

Sentencia T-624-09

LIBRE COMPETENCIA-Alcance

LIBRE COMPETENCIA-Maneras de restringirla, eliminarla o alterarla

La libre competencia se puede ver restringida, eliminada o alterada de diversas maneras:

i) por el establecimiento de monopolios de derecho; ii) por el reconocimiento de marcas, patentes y demás derechos de la propiedad industrial; iii) por la explotación abusiva de la posición dominante en un mercado; iv) por la realización de prácticas restrictivas de la competencia; y, v) por la realización de actos de competencia desleal de tipo nacional o internacional.

MONOPOLIO-Concepto

MONOPOLIO RENTISTICO-Finalidad

ACCION DE TUTELA-Naturaleza subsidiaria

ACCION DE TUTELA-Improcedencia cuando no se verifica perjuicio irremediable

Referencia: expediente T-2240422.

Acción de tutela instaurada mediante apoderado por Distribuidora de Confites (Disconfites) S.A., contra la Gobernación, la Secretaría de Hacienda Departamental y la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, siendo tercero con interés legítimo Licorrumba S.A..

Procedencia: Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal.

Magistrado Ponente:

Dr. NILOSN PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., cuatro (4) de septiembre de dos mil nueve (2009).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados

Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

en la revisión del fallo dictado en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, dentro de la acción de tutela instaurada en representación de DISTRIBUIDORA DE CONFITES (DISCONFITES) S.A., contra la Gobernación, la Secretaría de Hacienda Departamental y la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, siendo tercero con interés legítimo LICORRUMBA S.A..

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo la referida Sala, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991; el 28 de mayo de 2009, la Sala N° 5 de Selección lo eligió para revisión.

### I. ANTECEDENTES.

El apoderado de DISTRIBUIDORA DE CONFITES S.A. elevó acción de tutela en noviembre 21 de 2008, ante el reparto de los Juzgados Penales del Circuito de Medellín (le correspondió al Quince), aduciendo vulneración de los derechos al debido proceso, a la defensa, buena fe y confianza legítima, por los hechos que a continuación son resumidos.

#### A. Hechos y relato efectuado por el apoderado.

1. La sociedad accionante señaló que en julio 13 de 2004, los Departamentos de Antioquia y Risaralda celebraron un convenio interadministrativo, por un término de dos años, con el objeto de efectuar “la introducción, distribución, comercialización y venta de todos los licores producidos o que llegare a producir” la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia (FLA), acuerdo extendido hasta septiembre de 2008 y nuevamente renovado hasta diciembre 31 de 2011 (fs. 4 y 5 cd. inicial).

2. La Secretaría de Hacienda de Antioquia, “previo el cumplimiento del trámite de rigor”, mediante oficio de julio 28 de 2004, informó a DISCONFITES S.A., que el Departamento le otorgó la distribución exclusiva de los productos de la FLA en el Departamento de Risaralda (f. 5 ib.).

La Gobernación de Risaralda comunicó en agosto 13 siguiente, “la aceptación de la firma DISTRIBUDORA DE CONFITES S.A., como distribuidor de aguardientes, ron y demás productos elaborados por la Fabrica de licores y alcoholes de Antioquia” (fs. 5 y 46 ib.).

3. El Gerente de FLA, mediante comunicado de junio 27 de 2008, le expresó a la distribuidora que “se encuentra altamente preocupado por el decrecimiento en ventas que se viene registrando en la zona” que dicha sociedad representa.

Sin embargo, manifestó la accionante que “contrariamente” a lo afirmado en el escrito antes referido, la asesora que designó FLA “visitó en la ciudad de Pereira a la empresa... entre los días 15 y 18 de agosto de 2008” y señaló en el informe de interventoría que “el comercializador posee una buena presencia de marca en la ciudad”, que es “evidente el liderazgo de los productos de FLA frente a la competencia” y que tanto el Gerente de DISCONFITES “como su equipo de colaboradores... cuentan con una amplia experiencia en la actividad” (fs.5 y 6 ib.).

