitutivos de la amenaza al derecho a la vida del actor y de otras personas, según el Tribunal, están plenamente probados. La escasa distancia (aproximadamente 3 metros) que separa el local donde se expenden licores de la estación de gasolina, unido a la práctica de consumir licor y encender cigarrillos en las inmediaciones de los tanques de combustible - considera el Tribunal - , crean una situación de peligro de conflagración, que acarrearía una verdadera tragedia.

5.3 Con fundamento en la sentencia T-525 de 1992 de la Corte Constitucional, el fallador aduce que, desde una perspectiva constitucional, se vulnera el derecho a la vida por la realización de actos que ponen en peligro objetivo tal derecho. Dado que - continúa - el derecho penal reduce el ámbito de su aplicación sólo a ciertas conductas que justifican la imposición de una sanción penal, para el resto de violaciones, la ley ha consagrado otras soluciones alternativas, entre ellas la acción de tutela. En consecuencia, concluye el Tribunal, "se debe tutelar el derecho a la vida y ordenar a la propietaria o vendedora del establecimiento comercial 'SURTILICORES 24 HORAS', se abstenga de vender licores que vayan a ser consumidos en las inmediaciones de ese establecimiento".

6. La demandada, cuyo nombre correcto es DANNAY MORENO OSPINA, interpuso recurso de reposición y de apelación contra la anterior sentencia, y solicitó que fuera adicionada, en el

sentido de ordenar al demandante que prohibiera el consumo de cigarrillos a los empleados y usuarios de la estación de gasolina.

La impugnante sostiene que las normas urbanísticas y de policía determinan que las estaciones de gasolina deben estar situadas fuera del perímetro urbano. Manifiesta que su negocio - que no es una "tienda", sino una distribuidora de licor al por mayor y al detal-, cuenta con las autorizaciones de rigor. Anota que de esta actividad depende el sustento suyo y de su familia. Considera que la conducta de las personas fuera de su establecimiento, escapa a su responsabilidad y, por consiguiente, la posible transgresión de las normas por su parte deberá sancionarse por las autoridades competentes. Aduce que los conductores de buses colectivos e intermunicipales, que utilizan los servicios de la estación, estando embriagados, fuman y son quienes crean el peligro de que se presente una explosión. Por último, pone de presente que no fue notificada de la acción de tutela interpuesta en su contra, lo que viola sus derechos de defensa y debido proceso.

7. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, mediante sentencia de mayo 17 de 1995, revocó la sentencia impugnada proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá. En su lugar, rechazó por improcedente la acción de tutela incoada por el demandante, ya que en el presente caso - según su criterio -, no se cumplía con ninguna de las hipótesis establecidas en el artículo 86 de la Carta Política.

7.1. El establecimiento de comercio dedicado al expendio de licores, afirma, no presta un servicio público.

7.3 Por último, el Consejo no encuentra que el actor esté en circunstancias de subordinación o indefensión frente a la demandada, como quiera que contra ella podría ejercer las acciones policivas señaladas en los artículos 34 y siguientes del Código Nacional de Policía.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

### Contexto de la actuación de tutela

1. La situación concreta que origina la controversia objeto de la presente acción de tutela, tiene relación con la escasa distancia - escasos tres metros - que separa, el expendio de

licores de propiedad de la demandada, de la estación de gasolina. Esta circunstancia pasaría inadvertida, y sería indiferente jurídicamente, de no ser porque el negocio de licor se ha convertido, según el demandante, con la aquiescencia de la demandada, en una suerte de bar 'ad hoc', carente de infraestructura locativa y sanitaria mínima para atender a la clientela, lo que amenaza el derecho fundamental a la vida, por el peligro inminente que representa el consumo de cigarrillos en la zona aledaña a los surtidores del combustible.

Las declaraciones formuladas por los empleados de la estación de gasolina coinciden en señalar que por las noches, especialmente los fines de semana, numerosos compradores de licor se reúnen en un lugar contiguo a la estación, y allí consumen aguardiente, prenden y apagan cigarrillos. Esto sucede, en gran medida, como se observa, por la falta de las instalaciones propias del establecimiento que vende el licor y los cigarrillos. En efecto, uno de los declarantes refirió que el propietario de la estación de gasolina solicitó a la demandada que colocara un orinal en el local, sin obtener respuesta alguna.

