

ACCION POPULAR - Naturaleza. Pública / ACCION POPULAR - Agotamiento de jurisdicción / PRINCIPIO DE ECONOMIA PROCESAL - Acción popular / ACCION POPULAR - Acumulación de procesos. Improcedencia / ACUMULACION DE PROCESOS - Acción popular. Improcedencia / PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA - Acción popular / ACCION POPULAR - Falta de jurisdicción

La jurisprudencia de esta Sección tiene determinado que si una demanda en acción popular se presenta cuando existe otra en curso con el mismo objeto que ya ha sido notificada al demandado, opera el “agotamiento de la jurisdicción”, hecho que constata el juez a partir de la identidad de actores, pretensiones y hechos. Esta institución procesal fue extrapolada de la construcción que al efecto hiciera la Sección Quinta de esta Corporación en sede del contencioso electoral, sobre la base de que la identidad de demandas -que en acciones populares se presenta cuando el objeto y la causa son los mismos, con independencia de que el actor lo sea o no ya que justamente se trata de una acción pública- comporta causal de anulación del proceso posterior. Ahora, dado que los intereses en juego impiden la simple acumulación de procesos (por virtud de la naturaleza de esta acción y las consecuencias nocivas a nivel de reconocimiento del incentivo que entrañaría) es tarea del juez verificar si el objeto es el mismo. En tal virtud, la aplicación a estos juicios del instituto del agotamiento de jurisdicción pretende impedir la coexistencia de procesos paralelos en tanto ello entraña una amenaza latente a la igualdad en la aplicación de la ley dado el grave riesgo de decisiones contradictorias. Se persigue, pues, evitar no sólo el innecesario desgaste de la jurisdicción, sino también el poner en tela de juicio la seguridad jurídica ínsita a toda decisión judicial y que es el sustrato del ejercicio de la función pública jurisdiccional (art. 228 CN y art. 1 LEAJ). Por lo demás, el agotamiento de jurisdicción en acciones populares busca la guarda de la unidad del derecho como postulado fundamental de la facultad estatal de impartir justicia (iudicare munus publicum est). Con sujeción a lo expuesto, la Sala no ha dudado en declarar la nulidad de lo actuado en el segundo proceso iniciado por una acción popular, con arreglo a lo prescrito por el numeral primero del artículo 140 del CPC, aplicable por remisión expresa del artículo 165 del CCA y por el artículo 44 de la ley 472 de 1998, por “falta de jurisdicción” siempre y cuando previamente se establezca, sin lugar a dubitación alguna, que media identidad de objeto y de causa petendi. Nota de Relatoría: Ver sobre OPORTUNIDAD: Auto de 15 de marzo de 2006, Rad. AP-01209, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sobre ACUMULACION DE PROCESOS: Auto de 22 de noviembre de 2001, AP-218; sobre AGOTAMIENTO DE JURISDICCION: Auto de 5 de febrero de 2004, AP 933, C.P. Ricardo Hoyos Duque; Auto de 5 de agosto de 2004, Rad. AP-00979, C. P. María Elena Giraldo Gómez; Auto de 16 de septiembre de 2004, expediente AP-0326, C.P. María Elena Giraldo Gómez; Sentencia de 7 de octubre de 2004, Rad. AP-00336, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, con SV María Elena Giraldo Gómez y German Rodríguez Villamizar; Auto de 14 de octubre de 2004, Rad.: AP-0326-01, CP: Maria Elena Giraldo Gómez; Auto de 7 de diciembre de 2005, expediente AP-1029, C.P. María Elena Giraldo Gómez; Auto de 12 de diciembre de 2005, Rad. AP-02148-01, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Auto de 24 de enero de 2007, Exp. No. AP-907-2004, Auto de 22 de febrero de 2007, Rad.: AP-00092-01, Actor: Tatiana Miguél Colina, CP Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia de 17 de mayo de 2007, Rad.: AP-01042-01, CP Ruth Stella Correa Palacio; Auto de 12 de diciembre de 2007, Rad.: AP-01856-01, C.P. Enrique Gil Botero; Sobre LA DIFERENCIA DE ESTA FIGURA CON LA DE COSA JUZGADA EN ACCIONES POPULARES Auto de 23 de julio 2007, Rad. AP-02295-01, CP Enrique Gil Botero; sobre FALTA DE JURISDICCION: Auto de 12 de diciembre de 2005, Rad. AP-02148-01, C.P. Ruth Stella Correa Palacio

ACCION POPULAR - Coadyuvancia. Límite. Oportunidad / COADYUVANCIA - Acción popular. Límite. Oportunidad / INTERVENCION ADHESIVA - Acción popular. Límite. Oportunidad / ACCION POPULAR - Intervención adhesiva. Límite. Oportunidad

En el escrito de coadyuvancia de la demanda se alegó como violado el derecho colectivo a la "moralidad pública", el cual no había sido invocado por el actor en su escrito de demanda. La Sala no abordará su estudio, por dos razones: i) Esta intervención adhesiva no puede entrañar la formulación de unas nuevas pretensiones con invocación de intereses colectivos distintos y ii) No existe un derecho colectivo a la moralidad "pública", lo que existe es el derecho colectivo a la moralidad administrativa. El artículo 24 de la ley 472 de 1998 autoriza a toda persona natural o jurídica a "coadyuvar" estas acciones populares antes de que se profiera fallo de primera instancia. La coadyuvancia o intervención ad adiuvandum, adhesiva o accesorio, por cuya virtud un tercero interviene voluntariamente en un proceso en apoyo o ayuda de las razones de una de las partes, ciertamente asume características particulares en los procesos que se adelantan con ocasión de una acción popular respecto de su modalidad en lo activo y por lo mismo acusa diferencias significativas con la figura homónima prevista en el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, en la legislación procesal civil se impone para este tipo de intervenciones secundarias o accesorias (Carnelutti) como requisito para que tengan lugar, el que el tercero tenga una relación sustancial con una de las partes a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse desfavorablemente si dicha parte coadyuvada es vencida. En tratándose, tratándose de acciones populares, el artículo 24 de la ley 472, faculta a toda persona para coadyuvar en lo activo, toda vez que la suerte del proceso no sólo puede afectar a quien ostenta formalmente la condición de parte demandante, sino a todo miembro de la comunidad, sin que sea menester que medie una relación con quien comparece en el proceso, puesto que aún de haberla por tratarse de un asunto subjetivo no puede ser materia del proceso. O lo que es igual, la relación sustancial exigida como condición de aplicación de la intervención adhesiva en la legislación procesal civil, no es requisito en tratándose de acciones populares, no sólo porque la norma especial no lo exige, sino - fundamentalmente- porque se trata justamente de una acción pública o abierta a todos, en la medida en que el interés jurídico tutelado es de carácter colectivo y no individual. De otro lado, este interviniente accesorio no actúa para sostener razones de un derecho ajeno (Carnelutti), como sucede en la intervención por coadyuvancia prevista en el estatuto procesal civil, sino por el contrario- para ayudar en la defensa de un derecho cuyo titular es toda la comunidad. Adicionalmente, el interés que anima al coadyuvante en el proceso civil es por regla general preponderantemente económico, mientras que el interés en la causa que subyace en las acciones populares es de carácter eminentemente público, propio de la naturaleza de esta figura procesal.

COADYUVANCIA - Diferencia proceso civil y popular / ACCION POPULAR - Coadyuvancia. Diferente proceso civil / COADYUVANCIA - Finalidad / COADYUVANCIA EN ACCION POPULAR - Reformulación de demanda. Improcedencia

A diferencia del proceso civil el coadyuvante en acciones populares no tiene la carga de aducir los medios de prueba que acrediten el interés que tiene para intervenir en el proceso, vale decir, acreditar la existencia de la relación sustancial que sólo es exigida por el artículo 52 del CPC, pero no por la ley 472. Lo anterior, sin embargo, no significa que como el interés jurídico que mueve tanto al actor

como a su coadyuvante no es otro que la defensa de lo colectivo, éste último pueda establecer a su criterio una nueva demanda con pretensiones y derechos distintos a los planteados por el escrito de demanda, pues ello no consultaría la finalidad de la coadyuvancia, perfilada justamente para contribuir, asistir o ayudar a la consecución de la defensa de los derechos colectivos invocados por el actor y no para formular su propia demanda, como que su legitimación también es limitada en acciones colectivas. Las facultades del coadyuvante también en estas acciones constitucionales se contraen, entonces, a efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, toda vez que no se trata de un sustituto procesal que actúa a nombre propio, sino un interviniente secundario y como parte accesoria, como certeramente apunta el profesor Devis Echandía, no puede hacer valer una pretensión diversa en el juicio. De ahí que tratándose del coadyuvante en lo activo, éste pueda en su escrito reforzar los argumentos presentados en la demanda, para lo cual -por supuesto- podrá pedir la práctica de pruebas, participar en su recepción, proponer recusaciones, interponer recursos, discutir los alegatos de la parte contraria etc. Sin embargo, dicha intervención no puede significar una reformulación de la demanda, pues ello entrañaría una clara contradicción con lo formulado por el coadyuvado, que comportaría no sólo una desnaturalización de la figura, sino un desbordamiento de sus limitadas facultades como intervención adhesiva o accesoria que es, y -de paso- adoptaría en su lugar la calidad de parte principal, con un interés jurídico procesal diverso y no el de apoyar la pretensión del demandante (Alsina). Estamos, pues, delante de un tercero que coopera y ayuda con el interés de un desenlace favorable del proceso, pero no se trata “de una nueva demanda del coadyuvante que amplíe el objeto del proceso, sino de su intervención en la cuestión trabada entre las partes, dirigida a favor de una de ellas”. Significa lo anterior que le asiste razón a la sociedad accionada cuando, en el escrito de alegaciones de primera instancia, expuso que la litis no podía versar sobre la violación del derecho a la moralidad pública, en cuanto éste no fue señalado como vulnerado en la demanda, sino que fue aducido en el escrito de coadyuvancia en lo activo.

ACCION POPULAR - Derecho colectivo. Moralidad administrativa / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Diferente a moralidad pública / MORALIDAD PUBLICA - Diferente a moralidad administrativa

La Sala advierte que el ordenamiento positivo no ha definido a la moralidad pública como un derecho colectivo y al no serlo escapa a la finalidad propia de las acciones populares, es decir, no son susceptibles de protección a través de estas acciones. La Sala reitera así el criterio expuesto en oportunidad precedente, conforme al cual si bien la moralidad pública es un valor de gran trascendencia no tiene la condición de interés colectivo y por lo mismo no es pasible de amparo vía acción popular, valor que no puede confundirse con el derecho colectivo a la moralidad administrativa. Por lo demás, los derechos e intereses colectivos son únicamente aquéllos previstos como tales en la Constitución Política (arts. 78 a 82 y 88), en la ley (art. 4° de la Ley 472 de 1998) o en los tratados internacionales. Y si no se encuentra en ninguno de estos cuerpos normativos consignada la “moral pública” como tal, no es posible su protección por vía acción popular. En otras palabras, mientras no se haya producido un reconocimiento del derecho positivo no es posible considerar como colectivo un interés determinado, así éste tenga un carácter general, como pasible de esta especial protección. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 2 de junio de 2005, Rad. AP-25000-23-27-000-2003-00720-02, C. P. Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia de 22 de enero de 2004, Rad. 25000-23-26-000-2001-00527-03(AP), C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; Sentencia de 16 de abril de 2007, Rad. AP-05001-23-31-000-2004-03831-01, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO - Régimen de competencia / SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO - Intervención / SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO - Principio de neutralidad / PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD - Servicio público domiciliario. Intervención / SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO - Libre elección del prestador / SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO - Libertad de empresa / LIBERTAD DE EMPRESA - Servicios públicos domiciliarios / SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO - Areas de servicio exclusivo / AREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO - Excepción. Servicio público domiciliario / AREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO - Condiciones de aplicación. Finalidad. Competencia. Contrato

El artículo 365 Constitucional garantiza para el sector de los servicios públicos domiciliarios un régimen de competencia (libertad de empresa, libre competencia y protección al usuario), que entraña que no se requiera concesión para su prestación. Esquema de libre competencia desarrollado minuciosamente por la ley 142 a lo largo y ancho de su texto. Baste destacar a guisa de ejemplo que: i) en su artículo 2.6 subraya que el Estado interviene en los servicios públicos para garantizar la libre competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante; ii) en su artículo 3.3 dentro de los instrumentos de dicha intervención estatal ocupa lugar destacado el principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios; iii) en el artículo 9.2 al prever los derechos de los usuarios estableció la libre elección del prestador y iv) en el artículo 10 ya citado previó la libertad de empresa, como un derecho de todas las personas a organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley. Como una situación de excepción la ley permitió la constitución de las denominadas áreas de servicio exclusivo-ASE, por cuya virtud la ley autoriza la concesión por parte de los alcaldes de un servicio, siempre que se reúnan las estrictas condiciones de aplicación de esta figura, conforme al marco legal y reglamentario que a continuación se esboza. En efecto, el artículo 40 de la ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios. De la lectura del texto legal (artículo 40 de la ley 142 de 1994) se tiene que las áreas de servicio exclusivo-ASE son una figura excepcional en cuanto entrañan la concesión del servicio, esto es, que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. De ahí que la disposición en cita, cuya constitucionalidad no es materia de este juicio, imponga rigurosas condiciones de aplicación: i) Sólo podrá tener lugar por motivos de interés social y con el propósito de extender la cobertura a los usuarios pobres; ii) La competencia para fijarlas es de la autoridad territorial competente; iii) Supone la celebración de un contrato en el que se precisará el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio concesionado en exclusividad, los niveles de calidad que debe asegurar y demás obligaciones en torno a la prestación del servicio. iv) La Comisión Reguladora respectiva debe definir por vía general cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en este tipo de contratos, los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse, metodología establecida para el sector de acueducto y saneamiento básico en la Resolución CRA 151 de 2001, Sección 1.3.7.; v) El proceso de adjudicación del contrato de concesión de áreas de servicio exclusivo se debe adelantar previa licitación que asegure competencia de oferentes (competencia por el mercado); vi) El ente regulador competente deberá verificar, antes de la apertura de la licitación, que las ASE son indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos.

DEROGATORIA - Concepto / INTERPRETACION DE LA LEY EN EL TIEMPO - Derogatoria / DEROGATORIA - Clases / DEROGATORIA TACITA - Concepto / DEROGATORIA TACITA - Concepto / DEROGATORIA ORGANICA - Concepto

La derogación como ha sostenido esta Corporación, conocida como la abolición o abrogación de normas, es un fenómeno que se refiere a la temporabilidad de la ley o de otra norma jurídica en virtud de la voluntad del legislador o extraordinario, por manera que “no puede tener lugar sino en fuerza de una Ley posterior, esto es, de un acto emanado por el poder legislativo y revestido, por consiguiente, de todas las formas para la existencia y eficacia de la Ley”, por lo cual “en la derogación de la Ley se extingue por obra del mismo poder que le dio vida”, en aras de la seguridad jurídica. La derogación puede ser expresa, tácita y orgánica; es de la primera especie, cuando la nueva ley suprime formalmente la anterior por citar esa situación de manera explícita; es de la segunda, cuando la norma posterior contiene normas incompatibles con las de la antigua; y es de la tercera, cuando una nueva regla íntegramente la materia a que la anterior se refería. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 29 de septiembre de 1982, Rad. 882, C.P. Ignacio Reyes Posada.

SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO - Conflicto de leyes / CONFLICTO DE LEYES - Conflicto de leyes / DEROGATORIA EXPRESA - Ley 142 de 1996 / LEY 142 DE 1996 - Derogatoria expresa / AREA DE SERVICIO EXCLUSIVO - Libertad de empresa / AREA DE SERVICIO EXCLUSIVO - Libre competencia económica / LIBERTAD DE EMPRESA - Area de servicio exclusivo / LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA - Area de servicio exclusivo

No debe perderse de vista que el artículo 186 de la ley 142 de 1994 dispuso que en caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirá a la ley 142, y que para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que esta resulta contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando éstas identifiquen de modo preciso la norma de esta Ley objeto de excepción, modificación o derogatoria. De suerte que la ley 142 exige la derogatoria expresa, esto es que la nueva ley precise expresamente que la deroga o modifica y no admite derogatorias tácitas. Nótese que la regla sigue siendo, como ordena el artículo 365 Constitucional, la libre iniciativa de los distintos agentes económicos según lo reitera el inciso primero del texto legal transcrito. Sin embargo, el inciso segundo del artículo 9 de la ley 632, en relación con la prestación del servicio público domiciliario de aseo autoriza únicamente para las actividades taxativamente enunciadas por el legislador la asignación de áreas de servicio exclusivo previa licitación, instrumento éste que busca garantizar la competencia por el mercado. Para el caso que ocupa la atención de la Sala importa destacar que la Comisión reguladora, con arreglo a lo dispuesto en la ley, sólo autorizó la asignación de áreas de servicio exclusivo respecto de las actividades de recolección, transferencia y transporte de residuos patógenos y peligrosos. O lo que es igual, no autorizó la concesión de ASE para la actividad de tratamiento (incineración o desactivación de residuos). La Sala subraya este carácter taxativo de los servicios, actividades o componentes sobre los cuales únicamente autorizó el legislador la concesión en exclusividad en un determinado espacio geográfico. Ello es así porque constitucionalmente, como ley de intervención económica que es, la ley 632 debe fijar con claridad los fines, alcances y límites de la libertad económica que regula. En otras palabras, el texto del contrato respectivo deberá precisar en su clausulado cuáles actividades permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo, desligándolas de las que no, en particular en cuanto se refiere a su objeto y al contenido obligacional. Síguese de todo lo anterior que no es admisible hacer lecturas extensivas del negocio jurídico pues ellas atentarían

contra los intereses colectivos de la libertad de empresa y de la libre competencia económica.

SERVICIO PUBLICO DE ASEO - Area de servicio exclusivo / AREA DE SERVICIO EXCLUSIVO - Servicio público de aseo

En desarrollo de lo dispuesto por el parágrafo el artículo 9 de la ley 632 citada, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 891 de 2002, que dispuso que el establecimiento y otorgamiento de áreas de servicio exclusivo para la prestación de actividades del servicio público domiciliario de aseo, se hará siempre por medio de contratos de concesión, adjudicados previo agotamiento de un proceso licitatorio público, con el cual se garantice la competencia y la transparencia (artículo 3º). El decreto reglamentario en cita establece en su artículo 4º que previamente a la apertura de la licitación pública para la asignación de áreas de servicio exclusivo en la prestación del servicio público de aseo, los municipios y distritos deberán solicitar a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico-CRA la verificación de existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos de concesión, de acuerdo con los lineamientos generales y condiciones a que éstos se encuentran sometidos y deberán aportar a la CRA los estudios que demuestren que el otorgamiento del área de servicio exclusivo es el mecanismo más apropiado para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a los usuarios de menores ingresos. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 27 de octubre de 2005, Radicación número: 11001-03-26-000-2002-00045-01(23583), C.P. Maria Elena Giraldo Gómez.

ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR - Prueba. Página Web / MENSAJE DE DATOS - Documento. Valor probatorio. Acto administrativo particular / ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR - Mensaje de datos / MENSAJE DE DATOS - Fuerza probatoria / PUBLICIDAD ELECTRONICA - Acto normativo / NORMA - Publicidad electrónica / MENSAJE DE DATOS - Equivalencia funcional. Documento en papel / EQUIVALENCIA FUNCIONAL - Documento electrónico / DOCUMENTO ELECTRONICO - Valor probatorio / COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - Valor probatorio de acto administrativo particular. Página Web

El artículo 95 de la ley 270 de 1996 reconoció expresamente que la incorporación de la tecnología avanzada al servicio de la administración de justicia es tarea prioritaria del Consejo Superior de la Judicatura no sólo a nivel de formación, conservación y reproducción de expedientes, de comunicación entre los despachos y al funcionamiento razonable del sistema de información, sino que expresamente reconoció el precepto que esta acción también debía enfocarse principalmente “a mejorar la práctica de las pruebas”. Igualmente, el inciso segundo de la disposición estatutaria en cita autorizó a los funcionarios judiciales a utilizar “cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones”, mientras que el inciso tercero previó en forma clara que los documentos emitidos por esos medios, cualquiera sea su soporte, “gozarán de validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales”. A su vez, la ley 527 de 1999 dotó de reconocimiento jurídico a los documentos en soporte de mensaje de datos, entendiendo dentro de estos a la información almacenada por medios electrónicos como la Internet (art. 2º, ordinal a), al prever en su artículo 5º en forma perentoria que no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos. Por su parte, el artículo 6º de la

referida ley 527 estableció que cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, este requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta. Al mismo tiempo, el artículo 10º de la ley 527 en comento dotó expresamente de fuerza probatoria a los mensajes de datos al disponer que éstos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada por las disposiciones pertinentes de la legislación procesal civil. Ahora, el artículo 11 eiusdem dispuso que para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos, deben seguirse las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas y por lo mismo habrán de tenerse en cuenta: i) la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje y ii) la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente. En la misma perspectiva, la ley 962 de 2005, por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos, estableció en su artículo 7º la publicidad electrónica de actos normativos (leyes, decretos y actos administrativos de carácter general) así como de “documentos de interés público” relativos a ellos, al tiempo que previno que “[l]as reproducciones efectuadas se reputarán auténticas para todos los efectos legales, siempre que no se altere el contenido del acto o documento”. En verdad, el ordenamiento jurídico pretende justamente, en el marco de la “sociedad de la información”, poner a tono el ordenamiento jurídico con los avances tecnológicos, por lo que también respecto de actos administrativos de carácter particular como el que hoy estudia la Sala, resulta predicable igual valor demostrativo que el de los documentos en papel. Los documentos en soporte de mensajes de datos, como son los actos administrativos almacenados por medios electrónicos como la Internet, para usar las palabras de la Corte Constitucional, también cumplen con los requisitos de fiabilidad, autenticidad, integridad y rastreabilidad, propios del criterio flexible de “equivalente funcional” adoptado por el legislador y que son aplicables a la documentación consignada sobre papel. En consecuencia, estos documentos almacenados en medios electrónicos como la Internet están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel, siempre -claro está- que se garantice la fiabilidad de su origen lo mismo que su integridad, todo lo cual corresponde verificarlo al fallador en cada caso. Nota de Relatoría: Ver sobre ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL EN WEB INSTITUCIONAL: Sentencia de 15 de agosto de 2007, Radicación número: AP-00993-01, C. P. Ruth Stella Correa Palacio; sobre EQUIVALENCIA: de la CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 662 de 2000, MP Fabio Morón Díaz y Sentencia C-831 de 8 de agosto de 2001, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

COPIA SIMPLE - Valor probatorio

La jurisprudencia tiene determinado que las copias informales carecen de valor probatorio en los términos del artículo 252 y 254 del Código de procedimiento Civil, dado que las copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254 del C. de P. Civil antes citado. Nota de Relatoría: Ver de la Corte Constitucional Sentencia C-023 de 11 de febrero de 1998, M.P. Jorge Arango Mejía.