4. Mediante oficio N° 540439 de Septiembre 15 de 2008, la Secretaría de Hacienda de Antioquia comunicó a la empresa accionante “no continuar vigente la relación comercial existente con su empresa DISCONFITES, agradeciendo la colaboración brindada en la venta del portafolio de productos de la FLA”; así, la actora alegó que los demandados “en forma inconsulta, unilateral y arbitraria” terminó la relación, “sin citar a audiencia... sin que mediara un proceso administrativo... y sin que contra la decisión tomada por el ente territorial procediera recurso alguno” (f. 6 ib.).

5. La sociedad demandante estimó que se violaron “las prescripciones del régimen de la contratación estatal”, al seleccionarse “a dedo” a LICORRUMBA S.A., como nuevo distribuidor “de los productos de la FLA para el Departamento de Risaralda” (f. 7 ib.).

Igualmente, anotó el apoderado de la actora que la empresa nueva “tan solo tenía unos escasos días de creada después de comunicada la decisión de dar por terminadas las relaciones comerciales con DISCONFITES y curiosamente gerenciada comercialmente... por el Señor David Quinceno, quien hasta hace unos seis meses fuera gerente de Ventas de la FLA”, por lo cual consideró que existió desviación de poder

(f. 7 ib.).

6. El Departamento de Risaralda en escrito de septiembre 23 de 2008, le manifestó al Gobernador de Antioquia “la preocupación sobre las nuevas disposiciones en cuanto al cambio del comercializador” (f. 8 ib.).

Mediante oficio de octubre 7 siguiente, el Gerente de FLA anotó que “no ve viable que un grupo empresarial maneje nuestras marcas y las de nuestros principales competidores... y como tal vemos conflicto de intereses” (f. 59 ib.).

7. Por todo lo anterior, alegó la sociedad accionante que lo realizado por los demandados configuró un perjuicio irremediable, al no poder DISCONFITES continuar la distribución de licores de FLA en Risaralda, lo cual obligó a dicha empresa “a terminar el contrato de trabajo con más de 20” empleados.

Pidió que se amparen los derechos invocados por DISTRIBUIDORA DE CONFITES S.A., “como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y fijar un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de la tutela para que DISCONFITES S.A., acuda a la jurisdicción contencioso administrativa para por vía de acción contractual solicite la nulidad de acto de revocación”(sic) y que se ordene a los accionados que durante el tiempo que dure la acción contenciosa, se le permita a la sociedad demandante continuar con la distribución exclusiva de los licores producidos por FLA (fs. 2 y 3 ib.).

B. Documentos que en copia obran en el expediente.

1. Certificado de Existencia y Representación Legal de DISTRIBUDORA DE CONFITES S.A. (fs. 19 a 23 ib.).

2. Convenios de julio 13 de 2004, agosto 18 de 2006 y enero 1° de 2008, realizados entre los Departamentos de Antioquia y Risaralda, para la introducción de los licores producidos por la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, en el último departamento referido (fs. 24 a 41 ib.).

3. Oficio de la Secretaría de Hacienda de Antioquia de julio 28 de 2004, donde se informó y otorgó la distribución exclusiva a DISCONFITES S.A., de los productos de FLA en el Departamento de Risaralda (fs. 42 a 45 ib.).

4. Oficio del Departamento de Risaralda de agosto 13 de 2004, donde se notificó “la aceptación de la firma DISTRIBUDORA DE CONFITES S.A., como distribuidor de aguardientes, ron y demás productos elaborados por la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia” (f. 46 ib.).
5. Oficio de junio 27 de 2008 de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, comunicando a la sociedad actora el decrecimiento en las ventas “que se viene registrado en la zona” que ésta representa (fs. 47 y 48 ib.).
6. Informe de interventoría de agosto de 2008, realizado por una asesora de FLA (fs. 49 a 54 ib.).
7. Carta de la Secretaría de Hacienda de Antioquia de septiembre 15 de 2008, donde se informó a DISCONFITES no continuar vigente la relación comercial existente con FLA (f. 55 ib.).
8. Certificado de Existencia y Representación Legal de LICORRUMBA S.A. (fs. 56 y 57 ib.).
9. Oficio de septiembre 23 de 2008 de la Gobernación de Risaralda, donde se le manifestó a la Gobernación de Antioquia “preocupación... en cuanto al cambio del comercializador” (f. 58 ib.).
10. Oficio de la Gobernación de Antioquia de octubre 7 de 2008, explicándole al Gobernador de Risaralda las razones por las cuales para no continuar con DISCONFITES (fs. 59 y 60 ib.).
11. Oficio emitido en octubre 8 de 2009 por el Departamento de Antioquia, confirmando al Gobernador de Risaralda que LICORRUMBA S.A. es la nueva compañía autorizada para distribuir los productos de FLA (f. 61 ib.).