2. El actor señala que la policía de la localidad no ha sido capaz de controlar los disturbios y el inminente riesgo creado por la conducta de los consumidores de alcohol vendido por la acusada en las inmediaciones de la estación de gasolina. Por su parte, el Comandante de la Policía informa que en los libros no aparecen anotaciones sobre la intervención de la fuerza pública en el lugar.

El análisis de la situación por parte de los jueces de instancia

3. Para el Tribunal de tutela, en primera instancia, la venta de licor y cigarrillos por la demandada y su consumo por parte de los compradores al lado de los tanques de combustible, son actos que ponen en peligro objetivo el derecho fundamental a la vida del actor y de los vecinos del lugar. Estima procedente la acción de tutela en contra de un particular, en este caso la expendedora del licor, porque su conducta "afecta grave y directamente un interés colectivo".

4. El Consejo de Estado, en segunda instancia, considera que no se cumple ninguna de las hipótesis consagrada en la Constitución y la ley para que proceda la acción de tutela contra un particular. En su concepto, la actividad comercial de la demandada es lícita - cuenta con autorización para la distribución o venta de licor - y, en sí misma, no afecta grave ni directamente el interés colectivo. Además, advierte que el actor no se encuentra en estado

de subordinación o indefensión frente a la demandada, ya que cuenta con los medios establecidos en el Código Nacional de Policía para obtener que cesen las incomodidades que con la venta de licor se le ocasionan.

Problemas jurídico-constitucionales que plantea la situación descrita

5. La misma situación fáctica, sintetizada en esta providencia, es apreciada por los jueces de tutela en forma diferente, asignándole, por consiguiente, diversas consecuencias jurídicas. Para el Tribunal Administrativo de Boyacá, se trata de una situación que objetivamente genera un peligro de explosión. La venta de los productos por la demandada y su consumo frente al local, en este orden de ideas, no es una situación que pueda apreciarse separadamente. Por el riesgo que genera - alta probabilidad de que un fósforo o cigarrillo encendido haga contacto con la gasolina o los vapores del combustible -, la venta y el consumo de licores y cigarrillos para ser consumidos en el lugar, en este contexto, representan una amenaza a los derechos fundamentales. Por el contrario, el Consejo de Estado individualiza las conductas de la venta y el consumo. Considera, en abstracto, que la demandada ejerce una actividad lícita de carácter comercial, la cual 'per se' no afecta grave y directamente el interés general.

6. El conflicto surgido entre el propietario de la estación de gasolina y la vendedora de licor y cigarrillos en el establecimiento adyacente, plantea el problema de establecer si la actuación de la demandada, dadas las circunstancias de vecindad y la naturaleza de las actividades descritas, constituye un ejercicio lícito de la libertad de empresa (C.P., art. 333) o, por el contrario, un abuso del derecho propio (C.P., art. 95-1) que amenaza el derecho a la vida (C.P., art. 11) u otros derechos del demandante. En caso de una respuesta afirmativa a este último interrogante, deberá establecerse la procedencia de la acción de tutela, teniendo en cuenta que ésta se interpuso contra un particular.

Actividad comercial en abstracto y en concreto

7. Si bien el comercio, distribución y venta de licor y cigarrillos, constituye una actividad que se encuentra amparada por el derecho a la libertad de empresa (C.P., art. 333), su ejercicio debe desplegarse dentro del marco constitucional y legal (C.P., art. 95). Las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se ejercita la actividad económica, son relevantes jurídicamente, en particular cuando se presentan conflictos con otros derechos y bienes

colectivos.

La afluencia nocturna, especialmente durante los fines de semana, de consumidores de licor y cigarrillos al establecimiento comercial de la demandada, no es fortuita. Se trata de una clientela formada en torno a su negocio, el cual tiene por objeto la "distribución de licor al por mayor y al detal", como ella misma asevera. No obstante, con el tiempo, la empresa comercial ubicada en ese sitio ha convocado un conjunto de personas que mantienen relaciones continuas de demanda de bienes y servicios con "SURTILICORES 24 HORAS", lo que reporta un beneficio económico concreto para la señora Moreno Ospina.