CONSTITUCION ECONOMICA - Concepto / LIBERTAD ECONOMICA - Noción / LIBERTAD ECONOMICA - Contenido doble. Libertad de empresa. Libertad de competencia / LIBERTAD DE EMPRESA - Noción / LIBERTAD DE COMPETENCIA - Noción

El régimen económico ocupó para el constituyente del año de 1991 un especial interés, al punto que los estudiosos del derecho económico, poco tiempo después de expedida la nueva Carta Política, no dudaron en aplicar en este tema la construcción germánica de las constituciones temáticas y hablar entonces de “Constitución Económica”, en el marco de una economía social de mercado. La Constitución Económica está integrada no solo por las disposiciones previstas en el título XII (arts. 332 a 373), sino por todos aquellos preceptos que sin importar su ubicación (parte dogmática o parte orgánica) constituyan cláusulas constitucionales que tienen incidencia en materia económica, comenzando por la redefinición del mismo modelo de Estado Social de Derecho. Uno de los principios fundamentales del derecho constitucional económico en Colombia lo constituye la libertad económica, también denominada en el siglo XIX libertad de comercio y de industria, entendida como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio, libertad que se encuentra limitada por los poderes de intervención del Estado en la economía. Se trata de un derecho o libertad que tiene un doble contenido que se aprecia, por una parte, en la libertad de empresa que constituye nada menos que “el fundamento de la actividad particular y de los derechos inherentes a ella” y de otra, en la libertad de competencia, esto es, el derecho a competir o a participar en la actividad económica sin ser discriminado. Nota de Relatoría: Ver sobre LIBERTAD ECONOMICA sentencia T-425 de 1992

LIBERTAD ECONOMICA - Dimensiones / LIBERTAD DE EMPRESA - Clases / LIBERTAD DE INVERSION - Noción / LIBERTAD DE CREACION - Noción / LIBERTAD DE ACCESO AL MERCADO - Noción / LIBERTAD DE CONTRATACION - Noción / LIBERTAD DE COMPETENCIA ECONOMICA - Noción / LIBERTAD DE EMPRESA - Acción popular / ACCION POPULAR - Libertad de empresa / DERECHO DEL CONSUMO - Límite libertad económica / LIBERTAD ECONOMICA - Límite. Derecho al consumo

La libertad de empresa despliega sus efectos, según la doctrina, en varias “sub-libertades”: i) la libertad de inversión que es el derecho a establecerse o de instalarse, dentro de los límites del bien común, según lo dispuesto por el inciso primero del artículo 333 citado; ii) la libertad de organización o creación de empresas que es la potestad para ejercer o explotar la actividad económica respectiva, de “emprender” actividades económicas en el sentido de libre fundación de empresas; iii) libertad de acceso al mercado también conocida como libertad de entrada y que en el sector de los servicios públicos domiciliarios en Colombia está prevista expresamente bajo la nominación “libertad de empresa” en el artículo 10 de la ley 142; y iv) la libertad de contratación o libertad comercial que supone la facultad de elegir proveedores y clientes. La libertad de competencia económica supone -en palabras del profesor Angarita- la ausencia de obstáculos entre competidores en el ejercicio de una actividad económica lícita y por lo mismo excluye todas las diversas formas de prácticas anticoncurrenciales que puedan eventualmente desvirtuarla. En definitiva, se trata de dos dimensiones de un mismo derecho: la libertad económica en sentido amplio o lato sensu que las engloba. Ese es justamente el tratamiento normativo que le da la Constitución en distintos preceptos. No le asiste razón a la sociedad adjudicataria del contrato sub lite cuando afirmó que la libertad de empresa no es pasible de protección en vía

acción popular porque no ostenta el carácter de derecho colectivo. En adición, hay que señalar que la protección de la libertad económica en sus dos dimensiones colectivas: la libre empresa y la libertad de competencia económica, supone igualmente la tutela colectiva del derecho de los consumidores o usuarios. El derecho del consumo es un límite a la libertad económica, sobre la base de que ésta no es un fin en si misma sino que está concebida principalmente en beneficio de la parte más frágil: el consumidor o usuario, dada su posición de inferioridad manifiesta frente a los agentes del mercado.

DERECHOS DEL CONSUMIDOR - Libre competencia / LIBRE COMPETENCIA - Derechos del consumidor / SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO - Libre competencia

Los derechos de los consumidores o usuarios no son más que la otra cara del derecho colectivo a la libre competencia, con especial preocupación por los dos ejes del modelo de economía social de mercado previsto en nuestro ordenamiento fundamental: la calidad y el precio. De esta suerte, el derecho a la libre empresa, el derecho a la libre competencia y los derechos de los consumidores no son más que diversas facetas de un mismo derecho: la libertad económica. Reflexiones que por supuesto aplican al sector de los servicios públicos domiciliarios, donde justamente las leyes 142, 143 y 689 de intervención económica entrañan un régimen especial, tanto desde la perspectiva de los operadores como desde la óptica del consumidor, en materia de derecho de la competencia. El acervo probatorio recaudado permitió a la Sala establecer la amenaza del derecho colectivo a la libre competencia económica pues se demostró que si bien es cierto que algunos operadores del servicio de tratamiento de los residuos hospitalarios continúan prestando el servicio, no lo es menos que -con ocasión de la suscripción del contrato de concesión de área de servicio exclusivo- otros más dejaron de prestar el servicio. Ello supone que dicho negocio jurídico ha permitido en la práctica dos interpretaciones, la última de las cuales sin duda alguna configura una amenaza al derecho colectivo de la libre competencia económica, en tanto supone una concesión no autorizada por la CRA ni permitida por la ley. Por manera que algunas cláusulas del contrato como están redactadas tienen aptitud para generar una amenaza cierta de este derecho o interés colectivo.

ACCION POPULAR - Reformulación del clausulado del contrato. Area de servicio exclusivo de servicios públicos domiciliarios / LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA - Acción popular / LIBERTAD DE EMPRESA - Acción popular / AREA DE SERVICIO EXCLUSIVO EN SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Reformulación del clausulado del contrato

La interpretación del contrato no puede llevar a este tipo de ambigüedades, de modo que si la hermenéutica del negocio jurídico hace posible que al fijar el contenido de la declaración de voluntad, se interprete de manera que se haga extensivo a actividades no autorizadas para el ASE, este tipo de lecturas sin duda configura una amenaza contra los derechos colectivos en comento. En ese orden de ideas, la amenaza evidente a la libre competencia económica y a la libre empresa impone una reformulación de su clausulado que impida cualquier tipo de lectura que haga extensivo el ámbito del ASE a actividades no autorizadas. En consecuencia, se impone la reformulación del objeto, las actividades, las obligaciones del concesionario, las obligaciones de la UESP, la responsabilidad del concesionario y las tareas del concesionario, para que no se incluya a la actividad de "tratamiento" dentro de la ASE y así evitar cualquier tipo de equívoco. La Sala, en consecuencia, dará la orden de que se reformulen estas y todas

aquellas cláusulas que de alguna manera den a entender que el ASE incluye el componente de “tratamiento”.

INCENTIVO ECONOMICO - Pago. Cargo

En lo que atañe al pago del incentivo, es importante advertir que de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en la providencia que revisó esta materia, el incentivo debe correr a cargo de las personas naturales que atentaron o vulneraron el derecho o interés colectivo y no por cuenta de la entidad estatal afectada. En este caso, los demandantes no se ocuparon de indicar desde el comienzo del proceso las personas -que a su juicio- debían haberse vinculado, por haber desplegado las conductas vulnerantes denunciadas. De suerte que al no haberse vinculado a las personas naturales que directamente atentaron o vulneraron los derechos colectivos invocados, como sujetos pasivos de esta acción, no puede ahora condenarse a las entidades accionadas a cubrir el incentivo, por lo que forzosamente habrá de negarse éste último. Nota de Relatoría: Ver sentencia C-459 de 2004 de la Corte Constitucional

COMITE DE VERIFICACION DE CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA - Acción popular / COMITE DE VERIFICACION DE CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA - Integración / ACCION POPULAR - Comité de verificación de cumplimiento de sentencia

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 de la ley 472 de 1998 en la sentencia el Juez podrá ordenar la conformación de un comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia en el cual participarán además del juez, las partes, la entidad pública encargada de velar por el derecho o interés colectivo, el Ministerio Público y una organización no gubernamental “con actividades en el objeto del fallo”. Así las cosas dicho Comité estará integrado por i) el juez de primera instancia (Tribunal Administrativo de Cundinamarca), ii) las partes, iii) la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como entidad encargada de velar por los derechos de los usuarios de acueducto y alcantarillado; iv) La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, como integrantes del Ministerio Público y v) un Comité de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos de la ciudad de Bogotá compuesto por usuarios o suscriptores de los servicios de acueducto y alcantarillado el cual será escogido por el Tribunal A Quo., teniendo en cuenta su representatividad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D. C., trece (13) de agosto de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 25000-23-27-000-2004-00888-01(AP)

Actor: GABRIEL CAMILO FRAIJA MASSY

Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA

Referencia: ACCION POPULAR-APELACION DE SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en este proceso en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 15 de diciembre de 2005, la cual será revocada. Mediante la sentencia apelada se resolvió negar las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda

A través de escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 22 de abril de 2004, Gabriel Camilo Franja Massy interpuso, obrando en nombre propio, acción popular contra del Distrito Capital de Bogota, con el fin de obtener la protección de los derechos colectivos a la libre competencia y a la libre empresa, los que afirma vulnerados por el demandado con la adjudicación ilegal del contrato para la recolección, transporte y tratamiento de los residuos hospitalarios y similares.

Por lo anterior solicitó que se accediera a las siguientes pretensiones:

“1. Declarar que la resolución 164 de 2003 emanada de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos es ilegal.

“2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se declare la nulidad por ilegal de la totalidad del proceso licitatorio público No. 002 de 2003 de la UESP.

“3. Que se declare (sic) con el adelantamiento ilegal del proceso licitatorio público No. 0002 de 2003 de la UESP se violaron los derechos colectivos de la libre empresa y la libre competencia económica de la totalidad de los generados (sic), transportadores, incineradores y de las empresas que realizan el tratamiento de los residuos hospitalarios y similares infecciosos o de riesgo biológico.

“4. Se decreta (sic) la nulidad del acto administrativo mediante el cual el Distrito Capital de Bogotá, a través de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos UESP, adjudicó el contrato de concesión en desarrollo de la

licitación pública No. 002 de 2003, para que cese la violación de los derechos colectivos amenazados.

“5. Se ordene la inmediata cesación de la ejecución del contrato celebrado dentro de la licitación pública No. 002 de 2003 por esta (sic) viciado de nulidad, para que cese la violación de los derechos colectivos amenazados.

“6. Se condene al Distrito Capital de Bogotá a favor del suscrito en la suma de ciento cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la condena, conforme a lo consagrado en el artículo 39 de la ley 472 de 1998.

“7. Se condene al Distrito Capital a costas y agencias en derecho”.

2. Hechos

Se afirmó en la demanda que antes de mayo de 2004 las actividades de recolección, transporte y tratamiento de residuos hospitalarios, infecciosos y similares eran desarrolladas bajo un esquema de libre competencia por cerca de 20 empresas. Que no obstante ello, la UESP decidió iniciar un proceso licitatorio con el objeto de seleccionar un único prestador en virtud de un contrato de concesión y bajo el esquema de área de servicio exclusivo.

Que este proceso desconoció el derecho constitucional de libre empresa y la libre competencia de las empresas que venían prestando el servicio, puesto que el Distrito creó un monopolio al incluir la actividad de tratamiento de los residuos hospitalarios, infecciosos o de riesgo biológico, sin contar con la facultad legal para ello. Con lo cual los generadores de este tipo de residuos no tienen libertad para contratar, viéndose obligados a hacerlo con un único prestador.

Que la ley autoriza el establecimiento de áreas de servicio exclusivo para las actividades de recolección, transferencia y transporte de residuos patógenos y peligrosos, pero no facultó para conceder el tratamiento de dichos residuos, bajo este esquema.

Que la UESP no solicitó a la comisión de regulación de agua potable y saneamiento básico la asignación del ASE para el tratamiento de residuos hospitalarios en el Distrito Capital y que la CRA sólo lo autorizó al Distrito para las actividades de recolección y transporte, al punto que la Resolución CRA 235 de 2002 en el parágrafo del artículo primero aclaró que el componente de disposición

final no hacía parte del proceso licitatorio asociado con las áreas de servicio exclusivo para las que se solicitó la verificación de motivos.

Que, estas son normas de carácter excepcional y por tanto de interpretación restrictiva y que deben interpretarse en la forma que mejor impida los abusos de posición dominante y que más favorezca la continuidad, calidad y precio en la prestación de los servicios, como explícitamente lo señaló la CRA en la citada resolución.

Que a pesar de ello, la UESP en la licitación pública No. 002 de 2003 incluyó la actividad de *“tratamiento”* de los residuos hospitalarios y similares infecciosos o de riesgo biológico, sin estar habilitada para ello, con lo cual vició de nulidad el proceso y el contrato de concesión, el cual viola -por ello- los artículos 4 y 6 de la Constitución. Solicitó, en consecuencia, como medida previa la orden de suspensión del mismo.

3. Oposición del demandado y escritos de coadyuvancia

Mediante auto de fecha 26 de abril de 2004, el *a quo* admitió la acción popular y dispuso la corrección de la demanda en orden a subsanar algunos defectos. En cumplimiento de lo ordenado, el actor presentó un nuevo escrito en el que ratificó lo expuesto e hizo solicitud de algunas pruebas documentales y testimoniales.

El Tribunal *A Quo* en proveído de 10 de mayo de 2004 rechazó de plano la demanda, al estimar que el accionante no subsanó la demanda en la forma ordenada. Esta Sala, al desatar el recurso propuesto, por auto de 29 de julio de 2004 revocó la providencia recurrida y en su lugar admitió la acción popular instaurada. Asimismo ordenó notificar personalmente a las partes, correr traslado al demandado, informar por medio masivo de comunicación a la comunidad y comunicar esa decisión al Ministerio Público y al representante legal del consorcio Ecocapital Internacional S.A. E.S.P. para que si lo consideraba conveniente interviniera en el proceso.

3.1 El Distrito Capital-Alcaldía Mayor de Bogotá contestó oportunamente la demanda, se opuso a las pretensiones y sostuvo que *“según los datos con que cuenta esta Unidad Ejecutiva en Colombia no existiría un número superior a 10 empresas licenciadas que se encarguen del tratamiento de residuos hospitalarios,*

siendo dichas empresas únicamente prestadoras del servicio de incineración, operación requerida únicamente para aquellos desechos denominados anatomopatológicos (partes humanas); este tipo de desechos corresponde a un aproximado del 10% del total de residuos hospitalarios, lo que quiere decir que el 90% restante debe ser tratado a través del proceso de desactivación de alta eficiencia, servicio que no es prestado en la actualidad por ninguna empresa del país y que gracias a la concesión entraría en funcionamiento en el 2005”.

Que el Distrito tiene la obligación de asegurar la prestación del servicio de aseo en lo referente a los residuos patógenos, siendo discrecional la asignación de áreas de servicio exclusivo para el efecto. Que desde hace más de 10 años se han realizado los correspondientes procesos licitatorios a través de los cuales se garantiza la competencia y que si alguien no participa no puede alegar luego violación a derecho alguno.

Que el servicio de recolección y transporte de residuos implica necesariamente su tratamiento y disposición final, pues de lo contrario no se podría garantizar la prestación eficiente del mismo. Que en virtud del artículo 28 del Decreto 1713 de 2002 todo usuario del servicio de aseo cede la propiedad de los residuos al municipio o Distrito en el momento de ubicarlos en el sitio público establecido para la recolección y que, a menos que la entidad territorial determine lo contrario, se entenderá que dicha entidad cede la propiedad al prestador.

Que la solicitud a la CRA incluyó las actividades complementarias y necesarias para garantizar la prestación del mismo y que corresponden al transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de residuos sólidos. Que el transporte de los residuos ha de efectuarse hasta el sitio de disposición final, lo cual requiere necesariamente para este tipo de residuos un tratamiento especial dadas sus características de riesgo.

Que es responsabilidad del propietario de los residuos, en este caso los prestadores del servicio de recolección, la debida incineración o desactivación de los residuos por él recolectados, cuando ello sea necesario y en la forma debida según lo dispuesto por las normas pertinentes.

Que el contrato 02 de 2004 fue fruto de un proceso licitatorio a través del cual se garantizó la competencia y en la que participaron 18 personas, para asegurar la

prestación eficiente del servicio de aseo en lo que tiene que ver con los residuos peligrosos, previo el tratamiento a que haya lugar *“garantizando de esta manera la protección de derechos colectivos como el goce de un ambiente sano, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública y el acceso a servicios públicos con prestación eficiente y oportuna, entre otros”*.

3.2 La Sociedad Ecocapital Internacional S.A. E.S.P. intervino en el proceso y se opuso a las pretensiones del actor. Expuso que la pretensión anulatoria no es propia de las acciones populares y que el contrato 002 de 2004 no otorga la exclusividad en el tratamiento de residuos hospitalarios y similares, infecciosos o de riesgo biológico, de ahí que la UESP no haya excedido la Resolución 235 de 2002 de la CRA.

Que la libertad de empresa, considerada como uno de los componentes de la libertad económica, no aparece dentro de los derechos colectivos definidos por el legislador. Que la prestación de este servicio implica una obligación de resultado que exige sea en forma eficiente en todas las actividades que se deben llevar a cabo hasta su correcta disposición final y que no ponga en peligro la salud humana *“lo cual sólo se consigue cuando se asegura la prestación del servicio en todas sus actividades y no en forma parcial”*.

Que el tratamiento de los residuos es uno de los componentes o actividades que conforman el servicio de aseo, por ello la autoridad no puede abandonar la actividad de tratamiento ya que la garantía de la prestación del servicio debe darse también en forma integral.

Que si la propia ley 142 señala la posibilidad de otorgar esa exclusividad, no existe razón para que el actor reproche su existencia alegando violación de la libertad de empresa y del derecho a la competencia. Que, además, el otorgamiento del área debe estar precedido de una invitación pública *“lo que se traduce en que la competencia y libertad de empresa reclamada por el actor se produce pero en la etapa precontractual, es decir, los diferentes prestadores compiten entre sí para ser adjudicatarios del contrato”*.

Que la solicitud formulada a la CRA consistió en la inclusión de cláusulas de exclusividad en contratos de concesión *“es decir, que no todas las actividades que se proyectaban concesionar estaban sujetas a la exclusividad y, en segundo lugar,*

que no obstante que la CRA sólo debía pronunciarse sobre las cláusulas de exclusividad, lo hizo también respecto de actividades no cobijadas por tal exclusividad (...) la CRA claramente distinguió el servicio a concesionar por parte del Distrito Capital y los componentes del servicio público de aseo sobre los cuales recaería la exclusividad. La razón por la cual se concede todo el servicio público de aseo especial, pero la exclusividad sólo recoge alguna de las actividades que lo componen se funda en la responsabilidad que tiene el Distrito Capital de asegurar una prestación eficiente de todo el servicio de aseo especial y no solo de una parte (...) Por ello obró legalmente el Distrito al concesionar todo el servicio especial, con lo cual se asegura que el concesionario prestará todo el servicio público de aseo especial, pero la exclusividad se predica sólo de las actividades de recolección y transporte”.