## II. Actuación procesal en la acción de tutela.

En auto de noviembre 28 de 2008, el Juzgado Quince Penal del Circuito de Medellín admitió la demanda y requirió a la Fábrica de Licores y Alcoholes, a la Secretaría de Hacienda del Departamento y a la Gobernación de Antioquia para que en un término de 2 días contesten la acción interpuesta; en auto de diciembre 9 de 2008, el mencionado

despacho judicial dio “un plazo máximo de un (1) día” para que LICORRUMBA S.A. también responda la tutela.

Mediante escrito de diciembre 2 de 2008, el apoderado de DISCONFITES aportó al Juzgado de conocimiento “una serie de documentos mediante los cuales se prueba el perjuicio irremediable sufrido por mi apadrina”, entre los cuales incorporó copias sobre despido de trabajadores y la terminación de la relación comercial con proveedores de dicha empresa (fs. 81 a 160 ib.).

A. Respuesta de la Gobernación de Antioquia.

La Gobernación de Antioquia contestó, mediante apoderado, la acción de tutela en diciembre 4 de 2008; aclaró que las normas bajo las cuales FLA se rige son el artículo 336 superior, el artículo 61 de la Ley 14 de 1983 y la Ordenanza 19 de 2005, en relación con el monopolio rentístico que ejerce la Fábrica frente a sus productos y clientes. Señaló que en materia de comercialización y distribución de productos, tiene libertad “para escoger el tipo de comercialización que más le convenga a la entidad territorial”, debido al desarrollo normativo en que la entidad se ampara (f. 3 cd. 2)

Explicó que cuando alguno de los productos va a entrar a los departamentos, es necesaria la autorización previa “por el Departamento de Antioquia- Fábrica de Licores y Alcoholes... bien por ‘carta de autorización’ o por ‘oferta de concesión mercantil’, en donde se señalan las condiciones de venta”, y se consagra dentro de la misma que FLA “se reserva el derecho de dar por terminado unilateralmente el contrato, cuando las circunstancias legales o políticas de mercado y venta de la Fábrica... o el incumplimiento por parte de la firma autorizada en las obligaciones contraídas” (f. 3 ib.).

Indicó que la administración no violó los derechos alegados por el actor, ya que por autorización expresa de la Constitución y de diferentes leyes y normas, los departamentos pueden ejercer monopolio en materia de licores.

Adicionalmente, manifestó que DISCONFITES solicitó a través de tutela que la Gobernación de Antioquia le otorgue la distribución exclusiva de los productos, pretensión que “supera con creces la competencia otorgada al Juez

Constitucional”; señaló que “tiene a su disposición otros mecanismos judiciales a los que podría recurrir”, como el mismo actor acepta (f. 6 ib.).

Refirió que frente al perjuicio irremediable que alega la sociedad actora, “es importante revisar el Certificado de Existencia y Representación Legal... aportado por el mismo accionante”, donde se evidencia que dicha empresa “tiene facultades para desarrollar al menos 11 actividades diferentes a la comercialización de licores”, además de tener un “portafolio de productos que incluye licores diferentes a los producidos y comercializados por la FLA”, por tal razón, anotó que no existe tal perjuicio y que es imposible predicar “la muerte por liquidación” de la distribuidora (f. 7 ib.).