En efecto, para la vendedora no es indiferente que en las noches su clientela se reúna a partir frente a su comercio. Ello representa ingresos y un aumento inmaterial del valor de su negocio. La clientela, como situación de hecho producto de la oferta de bienes y servicios, es concomitante a la actividad comercial. Su formación se fomenta y se busca mantener y acrecentar por parte del comerciante, dentro de la lógica mercantil y de expansión en el mercado. Su disminución, por el contrario, acarrea un perjuicio económico que normalmente se pretende evitar.

8. Ahora bien, en el ejercicio de su actividad comercial, la señora Moreno Ospina no es ajena al comportamiento de la clientela. Aún cuando está dispuesta a suministrar licor y cigarrillos a los consumidores que demandan estos productos, no dispone del espacio para atenderlos dentro del local, como tampoco de los servicios sanitarios requeridos en establecimientos comerciales de expendio de licor para el consumo en el lugar, lo que ocasiona la situación denunciada por el actor como atentatoria de su derecho a la vida, dada la vecindad con la estación de gasolina.

#### Ejercicio de los derechos y principio de armonización concreta

9. La vida en sociedad impone la limitación – dentro de ciertos márgenes – de los derechos y bienes colectivos con el objeto de asegurar la coexistencia de intereses individuales y colectivos contrapuestos. El ordenamiento jurídico busca facilitar la coordinación de dichos intereses, mediante la resolución pacífica de las controversias que pueden surgir en el ejercicio de los derechos. A nivel constitucional, estos conflictos se traducen en colisiones de normas constitucionales que sirven de respaldo a los derechos enfrentados.

Las colisiones entre normas jurídicas de igual jerarquía constitucional deben solucionarse de forma que se logre la óptima eficacia de las mismas. El principio de la unidad constitucional exige la interpretación de la Constitución como un todo armónico y coherente, al cual se opone una interpretación aislada o contradictoria de las disposiciones que la integran.

10. El ejercicio de los derechos plantea conflictos cuya solución hace necesaria la armonización concreta de las normas constitucionales enfrentadas. El principio de armonización concreta impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción de otro. De conformidad con este principio, el intérprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. La colisión de derechos no debe, por lo tanto, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra.

11. El principio de armonización concreta implica la mutua delimitación de los bienes contrapuestos, mediante la concordancia práctica de las respectivas normas constitucionales, de modo que se asegure su máxima efectividad. En este proceso de armonización concreta de los derechos, el principio de proporcionalidad, que se deduce del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (C.P., art. 95-1), juega un papel crucial. Los límites trazados al ejercicio de los derechos, en el caso concreto, deben ser proporcionales, esto es, no deben ir más allá de lo indispensable para permitir la máxima efectividad de los derechos en pugna. La proporcionalidad se refiere entonces a la comparación de dos variables relativas, cuyos alcances se precisan en la situación concreta, y no a la ponderación entre una variable constante o absoluta, y otras que no lo son. La delimitación proporcional de los bienes jurídicos en conflicto, mediante su armonización en la situación concreta, se hace necesaria cuando se toma en serio la finalidad social del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (C.P., art. 2), y se pretende impedir que, por la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios de ellos.

Abuso del derecho y ejercicio responsable del derecho

12. El abuso del derecho propio puede llevar al vaciamiento de otros derechos o bienes colectivos. Para evitarlo, la jurisprudencia constitucional ha procurado diseñar medios de control y evaluación de la constitucionalidad del ejercicio de un derecho o una facultad constitucional. La teoría del núcleo esencial del derecho, por ejemplo, es un primer intento de trazar una línea clara entre el ámbito intangible de un derecho – sin cuya protección absoluta el derecho específico se desnaturalizaría o perdería totalmente su efectividad -, y los contornos del mismo, los cuales sí pueden ser objeto de regulación o delimitación para permitir su coexistencia con otros derechos y bienes jurídicos particulares.

En el caso de colisión entre derechos constitucionales, corresponde al juez llevar a cabo la respectiva ponderación. Mediante ésta, se busca un equilibrio práctico entre las necesidades de los titulares de los derechos enfrentados. La consagración positiva del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (C.P., art. 95-1), elevó a rango constitucional la auto-contención de la persona en el ejercicio de sus derechos. La eficacia constitucional de este deber, en consecuencia, exige de los sujetos jurídicos un ejercicio responsable, razonable y reflexivo de sus derechos, atendiendo a los derechos y necesidades de las demás y de la colectividad.