Por auto de 25 de noviembre de 2004, el A Quo ordenó, a solicitud del interviniente Sociedad Ecocapital Internacional S.A. E.S.P., tenerlo como impugnante, en los términos del artículo 52 del CPC.

3.3 Las sociedades Ecología y Entorno Ltda., Protección, Servicios y Asesorías Ambientales Ltda., Proserva Ltda. y Ambiente Limpio S.A. E.S.P., por intermedio de apoderado, presentaron escrito de coadyuvancia, en el que se indicó que el proceso licitatorio y el contrato celebrado *“contrarían abierta y flagrantemente el principio de legalidad y por ende el de moralidad pública, que debe guiar toda actuación administrativa”*. Al efecto se invocaron argumentos similares a los expuestos en el escrito de demanda.

Agregaron que dichas empresas habían celebrado contratos de prestación del servicio de recolección y transporte de residuos hospitalarios, pero como consecuencia del contrato hoy atacado *“se dieron por terminados abruptamente”*.

Además de los derechos colectivos invocados por el actor, señalaron como vulnerado el derecho de los consumidores: *“[m]ientras que los operadores quedan por fuera del mercado y de la libre competencia, porque se les prohíbe brindar el servicio de tratamiento de residuos hospitalarios y similares (...) los generadores de dichos residuos ven coartado y violentado su derecho a la libre escogencia de a (sic) persona que les provea el servicio de tratamiento de los residuos en cuestión”*.

La Sociedad Elinte S.A. E.S.P. también presentó escrito de coadyuvancia. A más de volver sobre lo expuesto por el actor y el otro escrito de coadyuvancia, subrayó que conforme a la definición prevista por el decreto 891 de 2002, en las ASE tan sólo puede operar un prestador de manera exclusiva *“quien únicamente puede ofrecer los servicios y actividades que le fueron concedidas a través de un contrato”*.

4. La audiencia de pacto de cumplimiento, decreto de prueba y alegaciones

El 18 de febrero de 2005 se celebró la audiencia especial de pacto de cumplimiento, la cual fue suspendida en orden a estudiar un proyecto de pacto presentado por la UESP para adicionar un párrafo a la cláusula primera del contrato en la que se expresaría que el componente de tratamiento no es objeto de exclusividad. La diligencia se reanudó el 15 de abril siguiente en la que se reconoció personería jurídica a los apoderados de los coadyuvantes y se declaró fallida por falta de acuerdo entre las partes.

Por auto de 19 de mayo de 2005 se abrió el proceso a prueba. El actor y uno de los coadyuvantes presentaron, por separado, recurso de reposición y en subsidio de apelación contra esta providencia. Por auto de 22 de junio de 2005 el *a quo* no repuso la providencia impugnada y negó la apelación por improcedente. Mediante proveído de 2 de noviembre siguiente se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

La UESP repitió lo señalado en el escrito de demanda y agregó *“[s]ería ciertamente un despropósito, de abrirse paso la tesis del actor popular, el hecho de que la recolección de agujas infectadas con sida sólo pudiera hacerse por un concesionario exclusivo, pero su tratamiento final, una vez todas reunidas, pudiere hacerse en condiciones de libre competencia, lo que le permitiría por ejemplo participar en el negocio a un jardín infantil”*.

La sociedad Ecocapital Internacional SA ESP, a más de reiterar lo ya expresado, indicó que las coadyuvancias sólo pueden ser presentadas por los mismos derechos señalados como vulnerados en la acción popular y en consecuencia la litis no versa sobre la violación del derecho a la moralidad pública.

Que los contratos celebrados por los coadyuvantes tenían por objeto la recolección y transporte de residuos hospitalarios, *“[s]i las actividades de recolección y transporte de residuos hospitalarios están sujetas a exclusividad en el área urbana del Distrito Capital, cómo podría preservarse la continuidad de tales contratos luego de la publicación del contrato de concesión No. 002 de 004?”*.

Que las certificaciones allegadas como prueba de que ciertas empresas venían manejando el tratamiento de residuos hospitalarios no acreditan la pretendida violación, en tanto todos los contratos tenían por objeto la recolección y transporte de residuos patógenos y su posterior disposición final, de modo que el objeto de esos contratos no es sólo el tratamiento, sino que el objeto principal incluía la recolección y transporte.

Que como la actividad de tratamiento no es objeto de exclusividad, nada impedía que la empresa respectiva continuara prestando ese servicio, como sucedió en el Hospital Universitario Clínica San Rafael, según certificación aportada al proceso, *“para la actividad de tratamiento, la Empresa Ecoentorno presta sus servicios en libre competencia frente a Ecocapital Internacional SA ESP y virtualmente frente a cualesquiera otros prestadores, lo que implica que en esta actividad hay libre competencia y no se vulnera la libre competencia, puesto que estas empresas se encuentran en un marco de competencia, viable y legítimo, porque no existe exclusividad para esa actividad”*. De modo que los demás prestadores, hubieran podido modificar sus contratos para suprimir las actividades de recolección y transporte, pero continuar con la actividad de tratamiento.

5. La providencia impugnada

El Tribunal negó las súplicas de la demanda y circunscribió el análisis al interés colectivo de la libre competencia económica., al considerar que la libertad de empresa no es un derecho colectivo. Indicó que no advierte vulneración alguna en tanto la UESP ordenó la apertura de la licitación pública No. 002 de 2003 *“para la cual se presentaron con absoluta libertad varios proponentes, en igualdad de oportunidades y bajo los principios y parámetros que establece la ley 80 de 1993”*.

En cuanto a la ejecución de determinadas actividades relacionadas con residuos hospitalarios y similares teniendo en cuenta que ellos representan un riesgo para la salud del personal de salud y el medio ambiente; que la finalidad consiste en

satisfacer las necesidades de los usuarios, en la mejor utilización de los recursos existentes, en la protección de otros derechos colectivos, y en especial en el cumplimiento de la prestación del servicio, concluyó que ello no conlleva la vulneración del derecho a la libre competencia económica.

Finalmente precisó que cualquier inconformidad del actor frente al proceso licitatorio o contractual debe debatirse ante la jurisdicción administrativa a través de las acciones previstas por el legislador al efecto.

6. Razones de la impugnación

6.1 La coadyuvante sociedad Elinte S.A. E.S.P. discrepó de la decisión adoptada por el *A quo*, y al efecto reiteró los argumentos planteados a lo largo del proceso. Resaltó como en su defensa la UESP indicó que el servicio de recolección y transporte de residuos implica necesariamente su tratamiento y disposición final.

6.2 El demandante repitió lo ya expuesto y agregó que el Tribunal debió estudiar la legalidad del proceso licitatorio y del contrato, y al no hacerlo desatendió lo dispuesto por el *ad quem* en el auto admisorio de la demanda.

Destacó las contradicciones que a su juicio se presentaron en la defensa, al advertirse en la contestación de la demanda que el Distrito estaba facultado para conceder en forma exclusiva la actividad de tratamiento, mientras que posteriormente en la audiencia de pacto de cumplimiento se alegó que la actividad de tratamiento no se concedió con exclusividad, para finalmente en los alegatos de conclusión afirmar que la actividad de tratamiento sí se concedió porque el Distrito estaba legalmente facultado para ello.

Adujo que no basta con concluir que al haberse adelantado un proceso licitatorio, donde los varios actores del mercado tuvieron la posibilidad de participar, se garantizó la libre competencia *“no teniendo en cuenta el hecho irrefutable que el proceso de licitación adelantado esta (sic) viciado de nulidad al ser totalmente ilegal”*.

7. Alegatos en segunda instancia

Admitidos los recursos de apelación interpuestos, según providencia de 9 de junio de 2006 se corrió traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran sus alegatos de conclusión.

7.1 La UESP solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia, al estimar que los dos argumentos expuestos son “*sólidos y suficientes*”: i) no haberse violado el derecho a la libre competencia económica y ii) la inconformidad con el proceso licitatorio y con el contrato debe debatirse a través de las acciones pertinentes. Añadió que el artículo 4 del decreto 2676 de 2002 incluye al tratamiento dentro del servicio público de aseo para residuos hospitalarios peligrosos y que “[s]obre una sustancia peligrosa no hay libre competencia económica. Luego mal podría violarse el derecho que no se tiene”. Que la acción popular no es el mecanismo idóneo para atacar licitaciones perdidas.

7.2 La sociedad Ecocapital Internacional S.A. E.SP. solicitó confirmar el fallo de primera instancia, y al hacerlo reiteró lo ya expuesto. Que los escritos en los que sustentan la apelación el actor y el coadyuvante “*someten a consideración del H. Consejo de Estado, nuevamente los hechos y argumentos en que sustentan sus pretensiones, pero no son escritos que sustenten las razones por las cuales atacan el fallo de primera instancia*”.

7.3 En escrito conjunto el actor y el coadyuvante repitieron lo señalado con anterioridad en este proceso.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para responder el problema jurídico que se plantea, la Sala estudiará los siguientes asuntos: i) Cuestión procesal previa: prueba de agotamiento de jurisdicción; ii) La coadyuvancia de la demanda y su invocación del derecho colectivo a la “moralidad pública”; iii) Las áreas de servicio exclusivo en servicios públicos domiciliarios; iv) Valor probatorio de actos administrativos particulares disponibles en sitios web de la institución que los expidió; v) Lo demostrado; vi) De la definición de la existencia o no de vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda; vii) Del pago del incentivo y viii) Comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia.

1. Cuestión procesal previa: Prueba del agotamiento de jurisdicción

La jurisprudencia de esta Sección tiene determinado que si una demanda en acción popular se presenta cuando existe otra en curso con el mismo objeto que ya ha sido notificada al demandado¹, opera el “**agotamiento de la jurisdicción**”, hecho que constata el juez a partir de la identidad de actores, pretensiones y hechos.

Esta institución procesal fue extrapolada de la construcción que al efecto hiciera la Sección Quinta de esta Corporación en sede del contencioso electoral, sobre la base de que la identidad de demandas -que en acciones populares se presenta cuando el objeto y la causa son los mismos, con independencia de que el actor lo sea o no ya que justamente se trata de una acción pública- comporta causal de anulación del proceso posterior.

Ahora, dado que los intereses en juego impiden la simple acumulación de procesos² (por virtud de la naturaleza de esta acción y las consecuencias nocivas a nivel de reconocimiento del incentivo que entrañaría) es tarea del juez **verificar si el objeto es el mismo**.

Conforme a lo anterior, y en aplicación del principio de *economía procesal* y orientada en el propósito de *evitar decisiones contradictorias*, la Sala ha rechazado demandas que coinciden en sus pretensiones (*petitum*) y en sus fundamentos fácticos (*causa petendi*), al razonar que:

“(…) Si realmente el actor tiene interés en la protección del derecho colectivo y posee elementos de juicio adicionales a los aportados por quien primero interpuso la acción popular con el mismo objeto, tendrá la opción de coadyuvarla, según lo establecido en el artículo 24 de la ley 472 de 1998.

¹ Esta es la tesis actual de la Sala, aunque en oportunidades anteriores había señalado otros hitos procesales: la notificación a la comunidad. Para ver la evolución jurisprudencial en punto de cuál es el momento procesal que determina el proceso llamado a continuar con su trámite vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Auto de 15 de marzo de 2006, Rad. 2500023240 2004 (AP- 01209) 01, Actor: Hugo Serrano Gómez y Otro, Demandado: Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol – Ministerio de Minas y Energía – Chevrontexaco, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

² Que en alguna época había sido admitida por la jurisprudencia, vid. Auto de 22 de noviembre de 2001, AP 218

Existe identidad de demandas sólo cuando las partes, el objeto y la causa son los mismos. No obstante, en una acción popular resulta irrelevante, para definir esa identidad quién sea el actor, pues como ya se señaló, con ésta no se pretende la satisfacción de intereses individuales.

Carece de razonabilidad admitir una demanda presentada en ejercicio de una acción popular que tenga el mismo objeto y se fundamente en los mismos hechos de una acción que ya está en curso, para proceder luego a su acumulación, ya que acumular procesos significa acumular pretensiones, y esta sumatoria no se da cuando las pretensiones son las mismas. Es decir, en estos casos no habría propiamente una acumulación de procesos, sino una agregación de actores.

Admitir una demanda presentada en ejercicio de una acción popular cuando ya cursa otra con el mismo objeto no sólo implica desconocimiento del principio de economía procesal y el riesgo de que se produzcan decisiones contradictorias, sino que, además, ordenar su acumulación a otro proceso que ya está en curso, puede afectar los intereses del actor popular que originalmente interpuso la acción y que por su esfuerzo tiene derecho al incentivo, pues esto daría lugar a que una vez enteradas de su existencia, otras personas presenten la misma demanda con el fin de que ésta se acumule a la primera y así obtener parte de ese beneficio.

Por supuesto, será el juez en cada evento, quien debe verificar que el objeto de la nueva acción es el mismo de la que se encuentra en trámite, pues si coinciden sólo de manera parcial, sí deberá ordenarse la acumulación de las demandas, ya que la primera no agota el interés colectivo de que trata la segunda (...) ”³

En tal virtud, la aplicación a estos juicios del instituto del agotamiento de jurisdicción⁴ pretende impedir la coexistencia de procesos paralelos en tanto ello entraña una amenaza latente a la igualdad en la aplicación de la ley dado el grave riesgo de decisiones contradictorias. Se persigue, pues, evitar no sólo el

³CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 5 de febrero de 2004, AP 933, C.P. Ricardo Hoyos Duque; en sentido similar vid. Auto de 5 de agosto de 2004, Rad. 25000-23-25-000-2004-00979-01(AP-00979), Actor: Sergio Sánchez, Demandado: Municipio de Caparrapí, C. P. María Elena Giraldo Gómez; Auto de 16 de septiembre de 2004, expediente AP-0326, C.P. María Elena Giraldo Gómez; Sentencia de 7 de octubre de 2004, Rad. 25000-23-26-000-2003-00336-01(AP)DM, Actor: Fernando Alberto García Forero, Demandado: Empresa Colombiana de Petróleos y Otros, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, SV María Elena Giraldo Gómez y German Rodríguez Villamizar; Auto de 14 de octubre de 2004, Rad.: 25000-23-26-000-2001-0326-01(AP), Actor: Jaime Jurado Alvaran, CP: María Elena Giraldo Gómez; Auto de 7 de diciembre de 2005, expediente AP-1029, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Bogotá, D.C., Auto de 12 de diciembre de 2005, Rad. 25000-23-25-000-2004-02148-01(AP) Actor: Martha Luz Barros Tovar Demandado: Ministerio de Minas y Energía y otros, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Auto de 24 de enero de 2007, Exp. No. AP-907-2004, Auto de 22 de febrero de 2007, Rad.: 52001-23-31-000-2004-00092-01(AP), Actor: Tatiana Maiguel Colina, Demandado: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y Otros, CP Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia de 17 de mayo de 2007, Rad.: 25000-23-26-000-2003-01042-01(AP), Actor: Fundación Un Sueño Por Colombia, Demandado: Nación - Ministerio de Comunicaciones y Otros, CP Ruth Stella Correa Palacio; Auto de 12 de diciembre de 2007, Rad.: 25000-23-26-000-2005-01856-01(AP), Actor: Nelson German Velásquez Pabón, Demandado: Concesionaria Vial de los Andes S.A. y otros, C.P. Enrique Gil Botero.

⁴ Sobre la diferencia de esta figura con la de cosa juzgada en acciones populares vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 23 de julio 2007, Rad. 25000-23-24-000-2005-02295-01(AP), Actor: Jose Elbert Gómez, Demandado: Alcaldía Local De Chapinero, CP Enrique Gil Botero.

innecesario desgaste de la jurisdicción, sino también el poner en tela de juicio la **seguridad jurídica**⁵ ínsita a toda decisión judicial y que es el sustrato del ejercicio de la función pública jurisdiccional (art. 228 CN y art. 1 LEAJ).

Por lo demás, el agotamiento de jurisdicción en acciones populares busca la guarda de la **unidad del derecho** como postulado fundamental de la facultad estatal de impartir justicia (*iudicare munus publicum est*⁶). Se reitera, entonces, que:

“en el juicio de acción popular una vez trabada la relación jurídico procesal no pueden coexistir otros procesos sobre los mismos hechos debido a que el actor popular, cualquiera sea, representa la comunidad en el ejercicio de acción con búsqueda de protección de los derechos e intereses colectivos y no de los derechos subjetivos.

Por ello cuando luego del apareamiento de un proceso, con la notificación de la demanda al demandado (s), se admite otra demanda (s) aparece un hecho contrario al agotamiento de jurisdicción, que dice que existiendo un juicio sobre determinados hechos no puede coexistir paralelamente otro sobre los mismos.”⁷

Con sujeción a lo expuesto, la Sala no ha dudado en declarar la nulidad de lo actuado en el segundo proceso iniciado por una acción popular, con arreglo a lo prescrito por el numeral primero del artículo 140 del CPC, aplicable por remisión expresa del artículo 165 del CCA y por el artículo 44 de la ley 472 de 1998, por “*falta de jurisdicción*” siempre y cuando previamente se establezca, sin lugar a dubitación alguna, que media identidad de objeto y de *causa petendi*:

“De acuerdo con el numeral 1 del Artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 165 del

⁵ “En Colombia la ‘seguridad jurídica’ suele identificarse tan sólo con una simple exigencia de cierta estabilidad regulatoria indispensable para que el inversionista pueda adelantar sus negocios, cuando esta categoría jurídica tiene cometidos mucho más ambiciosos. En efecto, la garantía de estabilidad de las normas es la esencia misma del Estado de Derecho: generalidad, claridad, coherencia y posibilidad de cumplimiento son presupuestos de ‘moralidad del derecho o moralidad que hace posible el derecho’ en términos de Lon L. Fuller . Así, mientras en otros países la seguridad jurídica ocupa lugar privilegiado entre sus prescripciones fundamentales -es el caso de España donde está contenida en el título preliminar de la Constitución de 1978 - nuestros juristas, con ocasión de la expedición de la Constitución de 1991 y a partir de una discutible lectura de la cláusula Estado social de Derecho , se enfrascaron en un falso dilema: seguridad jurídica versus justicia material, que desembocó en la bizantina controversia entre un ‘nuevo’ y un ‘viejo’ derecho que tanto daño le ha hecho a nuestra institucionalidad.”: *Legislador y juez: ¿garantías o amenazas al modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios?* en REVISTA CONTEXTO No. 18, Revista de derecho y economía, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Departamento de Derecho Económico, agosto de 2004 pág. 77 y ss

⁶ Juzgar es carga (función) pública PAULO, L, 78, D V, 1

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 16 de septiembre de 2004, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00326-01 (AP-0326), Actor: Jaime Jurado Alavarán y Otros, C. P. María Elena Giraldo Gómez.

Código Contencioso Administrativo, el proceso es nulo cuando se adelanta correspondiendo su conocimiento a otra jurisdicción⁸, entendiéndose por falta de jurisdicción 'el hecho de que el proceso sea conocido por una autoridad judicial de rama diferente a la...contencioso-administrativa',⁹ con mas veras lo será, cuando ya se ha promovido otro proceso sobre el mismo objeto y con la mismas causas habida consideración al hecho de que se ha consumado la jurisdicción.

“Los particulares cuando acuden al aparato jurisdiccional con el fin de que se les reconozca un derecho mediante la aplicación del ordenamiento jurídico al caso concreto, el pronunciamiento de fondo del funcionario judicial frente al problema planteado, conlleva a que con el actuar del particular quede agotada la jurisdicción, impidiendo que se pueda presentar ante ésta la misma controversia.

“En otros términos, la nulidad debe decretarse cuando se observa por parte del operador judicial que ya ha sido agotada la jurisdicción, previa la determinación de certeza de que existe identidad de partes, objeto y de causa petendi, en sentencias con efectos inter partes, y de entidad de objeto y de causa tratándose de sentencias con efectos erga omnes.”¹⁰

En este caso, el actor en su recurso de apelación adujo que el Tribunal inexplicablemente no dio trámite a una acumulación de demanda presentada oportunamente en ese sentido, al efecto acompañó copia del escrito de solicitud de acumulación presentado el 11 de julio de 2005.

No obstante, en el *sub lite* a la Sala no le fue posible verificar si idéntica demanda había sido admitida o no por esta jurisdicción, ni que hubiese en curso procesos paralelos que versasen sobre idénticos hechos y pretensiones y que eventualmente podrían llevar a decisiones contradictorias, toda vez que no obra en el plenario prueba alguna que le permita a la Sala establecer si efectivamente si se dio o no trámite a la pretendida acumulación de procesos.