Igualmente, manifestó que el demandante alegó que debido a la terminación del convenio, finalizó una serie de contratos con empleados de DISCONFIFES, quienes al reclamar indemnización laboral incrementan los perjuicios irremediables de la distribuidora, replicando que “por vía de tutela es imposible realizarse el reconocimiento de ese tipo de supuestos perjuicios, máxime cuando la carga prestacional con sus empleados” es de la sociedad demandante. Agregó que el comercializador aceptó la cláusula que dentro del convenio disponía: “Ninguno de los Departamentos contraerá obligación alguna de carácter laboral con el respectivo distribuidor ni con su personal.” (F. 29 cd. inicial.)

#### B. Respuesta de LICORRUMBAS S.A..

Mediante escrito de diciembre 11 de 2008, el representante legal de LICORRUMBA puntualizó que se adhiere a la respuesta de la Gobernación y de la Fábrica de Licores de Antioquia (f. 178 cd. inicial).

Además, indicó que el conflicto que se plantea no es de “carácter constitucional”, porque a pesar de que la Fábrica de Licores es una entidad pública, no se puede olvidar que las relaciones con sus clientes y distribuidores son de naturaleza comercial, por lo cual se puede inferir que en este caso el medio judicial de defensa es la vía ordinaria (f. 178 ib.).

Anotó que en sus convenios, FLA “se reserva la facultad de cambiar al comercializar cuando las necesidades del mercado lo hicieren necesario”, facultada como está por normas constitucionales y legales (f. 179 ib.).

Agregó que la distribuidora demandante soporta su solicitud de protección “argumentando que la demora de un proceso contencioso administrativo incrementaría sus perjuicios de tal manera que ‘incluso lo llevarían a su muerte por liquidación’”; sin embargo, para la representación de LICORRUMBA la existencia de un perjuicio irremediable “no puede soportarse en simples afirmaciones carentes de pruebas ni mucho menos en afirmaciones falsas”, porque “basta con ingresar a la página web de DISCONFITES... para darse cuenta que esta empresa cuenta con una amplia gama de productos y de canales de distribución que permiten concluir que su única actividad no era la distribución de los licores de la FLA en el Departamento de Risaralda” (fs. 179 a 183 ib.).

Finalizó anotando que el hecho “de que un trabajador de LICORRUMBA haya sido empleado de la FLA”, no afecta la legalidad de la relación comercial, pues no “existe inhabilidad o incompatibilidad alguna al respecto”; además, estima equivocada la desviación de poder que alega la parte actora, dado que dicha desviación “se presenta cuando se ejerce una competencia buscando alcanzar fines diferentes” a los propios (f. 185 ib.).

### C. Sentencia de primera instancia.

En diciembre 12 de 2008, el Juzgado Quince Penal del Circuito de Medellín negó la protección pedida, argumentando que “las entidades demandadas cuentan con una autonomía flexible, lo cual se traduce en que allí opera una mayor discrecionalidad para asignar labores de comercialización en otros departamentos para una mejor obtención de su monopolio rentístico”; no obstante, “puede ocurrir que en ejercicio de sus funciones las entidades Departamentales desborden su poder”, arbitrariedad que, sin embargo, no se puede debatir “en esta demanda” (f. 196 ib.).

Adicionalmente, señaló “que en el presente asunto no se evidencia la inminencia de un perjuicio irremediable, y no siendo función del Juez Constitucional emitir un juicio sobre la legalidad de un acto administrativo, el accionante se encuentra en la facultad de acudir

ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa con el fin de que ésta decida si el acto administrativo que dispuso la revocatoria del convenio se encuentra o no ajustado a derecho” (f. 197 ib.).

#### D. Impugnación.

En febrero 5 de 2009, el apoderado de DISCONFITES S.A. impugnó tal fallo, glosándole no haber resuelto de fondo, por falta de comprensión de los alcances de la tutela y “manifestar que las pretensiones de la demanda se encuentran encaminadas a que se modifique un acto administrativo, cuando las pretensiones de la tutela fueron claras en el sentido” de que se analizara la violación al debido proceso, “como consecuencia de la falta de procedimiento administrativo para arrebatarse” a la distribuidora la comercialización de los productos de FLA en Risaralda (f. 209 ib.).