13. En las relaciones intersubjetivas se revela el carácter dual de los derechos constitucionales. Estos constituyen verdaderos derechos o facultades subjetivas en cabeza de las personas – bien sea como derechos de resistencia contra el Estado u otros particulares (status negativo), de participación, o de prestación (status positivo) -, y, a la vez, representan valores objetivos del ordenamiento, los cuales prefiguran la vida de relación y exigen una actitud de solidaridad que asegure la convivencia pacífica de todos. La interpretación del contenido y alcance de los derechos a partir de los principios fundamentales de dignidad humana y de solidaridad social (C.P., arts. 1 y 95), permite la recuperación de la racionalidad a nivel del ejercicio práctico de los derechos. Sólo mediante un ejercicio razonable, esto es, reflexivo y responsable de los propios derechos, es posible superar la tensión individuo-sociedad y, con ello, la confrontación de intereses y necesidades que, de otra forma, se resolvería mediante la negación del otro y el envilecimiento de la propia condición humana.

Armonización concreta de los derechos en conflicto

14. El Tribunal de segunda instancia, en abstracto, considera que una actividad económica autorizada por el Estado, por sí misma no afecta el interés colectivo. Esta apreciación, no obstante, otorga precedencia absoluta e irrestricta al derecho a la libertad de empresa sobre otros derechos constitucionales. En efecto, si se toma en cuenta la cercanía del establecimiento comercial con la estación de gasolina (1), la venta de licor y cigarrillos para ser consumidos en el lugar (2), y el interés de la demandada en mantener su clientela (3), el ejercicio que ésta hace de sus derechos constitucionales no está exento de efectos hacia terceros. La actividad empresarial de la demandada genera un riesgo claro e inminente que amenaza no sólo el derecho a la vida del demandante, sino también otros bienes y derechos suyos, así como los de los demás miembros de la colectividad. El derecho a la libertad de empresa de la demandada, en las circunstancias antes descritas, colisiona con el derecho a la vida, a la libertad de empresa y a la propiedad del demandante. Corresponde al juez constitucional realizar una armonización concreta, mediante la delimitación proporcional de los derechos contrapuestos, que permita su máxima efectividad.

15. La señora Moreno Ospina se ocupa de la venta de licor en un establecimiento comercial que ha logrado acreditar una clientela. El medio utilizado – actividad económica lícita – se adecua plenamente a la finalidad buscada, cual es la obtención de ingresos económicos para el sostenimiento de ella y de su familia. No obstante, en el ejercicio de su derecho a la libertad de empresa, la demandada genera un riesgo difuso e incontrolable, que traslada a su vecino y a la colectividad, consistente en suministrar bebidas alcohólicas y cigarrillos que son consumidos, sin las debidas precauciones, en un lugar cercano al depósito de combustibles, aledaño. Justamente, por la carencia de instalaciones adecuadas y las costumbres de su clientela.

La manifestación de la demandada, según la cual ella no es responsable de lo que hagan los compradores en las afueras de su establecimiento, no es atendible si se tiene en cuenta que la permanencia de los consumidores de licor y cigarrillos en el lugar, le reporta un beneficio económico directo y obedece al fenómeno mismo de la clientela que aquélla alienta. El interés de vender sus productos en la misma forma y cantidad en que lo hace, sin necesidad de realizar una inversión económica adicional para habilitar un lugar destinado al consumo y un servicio sanitario, explica su reticencia a admitir el riesgo creado por su venta de licor y cigarrillos en las circunstancias en que se realiza. Esta actitud se revela abusiva y desproporcionada, ya que traslada la totalidad de las externalidades de su negocio a su

vecino y a la colectividad en general, pese a que existen otras alternativas que si bien representan algún costo, no tiene la magnitud del riesgo generado a terceros.