En todo caso, aun admitiendo que no se haya dado trámite a la solicitud de acumulación de demanda a este proceso que se dice no tramitada, hubiera operado en el *sub lite* la figura del agotamiento de jurisdicción, puesto que ante la

⁸ Consejo de Estado, Sala Contenciosa Electoral. Expediente No. E-010 del 18 de octubre de 1986.

⁹ LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Tomo I, Bogotá, Edit. Dupre, 2005.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 12 de diciembre de 2005, Rad. 25000-23-25-000-2004-02148-01(AP) Actor: Martha Luz Barros Tovar Demandado: Ministerio de Minas y Energía y otros, C.P. Ruth Stella Correa Palacio

identidad de demandado, de pretensiones y de hechos no hay lugar a la acumulación de procesos, como ya se indicó.

En tales condiciones la Sala entrará a decidir en segunda instancia el asunto, como efectivamente pasa a hacerlo.

2. La coadyuvancia de la demanda y su invocación del derecho colectivo a la “moralidad pública”

En el escrito de coadyuvancia de la demanda presentado por las sociedades Ecología y Entorno Ltda., Protección, Servicios y Asesorías Ambientales Ltda., Proserva Ltda. y Ambiente Limpio S.A. E.S.P. se alegó como violado el derecho colectivo a la “moralidad pública”, el cual no había sido invocado por el actor en su escrito de demanda.

La Sala no abordará su estudio, por dos razones: i) Esta intervención adhesiva no puede entrañar la formulación de unas nuevas pretensiones con invocación de intereses colectivos distintos y ii) No existe un derecho colectivo a la moralidad “pública”, lo que existe es el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

2.1 Coadyuvancia por activa e invocación de derechos colectivos distintos a los de la demanda.

El artículo 24 de la ley 472 de 1998 autoriza a toda persona natural o jurídica a “*coadyuvar*” estas acciones populares antes de que se profiera fallo de primera instancia.

La coadyuvancia o intervención *ad adiuvandum*, adhesiva o accesorio¹¹, por cuya virtud un tercero interviene voluntariamente en un proceso en apoyo o ayuda de las razones de una de las partes, ciertamente asume características particulares en los procesos que se adelantan con ocasión de una acción popular respecto de su modalidad en lo activo y por lo mismo acusa diferencias significativas con la figura homónima prevista en el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil.

¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe, Instituciones de derecho procesal civil, las relaciones procesales (la jurisdicción y los sujetos del proceso), Ed. Revista de derecho privado, Madrid, 1940, primera edición, p.269

En efecto, en la legislación procesal civil se impone para este tipo de intervenciones secundarias o accesorias (*Carnelutti*) como requisito para que tengan lugar, el que el tercero tenga una relación sustancial con una de las partes a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse desfavorablemente si dicha parte coadyuvada es vencida.

En contraparte, tratándose de acciones populares, el artículo 24 de la ley 472, faculta a toda persona para coadyuvar en lo activo, toda vez que la suerte del proceso no sólo puede afectar a quien ostenta formalmente la condición de parte demandante, sino a todo miembro de la comunidad, sin que sea menester que medie una relación con quien comparece en el proceso, puesto que aún de haberla por tratarse de un asunto subjetivo no puede ser materia del proceso.

O lo que es igual, la relación sustancial exigida como condición de aplicación de la intervención adhesiva en la legislación procesal civil, no es requisito en tratándose de acciones populares, no sólo porque la norma especial no lo exige, sino - fundamentalmente- porque se trata justamente de una acción pública o abierta a todos, en la medida en que el interés jurídico tutelado es de carácter colectivo y no individual.

De otro lado, este interviniente accesorio no actúa para sostener razones de un derecho ajeno (*Carnelutti*), como sucede en la intervención por coadyuvancia prevista en el estatuto procesal civil, sino por el contrario- para ayudar en la defensa de un derecho cuyo titular es toda la comunidad.

Adicionalmente, el interés que anima al coadyuvante en el proceso civil es por regla general preponderantemente económico, mientras que el interés en la causa que subyace en las acciones populares es de carácter eminentemente público, propio de la naturaleza de esta figura procesal.

Por lo mismo, a diferencia del proceso civil el coadyuvante en acciones populares no tiene la carga de aducir los medios de prueba que acrediten el interés que tiene para intervenir en el proceso, vale decir, acreditar la existencia de la relación sustancial que sólo es exigida por el artículo 52 del CPC, pero no por la ley 472.

Lo anterior, sin embargo, no significa que como el interés jurídico que mueve tanto al actor como a su coadyuvante no es otro que la defensa de lo colectivo, éste

último pueda establecer a su criterio una nueva demanda con pretensiones y derechos distintos a los planteados por el escrito de demanda, pues ello no consultaría la finalidad de la coadyuvancia, perfilada justamente para contribuir, asistir o ayudar a la consecución de la defensa de los derechos colectivos invocados por el actor y no para formular su propia demanda, como que su legitimación también es limitada en acciones colectivas.

Las facultades del coadyuvante también en estas acciones constitucionales se contraen, entonces, a efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, toda vez que no se trata de un sustituto procesal que actúa a nombre propio, sino un **interviniente secundario y como parte accesorio**, como certeramente apunta el profesor Devis Echandía,¹² no puede hacer valer una pretensión diversa en el juicio.

De ahí que tratándose del coadyuvante en lo activo, éste pueda en su escrito reforzar los argumentos presentados en la demanda, para lo cual -por supuesto- podrá pedir la práctica de pruebas, participar en su recepción, proponer recusaciones, interponer recursos, discutir los alegatos de la parte contraria etc.

Sin embargo, **dicha intervención no puede significar una reformulación de la demanda**, pues ello entrañaría una clara contradicción con lo formulado por el coadyuvado, que comportaría no sólo una desnaturalización de la figura, sino un desbordamiento de sus limitadas facultades como intervención adhesiva o accesorio que es, y -de paso- adoptaría en su lugar la calidad de parte principal, con un interés jurídico procesal diverso y no el de apoyar la pretensión del demandante (*Alsina*).

No se olvide que, como advierte el profesor Morales Molina, la coadyuvancia supone una legitimación menos plena, que habilita únicamente para intervenir en ayuda de la parte “*y no para obrar autónomamente*”¹³, en la medida en que como lo señala la Corte Suprema de Justicia, se trata del empeño voluntariamente manifestado por una persona distinta del demandante y del demandado “*de apoyar la intención que uno u otro de éstos haya sostenido en el juicio*”¹⁴.

¹² DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Aguilar, Madrid, 1966, p. 431.

¹³ MORALES MOLINA, Hernando, *Curso de derecho procesal civil, Parte general*, undécima edición, Editorial ABC, Bogotá, 1991, Undécima edición, p. 264.

¹⁴ LXVIII, 145, citada por MORALES, op. Cit. P. 265

Estamos, pues, delante de un tercero que coopera y ayuda con el interés de un desenlace favorable del proceso, pero no se trata “de una nueva demanda del coadyuvante que amplíe el objeto del proceso, sino de su intervención en la cuestión trabada entre las partes, dirigida a favor de una de ellas”¹⁵.

Significa lo anterior que le asiste razón a la sociedad accionada cuando, en el escrito de alegaciones de primera instancia, expuso que la litis no podía versar sobre la violación del derecho a la moralidad pública, en cuanto éste no fue señalado como vulnerado en la demanda, sino que fue aducido en el escrito de coadyuvancia en lo activo.

Aunque lo expuesto sería suficiente para explicar por qué la Sala no estudiará el derecho invocado por el coadyuvante, la Sala explica ahora por qué aún pudiendo estudiarlo, no lo puede hacer dado que éste no ostenta el carácter de interés colectivo.

2.2 No existe un derecho colectivo a la moralidad “pública”

Los coadyuvantes dicen en su escrito que el proceso licitatorio y el contrato celebrado contrarían el derecho a la “moralidad pública”.

A este respecto la Sala advierte que el ordenamiento positivo no ha definido a la moralidad pública como un derecho colectivo y al no serlo escapa a la finalidad propia de las acciones populares, es decir, no son susceptibles de protección a través de estas acciones.

La Sala reitera así el criterio expuesto en oportunidad precedente, conforme al cual si bien la moralidad pública es un valor de gran trascendencia no tiene la condición de interés colectivo y por lo mismo no es pasible de amparo vía acción popular, valor que no puede confundirse con el derecho colectivo a la moralidad administrativa:

“El derecho a la moralidad pública que el actor ha invocado como vulnerado, a pesar del interés que la colectividad registra frente a él, no ha sido definido legislativamente como colectivo, y por tanto, al no

¹⁵ MORALES, *ibid.* p. 266

habérsele atribuido por el legislador tal naturaleza, no es pasible de protección a través de la acción popular, establecida por el Constituyente sólo para la protección de los derechos legislativamente definidos como colectivos.

Y no encuentra la Sala que el concepto de moralidad pública pueda subsumirse en el derecho colectivo a la moralidad administrativa, porque éste se refiere al ejercicio, conforme al ordenamiento jurídico, de la función administrativa, sin que toda vulneración al ordenamiento jurídico, en el ejercicio de función administrativa, lleve consigo de manera automática, vulneración a la moralidad administrativa.

Citando a Recasens Siches, 'lo moral consistirá en la instancia de justificación de la conducta según los valores que deben inspirar el comportamiento desde una óptica individual -subjetiva-, que en la medida que trascienda a la órbita de la convivencia con los demás, requerirá de una justificación adicional externa -objetiva-, la cual según sea su materia llegará a trascender en norma jurídica. Lo que trascienda dirigido al ámbito de la administración será moral administrativa, lo que no, moral pública.'¹⁶

La moral administrativa consiste en la justificación de la conducta de quien ejerce función pública, frente a la colectividad, no con fundamento en una óptica individual y subjetiva que inspire al juez en cada caso particular y concreto, sino en la norma jurídica determinadora de los procedimientos y trámites que debe seguir éste en el cumplimiento de la función pública que le ha sido encomendada.

Por contera la vulneración a la moral administrativa no se colige de la apreciación individual y subjetiva del juez en relación con la conducta de quien ejerce función pública; tal inferencia, como lo ha concluido la Sala surge cuando se advierte la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo fundamento legal, de las normas a las cuales debe atenerse el administrador en el cumplimiento de la función pública. Cabe agregar que la sola desatención de los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función pública, en que el encargado de la misma incurra, no lleva a concluir automáticamente y sin fórmula de juicio, la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa; es necesario además, que de la conducta transgresora del ordenamiento establecido pueda predicarse antijuridicidad.

Así, se concluye que la moralidad administrativa está inescindiblemente vinculada al cumplimiento de las funciones que se establecen en la norma para el ejercicio de un cargo, porque es en el ordenamiento jurídico donde la actuación del encargado de la función pública encuentra su justificación frente a la colectividad y por ende está estrechamente relacionada con el principio de legalidad, cuya vulneración puede darse por extralimitación o por omisión de las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones (artículo 6 de la

¹⁶ Ver sobre el tema, Tratado General de Filosofía del Derecho, Recasens Siches, Luis. Editorial Porrúa S.A. Argentina. 1978. pp 171 y ss.

C.N.), comprometiendo la responsabilidad del agente causante de la vulneración, no sólo frente al Estado y los directamente afectados en un derecho subjetivo amparado en una norma, sino frente a la colectividad interesada en que se mantenga la moralidad administrativa, derecho cuyo disfrute no corresponde a un titular determinado y concreto sino a toda la comunidad.

Por fuera del concepto de moralidad administrativa está el de moralidad pública, que atañe a la justificación que satisfaga, frente a toda la colectividad, de los actos que no solo afectan al sujeto que los realiza, sino que directa o indirectamente afectan la convivencia con los demás. El medio procesal para su protección no es la acción popular, por no habersele determinado legislativamente el carácter de derecho colectivo.”¹⁷

Por lo demás, los derechos e intereses colectivos son únicamente aquéllos previstos como tales en la Constitución Política (arts. 78 a 82 y 88), en la ley (art. 4° de la Ley 472 de 1998) o en los tratados internacionales. Y si no se encuentra en ninguno de estos cuerpos normativos consignada la “*moral pública*” como tal, no es posible su protección por vía acción popular. En otras palabras, **mientras no se haya producido un reconocimiento del derecho positivo no es posible considerar como colectivo un interés determinado**, así éste tenga un carácter general, como pasible de esta especial protección tal y como ya lo ha señalado la Sala:

“sólo pueden considerarse como intereses o derechos colectivos aquellos reconocidos como tales por cualquiera de las normas aludidas y sólo a partir de su reconocimiento son susceptibles de protegerse por medio de la acción popular, de toda acción u omisión de las autoridades públicas y los particulares que los amenace o vulnere. Es decir, que la calidad de derecho colectivo no la ostentan per se, no surge de su propia naturaleza, sino que es necesario que el ordenamiento jurídico los reconozca como tales.

“De modo que, si bien la Sala ha reiterado ciertas características inherentes a los derechos e intereses colectivos, entre ellas, es menester mencionar el reconocimiento -como tales- hecho por la Constitución Política, la ley, o los tratados internacionales que hayan seguido los trámites de recepción por el ordenamiento interno colombiano.

“Lo anterior es evidente, y lo ha puesto de presente la Sala¹⁸, al establecer que si bien un derecho colectivo compromete el interés general, no todo lo que suponga este último configura por esa sola característica, un derecho colectivo.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Sentencia de 2 de junio de 2005, Rad. AP-25000-23-27-000-2003-00720-02, Actor: Fundación Un Sueño por Colombia, Demandado: Nación – Ministerio de Comunicaciones y otros, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁸ AP-001 de 2000, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

“Resulta así claro que mientras no se haya producido su reconocimiento legal, no se puede considerar que un interés determinado, así tenga carácter general, revista la naturaleza de colectivo; por consiguiente, sólo será derecho colectivo susceptible de ser amenazado o vulnerado por la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares, aquél que, reuniendo las características propias del interés colectivo, esté reconocido como tal por la ley, la constitución o los tratados internacionales.”¹⁹ (subrayas ajenas al texto original)

3. Las áreas de servicio exclusivo en servicios públicos domiciliarios

El artículo 365 Constitucional garantiza para el sector de los servicios públicos domiciliarios un régimen de competencia (libertad de empresa, libre concurrencia y protección al usuario), que entraña que **no se requiera concesión para su prestación.**

Esquema de libre competencia desarrollado minuciosamente por la ley 142 a lo largo y ancho de su texto²⁰. Baste destacar a guisa de ejemplo que:

- i) en su artículo 2.6 subraya que el Estado interviene en los servicios públicos para garantizar la libre competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante;
- ii) en su artículo 3.3 dentro de los instrumentos de dicha intervención estatal ocupa lugar destacado el principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios;
- iii) en el artículo 9.2 al prever los derechos de los usuarios estableció la libre elección del prestador y

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 22 de enero de 2.004, Rad. 25000-23-26-000-2001-00527-03(AP), Actor: Asociación de residentes Barrio Santa Ana Oriental, Demandado: Curaduría Urbana-Departamento Administrativo de Planeación Distrital, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, en el mismo sentido Sentencia de 16 de abril de 2007, Rad. AP-05001-23-31-000-2004-03831-01, Actor: Edwin Alberto Bermúdez Barbarán, Demandado: Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá-Etmva y otros, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁰ Cfr. “Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios”, en Contexto, Revista de Derecho y Economía, No. 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, p. 22 y ss y CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 037 de 2003.

iv) en el artículo 10 ya citado previó la libertad de empresa, como un derecho de todas las personas a organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley.

Como una situación de excepción la ley permitió la constitución de las denominadas **áreas de servicio exclusivo-ASE**, por cuya virtud la ley autoriza la concesión por parte de los alcaldes de un servicio, siempre que se reúnan las estrictas condiciones de aplicación de esta figura, conforme al marco legal y reglamentario que a continuación se esboza.

En efecto, el artículo 40 de la ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios²¹, prescribe:

“Artículo 40. Áreas de Servicio exclusivo. Por motivos de interés social y con 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, la entidad o entidades territoriales competentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.

Parágrafo 1°. La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos.

Parágrafo 2°. Derogado artículo 7 de la ley 286 de 1996” (subrayas ajenas al texto original).

²¹ DIARIO OFICIAL No. 41433 de junio 11 de 1994, con correcciones en DIARIOS OFICIALES No. 41768 de 1995 y 41925 de 1995, de acuerdo con la publicación de la misma contenida en SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, Régimen Básico, Bogotá, Imprenta Nacional, segunda edición junio de 2002.

De la lectura del texto legal transcrito se tiene que las áreas de servicio exclusivo-ASE son una **figura excepcional** en cuanto entrañan la concesión del servicio, esto es, que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado.

De ahí que la disposición en cita, cuya constitucionalidad no es materia de este juicio, imponga rigurosas condiciones de aplicación:

i) Sólo podrá tener lugar por motivos de interés social y con el propósito de extender la cobertura a los usuarios pobres;

ii) La competencia para fijarlas es de la autoridad territorial competente;

iii) Supone la celebración de un contrato en el que se precisará el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio concesionado en exclusividad, los niveles de calidad que debe asegurar y demás obligaciones en torno a la prestación del servicio.

iv) La Comisión Reguladora respectiva debe definir por vía general cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en este tipo de contratos, los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse, metodología establecida para el sector de acueducto y saneamiento básico en la Resolución CRA 151 de 2001, Sección 1.3.7.;

v) El proceso de adjudicación del contrato de concesión de áreas de servicio exclusivo se debe adelantar previa licitación que asegure concurrencia de oferentes (*competencia por el mercado*);

vi) El ente regulador competente deberá verificar, antes de la apertura de la licitación, que las ASE son indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos.

Ahora, el artículo 9 de la ley 632 de 2000²², al definir los esquemas de prestación del servicio público domiciliario de aseo, dispuso en forma diáfana que:

²² DIARIO OFICIAL No 44.275, de 29 de diciembre de 2000.

“ARTICULO 9o. ESQUEMAS DE PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO 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.

PARAGRAFO. 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.” (se subraya)

Esta disposición en modo alguno significó una modificación del citado artículo 40 de la ley 142 y por lo mismo no sufrieron alteración las seis condiciones de aplicación de la figura excepcional de las áreas de servicio exclusivo. El artículo 9 de la ley 632 vino a complementar lo dispuesto por el artículo 40 de la ley 142, al prever dentro de los esquemas de prestación para el servicio público domiciliario de aseo, la asignación de áreas de servicio exclusivo, mediante contratos de concesión. De modo que para aplicar este precepto es menester recurrir a lo dispuesto en la otra disposición que -como se indicó- contiene las exigencias normativas para poder hacer uso de esta figura excepcional. Así, por ejemplo, aunque la segunda norma no alude a la comisión de regulación respectiva, sus atribuciones en este punto continúan vigentes.

El texto del artículo 9 la ley 632 no sugiere una modificación del artículo 40 de la ley 142, por cuanto no regulan el mismo tema, dado que aquella apenas alude a la figura de las ASE como un posible esquema de prestación del servicio de aseo, mientras que ésta prevé las condiciones de aplicación de dicho instituto.

Respecto a la derogatoria, cabe recordar algunas de las reglas básicas de interpretación de las leyes en el tiempo, consagradas por los artículos 71 y 72 del Código Civil, así:

“Art. 71.- La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita.
Es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.
Es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.
La derogación de una ley puede ser total o parcial”.

"Art. 72.- La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley”.

Y, el artículo 31 de la Ley 153 de 1887, también sobre la materia prescribe: *“Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”*.

La derogación como ha sostenido esta Corporación, conocida como la abolición o abrogación de normas, es un fenómeno que se refiere a la temporabilidad de la ley o de otra norma jurídica en virtud de la voluntad del legislador o extraordinario, por manera que *“no puede tener lugar sino en fuerza de una Ley posterior, esto es, de un acto emanado por el poder legislativo y revestido, por consiguiente, de todas las formas para la existencia y eficacia de la Ley”*, por lo cual *“en la derogación de la Ley se extingue por obra del mismo poder que le dio vida”*, en aras de la seguridad jurídica.

La derogación puede ser expresa, tácita y orgánica; es de la primera especie, cuando la nueva ley suprime formalmente la anterior por citar esa situación de manera explícita; es de la segunda, cuando la norma posterior contiene normas incompatibles con las de la antigua; y es de la tercera, cuando una nueva regula íntegramente la materia a que la anterior se refería²³.

No debe perderse de vista que el artículo 186 de la ley 142 de 1994 dispuso que en caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirá a la ley 142, y que para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que esta resulta contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando éstas identifiquen de modo preciso la norma de esta Ley objeto de excepción, modificación o derogatoria.

²³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Sentencia de 29 de septiembre de 1982, Rad. 882, C.P. Ignacio Reyes Posada.

De suerte que la ley 142 exige la derogatoria expresa, esto es que la nueva ley precise expresamente que la deroga o modifica y no admite derogatorias tácitas.