#### E. Sentencia de segunda instancia.

En sentencia de febrero 16 de 2009, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín confirmó la decisión del a quo, con la modificación de declarar la improcedencia de la solicitud de tutela por la existencia de otra vía de reclamación judicial, frente a la terminación de una relación comercial, producida en desarrollo de “políticas de mercadeo”.

Aseveró así mismo: “... no aparece acreditada la existencia de un perjuicio irremediable, por lo cual ni transitoriamente entrará el juez constitucional a definir un asunto que le corresponde al juez contencioso administrativo. Además, es de advertir que al aceptarse la autorización para la distribución de los licores por parte de DISCONFITES S. A., esta sociedad optó por correr el riesgo propio de los negocios, situación ésta que se vuelve ajena al juez de tutela.”

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

### Primera. Competencia.

### Segunda. Lo que se debate.

Como se desprende de los antecedentes reseñados, DISCONFITES acudió a la acción

de tutela al considerar que la Gobernación, la Secretaría de Hacienda y la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, vulneraron los derechos al debido proceso, a la defensa, a la buena fe y a la confianza legítima, porque los demandados “en forma inconsulta, unilateral y arbitraria”, decidieron terminar la relación comercial que estos tenían, causando a la sociedad accionante un perjuicio irremediable.

Tercera. Monopolio rentístico.

La Constitución Política de 1991 dispuso en su artículo 333 el derecho a la libre competencia económica, la cual fue así definida en sentencia C-535 de octubre 23 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: “La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores.”

Lo anterior se entiende como la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en sana contienda con otros, para ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y formar y mantener una clientela.

Sin embargo, es importante señalar que una economía social de mercado como la establecida en la Carta de 1991, sólo puede funcionar de manera eficiente cuando el Estado garantiza, dentro de límites razonables, ciertos derechos económicos como la propiedad privada (artículo 58), la libertad de empresa y la iniciativa privada (artículo 333), la libertad para escoger profesión u oficio (artículo 26), la libertad de asociación (artículo 38) y, de manera principal, la libertad de competencia económica (artículo 333). Al respecto, esta Corte señaló: “La Constitución ha elevado la libre competencia a principio rector de la actividad económica, en beneficio de los consumidores y de la misma libertad de empresa.”<sup>1</sup>

Es preciso además puntualizar que la libre competencia se puede ver restringida, eliminada o alterada de diversas maneras: i) por el establecimiento de monopolios de derecho<sup>2</sup>; ii) por el reconocimiento de marcas, patentes y demás derechos de la propiedad industrial<sup>3</sup>; iii) por la explotación abusiva de la posición dominante en un mercado<sup>4</sup>; iv) por la realización de prácticas restrictivas de la competencia<sup>5</sup>; y, v) por la

realización de actos de competencia desleal de tipo nacional o internacional<sup>6</sup>.

Como puede observarse, la primera forma de restricción o alteración de la competencia, antes indicada, es legítima, porque se encuentra contemplada y reglamentada por claras normas de carácter constitucional y legal, que plasman principios y protegen bienes jurídicos como el arbitrio rentístico del Estado<sup>7</sup>, preeminente frente al derecho a la libre competencia económica.

En sentencia C-226 de marzo 8 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, se determinó: “Un monopolio es, desde el punto de vista económico, una situación en donde una empresa o individuo es el único oferente de un determinado producto o servicio; también puede configurarse cuando un solo actor controla la compra o distribución de un determinado bien o servicio.”

Lo anterior indica que la actividad del monopolio es ejecutada por persona natural o jurídica, que ejerce una posición dominante o exclusiva en el mercado, porque de manera única ofrece o controla la producción y/o el comercio de un determinado servicio o producto. No obstante, dicha ventaja debe estar autorizada por la ley y vigilada por entidades facultadas para ello, como acontece en los monopolios de arbitrio rentístico, sobre los cuales estatuye la Constitución Política de Colombia en su artículo 336:

“Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.

La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley.

El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.

En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores.”