El riesgo de que se produzca una explosión de los tanques de gasolina - lo cual es altamente probable -, y se vulneren los derechos a la vida, a la propiedad o a la empresa del demandante, de vecinos del sector e, incluso, de la misma demandada, es mayor que la posibilidad de una reducción de su clientela como consecuencia de la prohibición de consumir el licor y los cigarrillos en el lugar, dada la vecindad con la estación de gasolina y la existencia de las mencionadas prácticas. La señora Moreno Ospina tiene la alternativa de realizar una inversión económica tendente a adecuar la infraestructura de su establecimiento y, de este modo, responder a la clientela de consumidores que ha logrado consolidar.

16. De conformidad con el principio de armonización concreta, se observa que el derecho a la libertad de empresa - que de suyo tiene una función social y supone responsabilidades (C.P., art. 333) -, debe soportar una limitación, con miras a eliminar el riesgo que, para los derechos del actor y de otras personas, genera su ejercicio en las actuales circunstancias. Esta armonización de los derechos en conflicto no conlleva la restricción o el sacrificio ilimitados de los mismos. Ambos establecimientos comerciales pueden seguir funcionando bajo el amparo de los respectivos permisos administrativos. No obstante, la posible disminución de la clientela ante la negativa de vender licor y cigarrillos para el consumo en el lugar, no es una medida desproporcionada que restrinja la libertad de empresa, sino una consecuencia necesaria del ejercicio de este derecho en las circunstancias varias veces mencionadas.

Verificada la existencia de un ejercicio abusivo del derecho a la libertad de empresa, consistente en la generación y traslado de un riesgo grave al demandado y a la colectividad en general, la Sala se ocupará de la procedencia de la acción de tutela interpuesta contra un particular, como lo es la demandada.

Procedencia de la acción de tutela contra particulares que afectan grave y directamente el interés público al crear situaciones de peligro

17. La Corte coincide con el Tribunal de tutela de primera instancia en el sentido de que la actuación de la demandada - mantenimiento de una clientela que le reporta un beneficio económico particular en las circunstancias de hecho anotadas -, afecta grave y directamente

el interés colectivo, en este caso la supervivencia de la vecindad y la salubridad pública. La actuación de la demandada, como ya antes se dijo, no puede verse separadamente del ejercicio concreto del derecho que le sirve de fundamento. La generación y transferencia del riesgo de vender licor y cigarrillos con miras a su consumo inmediato al lado de una estación de gasolina, y la negativa a adoptar medidas razonables para controlarlo, constituyen una conducta que afecta grave y directamente el interés colectivo y que, por lo tanto, justifica la interposición de la acción de tutela en contra del particular responsable de dicha situación (C.P., art. 86).

#### Situación de indefensión

18. El fallador de segunda instancia niega la existencia de un estado de indefensión, ya que el interesado tiene a su alcance “las acciones policivas señaladas en los artículos 34 y siguientes del Código Nacional de Policía para corregir las incomodidades ...” que se le vienen ocasionando.

La Corte ha señalado que la indefensión se predica no sólo de situaciones en las cuales la persona se encuentra inerme o desamparada, es decir, sin medios físicos o jurídicos de defensa, sino también de aquellas en las cuales los medios y elementos disponibles se revelan insuficientes para resistir o repeler la agresión o la amenaza de vulneración de un derecho fundamental (ST- 161 de 1993). La situación de indefensión debe apreciarse en concreto, esto es, según los hechos y circunstancias que rodean el caso. Por otra parte, la Corte ha señalado que “la magnitud de una vulneración de los derechos fundamentales, que excede los beneficios pretendidos mediante una acción legal y hace inocuo su ejercicio, es un parámetro que permite establecer la existencia de una relación de indefensión” (ST-189 de 1993).

En el presente caso, la inactividad de las autoridades administrativas de policía, consistente en no controlar el expendio y consumo de licor y cigarrillos en la vecindad de una estación de gasolina, pese al riesgo objetivo que esta situación representa para la seguridad y salubridad públicas, coloca al demandante en una situación de indefensión. Para éste, es imposible fáctica y jurídicamente controlar el consumo de licor y cigarrillos vendidos por la demandada. Por el contrario, a ella sí le corresponde ejercer responsablemente su derecho a la libertad de empresa dentro de los límites del bien común (C.P., art. 333). En consecuencia, este Sala

estima que la acción de tutela incoada es procedente de conformidad con el artículo 86 de la Constitución y el numeral 9 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

#### Ausencia de vulneración del derecho al debido proceso de la demandada

19. La demandada alega la vulneración de sus derechos de defensa y debido proceso por no haber sido notificada de la acción de tutela incoada en su contra, lo que le impidió ejercer la defensa durante el trámite de primera instancia.