A este respecto en interpretación por vía de doctrina, en los términos del artículo 26 del Código Civil, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ha señalado que el objeto de esta regla particular en materia de derogatorias del régimen legal de los servicios públicos domiciliarios pretende:

“ garantizar la seguridad jurídica tan necesaria en un mercado en formación (...) el artículo 186 de la ley 142 de 1994 se endereza a asegurar la existencia de un régimen jurídico único aplicable a los servicios públicos domiciliarios, el cual se preservará como sistema unificado y coherente (...) En ese sentido cuando el artículo 186 se refiere a normas posteriores que tengan vocación de derogar o modificar disposiciones de la ley 142 de 1994 ha de entenderse que son normas especiales sobre servicios públicos cuya expedición haya tenido como fundamento los artículos 365 a 370 de la Constitución Política.

Tratándose de normas diferentes a servicios públicos, como es el caso del artículo 49 de la ley 617 de 2000 sobre asuntos territoriales cuyo fundamento es el artículo 293 de la Constitución Política, no se podría deducir prevalencia de la ley 142 en razón a que el tema de las inhabilidades relacionadas con los alcaldes no es un asunto propio del régimen de los servicios públicos. En suma, la regla del artículo 186 de la ley 142 de 1994 quiere evitar que por vía de interpretación se presenten derogatorias tácitas, bien sea por normas expedidas al amparo de las disposiciones del capítulo 5, Título XII de la C.P., o a través de leyes que aún correspondiendo a estatutos diferentes al de servicios públicos contengan normas que modifiquen o deroguen aspectos propios de dicho régimen”²⁴.

Nótese que la regla sigue siendo, como ordena el artículo 365 Constitucional, la libre iniciativa de los distintos agentes económicos según lo reitera el inciso primero del texto legal transcrito. Sin embargo, el inciso segundo del artículo 9 de la ley 632, en relación con la prestación del servicio público domiciliario de aseo **autoriza únicamente para las actividades taxativamente enunciadas por el legislador** la asignación de áreas de servicio exclusivo previa licitación, instrumento éste que busca garantizar la **competencia por el mercado**.

²⁴ Concepto SSPD 200113000000302 en SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, Servicios públicos domiciliarios-actualidad jurídica tomo IV, Bogotá, Imprenta Nacional, 2001, págs. 176 y ss. En sentido similar ver CONSEJO DE ESTADO, Sala en lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 13 de marzo de 2003, Exp. 7102, Actor Francisco Borda, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y *Legislador y juez: ¿garantías o amenazas al modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios?* en REVISTA CONTEXTO No. 18, Revista de derecho y economía, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Departamento de Derecho Económico, agosto de 2004 pág. 77 y ss.

Para el caso que ocupa la atención de la Sala importa destacar que la Comisión reguladora, con arreglo a lo dispuesto en la ley, sólo autorizó la asignación de áreas de servicio exclusivo respecto de las actividades de recolección, transferencia y transporte de residuos patógenos y peligrosos. O lo que es igual, no autorizó la concesión de ASE para la actividad de tratamiento (incineración o desactivación de residuos).

La Sala subraya este carácter taxativo de los servicios, actividades o componentes sobre los cuales únicamente autorizó el legislador la concesión en exclusividad en un determinado espacio geográfico. Ello es así porque constitucionalmente, como ley de intervención económica que es, la ley 632 debe fijar con claridad los fines, alcances y límites de la libertad económica que regula.

En otras palabras, el texto del contrato respectivo deberá precisar en su clausulado cuáles actividades permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo, desligándolas de las que no, en particular en cuanto se refiere a su objeto y al contenido obligatorio.

Síguese de todo lo anterior que no es admisible hacer lecturas extensivas del negocio jurídico pues ellas atentarían contra los intereses colectivos de la libertad de empresa y de la libre competencia económica.

De otro lado, en desarrollo de lo dispuesto por el parágrafo el artículo 9 de la ley 632 citada, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 891 de 2002²⁵, que dispuso que el establecimiento y otorgamiento de áreas de servicio exclusivo para la prestación de actividades del servicio público domiciliario de aseo, **se hará siempre por medio de contratos de concesión**, adjudicados previo agotamiento de un proceso licitatorio público, con el cual se garantice la competencia y la transparencia (artículo 3º).

El decreto reglamentario en cita establece en su artículo 4º que previamente a la apertura de la licitación pública para la asignación de áreas de servicio exclusivo en la prestación del servicio público de aseo, los municipios y distritos deberán solicitar a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico-CRA

²⁵ DIARIO OFICIAL No. 44.795, de 09 de mayo de 2002.

la verificación de existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos de concesión, de acuerdo con los lineamientos generales y condiciones a que éstos se encuentran sometidos y deberán aportar a la CRA los estudios que demuestren que el otorgamiento del área de servicio exclusivo es el mecanismo más apropiado para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a los usuarios de menores ingresos.

Asimismo, y siguiendo el criterio restrictivo y excepcional de las ASE, el decreto reglamentario en comento, previó en su artículo 5º las condiciones previas para poder celebrar contratos en virtud de los cuales se establezcan áreas de servicio exclusivo y exigió que los representantes legales de los municipios y distritos demuestren ante la CRA las siguientes condiciones:

“(...) 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, produciría economías y eficiencias asignativas en la operación que permitirían, 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.”

El mismo decreto reglamentó lo relativo a la definición regulatoria de las metodologías para la verificación de las condiciones previas (art. 6); la información y documentación que debe contener el proceso licitatorio a través del cual se concesione el servicio de aseo bajo la modalidad de áreas de servicio exclusivo (artículo 7) y las condiciones mínimas del proceso de contratación (artículo 8), entre otros aspectos capitales de las ASE.

No hay que olvidar que al estudiar la legalidad de este decreto, esta Sala encontró ajustado el papel que la ley encomienda a las Comisiones de Regulación en la asignación de las ASE, en los siguientes términos:

“La **ley 632 de 29 de diciembre de 2000**, constituyó el pilar del ejercicio de la potestad reglamentaria para expedir el decreto que se demanda; determinó como deber de los Municipios y Distritos el asegurar la prestación del servicio de aseo, para lo cual les permitió asignar **áreas de servicio exclusivo**, mediante la celebración de contratos de concesión, previa la realización de licitación pública, con el fin de cumplir con las labores 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. Y es en este aspecto, que la citada ley indicó, en forma clara, que sería el Gobierno Nacional el encargado de definir la metodología a seguir, por parte de los Municipios y Distritos, para la contratación del servicio público domiciliario de aseo, dándose así el marco de competencia y necesidad de la potestad reglamentaria a ejercer.

Por su parte, la **ley 142 de 1994**, definió y reguló qué se debe entender por **ÁREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO**, cuyo fin es garantizar la prestación de los servicios públicos domiciliarios, para las personas de menores ingresos. Para tal efecto determinó que las entidades territoriales tienen la facultad de establecer, mediante invitación pública, dichas áreas de servicio exclusivas *“en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado”*, dentro de un preciso espacio geográfico en el cual se prestará el servicio. Y particularmente indicó las competencias a cargo de las Comisiones de Regulación, en relación con la determinación y manejo de esas zonas de servicio exclusivas, tal y como se desprende del parágrafo 1 del ARTÍCULO 40 (...):

Por consiguiente, como quedó visto, las Comisiones de Regulación no sólo tienen las funciones previstas **en los artículos 73 y 74 de la ley 142 de 1994**, y por tanto no puede prosperar la imputación de ilegalidad que efectuaron los demandantes respecto de los artículos 4 a 7.12 del decreto reglamentario 891 de 7 de mayo de 2002, toda vez que según el transcrito parágrafo, **1 del artículo 40 de la ley 142 de 1994**, tienen además las siguientes funciones:

- DEFINIR la forma cómo se verifican la existencia de motivos **para constituir dicha exclusividad**.
- DEFINIR las condiciones y lineamientos a que deben someterse **esos motivos**.
- VERIFICAR que se incluyan en los respectivos contratos **las cláusulas indispensables para asegurar la viabilidad financiera para la cobertura del servicio**

En consecuencia, las competencias a las que alude el decreto reglamentario acusado para la Comisión de Regulación de Agua Potable y saneamiento Básico, no tienen origen en este decreto sino en el parágrafo 1 del artículo 40 de la ley 142 de 1994. Además, el artículo reglamentado, **9 de la ley 632 de 2000**, le asignó al Presidente de la República, definir la metodología que deben seguir

los Municipios y Distritos para la contratación del servicio público domiciliario de aseo.

EN SEGUNDO LUGAR, la Sala observa que desde otro punto de vista, y como lo señalan los actores, el **parágrafo del artículo 5** del decreto demandado, retomó la división ilegal que efectuó en varias expresiones contenidas en el numeral 2.4 del artículo 2 ibídem, que se anularán. Por consiguiente siguiendo las razones ya explicadas por la Sala, a propósito del estudio de los citados numerales, declarará la nulidad de todo el parágrafo del artículo 5º. Es indispensable reiterar el contenido de éste:

PARÁGRAFO. *Los Municipios o Distritos que adelanten procesos de otorgamiento de áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio público de aseo, deberán incluir en este proceso la prestación del servicio **especial**, a menos que demuestren que otras alternativas son más económicas para el Municipio o distrito, **y teniendo en cuenta la remuneración para cada uno de estos servicios**, de conformidad con lo establecido en el artículo segundo, numeral 2.4 del presente decreto.*

Como se ve, la columna vertebral de dicho parágrafo está contenida en las siguientes expresiones: *‘deberán incluir en este proceso la prestación del **servicio especial**’,* las cuales resultan ilegales porque, como ya se explicó, exceden el ejercicio del poder reglamentario debido a que tal parágrafo retoma la diferencia ilegal, explicada antes, entre el servicio de aseo **especial y el ordinario**, que contiene el numeral 2.4 ibídem. Basta releer el parágrafo, substrayendo la frase precitada y encomillada para deducir que el parágrafo pierde todo su sentido; mucho más, cuando también hay lugar a substraer otra frase, esto es *‘y teniendo en cuenta la remuneración para cada uno de estos servicios’*, debido a que, se reitera, la ley reglamentada no autorizó al operador del poder reglamentario, el dividir las clases de servicios de aseo y, por lo mismo, tampoco la diferencia de remuneración.”²⁶ (negrillas y resaltado originales)

4. Valor probatorio de actos administrativos particulares disponibles en sitios web de la institución que los expidió

Con el escrito de demanda se acompañó copia simple de la Resolución CRA 235 de 2002, por la cual se decidió la solicitud de verificación de motivos que permitan la inclusión de cláusulas de área de servicio exclusivo en los contratos que

²⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 27 de octubre de 2005, Radicación número: 11001-03-26-000-2002-00045-01(23583), Actor: Diana Margarita Beltrán Gómez, Richard Ernesto Romero Raad; Departamento Administrativo de la Defensoría del espacio público, Idu, Demandado: Gobierno Nacional, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

suscriba el Distrito Capital de Bogotá para conceder el servicio de aseo (fls. 14 a 32 c.1).

Advierte la Sala que, sin embargo, dicho acto administrativo particular aparece disponible en el sitio web de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, lo cual impone establecer el valor probatorio de dicho documento.

El artículo 95 de la ley 270 de 1996 reconoció expresamente que la incorporación de la tecnología avanzada al servicio de la administración de justicia es tarea prioritaria del Consejo Superior de la Judicatura no sólo a nivel de formación, conservación y reproducción de expedientes, de comunicación entre los despachos y al funcionamiento razonable del sistema de información, sino que expresamente reconoció el precepto que esta acción también debía enfocarse principalmente *“a mejorar la práctica de las pruebas”*.

Igualmente, el inciso segundo de la disposición estatutaria en cita autorizó a los funcionarios judiciales a utilizar *“cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones”*, mientras que el inciso tercero previó en forma clara que los documentos emitidos por esos medios, cualquiera sea su soporte, *“gozarán de validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales”*²⁷.

A su vez, la ley 527 de 1999²⁸ dotó de reconocimiento jurídico a los **documentos en soporte de mensaje de datos**, entendiendo dentro de estos a la información almacenada por medios electrónicos como la Internet (art. 2º, ordinal a), al prever

²⁷ “ARTÍCULO 95. TECNOLOGÍA AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. El Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información.

“Los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones.

“Los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

“Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce, así como la confidencialidad, privacidad, y seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que establezca la ley...”

²⁸ Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones, en Diario Oficial No. 43.673, de 21 de agosto de 1999.

en su artículo 5º en forma perentoria que no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.

Por su parte, el artículo 6º de la referida ley 527 estableció que cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, este requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta.

Al mismo tiempo, el artículo 10º de la ley 527 en comento dotó expresamente de fuerza probatoria a los mensajes de datos al disponer que éstos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada por las disposiciones pertinentes de la legislación procesal civil²⁹.

Ahora, el artículo 11 *eiusdem* dispuso que para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos, deben seguirse las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas y por lo mismo habrán de tenerse en cuenta: i) la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje y ii) la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

En la misma perspectiva, la ley 962 de 2005, por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos³⁰, estableció en su artículo 7º la publicidad electrónica de actos normativos (leyes, decretos y actos administrativos de carácter general) así como de "*documentos de interés público*" relativos a ellos, al tiempo que previno que "[l]as reproducciones efectuadas se reputarán auténticas

²⁹ "ARTICULO 10. ADMISIBILIDAD Y FUERZA PROBATORIA DE LOS MENSAJES DE DATOS. Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. "En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original."

³⁰ Diario Oficial No. 46.023 de 6 de septiembre de 2005, con la inclusión de la corrección efectuada por el Decreto 3075 de 2005, ordenada por el artículo 2.

para todos los efectos legales, siempre que no se altere el contenido del acto o documento”.

Con base en el marco legal expuesto, la Sala en oportunidad precedente reconoció la autenticidad de los actos administrativos de carácter general que se aduzcan en un proceso y cuyo contenido puede consultarse en los sitios web institucionales. Al decir de la jurisprudencia sentada:

“ de conformidad con los artículos 6, 7 y 8 de la Ley 962 de 2005, resulta claro que las reproducciones efectuadas de las normas de carácter territorial seccional o local (*estricto sensu*: actos administrativos de carácter general) que se encuentren a disposición del público en Internet como documentos electrónicos en su modalidad de mensaje de datos dentro de las páginas institucionales de las entidades públicas de las administraciones departamentales o municipales se reputan auténticas para todos los efectos legales, siempre que no se altere el contenido del acto, régimen que interpretado armónica y sistemáticamente con los artículos 95 de la Ley 270 de 1996, 6 y 10 de la Ley 527 de 1999, permite colegir que es un medio admisible, eficaz, válido y con fuerza obligatoria para demostrar el contenido del texto de aquél tipo de disposiciones jurídicas de alcance no nacional y con el cual se satisface la exigencia prevista en los artículos 188 del C. de P. Civil y el 141 del C.C.A. respecto de su aducción al proceso para efectos de aplicación por parte del juez, quien así privilegiará el principio contenido en el artículo 228 de la Constitución Política, según el cual en las actuaciones de la Administración de Justicia “prevalecerá el derecho sustancial”.

En conclusión, para la Sala la información almacenada como mensajes de datos en las páginas institucionales de las entidades públicas a disposición del público en la red de Internet relacionada con los actos administrativos de carácter general, se califican como auténticos para todos los efectos legales, incluyendo, por supuesto, los judiciales, de manera que el Juez puede acudir a su consulta y tenerlos en cuenta con el fin de aplicar el derecho que emana de ellos al caso concreto materia de conocimiento, para lo cual se requiere que en la reproducción de su contenido en la providencia o sentencia respectiva no se altere su contenido y la información obtenida pueda ser accesible para su posterior consulta”³¹.

Entorno legal y aproximación jurisprudencial que resultan también aplicables respecto de actos administrativos que no obstante su carácter particular, son puestos a disposición del público en los sitios web de la institución que los expidió.

³¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCER, Sentencia de 15 de agosto de 2007, Radicación número: AP-19001-23-31-000-2005-00993-01, Actor: Luis Alejandro Burbano Idrobo, Demandado: Departamento del Cauca y otro, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

En verdad, el ordenamiento jurídico pretende justamente, en el marco de la “sociedad de la información”, poner a tono el ordenamiento jurídico con los avances tecnológicos, por lo que también respecto de actos administrativos de carácter particular como el que hoy estudia la Sala, resulta predicable igual valor demostrativo que el de los documentos en papel.

Los documentos en soporte de **mensajes de datos**, como son los actos administrativos almacenados por medios electrónicos como la Internet, para usar las palabras de la Corte Constitucional, también cumplen con los requisitos de fiabilidad, autenticidad, integralidad y rastreabilidad, propios del criterio flexible de “*equivalente funcional*” adoptado por el legislador y que son aplicables a la documentación consignada sobre papel³².

En consecuencia, estos **documentos almacenados en medios electrónicos como la Internet** están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel, siempre -claro está- que se garantice la fiabilidad de su origen lo mismo que su integridad³³, todo lo cual corresponde verificarlo al fallador en cada caso.

5. Lo demostrado

La Sala advierte que, en respuesta a lo ordenado por el *a quo* en el decreto de prueba, el representante legal de Elinte S.A. E.S.P. remitió al plenario copia simple de i) el certificado de existencia y representación legal de dicha empresa; ii) los contratos celebrados con entidades de salud para la recolección, transporte y tratamiento de los residuos hospitalarios, infecciosos o biomédicos y iii) las comunicaciones de los generadores de residuos hospitalarios por las cuales se dieron por terminados los contratos (fl. 423 c.1 y fls. 1 a 195 anexo 5 del expediente), todo lo cual no tiene la aptitud demostrativa de lo que se dice allí consignado.

La jurisprudencia tiene determinado que las copias informales carecen de valor probatorio en los términos del artículo 252 y 254 del Código de procedimiento

³² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 662 de 2000, MP Fabio Morón Díaz.

³³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-831 de 8 de agosto de 2001, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

Civil, dado que las copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254 del C. de P. Civil antes citado.³⁴

Lo anterior también se predica de las copias de los contratos y sus respectivas comunicaciones de cancelación remitidas al proceso por Ecoentorno, que también aparecen en copia simple (fls. 378 a 422 c.1), al igual que las copias de las comunicaciones de distintos generadores de residuos hospitalarios en las que se dice que dieron por terminados los contratos celebrados con un operador, allegadas por Ambiente Limpio S.A. E.S.P. (fls. 430 a 449 c.1).

Similares consideraciones son aplicables a la información aportada en el escrito de coadyuvancia por Ecología y Entorno Ltda., Servicios y Asesorías Ambientales Ltda. Proserva Ltda., y Ambiente Limpio S.A. E.S.P. consistente en copia simple de los contratos de prestación de servicio de tratamiento de residuos hospitalarios y de las comunicaciones por las que se dieron por terminados, lo mismo que de la documentación allegada con la coadyuvancia de Elinte S.A. E.S.P. que también obra en copia simple (fls. 243 a 244 c.1 - fls. 3 a 92 anexo No. 2 del expediente; fls. 252 a 258 c.1)³⁵.

Ahora, de acuerdo con las probanzas aportadas al plenario quedó establecido:

34 "...la exigencia del numeral 2º del artículo 254 es razonable, y no vulnera el artículo 83 de la Constitución, como tampoco el 228. En este caso, la autenticación de la copia para reconocerle 'el mismo valor probatorio del original' es un precepto que rige para todas las partes en el proceso, y que no tiene otra finalidad que rodear de garantías de certeza la demostración de los hechos, fundamento del reconocimiento de los derechos...." Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-023 de 11 de febrero de 1998, M.P. Jorge Arango Mejía.

35 El único de los contratos aportado en copia auténtica fue el celebrado entre Colsubsidio y Econtorno Ltda. (fls. 63 a 64 anexo No. 2 del expediente), el cual puede ser valorado pues si bien de conformidad con lo dispuesto por el artículo 268 del CPC, modificado por el art. 1º num. 120 del Decreto 2282 de 1989, aplicable por expresa disposición del artículo 29 de la ley 472, en armonía con lo prescrito por el artículo 11 de la ley 446, en principio debe aducirse el original del documento privado, que es la única forma que lo dota de autenticidad, vale decir, que permite la identificación de su autor, lo cierto es que esta exigencia se ve matizada en acciones populares en cuanto no podría privarse a un tercero de dicho documento que bien podría servir de prueba en otro tipo de proceso judicial donde se controviertan pretensiones subjetivas sobre su alcance, validez y ejecución.

Sin embargo, lo único que dicha copia auténtica acredita es que entre las partes se celebró un negocio jurídico que tenía por objeto, entre otras actividades, el *"tratamiento por incineración de los desechos peligrosos infecciosos (...) generados en la Clínica Colsubsidio, ubicada en la Calle 67 no. 10-67 de Bogotá, con una frecuencia en la recolección de tres (3) veces por semana"*, sin que haya podido determinarse cuándo tuvo vigencia dicho contrato, ya que la copia aducida no indica la fecha de su suscripción.

5.1 Que mediante decreto distrital 782 de 30 de noviembre de 1994³⁶ el Alcalde Mayor de Bogotá, de acuerdo con lo dispuesto por el Acuerdo 41 de 1993, creó la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos-U.E.S.P., según da cuenta copia auténtica de dicho acto administrativo aportada al proceso³⁷ (fls. 1 a 5 anexo No.1, documentos anexados a la contestación de la demanda por la U.E.S.P.).