El artículo antes referido al plantear, entre otros puntos, lo concerniente a los monopolios rentísticos, precisó que la organización, administración, control y explotación de tales monopolios están sometidas a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental. En la sentencia C-540 de mayo 22 de 2001, M. P. Jaime Córdoba Triviño, se indicó que “el Estado, se reserva la explotación de ciertas actividades económicas, no con el fin de excluirlas del mercado, sino para asegurar una fuente de ingresos que le permita atender sus obligaciones”.

De igual manera, en sentencia C-1191 de noviembre 15 de 2001, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes, la Corte se pronunció sobre la limitada autonomía financiera y política que tienen las entidades territoriales sobre los monopolios rentísticos, en los siguientes términos:

“En relación con los monopolios rentísticos, la Carta, y en especial, el artículo 336 superior, delimitan una reserva legal de ciertos aspectos. Así, corresponde al Legislador establecer cuáles son los monopolios que son arbitrio rentístico y fijar el régimen propio a que están sometidos el control, la organización, la administración y la explotación de dichos monopolios (CP art. 336). Igualmente, el Legislador deberá definir las condiciones y los términos en los cuales el Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad por no cumplir requisitos de eficiencia (CP art. 336).

Esta reserva legal de ciertos aspectos de la regulación de los monopolios rentísticos es natural y explicable, puesto que, como esta Corte lo ha resaltado, un monopolio legal representa una excepción a la iniciativa privada y a la libertad de empresa, ya que autoriza al Estado para el ejercicio de ciertas actividades, en tanto las prohíbe, en principio, a los particulares.”

Un ejemplo claro del analizado monopolio<sup>8</sup>, es lo concerniente a los licores

destilados nacionales y extranjeros, según prevé la Ley 14 de 1983, artículos 61 y 639 (art. 121 D. 1222 de 1986), a cuyo tenor “la producción, introducción y venta de licores destilados constituyen monopolios de los Departamentos como arbitrio rentístico...”.

Entonces, se puede entender por monopolio rentístico aquel instrumento que protege la explotación de determinadas actividades económicas, para que el Estado “se procure cierto nivel de ingresos con el fin de atender sus obligaciones”<sup>10</sup>, el cual está sometido a un régimen propio que se encuentra fijado por ley “de iniciativa gubernamental”, que tiene como finalidad un interés público o social.

Cuarta. Principio de subsidiariedad.

Ante todo lo ya expuesto, resulta superfluo abundar en reiteraciones acerca de que la acción de tutela es un mecanismo esencialmente residual, subsidiario y autónomo, que amerita un procedimiento preferente y sumario, donde el juez constitucional ejerce control sobre los actos u omisiones de entes públicos o privados, que hayan conculcado o puedan llegar a vulnerar derechos fundamentales de las personas<sup>11</sup>.

Recuérdese que el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 estableció, entre las causales generales de improcedencia de la acción de tutela, “cuando existan otros recursos o medios judiciales de defensa” (numeral 1°), instituyendo así el carácter subsidiario de la tutela, de donde debe deducirse que su objeto no puede ser suplir mecanismos judiciales existentes<sup>12</sup>, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que la vía común, regular u ordinaria de defensa carezca de idoneidad o de oportunidad para la subsanación requerida.

Quinta. El caso concreto.

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la acción de tutela instaurada por la parte actora es procedente, al expresar DISCONFITES S.A., que la Gobernación, la Secretaría de Hacienda y la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, vulneraron los derechos al debido proceso, a la defensa, a la buena fe y a la confianza legítima, porque los órganos demandados “en forma inconsulta, unilateral y arbitraria”, decidieron terminar la relación comercial que mantenían, considerando la empresa actora violadas

“las prescripciones del régimen de la contratación estatal”.

Se censura que los accionados causaron un perjuicio irremediable, entre otras razones por la terminación de contratos laborales, afectándose también los proveedores, debido a la imposibilidad de continuar con la distribución de licores de FLA en Risaralda, conduciendo a la posible “muerte por liquidación” de la distribuidora.