En repetidas oportunidades<sup>1</sup>, la Corte ha advertido a los jueces de tutela sobre la obligación de ceñirse a los principios generales del proceso, particularmente a los principios de publicidad, defensa y contradicción (C.P., art. 29), en el trámite de la acción de tutela. “La naturaleza preferente y sumaria del proceso de tutela – ha sostenido la Corte – no tiene el alcance de anular los principios medulares del proceso. De llegarse a este extremo, se sacrificarían derechos constitucionales en aras de la protección de otros derechos de igual jerarquía, lo cual no sólo entraña un contrasentido sino que es contrario a la finalidad del proceso y al valor de la justicia” (ST-288 de 1995).

El Tribunal de primera instancia ha debido notificar a la demandada la interposición de la acción de tutela. Por no hacerlo, incurrió en una irregularidad en el trámite judicial. No obstante, la mencionada nulidad quedó saneada mediante la intervención oportuna en el proceso de la parte afectada<sup>2</sup>. La señora Moreno Ospina interpuso recurso de apelación contra el fallo condenatorio de primera instancia, logrando su revocatoria en segunda instancia, razón por la cual no puede afirmarse que sus derechos constitucionales hayan sido vulnerados. Es evidente que la nulidad procesal por falta de notificación quedó saneada por la propia actuación de la demandada, por lo que no se justifica la declaratoria de nulidad del trámite de tutela en sede de revisión.

#### Orden y definición de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la tutela

20. La Corte procederá, en consecuencia, a confirmar el fallo de primera instancia, en el sentido de ordenar a la demandada abstenerse de vender licor para ser consumido en el lugar, lo que genera una amenaza clara e inminente contra los derechos del demandante y de los vecinos. Como se precisó anteriormente, la demandada abusa de su derecho a la libertad de empresa al convertir de facto su actividad de venta de licor al por mayor y al

detal - licencia para la distribución de licor - en una de venta y consumo en el lugar - licencia para bar o cantina -. Las licencias administrativas para la distribución o para la venta y consumo, son de tipo diverso. Mientras que la primera autoriza sólo la venta pero no el consumo en el lugar, la segunda admite la venta y consumo del licor en el respectivo establecimiento. En este último evento, la expedición de la respectiva licencia está condicionada a la obtención de conceptos previos y favorables por parte de las autoridades de planeación, sanitarias y de bomberos, las cuales, en su orden, controlan el debido uso del suelo según el sector de la ciudad, la salubridad y seguridad del establecimiento. En consecuencia, la demandada deberá restringir el ámbito de sus negocios específicamente a la actividad autorizada en la licencia de distribución y evitar que su interés económico de mantener y acrecentar una clientela amenace los derechos del demandante y de los miembros de la comunidad en general.

## DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión,

## RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de mayo 17 de 1995, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia de marzo 28 de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala Plena, y ADICIONARLA, en el sentido de ORDENAR a la demandada DANNAY MORENO OSPINA que se abstenga de incurrir en conductas no autorizadas por la respectiva licencia de distribución de licor, como es la venta para el consumo de licor en el lugar, generando una amenaza a los derechos del actor y demás vecinos.

TERCERO.- REQUERIR al Comandante de la Primera Estación de Policía de Tunja, para que se sirva tomar las medidas necesarias con el objeto de impedir el consumo de licor y cigarrillos en las inmediaciones de la estación de servicio "ESSO" que colinda con el establecimiento de comercio denominado "SURTILICORES 24 HORAS", localizado en la Calle 29A No. 10 de dicha

localidad.

CUARTO.- LIBRESE comunicación al mencionado Tribunal, con miras a que se surta la notificación de esta providencia, según lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópíese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

(Sentencia aprobada por la Sala Tercera de Revisión, en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995) ).

<sup>1</sup>Corte Constitucional. Sentencias T-146/93; AUTO SALA PLENA No 12 de 1995; T-206 de 1995; T-288 de 1995.

<sup>2</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-206 de 1995. MP JORGE ARANGO MEJIA