Dicha entidad dependiente del Despacho del Alcalde Mayor de Bogotá tiene por objeto la planeación, coordinación, supervisión y control de la prestación de los servicios de barrido, recolección, transferencia, disposición final de residuos sólidos, limpieza de áreas públicas, cementerios, hornos crematorios y plazas de mercado, según lo señala el artículo 3º del citado decreto distrital.

5.2 Que el Alcalde Mayor delegó en el Gerente de la U.E.S.P. la representación legal del Distrito Capital en los procedimientos administrativos que se adelanten ante las autoridades nacionales en los que tenga interés o sea parte el Distrito Capital y que se relacionen con asuntos inherentes a ese organismo, conforme a su objeto y funciones, según da cuenta copia auténtica del decreto distrital 854 de 2001, artículo 16 (fls. 6 a 42 Anexo No.1, documentos anexados a la contestación de la demanda por la U.E.S.P.).

5.3 Que el Gerente de la U.E.S.P. solicitó a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico-C.R.A. la verificación de los motivos que permitan incluir cláusulas que otorguen un área de servicio exclusivo para la prestación del servicio público de aseo en Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el decreto 891 de 2002 y con anterioridad a la apertura de la licitación, según da cuenta copia auténtica del oficio 02653 de 16 de julio de 2002 aportado al plenario (fls. 54 Anexo No.1, documento anexado a la contestación de la demanda por la UESP en copia auténtica). En el mismo se lee:

³⁶ Cfr. Decreto distrital No. 1199 de 1997, por el cual se modifica la estructura orgánica de la unidad ejecutiva de servicios públicos-UESP, y decreto distrital No. 399 de 1998 disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma 1>

³⁷ Si bien por regla general las normas jurídicas no son tema de prueba, el derecho positivo nacional exceptuó a las normas jurídicas escritas de alcance no nacional o con vigencia local o seccional, en el inciso primero del artículo 188 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el artículo 1, numeral 92 del Decreto 2282 de 1989), al disponer que su texto debe aducirse al proceso en copia auténtica. En consonancia con este precepto, el artículo 141 del Código Contencioso Administrativo prescribe que si el demandante invoca como violadas normas que no tengan alcance nacional, deberá acompañar el texto legal que las contenga, debidamente autenticadas, o solicitar del ponente que obtenga la copia correspondiente.

“Lo anterior con el propósito de que la Comisión de Regulación proceda a verificar la existencia de los motivos que permiten la inclusión de cláusulas que otorguen dicha área en los contratos de concesión que resulten del proceso licitatorio público que le corresponde adelantar con la mayor brevedad al Distrito Capital por conducto de esta Unidad, al constituirse como esquema más apropiado para asegurar no solo la calidad del servicio en condiciones de igualdad en todos los sectores y estratos de la ciudad, su expansión a los usuarios de menores ingresos sino la viabilidad financiera del mismo” (subrayas de la Sala).

5.4 Que la C.R.A. por Resolución 235 de 7 de noviembre de 2002, la cual puede consultarse en el sitio web de la CRA³⁸, autorizó la inclusión de cláusulas de área de servicio exclusivo en los contratos de concesión que suscriba el Distrito Capital para la recolección y transporte hasta el sitio de disposición final de residuos hospitalarios y similares infecciosos o de riesgo biológico.

El artículo 1º del citado acto administrativo autorizó la inclusión de cláusulas de área de servicio exclusivo en los contratos que suscriba el Distrito Capital de Bogotá para conceder solamente las actividades de recolección y transporte, hasta el sitio de disposición final, de residuos hospitalarios y similares infecciosos o de riesgo biológico:

“ARTÍCULO PRIMERO.- PERMITIR la inclusión de cláusulas de área de servicio exclusivo en los contratos que suscriba el Distrito Capital de Bogotá para conceder las actividades de: recolección y transporte hasta el sitio de disposición final, de residuos ordinarios generados por usuarios residenciales y pequeños productores; recolección y transporte hasta el sitio de disposición final, de residuos ordinarios generados por grandes productores; barrido y limpieza integral de vías, áreas y elementos que componen el amoblamiento urbano público, incluyendo su recolección y transporte hasta el sitio de disposición final; corte de césped en vías y áreas públicas, incluyendo la recolección y el transporte hasta el sitio de tratamiento, disposición final o aprovechamiento de los residuos generados por esta actividad, de todas las áreas verdes públicas del Distrito Capital, exceptuando las zonas previstas en los Pliegos de Condiciones; recolección y transporte, hasta el sitio de disposición final, de residuos hospitalarios y similares infecciosos o de riesgo biológico; por el término de siete (7) años, contados a partir de la suscripción de los contratos de concesión; siempre que la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos efectúe los siguientes ajustes a la estructuración del proceso licitatorio, según lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución: (...)” (se subraya)

³⁸ Disponible en <http://www.cra.gov.co/portal/www/resources/res235.doc> . Sobre su valor probatorio ver supra.

5.5 Que la UESP al ordenar la apertura de la licitación pública No. 002 de 2003, mediante resolución No. 164 del 9 de octubre de 2003, incluyó el componente de tratamiento en la concesión del servicio de aseo bajo el esquema de área de servicio exclusivo, según da cuenta copia auténtica de dicho acto administrativo aportada al plenario en copia auténtica (fls. 84 a 87 Anexo No.1, documentos anexados a la contestación de la demanda por la U.E.S.P.). Al aludir al objeto de la licitación la UESP dejó en claro que era seleccionar:

“el prestador idóneo, que en virtud del contrato de concesión y bajo el esquema de Área de Servicio Exclusivo, se encargue de la gestión externa del servicio de recolección, transporte y tratamiento de los residuos hospitalarios y similares (infecciosos o de riesgo biológico) a que se refiere el artículo 5, numeral 2.1, del Decreto 2676 de 2000, en toda el área urbana del Distrito Capital de Bogotá (...) con el siguiente alcance:

(...)-Tratamiento mediante sistema de desinfección de alta eficiencia para los residuos producidos por los usuarios grandes, medianos, pequeños y micro productores de residuos infecciosos o de riesgo biológico (biosanitarios, cortopunzantes, de animales y líquidos previamente gelificados).

-Tratamiento mediante sistema de incineración de los residuos anatomopatológicos

(...).Actividades adicionales de obligatorio cumplimiento: El concesionario del servicio de recolección, transporte y tratamiento de residuos hospitalarios (infecciosos o de riesgo biológico) será responsable de (...)” (se subraya).

En los considerandos de la referida resolución se hace referencia al pronunciamiento de la CRA en punto de la verificación de la existencia de motivos que permitían la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos de concesión, en los siguientes términos:

“(...) Que por medio de la Resolución CRA No. 235 del 7 de noviembre de 2002, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico-CRA, se pronunció favorablemente, permitiendo al Distrito Capital la inclusión de cláusulas de área de servicio exclusivo en los contratos que suscriba para conceder el servicio de aseo y la recolección y transporte hasta el sitio de disposición final de residuos hospitalarios y similares infecciosos o de riesgo biológico, acto administrativo que fue notificado el día 22 de noviembre de 2002 y quedó ejecutoriado el día 29 de noviembre del mismo año”.

Nótese que no se aludió a la actividad de tratamiento.

5.6 Que en el pliego de condiciones a la licitación pública No. 002 de 2003 la U.E.S.P. también se incluyó la actividad de “tratamiento”, según se desprende de lo establecido en el cuerpo de dicho documento, el cual fue aportado al plenario en copia auténtica (fls. 145 a 179 Anexo No.1, documentos anexados a la contestación de la demanda por la U.E.S.P.).

Así al delimitar el objeto del contrato en el ordinal 1.2.1 el citado pliego estableció:

“(…) La UESP, a través de la presente licitación pública, pretende seleccionar el prestador idóneo que, en virtud de contrato de concesión, con área de servicio exclusivo, se encargue de la prestación de la gestión externa del servicio de recolección, tratamiento y transporte, hasta el sitio de disposición final, de los residuos hospitalarios y similares (infecciosos o de riesgo biológico) a que se refiere el artículo 5, numeral 2.1 del Decreto 2676 de 2000, en toda el área urbana del Distrito Capital de Bogotá, así (...) -Tratamiento mediante sistema de desactivación de alta eficiencia para los residuos producidos por los usuarios grandes, medianos, pequeños y micro productores de residuos infecciosos o de riesgo biológico (residuos biosanitarios, cortopunzantes, de animales y líquidos previamente gelificados).
-Tratamiento mediante sistema de incineración de residuos anatomopatológicos.”

Del mismo modo, los numerales 26 y 27 del pliego regularon las condiciones que debía reunir el proponente de cara a la actividad de tratamiento (desactivación de residuos infecciosos o de riesgo biológico e incineración de residuos anatomopatológicos).

A su vez, el numeral 32 del pliego referente a la “[i]mplementación del proyecto contratado” también aludió expresa y detalladamente al servicio de tratamiento. En el mismo sentido aparece el numeral siguiente atinente a la “[p]ropuesta técnica operativa”, tanto en el numeral 33.1 (Generalidades), como en el numeral 33.2 atinente a los “[r]eferentes básicos”, dos de los cuales (33.2.4 y 33.22.5) regularon el tratamiento mediante desactivación de alta eficiencia y el tratamiento mediante incineración, respectivamente.

Igualmente, el anexo No.1 del Pliego licitatorio “Reglamento para la concesión de la gestión externa del servicio de recolección, transporte y tratamiento de residuos hospitalarios y similares (infecciosos o de riesgo biológico) en la ciudad de Bogotá” (se destaca) reguló en detalle el servicio de tratamiento para residuos infecciosos o de riesgo biológico, tal y como se desprende del documento aportado en copia

auténtica (fls. 125 a 144 Anexo No.1, documentos anexados a la contestación de la demanda por la U.E.S.P.).

Así, el apartado 2º, dedicado a las disposiciones sobre los servicios, establece:

“2.4 Tratamiento

“El servicio de tratamiento para residuos infecciosos o de riesgo biológico, se realizará mediante métodos de desactivación de alta eficiencia, de forma que se cumpla con los estándares máximos para microorganismos establecidos en el MPGIRH. Para el efecto, el prestador de este servicio, deberá contar con las instalaciones adecuadas y con capacidad suficiente para tratar todos los residuos generados en el Distrito Capital.

“El servicio de tratamiento para los residuos anatomopatológicos, se realizará en incineración o en plantas productoras de cemento que posean los permisos, autorizaciones o licencias ambientales correspondientes y reúnan las características técnicas determinadas por las entidades ambientales competentes.

“2.4.1 Desactivación de alta eficiencia

“Este es un proceso que utiliza altas temperaturas y tiempos de residencia que aseguran la eliminación de microorganismos patógenos de manera que se puedan disponer en relleno sanitario, todo ello con el objeto de minimizar el impacto ambiental. Se utilizará para los residuos infecciosos o de riesgo biológico, exceptuando los anatomopatológicos.

“2.4.2 Incineración

“Este es un proceso de oxidación térmica mediante el cual los residuos son convertidos, en presencia de oxígeno, en gases y restos sólidos incombustibles bajo condiciones de oxígeno estequiométricas; será utilizado para los residuos anatomopatológicos” (se subraya).

También, en la sección 6.3.1 se detallan las operaciones de tratamiento de residuos que deberá adelantar el adjudicatario, con sus respectivas áreas: a) desactivación de alta eficiencia (área de recepción y pesaje de residuos, área de almacenamiento intermedio, área desactivador de alta eficiencia, área de almacenamiento temporal de residuos tratados, área de control, área de lavado de vehículos recolectores y de contenedores, área de servicios para operarios, área de mantenimiento o taller, área de generación de vapor, área de depósito de combustibles, área de parqueo de vehículos recolectores), b) Incineración (área de recepción y pesaje de residuos, área de almacenamiento intermedio, área de incineración, área de almacenamiento de cenizas).

A su turno, en el capítulo atinente al sistema de control, se dedica un ordinal (7.1.2) a la incineración. Mientras que el apartado 8º intitulado *“Implementación del proyecto contratado”* de este mismo documento alude a la actividad de tratamiento, en particular plazo para iniciar la incineración de residuos anatomopatológicos, a las pruebas que deben hacerse para la verificación de la calidad del tratamiento.

5.7 Que, igualmente, en las estipulaciones de la Minuta del Contrato de Concesión de la referida licitación se hace expresa alusión a la concesión en exclusividad de la actividad de *“tratamiento”*, según dan cuenta el numeral 5) del considerando d) y las cláusulas primera, segunda, tercera, decimoctava y vigesimotercera contenidas en el anexo No. 4 del pliego allegado en copia auténtica a este proceso (fls. 88 a 124 Anexo No.1, documentos anexados a la contestación de la demanda por la U.E.S.P.).

5.8 Que en la audiencia de aclaraciones a la licitación pública No. 002 de 2003, que tuvo lugar el 28 de octubre de 2003, también se hizo expresa referencia al servicio de *“tratamiento”*, como se desprende del acta de la misma, remitida en copia auténtica -a solicitud del *a quo*- por el jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la U.E.S.P. (fl. 351 a 352 c. 1 y fls. 1 a 39 Anexo No.3).

Así se desprende de lo expuesto en dicha audiencia por el Director técnico Juan Luis Mesa Echeverri y por Manuel Felipe Olivera, asesor U.E.S.P. quienes explicaron los componentes de desactivación de alta eficiencia y del servicio de incineración para los residuos anatomopatológicos.

Frente a la pregunta formulada por Interproyectos según la cual *“[v]iendo las resoluciones en que se autoriza a la UESP a sacar la licitación, tanto esta como los anteriores, uno encuentra que evidentemente se le dice que puede hacer actividades transporte y recolección, pero no se encuentra por ninguna parte en dónde se le da la autorización a la UESP para que entregue una concesión para hacer el tratamiento de los residuos hospitalarios”* (se destaca), el director técnico de la U.E.S.P. -quien presidió la audiencia de aclaraciones- respondió:

“El ASE precisamente se refiere a las actividades de recolección y transporte, *sin embargo estamos entregando una concesión para prestar el servicio integral; la exclusividad se enmarca en recolección y transporte y así se plantea en la totalidad de los documentos.*

Estamos solicitando que el operador que preste el servicio de recolección y transporte debe completar el ciclo de tratamiento, disposición o incineración precisamente a través de ello es que estamos diciendo que daremos puntos en la medida en que ustedes ofrezcan un mejor servicio, en ninguna parte se dice que la Unidad le está dando la exclusividad de tratamiento porque de alguna forma los establecimientos que están en Bogotá y prestan este servicio son una realidad y hay que con esto, lo que sucede es que el concesionario adjudicatario que tenga la recolección y tratamiento me tiene que ofertar precisamente la totalidad de los componentes que comprende la prestación del servicio y es en ese sentido que él se compromete con la Unidad Ejecutiva y para con los usuarios de cobrar una tarifa integral, si él decide contratar con un prestador del servicio el tratamiento, puede hacerlo siempre y cuando cumpla con la totalidad de los requisitos y se gana la concesión de acuerdo con los pliegos que están planteados.

“El ASE es para recolección y transporte y por esta razón nadie puede recolectar y transportar este tipo de residuos porque esta (sic) amparado por Ley (sic), el aval de ASE no me está diciendo que debo cerrar todas las instalaciones de incineración de Bogotá, porque el funcionamiento de estos establecimientos está amparado y avalado por su respectiva licencia y toda la documentación que permite su funcionamiento; lo que sí nos estamos reservando es el derecho y lo avalado por la Comisión el de que todo el servicio de recolección y transporte sí debe ser exclusivamente prestado por el adjudicatario de este proceso y este prestador tiene que ofrecer una integración de la totalidad de los componentes que comprenden la prestación del servicio, entonces si él de alguna forma hace un Joint Venture o una alianza estratégica o utiliza 2 ó 3 prestadores del servicio de tratamiento o incineración, puede hacerlo siempre y cuando cumpla con los requisitos del pliego (...)

En la misma audiencia de aclaraciones y frente a la pregunta formulada por ASEI Ltda. conforme a la cual *“[e]l tratamiento no es exclusivo ni puede forzar a que ese tratamiento sea exclusivo, pero lo que si se puede obligar es al transporte y recolección, los que en este momento están haciendo tratamiento tienen licencias para recoger y transportar, mi pregunta es ¿cómo les van a quitar esa recolección y transporte?”*, el Director técnico de la UESP respondió:

“ Se escapa de mi alcance; el aval del ASE de la Comisión de Regulación y la autoridad máxima del Distrito en materia de servicios públicos es el Alcalde Mayor, le confieren la potestad a la Unidad Ejecutiva de abrir un proceso de concesión en donde se le dé precisamente la exclusividad a un concesionario, a través del proceso planteado, de hacer la recolección y transporte; el punto de confluencia o prelación entre el permiso existente por usted planteado y el alcance del ASE se escapa de mi conocimiento, pero por nuestra experiencia en servicios públicos, y en especial la Ley 632, el decreto 1713, los cuales son pilares para la estructuración de la prestación del servicio a la totalidad de los usuarios porque solo a

través de esa figura, en muchos casos, se le puede ofrecer el servicio a la totalidad del distrito; tiene connotaciones especiales de interés público y es en este marco que apoyamos la concesión. Igualmente pueden plantear la pregunta por escrito y se les responderá con todo el soporte jurídico.”

Al tiempo que ante la inquietud formulada por Ecoentorno Ltda., en la que se preguntó por la suerte de los contratos de incineración que vencían a finales de 2004, un asesor de la U.E.S.P. respondió:

“(…) Los contratos vigentes son contratos de tipo privado y no de carácter público (sic). En esos contratos de prestación del servicio de incineración no tiene gobernabilidad la UESP, eso es un problema de la autoridad ambiental la verificación del cumplimiento de normas ambientales y es un problema de derecho civil, la relación entre algunas clínicas u hospitales y el servicio de incineración.

Lo que se está contratando a través de esta licitación es el servicio de recolección en un ASE sobre la cual no hay competencia abierta, no hay libre competencia en la recolección de residuos provenientes de hospitales, anatomopatológicos a partir de las atribuciones que dio la CRA a la UESP, entonces eso está claro y por eso se abre la licitación.

Cómo se va a prestar el servicio de desinfección o desactivación y el servicio de incineración es un problema estrictamente comercial, de interés privado del proponente, éste verá si utiliza ese contrato vigente que tienen o monta un incinerador para el volumen de los residuos que se prevean incinerar o monta un desactivador para ese mismo volumen, pero es finalmente un problema de los números específicos de cada proponente, en donde la economía de escala del proponente permite manejar un contrato con uno, dos, cinco o doscientos generadores de residuos para prestar el servicio de desactivación y de incineración; este servicio no es el que a través de la Resolución CRA se está manejando como servicio público en concesión(…)”

En tanto que, ante una pregunta similar formulada por otro asistente, nuevamente el Director Técnico de la UESP aseguró:

“(…)Quiero plantear que como ya dije anteriormente el ASE es una potestad que ha previsto el legislador cuando considera necesario organizar la prestación de ciertos servicios, en este caso un servicio especial, definido en el decreto reglamentario 1713 del servicio de aseo y es en ese sentido que actúa la Administración. Sabemos que existen iniciativas puntuales para ofrecer parte o alguno de los servicios que se están concesionando en este proceso, sin embargo es también conocido por nosotros que la gran parte del universo de los usuarios que deben ser atendidos no están cubiertos; propósito de la Administración Distrital es precisamente llevar el servicio a la

totalidad de los usuarios y la figura que nos permite lograrlo es la de ASE”

Asimismo, en la misma audiencia al preguntar uno de los asistentes cómo se garantizaría la exclusividad al proceso de tratamiento, la entidad licitante respondió: “[l]a exclusividad se garantiza únicamente sobre la recolección y el tratamiento de los residuos”. Frente a lo cual ASEI Ltda. inquirió: “[s]i no se puede garantizar exclusividad en el tratamiento y todas las empresas que lo deseen y cumplan con los permisos ambientales que lo deseen y cumplan con los permisos ambientales que puedan prestar el servicio, con la probabilidad de generar una competencia importante, qué sentido tiene que se incluya en la prestación la actividad de tratamiento? ¿No debería ser solo (sic) de recolección? ¿Cuál es la facultad legal de la UESP para dar en concesión por licitación el tratamiento de residuos?”. La respuesta de la Administración fue la siguiente:

“La misión y responsabilidades de la UESP, entre otras, son la planeación, coordinación, supervisión y control del servicio de aseo, por esta razón y de acuerdo con las exigencias y recomendaciones de las autoridades ambiental y sanitarias se incluyeron nuevos tratamientos para tipo de residuo.

La UESP como delegataria del servicio, tiene la potestad de definir el alcance del tema a concesionar siempre y cuando se enmarque dentro de la normatividad vigente. Se reitera que la exclusividad se refiere a la recolección y transporte de residuos hospitalarios” (subrayas fuera de texto original).