Las entidades accionadas señalaron acogerse a lo determinado en los artículos 336 superior y 61 de la Ley 14 de 1983, al igual que en la Ordenanza 19 de 2005, preceptos relacionados con el monopolio de arbitrios rentísticos que ejercen las fábricas de licores de un departamento frente a sus productos y clientes, teniendo las entidades territoriales libertad “para escoger el tipo de comercialización” que más convenga (f. 3 cd. 2).

Frente al perjuicio irremediable que alega la sociedad actora, anotó la Gobernación de Antioquia que en cuanto a “la muerte por liquidación” que teme la distribuidora, es evidente que la demandante “tiene... para desarrollar al menos 11 actividades diferentes a la comercialización de licores”, debido a la amplitud del objeto social que registra; añadió además que DISCONFITES “tiene un portafolio” de venta de varios productos, que incluye también licores diferentes a los producidos y comercializados por FLA (f. 7 ib.).

En el aspecto laboral, la empresa comercializadora aceptó la cláusula que dentro del convenio disponía que “ninguno de los Departamentos contraerá obligación alguna de carácter laboral con el respectivo distribuidor ni con su personal”, siendo un aspecto muy propio de DISCONFITES atender la relación con sus empleados (f. 29 cd. inicial.)

Ciertamente, en el certificado de existencia y representación legal de DISCONFITES S. A. (fs. 19 a 23 ib.), se observa que la capacidad de su objeto social<sup>13</sup> es muy amplia, teniendo la posibilidad de “comprar, vender, distribuir, importar y fabricar” (f. 20 ib.) diversos productos, además de los licores, aparte de ser su portafolio de venta muy variado, incluyendo diferentes líneas de alimentos y bebidas (fs. 180 a 182 ib.).

Así, el perjuicio irremediable aducido por la empresa actora puede llegar a ser de carácter

pecuniario, pero no reviste las connotaciones de inminencia, apremio, ilegitimidad y afectación a verdaderos derechos fundamentales de dicha persona jurídica, que hagan viable el mecanismo transitorio de amparo.

Con certera fundamentación, el Juzgado Quince Penal de Circuito de Medellín denegó la tutela y la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad confirmó tal decisión, con la modificación de declarar la improcedencia de la solicitud de tutela por la existencia de otra vía de reclamación judicial, ante a la terminación de una relación comercial.

Acertadamente, los despachos judiciales de instancia no hallaron “la inminencia de un perjuicio irremediable” que pudiere generar medidas transitorias de protección y frente a la eventual ilegalidad de un acto administrativo, existe otro medio judicial de defensa idóneo para dirimir el conflicto, que en todo caso es de origen contractual y, en últimas, lo que preocupa a la parte actora, más que la real violación de derechos fundamentales, son las consecuencias económicas que le acarree quedar por fuera de un negocio.

Tomando en consideración la situación fáctica, es importante aclarar que cuando se está en presencia de un litigio en torno a derivaciones de un monopolio de arbitrio rentístico, como mecanismo idóneo para superarlo se cuenta con:

i) La jurisdicción contenciosa administrativa, al estar en presencia de una disputa surgida en el desarrollo de un convenio o contrato con un órgano de derecho público<sup>14</sup>.

Allí, DISCONFITES S.A. podría alegar el rompimiento del equilibrio económico o hacer valer “las prescripciones del régimen de la contratación estatal”, solicitando, si encontrare mérito para ello, la nulidad y el restablecimiento del derecho<sup>15</sup>, con la eventual suspensión provisional.

ii) La Superintendencia de Industria y Comercio, para procurar que no se transgreda la competencia de las empresas<sup>16</sup>; en su misión está velar por “el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional”<sup>17</sup>, pudiendo investigar y determinar si hay abuso de una posición dominante o exorbitancia en el ejercicio de un monopolio de arbitrio rentístico.

iii) De manera excepcional, la jurisdicción constitucional si verdaderamente se estuviese en presencia de un perjuicio irremediable, frente a inminente urgencia para contrarrestar un detrimento grave a derechos fundamentales, generando que la acción sea impostergable para restablecer “el orden social justo en toda su integridad”<sup>18</sup>, que ya se esclareció que no es la situación bajo estudio.

En consecuencia, habrá de confirmarse el fallo proferido en febrero 17 de 2009 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, que acertadamente confirmó el dictado en diciembre 12 del mismo año por el Juzgado Quince Penal del Circuito de la misma ciudad, dentro de la acción de tutela instaurada por el apoderado de la DISTRIBUIDORA DE CONFITES S.A., contra la Gobernación, la Secretaría de Hacienda Departamental, la Fabrica de Licores y Alcoholes, todas del Departamento de Antioquia.

### III.- DECISIÓN.

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

#### RESUELVE

Primero: CONFIRMAR el fallo proferido en febrero 17 de 2009 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, que a su turno confirmó el dictado en diciembre 12 del mismo año por el Juzgado Quince Penal de la misma ciudad, dentro de la acción de tutela instaurada por el apoderado de DISCONFITES S.A., contra la Gobernación, la Secretaría de Hacienda Departamental y la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia.

Segundo: Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 T-240 de junio 23 de 1993, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2 Cfr. artículo 336 de la Constitución Política de Colombia; Decreto 3236 del 10 de diciembre de 1962 “por medio del cual se reglamentan las disposiciones antimonopólicas consagradas por la Ley 155 de 1959” y Decreto 2153 de diciembre 30 de 1992, modificado por la Ley 1340 de julio 24 de 2009, “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.”

3 Decisión 486 de septiembre 14, referente al “Régimen Común sobre Propiedad Industrial”.

4 En sentencia T-240 de 1993 antes referida, se define posición dominante como “la posibilidad de ejercer un comportamiento independiente respecto de los precios, condiciones de venta, volúmenes de producción y sistemas de distribución de bienes o de servicios dado el control que ella puede ejercer sobre una parte significativa del mercado en razón de la magnitud de sus recursos financieros, tecnológicos o del manejo estratégico de las materias primas y demás factores económicos”; igualmente, el artículo 86 del Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea, preciso algunas prácticas que se consideran abusivas de la posición dominante: “(...) Tales prácticas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en

perjuicio de los consumidores; c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.”

5 Cfr. C-535 de 1997, ya citada; Ley 1340 de julio 24 de 2009, “por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”, artículos 14 a 16.

6 Cfr. Ley 256 de enero 15 de 1996, “por la cual se dictan normas sobre competencia desleal” y Convenio de París de marzo 20 de 1883, aprobado por Ley 178 de diciembre 28 de 1994, en cuyo artículo 10° se indicó:

“2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.

3) En particular deberán prohibirse:

(i) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

(ii) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

(iii) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.”

7 Art. 336 Const.

8 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución N° 07083299 de febrero 26 de 2008; y sentencia del Consejo de Estado de diciembre 19 de 1995, C. P. Libardo Rodríguez Rodríguez, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Radicación 2877.

9 “Artículo 61. La producción, introducción y venta de licores destilados constituyen monopolios de los Departamentos como arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia. En consecuencia, las Asambleas Departamentales regularán el monopolio o gravarán esas industrias y actividades, si el monopolio no conviene, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

Las Intendencias y Comisarías cobrarán el impuesto de consumo que determina esta Ley para los licores, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares, nacionales y extranjeros.

Para la introducción y venta de licores destilados, nacionales o extranjeros, sobre los cuales el Departamento ejerza el monopolio, será necesario obtener previamente su permiso, que solo lo otorgará una vez se celebren los convenios económicos con las firmas productoras, introductoras o importadoras en los cuales se establezca la participación porcentual del departamento en el precio de venta del producto, sin sujeción a los límites tarifarios establecidos en esta Ley.”

10 C-540 de 2002, antes citada.

11 D. 2591 de noviembre 19 de 1991, artículos 1°, 2° y 5°.

12 T-001 de abril 3 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

13 Artículo 99 de Código de Comercio: “La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.”

14 Código Contencioso Administrativo, artículo 85.

15 El artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.

16 Ley 1340 de julio 24 de 2009, artículo 3° y 19.

17 Ley 1340 de 2009, ya referida, artículo 3°.

18 Cfr. T-253 de mayo 23 de 1994 y T-225 de junio 15 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo y T-531 de agosto 9 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.