5.9 Que en el Adendo 001 a la licitación de fecha 14 de noviembre de 2003 también se hizo explícita referencia al servicio de “tratamiento” de los residuos hospitalarios y similares, en particular en su artículo 6º contentivo de la modificación del artículo 2.4.2 “*Incineración*” del anexo 1 (Reglamento Técnico), como se desprende de la copia auténtica remitida al plenario a instancias del Tribunal por el Jefe de la Oficina Jurídica de la U.E.S.P. según oficio 492571 de 20 de junio de 2005 (fls. 351 a 353 c. 1 y fls. 40 a 42 Anexo No 4 del expediente).

5.10 Que en las respuestas a las observaciones remitidas a la UESP con ocasión de la audiencia licitatoria antes reseñada, esta señaló sin ambages que la A.S.E. incluía el servicio de “*tratamiento*”, según dan cuenta copia auténtica de diversos oficios fechados el 21 de noviembre de 2003: oficio No. 5361 dirigido a Ingeamco-Ecoentorno Ltda., del oficio 563 dirigido a Aseo Total ESP, del oficio 5364 dirigido a RP Ingenieros Ltda., oficio 5365 dirigido a la Secretaría Distrital de Salud, oficio

5374 dirigido a Ciudad Limpia Bogotá S.A. E.S.P.; oficio 5504 de fecha 28 de noviembre de 2003 dirigido a Ciudad Limpia Bogotá S.A. E.S.P., oficio 5512 de la misma fecha dirigido a Interproyectos Ltda. y oficio 5506 de la misma fecha dirigido a EMPOKENNEDY S.A. E.S.P. (fls. 351 a 353 c. 1 y fls. 54 a 56, 61, 62 a 62, 91 a 92, 98 a 100, 103 a 104 Anexo No 4 del expediente, respectivamente).

En el primero de los oficios citados al responder la pregunta séptima relativa a las garantías que respalden al concesionario respecto *“a la política (sic) vigente del no pago de los usuarios”*, la UESP señaló:

“Por la naturaleza de la concesión es necesario tener en cuenta que por parte del oferente, la gestión comercial y financiera del servicio, es un riesgo que debe asumir como concesionario, sin embargo el servicio estará amparado especialmente por el Área de Servicio Exclusivo ASE para la recolección, transporte y tratamiento de residuos hospitalarios de acuerdo a la Resolución CRA 235 de 2002, así como a los reglamentos operativo y comercial, el primero que se incorporó como anexo al pliego de condiciones y el segundo ya expedido por esta entidad mediante Resolución UESP 113/2003” (subrayas y negrilla fuera de texto original)

A su turno, en el oficio 5374 dirigido a Ciudad Limpia antecitado, al responder la observación novena conforme a la cual *“[p]ara la concesión se establece la exclusividad para la prestación del servicio objeto de la presente licitación ¿Qué pasa si el usuario tiene contratos con las empresas que incineran actualmente, por un tiempo superior del plazo exigido en el pliego para la incineración?”*, la UESP respondió: *“(…) Todo usuario es libre de incinerar los residuos que la norma permita incinerar en instalaciones propias. Para hacerlo en instalaciones ajenas al sitio de generación requerirá transporte y éste solamente puede ser prestado por el concesionario ganador de la licitación 002 de 2003”*.

Nuevamente en el oficio 5504 dirigido a Ciudad Limpia Bogotá S.A. E.S.P., el director técnico de la UESP, indicó que el contrato por adjudicar tiene como objeto la prestación de la gestión externa del servicio de recolección, tratamiento y transporte, hasta el sitio de disposición final de los residuos hospitalarios y similares, en toda el área urbana del Distrito Capital de Bogotá.

En oficio 5508 de fecha 28 de noviembre de 2003 dirigido a Elizabeth Peña, el Director Técnico de la UESP al contestarle la segunda pregunta relacionada con la licitación señaló *“[t]al como se expresó en la audiencia de aclaración del pliego de condiciones el ASEH (sic) se refiere a las actividades de recolección y transporte y*

por tanto la exclusividad se enmarca en estos dos componentes". (fls. 351 a 353 c. 1 y fls. 94 a 97 Anexo No 4 del expediente).

5.11 Que en el acto administrativo por el cual "*se conformó el Comité Asesor en Contratación Administrativa para la evaluación de las propuestas de la Licitación Pública No. 002 de 2003*", una vez más se señaló que el objeto de este proceso era seleccionar un prestador idóneo que en virtud de un contrato de concesión, con área de servicio exclusivo, se encargue de la gestión externa del servicio de recolección, tratamiento y transporte hasta el sitio de disposición final de los residuos hospitalarios y similares, según da cuenta el considerando décimo de la Resolución 210 de 1 de diciembre de 2003, acto administrativo aportado al plenario en copia auténtica (fls. 351 a 353 c. 1 y fls. 121 a 123 Anexo No 4 del expediente).

5.12 Que en el acta de cierre de la licitación No. 002 de 2003 de fecha 1 de diciembre de 2003 también se indicó que dentro del objeto de este proceso estaba la "concesión" para la gestión externa de los residuos hospitalarios, entre otros, del servicio de tratamiento de los residuos infecciosos o de riesgo biológico producidos en Bogotá, según da cuenta copia auténtica de esta acta remitida al proceso por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la U.E.S.P. y también aportada con la contestación de la demanda (fls. 351 a 353 c. 1 y fls. 124 a 127 Anexo No 4 del expediente y fls. 180 a 181 Anexo No.1, documentos anexados a la contestación de la demanda por la U.E.S.P).

5.13 Que la evaluación, cuya copia fue aportada al plenario a instancias del *a quo* por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la UESP (fls. 351 a 353 c. 1 y fls. 129 a 160 Anexo No 4 del expediente) de las propuestas presentadas en la Licitación Pública No. 002 de 2003, ocupó especial análisis la actividad de tratamiento, según da cuenta el apartado 4º dedicado al examen del cumplimiento del requisito habilitante: "*sistema de aseguramiento de calidad*". Al comenzar dicho acápite se lee:

" El pliego de condiciones en el capítulo V numeral 25 prevé que para participar en la presente licitación el proponente deberá allegar los certificados que, directamente o a través de alguno o algunos de sus integrantes, posea sobre sus sistema de aseguramiento de calidad para los procesos u operaciones de recolección y transporte de residuos o de recolección, transporte o tratamiento (desactivación o incineración) de residuos peligrosos o infecciosos o de riesgo biológico con una entidad nacional o internacional, bajo el sistema de

la familia ISO-9001 versión 2000 o su equivalente, que deberá estar vigente al cierre del plazo de la licitación” (subrayas no originales)

Del mismo modo, en el apartado 6º del documento de evaluación, y con arreglo a lo dispuesto en el numeral 28 del pliego, el comité hizo el estudio de la “experiencia específica” referida, entre otros, a contratos relacionados con “*el tratamiento de residuos peligrosos u hospitalarios y similares infecciosos o de riesgo biológico*”.

Por fin, en la sección 7ª dedicada al examen del cumplimiento del requisito habilitante sobre presentación propuesta técnica -apego a referentes básicos y a requisitos de calidad, continuidad, cobertura y frecuencias mínimas- ocupó también la atención del comité evaluador el tratamiento mediante desactivación de alta eficiencia, lo mismo que el tratamiento mediante incineración, conforme a lo dispuesto por el pliego.

5.14 Que el 29 de diciembre de 2003, la Licitación Pública No. 002 de 2003 fue adjudicada al consorcio asociado bajo la promesa de creación de la sociedad futura Ecocapital Internacional S.A. E.S.P., en audiencia pública, según da cuenta la copia auténtica del acta respectiva aportada al plenario y de la Resolución 248 de la UESP de la misma fecha (fls. 76 a 78 y fls.80 a 83 Anexo No.1, documentos anexados a la contestación de la demanda por la U.E.S.P.).

5.15 Que mediante escritura pública No. 0000048 de la Notaría 15 de Bogotá del 19 de enero de 2004 se constituyó la Sociedad Comercial Ecocapital Internacional S.A. E.S.P. cuyo objeto social es la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en especial de aseo y saneamiento básico, esto es, la recolección de residuos, principalmente sólidos y las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de residuos; manejo, operación y administración de sitios de disposición final de residuos (rellenos sanitarios); actividades de recolección, transferencia, transporte, tratamiento y disposición final de residuos patógenos y peligrosos, según da cuenta el original del certificado de existencia y representación legal aportado al proceso (fls. 61 a 63 y fls. 164 a 166 c. 1).

Que el objeto social de dicho prestador de servicios públicos está constituido por:

“ [la] recolección, tratamiento, transporte hacia el sitio de disposición final de los residuos hospitalarios y similares infecciosos o de riesgo biológico (...) en el área o áreas de servicio exclusivo que sean otorgadas dentro de la licitación pública No. 002 de 2003 convocada por la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos UESP, en virtud de lo cual, se realizarán, entre otras, las siguientes actividades, la recolección de residuos infecciosos o de riesgo biológico y transporte hasta el sitio de tratamiento de los residuos generados por los diferentes tipos de usuarios, el tratamiento mediante sistema de desinfección de alta eficiencia para los residuos producidos por los usuarios grandes, medianos, pequeños y micro productores de residuos infecciosos o de riesgo biológico (residuos biosanitarios, cortopunzantes, de animales y líquidos previamente gelificados), el tratamiento mediante sistema de incineración de residuos anatomopatológicos, cargue y descargue de los residuos desactivados hasta el sitio de disposición final, cargue y descargue hasta la celda de seguridad de las cenizas generadas en el proceso de incineración de los residuos anatomopatológicos(...)”,

5.16 Que el Distrito Capital de Bogotá-Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos-UESP celebró con la Empresa Ecocapital Internacional S.A. E.S.P. el contrato de concesión No. 02 de 2004, según da cuenta copia auténtica del mismo allegada con la contestación de la demandada de la UESP (fl. 96 c.1 y fls. 55 a 75 anexo No. 1).

En los considerandos del contrato de concesión No. 002 de 2004 se lee:

“(...)d) Que mediante Resolución CRA No. 235 de noviembre 7 de 2002 se permite la inclusión de cláusulas de área de servicio exclusivo en los contratos que suscriba el Distrito Capital para conceder las actividades de: (...) 5) recolección y transporte, hasta el sitio de disposición final, de residuos hospitalarios y similares, infecciosos o de riesgo biológico, por el término de siete (7) años, contados a partir de la fecha de suscripción de los respectivos contratos de concesión (:..)” (se subraya)

En tanto que la cláusula primera relativa al objeto de dicho negocio jurídico previó:

“(...)Por el presente contrato el concesionario asume, por su cuenta y riesgo, la prestación de la gestión externa, con área de servicio exclusivo (ASE), del servicio de recolección, tratamiento y transporte, hasta el sitio de disposición final, de los residuos hospitalarios y similares (infecciosos o de riesgo biológico) a que se refiere el artículo 5, numeral 2.1, del Decreto 2676 de 2000, en toda el área urbana del Distrito Capital, cuyas principales actividades se señalan en la siguiente cláusula” (destacado de la Sala)

Por lo que hace relación a las actividades del concesionario, la cláusula segunda estableció:

“(...) Para el desarrollo del objeto contractual el concesionario deberá adelantar las siguientes actividades:

Actividades

(...) 2. Tratamiento mediante sistema de desactivación de alta eficiencia para los residuos producidos por los grandes, medianos y pequeños productores, y microproductores, de residuos infecciosos o de riesgo biológico (residuos biosanitarios, cortopunzantes, de animales y líquidos previamente gelificados).

3. Tratamiento mediante sistema de incineración de residuos anatomopatológicos (...)” (se subraya)

En punto de las obligaciones del concesionario, la cláusula tercera se ocupa de señalar que:

“(...)Además de las previstas en el pliego de condiciones, en la propuesta presentada, en los reglamentos técnico y comercial del servicio, en las disposiciones vigentes, y sin perjuicio de las precisiones que se establezcan durante el período de transición y ajuste el concesionario deberá observar las siguientes obligaciones particulares:

(...) 2. Tratamiento mediante sistema de desactivación de alta eficiencia para los residuos producidos por los grandes, medianos y pequeños productores, y microproductores, de residuos infecciosos o de riesgo biológico (residuos biosanitarios, cortopunzantes, de animales y líquidos previamente gelificados).

3. Tratamiento mediante sistema de incineración de residuos anatomopatológicos (...)” (se subraya)

En el mismo sentido, la cláusula decimoctava atinente a la responsabilidad del concesionario, en el inciso primero de su párrafo previó:

“(...) Para el caso de la localidad de Sumapaz el concesionario se obliga a la recolección, transporte y tratamiento de los residuos hospitalarios infecciosos o de riesgo biológico que en ésta se produzcan, siempre que se les sitúe en un establecimiento hospitalario de alguna de las localidades urbanas del Distrito Capital (...)” (se subraya)

Al paso que, la cláusula vigesimotercera al regular las “tareas del concesionario” puso de manifiesto en el inciso cuarto que “[l]a incineración de los residuos anatomopatológicos se deberá iniciar, a más tardar, a los seis (6) meses siguientes a la firma del acta de iniciación. Para estos efectos deberá demostrar

ante la UESP el cumplimiento de todos los requisitos ambientales y urbanísticos exigidos por las normas legales vigentes a esta fecha”.

La Sala destaca que, dentro de las obligaciones de la UESP, ocupa un primer lugar “[g]arantizar al concesionario la exclusividad en la prestación del servicio”, según lo consignado en la cláusula cuarta del contrato. Conforme a la misma cláusula [p]ara estos efectos el concesionario deberá informar a la UESP sobre cualquier perturbación en la exclusividad que se le confiere, para que esta entidad, previa audiencia de los interesados, adopte las medidas pertinentes de su competencia y garantice así los derechos que legalmente corresponden al concesionario”.

5.17 Que varias clínicas y hospitales habían celebrado contratos con objeto de incinerar los residuos hospitalarios, infecciosos y de riesgo biológico con diversos operadores y que luego del 1 de mayo de 2004 su nuevo prestador es Ecocapital S.A. E.S.P, según dan cuenta los originales de varios oficios remitidos a instancias del a quo por distintas clínicas y hospitales de Bogotá: Clínica Palermo, Fundación Santafé, Hospital Universitario San Ignacio, Clínica del Country, Clínica de la Mujer y Clínica de Marly (originales fls. 323, 325, 345-346, 349, 362 c. 1).

5.18 Que en la comunicación dirigida al a quo por Ambiente Limpio S.A. ESP en la que remitió unas copias simples, ya reseñadas, también se afirma que “una vez entró a trabajar el monopolio hoy día existente en la ciudad capital, se nos ha imposibilitado ejercer nuestra actividad, la cual se encuentra legalmente autorizada por los órganos competentes, a un punto tal, que hemos perdido cerca del 90% del mercado de incineración de residuos hospitalarios” (original, fl. 430 c.1).

5.19 Que algunos hospitales y clínicas de Bogotá continuaron contratando, luego del 1 de mayo de 1994, el componente de “tratamiento” de residuos hospitalarios y similares con operadores distintos de la sociedad Ecocapital Internacional S.A. E.S.P. adjudicataria del proceso licitatorio de la ASE que estudia la Sala, según dan cuenta el oficio del Hospital Tunjuelito II Nivel ESE de fecha 14 de junio de 2005 remitido al plenario a instancias del a quo (original, fls. 327 y 328 c.1)³⁹, el oficio de la Fundación Cardio-Infantil de 14 de junio de 2005 dirigido al Tribunal en

³⁹ En dicho documento se lee textualmente “ha seguido la actividad de incineración de residuos hospitalarios, infecciosos y de riesgo biológico con la empresa Ecología y Entorno Ltda. (Ecoentorno)”.

respuesta a su requerimiento (original, fl. 364 c.1)⁴⁰, el oficio DJ-677-05 del Hospital Universitario Clínica San Rafael de 27 de junio de 2005, dirigido a este proceso en respuesta a lo ordenado por el a quo (original, fl. 372 c.1)⁴¹.

6. De la definición de la existencia o no de vulneración de los derechos colectivos invocados.

La sociedad adjudicataria del contrato *sub lite* expuso a lo largo del proceso que la libertad de empresa no aparece dentro de los derechos colectivos definidos por el legislador, criterio que fue acogido por el *a quo*. Se impone, para desatar el recurso interpuesto, estudiar si la libertad de empresa ostenta o no el carácter de interés colectivo pasible de amparo en vía acción popular.

El régimen económico ocupó para el constituyente del año de 1991 un especial interés, al punto que los estudiosos del derecho económico⁴², poco tiempo después de expedida la nueva Carta Política, no dudaron en aplicar en este tema la construcción germánica de las *constituciones temáticas* y hablar entonces de “Constitución Económica”, en el marco de una economía social de mercado.

La **Constitución Económica** está integrada no solo por las disposiciones previstas en el título XII (arts. 332 a 373), sino por todos aquellos preceptos que sin importar su ubicación (parte dogmática o parte orgánica) constituyan cláusulas constitucionales que tienen incidencia en materia económica, comenzando por la redefinición del mismo modelo de Estado Social de Derecho.

Uno de los principios fundamentales del derecho constitucional económico en Colombia lo constituye la **libertad económica**, también denominada en el siglo XIX **libertad de comercio y de industria**⁴³, entendida como la facultad que tiene

⁴⁰ Allí se pone de presente que después del 1 de mayo de 2004 para la incineración de residuos hospitalarios, infecciosos y de riesgo biológico “tiene contrato vigente con la empresa Ecología y Entorno Ltda.-Ecoentorno”.

⁴¹ Escrito que señala que en después del 1 de mayo de 2004 “la incineración se continua realizando con la empresa Ecoentorno, para residuos anatomopatológicos y cortopunzantes y los residuos biosanitarios con la empresa Ecocapital”.

⁴² Vid. VVAA, Constitución Económica Colombiana, Biblioteca Millennium, Colección Derecho Económico y de los negocios, El Navegante Editores, Bogotá, segunda edición, octubre de 1997 [primera edición, julio 1996], en esta valiosa obra colectiva varios autores utilizan esta noción constitucional temática: BETANCUR, Belisario La Constitución Económica de Colombia, VELILLA, Marco Antonio, Reflexiones sobre la constitución económica colombiana y LLERAS DE LA FUENTES, Carlos, Contexto general de la constitución económica.

⁴³ Cfr. MARTIN RETORTILLO, S., Derecho Administrativo económico I, La ley, Madrid, 1988, p. 128

toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio, libertad que se encuentra limitada por los poderes de intervención del Estado en la economía⁴⁴.

Se trata de un derecho o libertad que tiene un doble contenido⁴⁵ que se aprecia, por una parte, en la **libertad de empresa** que constituye nada menos que “*el fundamento de la actividad particular y de los derechos inherentes a ella*” y de otra, en la **libertad de competencia**, esto es, el derecho a competir o a participar en la actividad económica sin ser discriminado.⁴⁶

La **libertad de empresa** despliega sus efectos, según la doctrina, en varias “sub-libertades”⁴⁷: i) *la libertad de inversión* que es el derecho a establecerse o de instalarse, dentro de los límites del bien común, según lo dispuesto por el inciso primero del artículo 333 citado; ii) *la libertad de organización o creación de empresas* que es la potestad para ejercer o explotar la actividad económica respectiva, de “emprender” actividades económicas en el sentido de libre fundación de empresas; iii) *libertad de acceso al mercado*⁴⁸ también conocida como libertad de entrada y que en el sector de los servicios públicos domiciliarios en Colombia está prevista expresamente bajo la nominación “libertad de empresa” en el artículo 10 de la ley 142; y iv) *la libertad de contratación o libertad negocial* que supone la facultad de elegir proveedores y clientes.

A su vez, la **libertad de competencia económica** supone -en palabras del profesor Angarita- la ausencia de obstáculos entre competidores en el ejercicio de una actividad económica lícita y por lo mismo excluye todas las diversas formas de prácticas anticoncurrenciales que puedan eventualmente desvirtuarla⁴⁹.

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 425 de 1992

⁴⁵ DE LAUBADERE, André, DEVOLVÉ, Pierre, Droit public économique, Précis Dalloz, Quatrième éd., p. 192.

⁴⁶ Vid. VELILLA, Marco Antonio, Reflexiones ...op. cit., p. 101

⁴⁷ DE JUAN ASENJO, Oscar, La Constitución económica española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 154.

⁴⁸ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Principios de Derecho Público Económico, Universidad Externado de Colombia, Coedición Fundación de Estudios de Regulación, Madrid, Bogotá, 2003

⁴⁹ ANGARITA BARÓN, Ciro, La libertad económica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: aproximación fugaz, en VVAA Constitución Económica Colombiana, op. Cit. P. 172

En definitiva, se trata de **dos dimensiones de un mismo derecho**: la libertad económica en sentido amplio o *lato sensu* que las engloba. Ese es justamente el tratamiento normativo que le da la Constitución en distintos preceptos. En efecto, el artículo 333 prescribe:

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos o requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” (subrayas fuera de texto)

Nótese que la Constitución en el artículo transcrito trata conjunta y simultáneamente las dos perspectivas de la libertad económica: los incisos 1º y 3º aluden a la libertad de empresa, al paso que el inciso 2º refiere a la libertad de competencia. Al mismo tiempo, dicha preceptiva alude genéricamente a la libertad económica como género en los incisos 1º, 3º y 4º, al establecerla como derecho, al señalar que existe una “reserva de ley” para su protección y delimitación.

Mientras que el artículo 334 Superior al asignar la dirección general de la economía al Estado dispone que éste intervendrá por mandato de la actividad económica en el mercado, esto es, en el escenario donde se despliega en toda su amplitud la libertad económica tanto en su faceta de libertad de empresa, como en su perspectiva de libertad de competencia.

De otro lado, el numeral 21 del artículo 150 *eiusdem* al prever las leyes de intervención económica, alude una vez más al género libertad económica y por lo mismo esta tipología normativa conforme a la cual el legislador debe precisar los fines, alcances y límites de dicha libertad, entraña -claro está- la regulación legal

tanto de su faceta de libertad de empresa como la atinente a la libertad de competencia.

Sobre esta doble faceta se ocuparon los constituyentes al señalar que:

"al referirse a la actividad económica de manera general se reconoce el pluralismo en las formas de satisfacción de las necesidades humanas, sin privilegiar unas frente a otras por razón de su estructura específica o de su forma de propiedad. Así, el término cobija por igual a la empresa y a las formas no organizadas de producción, a la iniciativa privada y a la solidaria y estatal. No obstante, y a pesar de estar contenida en el término de actividad económica, la Comisión quiso mantener de manera expresa el concepto de iniciativa privada.

Al establecer que el ejercicio de esa libertad no requiere permiso previo ni requisitos, salvo en casos taxativamente enunciados en la ley por razones de interés social, salud y seguridad públicas, medio ambiente y patrimonio cultural de la Nación (excepciones consagradas en el último inciso del artículo), la consolida y la hace expedita, al abolir las vallas y obstáculos de carácter puramente burocrático que hoy dificultan su plena realización, sin que medien justificaciones apropiadas vinculadas con la defensa del interés general"⁵.

Es por ello que los autores al estudiar no dudan en señalar que la consagración del derecho a la competencia a nivel constitucional provenga del inciso 4º del artículo arriba transcrito, que como se vio, alude al término genérico de **libertad económica**: *"[l]a libre competencia, en realidad, es un aspecto de la libre empresa, pero sin considerar la actividad de los particulares en sí misma, sino en su relación con los otros, se trate bien de particulares o bien del Estado mismo"*⁵⁰.

De ahí que, no le asiste razón a la sociedad adjudicataria del contrato *sub lite* cuando afirmó que la libertad de empresa no es pasible de protección en vía acción popular porque no ostenta el carácter de derecho colectivo.

En adición, hay que señalar que la protección de la libertad económica en sus dos dimensiones colectivas: la libre empresa y la libertad de competencia económica, supone igualmente la tutela colectiva del derecho de los consumidores o usuarios.

⁵ GACETA CONSTITUCIONAL No 80, 23 de Mayo de 1991, p.91: informe- ponencia para primer debate en plenaria por la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente.

⁵⁰ VELILLA, op. Cit. P. 105

El derecho del consumo es un límite a la libertad económica, sobre la base de que ésta no es un fin en si misma sino que está concebida principalmente en beneficio de la parte más frágil: el consumidor o usuario, dada su posición de inferioridad manifiesta frente a los agentes del mercado tal y como se advirtió en el seno de la Constituyente:

“Cuando la competencia económica no es libre o es desleal o injusta se produce un daño que afecta no sólo a determinados productores de bienes y servicios o a los consumidores respectivos, sino también al conjunto de la colectividad. Por el contrario, cuando la competencia no adolece de estas fallas, es decir, cuando es libre, leal y justa, el mercado, mediante la acción de las fuerzas de la oferta y la demanda, se torna eficiente y provee grandes beneficios a la comunidad.

En consecuencia, el derecho a la libre competencia económica no lo es solamente de quienes concurren al mercado con calidad de productores de bienes y servicios, sino que constituye un derecho esencial de los consumidores y usuarios (por cuanto de no existir la competencia económica estarían sometidos al ejercicio del poder monopólico o al abuso de posición dominante en términos del costo o de la calidad de los bienes y servicios que consumen o utilizan) y, más aún, de la colectividad toda, como quiera que toda la comunidad se beneficia de la operación de un sistema económico competitivo y eficiente”⁵¹ (Subrayas de la Sala).

Los derechos de los consumidores o usuarios no son más que la otra cara del derecho colectivo a la libre competencia, con especial preocupación por los dos ejes del modelo de economía social de mercado previsto en nuestro ordenamiento fundamental: la calidad y el precio, por lo que se reitera que:

“Ahora bien, **los derechos de los consumidores y usuarios**⁵² en general, esto es de aquellos distintos a los servicios públicos domiciliarios, también tienen en las acciones populares un mecanismo colectivo para su defensa, en el marco de la Constitución Económica,⁵³ como límite a la libertad económica⁵⁴. En efecto, la

⁵¹ Citado en PERRY RUBIO, Guillermo. Estado y sector privado en la Constitución de 1991, en Constitución Económica Colombiana, Bibliotheca Millennium, Colección Derecho Económico y de los Negocios, El Navegante Editores, Primera edición, Bogotá, julio de 1996, Pág. 128

⁵² Un completo estudio sobre el tema se encuentra en IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, Los derechos de los consumidores y usuarios, fundamentos constitucionales y desarrollo legal, en Política y Derecho de Consumo, Bibliotheca Millennium, Colección Derecho Económico y de los Negocios, El Navegante Editores, Bogotá, Colombia, primera edición julio de 1998, Pág. 59 a 133.

⁵³ Sobre la noción de Constitución Económica Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar y otros. Principios de Derecho Público Económico, Universidad Externado de Colombia, Lección Cuarta: La constitución económica, Coedición Fundación de Estudios de Regulación, Madrid, Bogotá, 2003 y BREWER CARIAS, Alan. Reflexiones sobre la constitución económica, en Estudios sobre la Constitución Española, Civitas, Madrid, 1991, tomo V, Pág. 3840-3854

⁵⁴ A juicio de la doctrina el derecho a la libertad económica tiene un doble contenido: la libertad de empresa y la libertad de competencia económica, vid. ANGARITA BARÓN, Ciro. La libertad económica en la jurisprudencia de la Corte

Constitución señala con claridad que la libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades (inc. 2 art. 333 C.N.), al tiempo que prescribe que, por mandato legal, el Estado impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso de las personas o empresas que hagan de su posición dominante en el mercado nacional (inciso 4 art. 333 y num. 21 art. 150 C.N.).

De modo que la protección constitucional de la libertad económica se hace no sólo a favor de los agentes económicos para que puedan acceder en un mercado en libre competencia⁵⁵, sino -principalmente- en favor del consumidor, quien se beneficia en últimas de la competencia⁵⁶, la cual le permite escoger libremente los bienes o servicios ofrecidos según sus preferencias de calidad y precio⁵⁷.

(...) La intervención económica del Estado (art. 334 C.P.) se exige, pues, no sólo en beneficio de quienes participan directamente en la competencia “en” o “por” el mercado, sino justamente a favor de la parte más débil⁵⁸, el usuario, quien en ese escenario de las leyes de oferta y demanda en el que se desarrollan las relaciones de consumo, se encuentra en una posición de evidente subordinación, desventaja e inferioridad que exige una tutela especial por parte del Estado Social (art. 13 inc. 2 C. N.), pues como advierte la doctrina:

‘el conflicto entre empresas y consumidores resulta, en cierto modo, inevitable habida cuenta el diferente enfoque de valoración de intereses de cada uno de ellos. Mientras que para las empresas la valoración de los bienes tiene lugar según las reglas del valor de cambio, que en la esfera de la circulación de las mercancías supone que éstas son adquiridas normalmente para satisfacer el intercambio entre valores de uso y valores de cambio con el objetivo de alcanzar el resultado de una maximización (sic) de ganancias; para los consumidores o usuarios, último eslabón del proceso de mercado, la valoración se lleva a cabo en términos de valor de uso, en la medida en que los bienes o servicios se hallan destinados para su consumo con el fin de satisfacer necesidades individuales’⁵⁹

Constitucional: Aproximación fugaz, en Constitución Económica Colombiana, Bibliotheca Millennio, Colección Derecho Económico y de los Negocios, El Navegante Editores, Primera edición, Bogotá, Julio 1996, Págs. 165 a 182.

⁵⁵ Cfr. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Informe de ponencia sobre el régimen económico, libertad de empresa, competencia económica, monopolios e intervención del Estado, Ponentes Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benítez, Angelino Garzón, Tulio Cuevas y Guillermo Guerrero en Gaceta Constitucional No. 46, Bogotá, lunes 15 de abril de 1991, Págs. 7 a 12.

⁵⁶ “...existe no solo un derecho a competir cuyo titular es el empresario, sino un derecho cuyos titulares son todos los consumidores de bienes y servicios” PALACIOS MEJÍA, Hugo, Op. Cit. Pág. 168.

⁵⁷ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C 176 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero y C 535 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁸ El reconocimiento de esa posición de inferioridad o subordinación en el mercado es un tema fuera de discusión entre los expertos en derecho del consumo. Vid. REICH, Norbert, Mercado y Derecho, Editorial Ariel S.A., primera edición, Barcelona, 1985; BANDO CASADO, Honorio-Carlos, Planteamientos básicos sobre la defensa del consumidor, Instituto Nacional del Consumo, Segunda edición, Madrid, 1986. Criterio también asumido por nuestra Constitución (ver supra) y la jurisprudencia constitucional, ver CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 1141 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Esa desigual relación agente económico y el consumidor, última cadena del eslabón del mercado, explica -por ejemplo- que la razón de ser del Estatuto de Protección del Consumidor (Decreto 3.466 de 1982), a juicio de la Corte Constitucional, *‘estriba en la necesidad de compensar con medidas de distinto orden la posición de inferioridad con que consumidores y usuarios, por lo general dispersos y dotados de escasos conocimientos y potencialidades, enfrentan a las fuerzas de producción y comercialización de bienes y servicios, necesarios en orden a la satisfacción de sus necesidades materiales’*⁶⁰.

Dada esta asimetría real, el artículo 78 de la Carta Política, fuente constitucional directa del derecho del consumo, se constituye en un límite claro al artículo 334 citado, como una especial protección a la parte frágil de las relaciones de mercado dada su posición de inferioridad (...)”⁶¹.

De esta suerte, el derecho a la libre empresa, el derecho a la libre competencia y los derechos de los consumidores no son más que **diversas facetas de un mismo derecho: la libertad económica.**

Reflexiones que por supuesto aplican al sector de los servicios públicos domiciliarios, donde justamente las leyes 142, 143 y 689 de intervención económica entrañan un régimen especial, tanto desde la perspectiva de los operadores como desde la óptica del consumidor, en materia de derecho de la competencia⁶²

El acervo probatorio recaudado permitió a la Sala establecer la amenaza del derecho colectivo a la libre competencia económica pues se demostró que si bien es cierto que algunos operadores del servicio de tratamiento de los residuos hospitalarios continúan prestando el servicio, no lo es menos que -con ocasión de la suscripción del contrato de concesión de área de servicio exclusivo- otros más dejaron de prestar el servicio.

⁵⁹ LÓPEZ CAMARGO, Javier. Constitución Económica, mercado y derecho del consumo, en Revista Contexto No. 10, Revista de Derecho y Economía, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Departamento de Derecho Económico, mayo de 2001, Pág. 28

⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 1141 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 10 de febrero de 2005, Rad. 25000-23-25-000-2003-00254-01(AP), Actor: Exenober Hernández Romero, Demandado: Empresa Nacional de Telecomunicaciones-Telecom, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁶² Cfr. *“Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios”*, en Contexto, Revista de Derecho y Economía, No. 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, p. 22 y ss y CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 037 de 2003.

Ello supone que dicho negocio jurídico ha permitido en la práctica dos interpretaciones, la última de las cuales sin duda alguna configura una amenaza al derecho colectivo de la libre competencia económica, en tanto supone una concesión no autorizada por la CRA ni permitida por la ley. Por manera que algunas cláusulas del contrato como están redactadas tienen aptitud para generar una amenaza cierta de este derecho o interés colectivo.

Al descender las consideraciones conceptuales arriba consignadas respecto al interés colectivo a la libre competencia económica al caso concreto se tiene que la Resolución CRA 235 de 2002, en particular su artículo 1º, autorizó la inclusión de cláusulas de área de servicio exclusivo en los contratos que suscriba el Distrito Capital de Bogotá para conceder solamente las actividades de recolección y transporte, hasta el sitio de disposición final, de residuos hospitalarios y similares infecciosos o de riesgo biológico. De modo que cualquier interpretación que lleve a hacer extensiva dicha exclusividad a otro tipo de actividades configura una amenaza a la libre empresa y a la libre competencia económica.

Frente a la violación de estos intereses colectivos, la Sala encuentra que al ordenar la apertura de la licitación pública No. 002 de 2002 la UESP incluyó, sin poder hacerlo, el componente de tratamiento en la concesión del servicio bajo el esquema de área de servicio exclusivo. Lo mismo sucedió en el pliego de condiciones y sus anexos (incluida la minuta del contrato).

Ocurrió otro tanto en la audiencia de aclaraciones, en ésta última advierte que la ambigüedad con la que se manejó el tema llevó, como se advirtió en el acápite de las pruebas, a que en algunas ocasiones se dijera que el tratamiento no era exclusivo, mientras que en otras se afirmó lo contrario (en particular en las respuestas escritas dadas por la UESP a las observaciones hechas por los asistentes a dicha audiencia).

Actividad de tratamiento que también apareció consignada en algunos de los adendos, lo mismo que en el acta de cierre de la licitación, en la Resolución por la que se conformó el Comité evaluador de la licitación, en la evaluación de las propuestas, en el acto administrativo de adjudicación y -por fin- en el contrato de Concesión No. 002 de 2004 que finalmente se suscribió.

Surge un interrogante: ¿si la ley y el acto regulatorio que autorizó la inclusión en el ASE respectiva no incluyen la actividad de tratamiento, por qué hacerlo? Las respuestas que se dieron a lo largo del proceso licitatorio, no resultan satisfactorias. El incluir una actividad que no estaba permitida, por supuesto que podría llevar, como en efecto sucedió, a que en ciertos eventos los terceros interpretaran que la ASE se extendía a ese componente.

De modo que en la ejecución del contrato *sub lite*, era previsible que se presentaran equívocos en cuanto a las actividades que han de desarrollarse bajo la modalidad de área de servicio exclusivo, según quedó establecido en el apartado relativo a las pruebas.

La interpretación del contrato no puede llevar a este tipo de ambigüedades, de modo que si la hermenéutica del negocio jurídico hace posible que al fijar el contenido de la declaración de voluntad, se interprete de manera que se haga extensivo a actividades no autorizadas para el ASE, este tipo de lecturas sin duda configura una amenaza contra los derechos colectivos en comento.

En ese orden de ideas, la amenaza evidente a la libre competencia económica y a la libre empresa impone una reformulación de su clausulado que impida cualquier tipo de lectura que haga extensivo el ámbito del ASE a actividades no autorizadas.

En consecuencia, se impone la reformulación del objeto, las actividades, las obligaciones del concesionario, las obligaciones de la UESP, la responsabilidad del concesionario y las tareas del concesionario, para que no se incluya a la actividad de “tratamiento” dentro de la ASE y así evitar cualquier tipo de equívoco.

La Sala, en consecuencia, dará la orden de que se reformulen estas y todas aquellas cláusulas que de alguna manera den a entender que el ASE incluye el componente de “tratamiento”. En particular la cláusula primera contentiva del objeto del negocio jurídico; los numerales 3 y 4 de la cláusula segunda referente a las actividades del concesionario; de la cláusula tercera relativa a las obligaciones del concesionario en especial sus numerales 2 y 3; del inciso primero del párrafo de la cláusula decimoctava atinente a la responsabilidad del concesionario y el inciso 4º de la cláusula vigesimotercera que regula las tareas del concesionario.

7. Del pago del incentivo

En lo que atañe al pago del incentivo, es importante advertir que de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en la providencia que revisó esta materia, el incentivo debe correr a cargo de las personas naturales que atentaron o vulneraron el derecho o interés colectivo y no por cuenta de la entidad estatal afectada. En efecto, a juicio de la Corte:

“La Corte se pregunta ahora: ¿quién debe pagar el monto del incentivo decretado por el juez de la acción popular, tanto el del artículo 39, como del 40 de la ley 472 de 1998. Sin lugar a dudas este monto debe pagarlo la persona que atentó o vulneró el correspondiente derecho o interés colectivo, pues, no sería lógico ni jurídico que en la perspectiva de proteger derechos e intereses vinculados al cumplimiento de las tareas estatales, sea el mismo Estado quien deba soportar una erogación con ocasión de un proceso en el que se demostró la responsabilidad de un tercero. Es apenas obvio que cada cual debe responder por los efectos nocivos de su propia conducta, lo cual, a más de ser justo y necesario, resulta ampliamente pedagógico en la esfera de las políticas preventivas del Estado sobre derechos e intereses colectivos. Por consiguiente, el monto total del incentivo determinado por el juez debe pagarlo la persona que atentó o vulneró el correspondiente derecho o interés colectivo. En el evento del artículo 40, siendo el estado el afectado o ‘víctima’ del acto que afecta la moral administrativa, no puede además ser afectado con una disminución de lo que recupere, siendo lo razonable que el incentivo lo pague el autor o cómplice del detrimento patrimonial. Esta es la misma posición que en la interpretación y aplicación de esta norma ha hecho el Honorable Consejo de Estado y que la Corte Constitucional ahora avala, como manifestación del denominado derecho viviente.”⁶³

En este caso, los demandantes no se ocuparon de indicar desde el comienzo del proceso las personas -que a su juicio- debían haberse vinculado, por haber desplegado las conductas vulnerantes denunciadas.

De suerte que al no haberse vinculado a las personas naturales que directamente atentaron o vulneraron los derechos colectivos invocados, como sujetos pasivos de esta acción, no puede ahora condenarse a las entidades accionadas a cubrir el incentivo, por lo que forzosamente habrá de negarse éste último.

8. Comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia

⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-459 de 2004.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 de la ley 472 de 1998 en la sentencia el Juez podrá ordenar la conformación de un comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia en el cual participarán además del juez, las partes, la entidad pública encargada de velar por el derecho o interés colectivo, el Ministerio Público y una organización no gubernamental *“con actividades en el objeto del fallo”*.

Así las cosas dicho Comité estará integrado por i) el juez de primera instancia (Tribunal Administrativo de Cundinamarca), ii) las partes, iii) la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como entidad encargada de velar por los derechos de los usuarios de acueducto y alcantarillado; iv) La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, como integrantes del Ministerio Público y v) un Comité de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos de la ciudad de Bogotá compuesto por usuarios o suscriptores de los servicios de acueducto y alcantarillado el cual será escogido por el Tribunal *A Quo.*, teniendo en cuenta su representatividad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

REVÓCASE la sentencia apelada, esto es, aquella dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 15 de diciembre de 2005, y en su lugar se dispone:

PRIMERO.- CONCÉDESE el amparo de los derechos colectivos a la libre competencia y a la libre empresa amenazados con la ejecución de contrato de concesión No. 02 de 2004 que el Distrito Capital de Bogotá-Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos-UESP celebró con la Empresa Ecocapital Internacional S.A. E.S.P, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDÉNASE al Distrito Capital de Bogotá-UESP y la Empresa Ecocapital Internacional S.A. E.S.P, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, proceder a modificar el contrato de concesión No. 02 de 2004, con arreglo a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

En consecuencia deberá excluirse al componente de “tratamiento” del ASE en los siguientes apartados del negocio jurídico: I) cláusula primera contentiva del objeto del negocio jurídico; ii) en los numerales 3 y 4 de la cláusula segunda referente a las actividades del concesionario; en la cláusula tercera relativa a las obligaciones del concesionario en especial sus numerales 2 y 3; iii) en el inciso primero del párrafo de la cláusula decimoctava atinente a la responsabilidad del concesionario y iv) en el inciso 4º de la cláusula vigesimotercera que regula las tareas del concesionario. Así como cualquier referencia que a la misma se haga en cualquier otra disposición contractual de la concesión No. 02 de 2004.

TERCERO.- ÍNSTASE al Distrito Capital-UESP y a la Empresa Ecocapital Internacional S.A. E.S.P para que, en el término perentorio de un mes, contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, rinda un informe sobre las actividades desplegadas para el cumplimiento de esta providencia al Tribunal de primera instancia en este proceso.

CUARTO.- CONFÓRMASE un Comité de Vigilancia que verifique el cumplimiento de esta sentencia conforme a lo dispuesto en el apartado octavo de las consideraciones de esta providencia.

QUINTO.- NIÉGASE el incentivo por las razones expuestas en la sección séptima de la parte motiva.

SEXTO.- REMÍTASE por Secretaría a la Defensoría del Pueblo, copia del presente fallo, para que sea incluido en el Registro Público Centralizado de Acciones Populares y de Grupo previsto en el artículo 80 de la ley 472 de 1998.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUELVA

MIRYAM GUERRERO DE ESCOBAR
Presidenta de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA