

Sentencia T-160-09

Referencia: expediente T-1965188

Acción de tutela instaurada por Colombiana de Juegos y Apuestas Azar E.U. contra la Sociedad Colombiana de Juegos y Apuestas S.A. y la Beneficiencia del Valle del Cauca.

Magistrada Ponente (E):

Dra. CLARA ELENA REALES GUTIERREZ

Bogotá, D.C., trece (13) de marzo de dos mil nueve (2009)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Clara Elena Reales Gutiérrez (E), Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

En el proceso de revisión de la sentencia del 10 de abril de 2008, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, al resolver la acción de tutela instaurada por Colombiana de Juegos y Apuestas Azar E.U. contra la Sociedad Colombiana de Juegos y Apuestas S.A. y la Beneficiencia del Valle del Cauca.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1 El 11 de Octubre de 2006, Colombiana de Juegos y Apuestas Azar E.U. (en adelante CJA AZAR) suscribió un contrato comercial con la Sociedad Colombiana de Juegos y Apuestas S.A. (en adelante CJA). Se acordó lo siguiente: CJA licitaría en la convocación de la Beneficiencia del Valle para la concesión de la explotación de apuestas permanentes o chance,¹ en la ciudad de Cali, para el periodo entre el 1º de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2011.

Por su parte, CJA se comprometió con CJA AZAR, entre otras obligaciones, a suscribir un contrato atípico de comercialización por el mismo término para el cual fuere adjudicado el contrato de concesión, de tal forma que CJA AZAR pudiese comercializar el

chance en la ciudad de Cali. Para ello, CJA se obligó, “garantizando el suministro mensual de cajas de talonarios [...] necesarios para que CJA AZAR, pueda desarrollar libremente la comercialización de apuestas permanentes, en la ciudad de Cali.”²

A su vez, el acuerdo estableció varios mecanismos para (i) garantizar una buena comunicación entre las sociedades, que incluía la constitución de una “comisión que regule el mercado compuesta por 4 personas, nombrados por mitad por cada operador”, o (ii) la solución de diferencias, tales como la obligación de someter las discrepancias a la decisión de amigables componedores, “designados personalmente por cada uno de los operadores”; se estableció además que en caso de que los amigables componedores no llegaren a una decisión unánime, las diferencias habrían de resolverse ante un tribunal de arbitramento de la Cámara de Comercio de la ciudad de Cali.³

1.2. El día 20 de diciembre de 2006, la Beneficiencia del Valle del Cauca E.I.C.E. firmó un contrato de concesión con la Sociedad CJA para la operación de apuestas permanentes en Cali y otros cuatro municipios del Valle del Cauca, por el término de cinco años contados desde el 1º de enero de 2007 hasta el 31 de Diciembre de 2011.⁴

1.3. El 15 de diciembre de 2007, el gerente de CJA AZAR le solicitó por escrito al gerente de CJA que le vendiera y entregara para el mes de diciembre y para los meses venideros un total de 75 cajas de talonarios. Al parecer dicha comunicación se refería a un problema iniciado varios meses atrás. CJA AZAR había comercializado alrededor de 40 cajas de talonarios mensuales, pero tras el incremento de sus ventas, había solicitado repetidamente un aumento a 75 cajas. Sin embargo, CJA había negado dicha solicitud, limitándose a venderle alrededor de 40 cajas mensuales. La petición indicó que de la entrega de un número suficiente de formularios dependía el bienestar de 2.000 vendedoras de chance.⁵

El 26 de septiembre de 2006, CJA contestó la petición a CJA AZAR, y manifestó que en adelante le suministraría hasta 38 cajas de talonarios. Negó aumentar la venta de formularios a 75 cajas con fundamento en sus obligaciones contraídas en el contrato de concesión para la operación del chance. Indicó que tras detectar irregularidades en el

mercado de libretas de apuestas permanentes, debía restringir su venta a CJA AZAR. El gerente de CJA afirmó que para el mes de diciembre y para el futuro, se suministrarían hasta 950 mil formularios mensuales, y que era “imposible para la empresa acceder a su solicitud || de entrega ilimitada de formularios || teniendo en cuenta las obligaciones que adquirimos en virtud del contrato de concesión [...] que nos fue adjudicado por la Beneficiencia del Valle del Cauca. [...] El incremento desproporcionado en la entrega de formularios de un mes a otro indicaría un desplazamiento injustificado de la venta, que esta compañía no está en capacidad de asumir y que llevaría al incumplimiento del contrato de concesión. Si bien es cierto que usted podría asumir esos derechos de explotación que genere esa venta, también es cierto que nosotros estamos dispuestos a recibir a los colocadores que no puedan vender por falta de formularios, con que no vulneramos derecho alguno.”⁶

Añadió que 19 empresas de chance realizaron un proceso de integración para operar el juego de apuestas permanentes en Cali bajo la Sociedad CJA. Sin embargo, CJA AZAR no participó en dicha integración. Como consecuencia de ello, y con el fin de continuar en el mercado, firmó el contrato de comercialización descrito. Para el momento de la comunicación, CJA AZAR contaba con 2.000 “colocadores”, mientras que CJA tenía 12.000.

2. Acción de tutela⁷

El 25 de enero de 2008, Jorge Oscar Sotelo Narváez, actuando como apoderado de la sociedad Colombiana de Juegos y Apuestas Azar E.U. (CJA AZAR), interpuso una acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable contra la Sociedad Colombiana de Juegos y Apuestas S.A. (CJA) y la Beneficiencia del Valle del Cauca E.I.C.E. La empresa accionante considera que desde el 26 de septiembre de 2007 los entes accionados se niegan a entregar los talonarios solicitados, violando así el derecho fundamental al trabajo de las vendedoras de chance. Esto, en vista de que el sólo recibir 38 cajas de talonarios, “potencialmente desplaza más de mil puestos de trabajo, pues [...] mi cliente emplea más de dos mil trabajadores y [...] sus ventas en la actualidad superan las 75 cajas de talonarios.”⁸ Adicionalmente, considera que al violar varias cláusulas del contrato, CJA incurre en una vía de hecho, por defectos fácticos y procedimentales, vulnerando así su derecho al debido proceso.

En consecuencia, solicita que se ordene al gerente de la Beneficiencia del Valle del Cauca vender a CJA AZAR “el número de cajas de talonarios solicitadas, hasta tanto se agote el proceso de la cláusula compromisoria [...]”⁹ Igualmente, solicita que, como “medida provisional”, ordene con la admisión de la tutela realizar la venta y entrega de 75 cajas de talonarios, pues “la venta de este producto es diaria e igualmente las pérdidas, tanto para [...] CJA AZAR, como para las vendedoras de la misma, sin dejar de lado lo que deja de percibir el Departamento (que equivale al 12% de las ventas brutas).”¹⁰

El accionante indica que la acción de tutela también se interpone contra la Beneficiencia del Valle E.I.C.E., pues al ser dicha entidad la encargada de expedir los talonarios y al tener la obligación de garantizar “la operación legal de todos los operadores autorizados, “desconoce el acuerdo mercantil suscrito entre [CJA AZAR] y CJA, el cual hace parte integral del contrato de concesión [...]”¹¹ El accionante afirma que solicitó verbalmente a la Beneficiencia del Valle que le vendiera los talonarios directamente a CJA AZAR, pero que la entidad estatal se negó a hacerlo.

El apoderado de la sociedad accionante indica que, como consecuencia de la actuación de la empresa concesionaria, CJA AZAR inició una “acción civil” llamando a la conformación de “la comisión de mercado, la cual no dio ningún tipo de solución”; afirma que también dio trámite a los mecanismos de resolución de discrepancias establecidos en el acuerdo comercial, pues “a través de un derecho de petición del 18 de enero de 2008, dirigido a la sociedad CJA, se propuso se designaran los amigables componedores.”¹² Tras ello, la empresa accionante indica que se habrá de proceder a la integración de un tribunal de arbitramento.

A pesar de ello, indica que interpone la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Ello “en atención a las terribles consecuencias económicas, laborales y sociales que implicaría esperar el resultado de los procesos civiles, ya que en el lapso de dichos procesos la empresa [...] prácticamente desaparecería, pues [...] la actividad por ella desarrollada depende en su totalidad de los talonarios [...]”¹³ El accionante indica que tanto la supervivencia de la empresa perjudicada, así como la estabilidad laboral de las vendedoras de chance, dependen de la comercialización de un número suficiente de talonarios.

3. Trámite de la acción de tutela y medidas cautelares

3.1. El día 29 de enero de 2008, el Juez Diecinueve Penal del Circuito de Cali profirió un auto solicitando al accionante “corregir o aclarar” la demanda, en lo relativo a los organismos accionados. El Juez consideró “de la demanda presentada [...] se desprende que su reclamación va dirigida contra la Sociedad CJA, entidad que sin duda alguna es de carácter particular [...]; Empero, sin argumentos concretos dirige la demanda igualmente contra la Beneficiencia del Valle del Cauca, no explica o aclara y mucho menos prueba cuál es el hecho omisivo presuntamente vulnerado por parte de la entidad pública [...] siendo ésta la razón por la cual, [...] fue repartida a los jueces del circuito, correspondiéndole a este juzgado su trámite”.¹⁴

El 30 de enero, el apoderado del accionante respondió explicando las razones por las que dirigió la acción en contra de la entidad pública. El demandante indica que la Beneficiencia del Valle al ostentar la doble condición de titular del monopolio rentístico del juego de apuestas permanentes y de concedente de la concesión del chance, tiene la obligación de preservar el “normal funcionamiento” del juego mencionado, vigilar y controlar al concesionario para que cumpla las condiciones fijadas en el contrato de concesión, custodiar el buen manejo del monopolio rentístico, y velar por la adecuada generación de recursos que serán destinados a la prestación del servicio de salud. Estima que la Beneficiencia ha ignorado las peticiones de CJA AZAR y se ha abstenido de interceder ante CJA para que esta empresa suspenda su actuación “manifiestamente arbitraria”.

El abogado argumenta que “hace mucho debió llamar la atención de la Beneficiencia este litigio, pues incumplir el acuerdo comercial de mi patrocinado, por demás en forma caprichosa la empresa particular accionada, implica mermar las ventas y los ingresos a la salud, a más de poner en riesgo el cumplimiento de los términos de la concesión, que para este se concreta en un pago de \$20.743.012.932 pesos, toda vez que el operador CJA AZAR representa aproximadamente el 20% del mercado de la ciudad de este juego.”¹⁵ En su opinión, la Beneficiencia ha debido iniciar una investigación por el incumplimiento del contrato de concesión por parte de CJA.

Por último, el apoderado afirma que la Beneficiencia es “la única que podría con

carácter de urgencia, hacer cumplir los términos del contrato comercial, so pena de declarar la caducidad de la concesión, precisamente por estar en riesgo el cumplimiento de las metas fijadas por no permitirle a un operador [...] hacerse a las cajas requeridas para comercializar el chance.”¹⁶

3.2. También el 30 de enero de 2008, el Juez Diecinueve recibió cinco declaraciones juramentadas por medio de las cuales se solicitaba conceder el amparo.

Primero testificó Roberto Ortiz Ureña, representante legal de CJA AZAR. El gerente de la empresa accionante afirma que la actuación ilegítima de la sociedad CJA es una respuesta al “crecimiento que viene mostrando mi empresa” en las ventas de chance. Igualmente, sostiene que la insuficiencia de talonarios afecta gravemente a 80 trabajadores directos de la empresa, a 2000 vendedoras y sus familias que dependen de la comercialización del chance, y a varios programas de bienestar social desarrollados por la empresa.¹⁷

De otra parte, el juzgado recibió el testimonio de Ana Milena Zapara Porra, Martha Cristina Timarán, Natalia Herrera Cuaral y Flor Amalfi Mira Torijano, todas vendedoras de chance de CJA AZAR. Los cuatro testimonios reflejan una situación similar: todas son madres (al menos dos cabeza de familia), de nivel socioeconómico bajo, y dependientes económicamente de la sociedad de comercialización de apuestas. En los cuatro casos, las vendedoras dicen haberse beneficiado de diversos programas sociales de CJA AZAR, y afirman no contar con recursos para sobrevivir, dado que la venta de chance fue interrumpida por la ausencia de talonarios.¹⁸

3.3. El mismo día 30 de enero, el juez recibió una declaración escrita de 178 vendedoras de chance afiliadas a la empresa CJA AZAR, “con el fin de coadyuvar la acción de tutela”.¹⁹ Manifiestan que “nos sentimos atropelladas y violentadas en nuestros derechos fundamentales, al trabajo, libre empresa, familia, a generar bienestar para nuestros hijos, por la acción ilegal e injusta que ha asumido la empresa de apuestas Sociedad CJA [...] que le niegan sistemáticamente a nuestra empresa CJA AZAR la venta de talonarios para la explotación del chance en la ciudad de Cali, y por ende la empresa no nos entrega talonarios [...] para poder trabajar. || Lo anterior afecta gravemente nuestro ingreso, ya que nosotras somos vendedoras a comisión que

ganamos el 20 por ciento de las ventas que hacemos directamente y nos ganamos entre 10.000 y 20.000 pesos diarios, dinero con el cual comemos, nosotras y nuestros hijos menores [...], ya que somos cabeza de familia y además tenemos que pagar arriendo, no contamos con salud, [...] y por eso tenemos que pagar también cuando se enferman nuestros hijos, no han podido ir al colegio por que no tenemos para darles para el bus a nuestros hijos, y en general, llevamos cinco días sin trabajar [...] por lo que [...] apoyamos y coadyuvamos la acción de tutela que presentó nuestro jefe [...] por violentar el derecho de nuestras vidas [...] y a poder trabajar y que nuestras familias puedan vivir dignamente.”

Se presentaron también escritos de 10 vendedoras de chance que otorgaron un poder al abogado apoderado de CJA AZAR para “coadyuvar” la acción de tutela.²⁰

3.4. Finalmente, el mismo 30 de junio el Juez Diecinueve profirió un auto mediante el cual dictó una medida provisional dirigida a “proteger los derechos fundamentales de las trabajadoras de chontico”. El Juez ordenó a la Beneficiencia del Valle del Cauca, que “de manera inmediata, entregue los talonarios de rollos sistematizados y libretas manuales requeridas por” la empresa CJA AZAR.²¹ En respuesta al auto descrito, el día 31 de enero, la Beneficiencia del Valle solicitó a la Sociedad CJA, entregar inmediatamente 8 cajas de formularios, y 70 cajas para el mes de febrero.²²

4. Contestación de los entes accionados

4.1. El 11 de febrero de 2008, el apoderado de la Sociedad CJA solicitó al Juez negar la tutela y levantar las medidas cautelares dictadas el 30 de enero.²³ Se fundamenta en esencia en los siguientes argumentos:

Primero, el apoderado de la Sociedad CJA estima que la acción de tutela es improcedente para resolver el presente problema. Esto pues, existe un mecanismo judicial “eficaz y oportuno” que permite controvertir la decisión de no otorgar las libretas solicitadas. En su opinión, CJA AZAR hubiere podido utilizar la acción de impugnación de decisiones de asambleas o juntas de socios de sociedades comerciales establecido en el artículo 191 del Código de Comercio, y para la cual contaba con dos meses para su interposición. El actor indica que según el Código de Comercio dichas acciones se tramitan ante la justicia ordinaria, aún así se hayan pactado cláusulas compromisorias.

Además, de acuerdo al artículo 421 del Código de Procedimiento Civil la acción de impugnación incluye la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto en casos en los que se busque evitar perjuicios graves. Además, el abogado afirma que no se ha precisado cuál es el perjuicio irremediable que se configura en el presente caso, pues dentro de la afectación de las vendedoras de chance no puede incluirse el derecho al trabajo, dado que ellas no tienen una relación laboral con CJA AZAR. Además, sostiene que de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, los perjuicios económicos de una empresa no pueden ser catalogados como perjuicios irremediables.

Segundo, el apoderado de CJA sostiene que la acción es improcedente al violar el principio de inmediatez, pues en su opinión la entidad accionante se demoró más de 120 días desde el inicio de la supuesta violación (26 de septiembre de 2007) hasta “acudir al juez ordinario” (25 de enero de 2008).

Tercero, el apoderado de la sociedad accionada estima que la acción de tutela interpuesta para proteger los derechos a la libertad económica, a la libre empresa y a la libre competencia, es improcedente, en vista de que estos derechos no son fundamentales y no exhiben en el caso concreto ninguna conexidad con un derecho fundamental.

De otra parte, el apoderado estima que en la presente situación CJA no vulnera ningún derecho fundamental, dado que su actuación es acorde a la normatividad legal. Al respecto, indica que la empresa CJA AZAR no es competente ni siquiera para comercializar las apuestas permanentes, y mucho menos para exigir la entrega de un número específico de talonarios. Esto, pues, el acuerdo suscrito el 11 de octubre de 2006 entre CJA y CJA AZAR es un “acto inexistente”, ya que fue firmado por un miembro de la junta directiva de CJA, y no por el representante legal de la compañía. Adicionalmente, afirma que las sociedades nunca firmaron el contrato atípico de distribución descrito en el acuerdo comercial suscrito por ellas, debido a que CJA AZAR se negó a aceptar una propuesta de contrato enviada por CJA, y a enviar una documentación necesaria para la firma del acuerdo de comercialización. Tercero, el apoderado indica que CJA AZAR no es un operador legal del chance, pues no cuenta con la capacidad financiera para asumir la operación del chance, y no participó en la licitación para ser concesionario de dicha actividad.

Por todo esto, el abogado de CJA opina que “el actor “no tiene ninguna relación jurídica con la sociedad”, está en una “situación de hecho” y no tiene ningún derecho en la explotación de la mencionada concesión, sino más bien opera sobre “meras expectativas.”²⁴

4.2. El mismo día, el director jurídico de la Beneficiencia del Valle del Cauca, radicó ante el juzgado un documento, mediante el cual solicitó al juez penal “desvincular” a la entidad estatal del proceso de tutela en curso. La Beneficiencia argumenta que en virtud del artículo 336 de la Constitución, y la Ley 643 de 2001, la Beneficiencia tiene el monopolio de las operaciones de apuestas permanentes y sólo puede vender talonarios a aquellas empresas seleccionadas por medio de un proceso licitatorio y bajo las condiciones establecidas en un contrato de concesión. De esta manera, la Beneficiencia y la entidad accionante no tienen ninguna relación “contractual ni legal”. Los problemas entre las dos sociedades deben resolverse de acuerdo a lo establecido en el contrato entre las dos partes, y la Beneficiencia no puede incidir en los enfrentamientos entre dos entidades privadas.

5. Sentencias de tutela objeto de revisión.

5.1. Mediante sentencia proferida el 19 de febrero de 2008, el Juez Diecinueve Penal del Circuito de Cali decidió, como mecanismo transitorio, conceder la tutela del derecho al trabajo en conexidad con el mínimo vital de las vendedoras de apuestas permanentes.²⁵

El Juez consideró que la empresa accionante se encontraba en una posición de vulnerabilidad respecto de la sociedad CJA. Esto, a causa del tamaño relativo de la sociedad demandante (2.000 vs. 16.000 vendedoras de chance), como también, de que esta última hubiera negado a adherirse a la operación unificada de 19 empresas. Con base en ello, al juez estimó que el negarse a proporcionar los talonarios correspondientes, CJA incurría en el abuso de su posición dominante en el mercado, que podía resultar en la liquidación de CJA AZAR. El juez estimó que

“El demandado [...] tiene el carácter de grande empresa, se presenta como [...] operador único [...] y por consiguiente la dependencia que con respecto de esta empresa tiene el pequeño empresario es total pues no existe otro comercializador [...]. La firma demandada

despliega una fuerza notable hasta el punto de hacerlo desaparecer del mercado, dejando sin trabajo a 2000 mil familias, pues como pequeño empresario, confiando en las líneas contractuales, desarrolló inversiones [...] brindándoles bienestar a mujeres cabeza de hogar [...] que se han visto gravemente amenazadas por la posición dominante ejercida por la empresa particular aquí accionada [...]. || Estos elementos llevan al Despacho a preguntarse si se define como un evento de abuso de la posición dominante que ejerce la empresa demandada, el hecho de abstenerse de suministrar al demandante como empresario pequeño que no quiso adherirse a la operación unificada de 19 empresas [...]. || Tratándose de un monopolio frente a un pequeño operador de apuestas, la negativa de cumplir las condiciones señaladas por las partes viola el derecho al trabajo de las vendedoras de chance aquí coadyuvantes [...] quienes frente a la clausura de su fuente única de sustento ellas y sus familias quedan totalmente desamparadas [...]. || Además, las coadyuvantes se encuentran en un estado de indefensión, en la medida de que no tienen una relación de subordinación con ninguna de las partes, [...] y su dependencia [...] tiene su origen en una situación de naturaleza fáctica en [...] la que sus derechos carecen de defensa [...].”

En consecuencia, estableció que “la medida de protección provisional [...] queda en firme [...] hasta que el juez competente se pronuncie sobre el presente asunto, siempre y cuando los actores entablen la correspondiente demanda, dentro de los 4 meses siguientes [...].”

A su vez, el juez concluyó que la Beneficiencia del Valle “no ha vulnerado derecho fundamental alguno”. No obstante, indicó que “como la titularidad del monopolio rentístico [...] está en cabeza del Departamento, se ordena de manera igualmente transitoria al Sr. Gobernador velar por el cumplimiento de lo decidido en esta sentencia”.

5.2. El 25 de febrero de 2008, el apoderado de la sociedad accionada CJA impugnó la sentencia de primera instancia, y solicitó revocar la decisión del Juez Diecinueve y denegar la acción de tutela.²⁶ En primer lugar, el abogado considera que la acción de tutela es improcedente por tres razones: (i) en el caso presente ni el accionante ni los coadyuvantes “tienen una relación de dependencia o subordinación, ni se encuentran en estado de indefensión” respecto de la Sociedad CJA, razón por la cual no es admisible la tutela contra un particular; (ii) se viola el principio de inmediatez,

“habida cuenta del considerable lapso de tiempo entre el momento de realización de la conducta [...] y el momento de ejercicio de la acción [...]. [L]a acción de tutela fue interpuesta después de transcurridos aproximadamente 4 meses desde la supuesta conducta ilegítima [...]”; y (iii) la conformación de un tribunal de arbitramento es un mecanismo idóneo y eficaz para “solucionar un problema netamente comercial [...] [concerniente] al presunto incumplimiento de un contrato y la realización de supuestos actos de competencia desleal”. Ello especialmente considerando que no se observa “ninguna prueba que indique la existencia, siquiera posible, de un perjuicio irremediable [...]”. Afirma además que “los accionantes ni siquiera demostraron [...] haber intentado iniciar las acciones conducentes [...].”

En segundo lugar, el apoderado de la sociedad demandada estima que su cliente no vulneró ningún derecho fundamental, pues (i) el accionante no puede predicar la violación de derechos que son consecuencia de su propio comportamiento, específicamente el haberse abstenido de cumplir con su obligación de firmar el contrato atípico de comercialización mencionado en el acuerdo comercial entre CJA y CJA AZAR; (ii) La sociedad accionada es la única que legalmente puede actuar como operador del monopolio de apuesta permanentes, y como tal, ha de impedir conductas ilegítimas de un comercializador del chance como CJA AZAR. En respuesta a actuaciones supuestamente irregulares, CJA intentó impedir “la realización de actos de fraude”, y limitar los formularios disponibles para CJA AZAR. (iii) Concretamente respecto del derecho al trabajo y el mínimo vital de las vendedoras de chance, el apoderado indica que la configuración de éstos dependen necesariamente de la existencia de un contrato laboral y de una remuneración salarial, vínculos que no se presentan entre CJA y las coadyuvantes.

5.3. Por su parte, el apoderado de la sociedad accionante CJA AZAR radicó un documento mediante el cual intentó desvirtuar los argumentos de la impugnación.²⁷ Afirma en resumen que sí existe una relación de subordinación frente a la sociedad CJA “que se plasmó en un acuerdo comercial para la operación de apuestas permanentes, [...]” de cuyo contenido resulta que la “sociedad accionante depende de la sociedad accionada para realizar su objeto social [...].” En relación con la existencia de un perjuicio irremediable, el apoderado sostiene que dicho perjuicio se causa a las vendedoras de chance, dada “la incidencia social de dejar sin trabajo a estas madres cabeza de familia.” En

su concepto, “la no entrega de los talonarios de chance imposibilita físicamente el trabajo de estas chonticas [...].”

Por último, en relación con el contrato de comercialización que ambas sociedades debían suscribir, el abogado indicó que CJA AZAR se negó a firmar dicho contrato, pues el acuerdo propuesto por CJA “no sólo no es armónico con el acuerdo comercial principal [...] sino que [...] sólo consagra obligaciones para mi cliente y derechos para la contraparte, vulnerando de esta forma los principios que rigen un verdadero contrato comercial.” El accionante anexa como pruebas varios recortes de periódicos locales, además de un video, en el que se describen o se observan las protestas realizadas por las vendedoras de chance “chonticas” como consecuencia de la escasez de talonarios de chance.

5.4. Por medio de providencia proferida el 10 de abril de 2008, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali, decidió confirmar parcialmente la decisión de primera instancia “en el sentido que la medida transitoria decretada surtirá efectos por el tiempo necesario y razonable que requieran las partes para la conformación, instalación y decisión de las instancias o mecanismos señalados en el contrato de comercialización, [...] sin exceder de 6 meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo.”²⁸

El Tribunal consideró que el accionante se encontraba en un estado de indefensión respecto de la empresa demandada; en razón a que debe soportar una “superioridad en la relación contractual de la que ha abusado la empresa accionada, y [...] ha quedado en franca inferioridad debido a que los mecanismos contractuales y legales que se pudieren utilizar no resultan ni idóneos ni eficaces para resolver la situación real que se produjo con la actitud [...] injusta de la empresa accionada [...]”, produciéndose “una disminución de las ventas” de CJA AZAR y “llevándola al fracaso económico en muy poco tiempo, lo que será sin duda, de acuerdo a nuestra realidad económica irreversible [...].”

En relación con las vendedoras de apuestas permanentes, el Tribunal considera que la limitación o la negación “en el suministro de formularios de chance [...] produce una disminución de los ingresos de las mujeres que trabajan con la empresa accionante” lo cual “constituiría un perjuicio irremediable e irreversible, pues los ingresos como

comisión por las ventas que no se realizan no se recuperarán jamás.”

Adicionalmente, el Tribunal indica que CJA AZAR ha invitado a la sociedad accionada a conformar el comité de amigables componedores, sin que se conozca respuesta alguna en este trámite, acreditándose con ello la ineficacia del recurso frente a la vulneración de los derechos fundamentales del accionado.”

5.5. La anterior sentencia fue remitida a la Corte Constitucional y seleccionada para revisión por la Sala de Selección número siete, mediante auto del día 31 de julio de 2008, correspondiendo a la Sala Segunda de Revisión su conocimiento.

6. Pruebas decretadas por la Sala Segunda de Revisión

6.1. En el proceso de la referencia la Sala Segunda de la Corte Constitucional consideró necesario identificar si existían pruebas de relevancia constitucional respecto de la obligación que, según Colombiana de Juegos y Apuestas Azar E.U., tenía la Sociedad Colombiana de Juegos y Apuestas S.A., de entregar el número de talonarios de apuestas permanentes solicitado por la empresa accionante. Por ello, mediante auto del día 15 de septiembre de 2008, la Sala ordenó a la empresa Colombiana de Juegos y Apuestas Azar E.U., que informara “sobre los hechos o documentos que sirvan de fundamento constitucional para solicitar que la Sociedad Colombiana de Juegos y Apuestas S.A. le entregue el número adicional solicitado de cajas de talonarios.” La Corte también ordenó al accionante “remitir copia de los documentos mencionados”.

6.2. El representante legal de Colombiana de Juegos y Apuestas Azar E.U. respondió a la solicitud de la Corte por medio de escrito radicado el día 30 de octubre de 2008.²⁹ En el mencionado memorial, el señor Roberto Ortiz Ureña describe los hechos que llevaron a la interposición de la acción de tutela, repitiendo los mismos elementos fácticos descritos en la acción de tutela y en otros escritos presentados a lo largo de este proceso judicial.

Adicionalmente, el accionante afirma que “ya iniciamos acciones civiles, entre ellas la integración de un Tribunal de Arbitramento [...]” a pesar de que “esa calidad de procesos es bastante demorada [...]”.

El representante legal de la empresa accionante, pasa a controvertir algunos de los argumentos elevados por el apoderado de la sociedad accionada a lo largo de este proceso. En primer lugar, indica que la acción de tutela sí procede contra particulares en situaciones como la presente, pues CJA Azar se encuentra en una relación de dependencia y subordinación respecto de la sociedad CJA en virtud del acuerdo comercial firmado por ambas partes. En segundo lugar, indica que en este caso sí procede la acción de tutela como mecanismo transitorio, ya que “convocar a los amigables componedores o al tribunal de arbitramento por lo demorado de estos procedimientos, [...] genera un daño irreparable tanto para la empresa Colombiana de Juegos y Apuestas Azar E.U. como también para las vendedoras llamadas ‘las chonticas’.” Para demostrar el perjuicio irremediable causado, el accionante anexa varias copias de recortes de diarios escritos y algunos videos de noticieros de televisión, en los que se informa de la manera como el menor número de talonarios para la venta afecta a las vendedoras de chance y a la empresa.³⁰

6.3. A su vez, el día 4 de diciembre de 2008, el abogado de la sociedad CJA radicó un documento mediante el cual le indicó a la Corte que mediante Resolución del 14 de noviembre de 2008, la Beneficiencia del Valle “formuló pliego de cargos” en contra de CJA, por violación al contrato de concesión del juego de chance, “consistente en el hecho de encontrarse realizando escrutinio del juego de apuestas permanentes o chance fuera de su sede principal o de sede autorizada para el efecto por la entidad concedente.” Al abogado de la entidad accionada anexa copia de la resolución. Ésta se fundamenta en que apuestas AZAR, realiza el escrutinio de las apuestas permanentes “fuera de la sede principal” debidamente autorizada por el concedente, lo cual constituye una vulneración de las obligaciones de la concesión. El abogado de CJA considera que dicha situación se presenta porque CJA AZAR maneja un software de escrutinio de las apuestas distinto al de CJA, y no reporta “ningún tipo de información al concesionario”, todo ello bajo “el amparo concedido por los jueces de instancia.”

6.4. El 16 de diciembre de 2008, el apoderado de la sociedad CJA proveyó un documento mediante el cual controvierte los argumentos presentados por la parte accionante el día 30 de octubre de 2008. El abogado sostiene que los elementos aportados por CJA AZAR “no contienen información con relevancia constitucional, que pueda constituir fundamento jurídico válido para” conceder la acción de tutela.

De una parte, el apoderado de la sociedad CJA indica que en el caso presente no existe una violación al debido proceso de la empresa accionante, dado que ésta incumplió el acuerdo comercial del 11 de octubre de 2006. Afirma que CJA AZAR no suscribió el contrato de comercialización mencionado en la cláusula segunda del acuerdo, el cual en su opinión era un “requisito previo, lógico e ineludible” para el cumplimiento de las obligaciones suscritas en el acuerdo. Por su parte, indica que dado que CJA AZAR incumplió el acuerdo, en virtud de la normatividad civil relevante, la sociedad CJA no tiene el deber de cumplir los demás deberes consignados en el referido acuerdo, tales como la de designar amigables componedores.

El apoderado argumenta además que el accionante intenta que las decisiones de tutela sustituyan “de manera ilegítima el régimen legal vigente atinente a la selección de contratistas” para la explotación del juego de apuestas permanentes. De esta manera, la tutela permitiría que CJA AZAR estuviere habilitado para distribuir el chance sin haber sido contratado para ello y sin someterse a los controles correspondientes.

Señala que contrario a lo afirmado por el accionante, el acuerdo comercial suscrito el 11 de octubre de 2008 no hace parte del contrato de concesión, pues es independiente al proceso de licitación y concesión de la explotación del chance y no vincula a ninguna entidad concedente. En concordancia con ello, CJA AZAR no es un operador legal de apuestas permanentes, al no haberle sido adjudicada la concesión correspondiente.

Por último, la sociedad CJA afirma no haber sido “notificada, ni comunicada”, ni tener información de que CJA AZAR “convocó la conformación de [un] Tribunal de Arbitramento.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso tercero y 241, numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Improcedencia de la presente acción de tutela

2.1. Planteamiento del problema y resumen de la decisión

Los accionantes solicitan la protección de sus derechos al debido proceso y al trabajo como mecanismo transitorio, por existir en este caso un perjuicio irremediable como consecuencia del comportamiento de CJA y la Beneficiencia del Valle. En su opinión, dicho perjuicio consiste en (i) el desmedro económico causado a la empresa CJA AZAR, el cual puede llevar a la “desaparición de la empresa”, y (ii) el daño causado a las vendedoras de apuestas permanentes, muchas de ellas madres cabeza de familia, para quienes la insuficiencia de talonarios resulta en una disminución de su ingreso, y en una afectación de su mínimo vital y el de sus familias. Dicha posición es apoyada por el Juez Diecinueve Penal de Cali y la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad, quienes en las dos instancias de tutela consideraron que las consecuencias descritas constituyen un perjuicio irremediable que amerita la procedencia transitoria del amparo.

Por su parte, los distintos escritos de la sociedad CJA, accionada en el presente proceso, estima que no está probada la existencia de un perjuicio irremediable, y por ende, que la presente acción de tutela es improcedente.

En este orden de ideas, antes de entrar a analizar las peticiones elevadas, la Corte determinará si la presente acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio. Para ello, la Corte (i) resumirá la jurisprudencia de la Corte respecto de la procedencia de la acción de tutela en los casos de controversias contractuales en los cuales cabe acudir a otra vía judicial, y (ii) resolverá el caso concreto a la luz de los precedentes resumidos.

2.2. Jurisprudencia constitucional acerca de la acción de tutela como mecanismo transitorio en casos de controversias contractuales

2.2.1. La jurisprudencia acerca de la procedencia de la acción de tutela en los casos en los cuales el accionante puede acudir a otro mecanismo judicial es abundante.³¹ Dicho asunto fue resumido, entre otras sentencias, por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia SU-1070 de 2003,³² en la cual señaló que dado el carácter subsidiario de la tutela, cuando el accionante dispone de otro mecanismo de judicial, el

juez de tutela ha de analizar (i) si dicho medio es idóneo y eficaz, y en caso de que la respuesta resulte afirmativa, (ii) si se presenta un perjuicio irremediable que amerite que la tutela proceda como mecanismo transitorio.

2.2.2. En aplicación de estas pautas, la Corte ha establecido que la acción de tutela es, como regla general, improcedente para la solución de conflictos de naturaleza contractual que pueden ser solucionados, ya sea por la conformación de un tribunal de arbitramento o por la justicia estatal ordinaria o contencioso administrativa.

En efecto, por medio de la reciente sentencia T-609 de 200833 la Corte resolvió declarar improcedente una acción de tutela dirigida al cumplimiento de obligaciones contractuales que según el accionante estaban siendo ignoradas por el accionado. Dijo la Corte que no obstante “el ordenamiento jurídico se encuentra irradiado por la Constitución Política, de tal forma que [...] la interpretación de las leyes y de los contratos debe estar orientada por el respeto y la garantía de los derechos fundamentales, [...] los actos jurídicos celebrados por los particulares, corresponden a la órbita del derecho privado, y al ejercicio del principio de autonomía de la voluntad privada. || [...] [P]ara esta Corporación es claro que las controversias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos deben ser ventiladas y resueltas por la jurisdicción ordinaria.”³⁴

La Corte resolvió el caso concreto de la siguiente manera:

“Es claro, para este Tribunal que el mecanismo para la solución de las controversias presentadas por el actor no es la acción de tutela. La solución de las citadas discrepancias debe tener lugar en la jurisdicción arbitral, tal y como se encuentra establecido en los mismos contratos celebrados entre las partes. Así, en aplicación del principio de subsidiariedad de la acción de tutela, en este caso concreto resulta desplazada por el mecanismo ordinario de solución de este conflicto en particular, y por tanto no es procedente. En este caso, encuentra esta Corporación que el mecanismo ordinario de protección de los derechos, que se afirma, están siendo objeto de vulneración, es la convocatoria de un tribunal de arbitramento, o en su defecto la jurisdicción ordinaria, para que sea en ese espacio en el que se ventilen las discusiones propias de la existencia y cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos [...], resultando este mecanismo idóneo para brindar la protección a los derechos de las dos partes, dado que

ellos se circunscriben a prestaciones debidas entre las partes de contenido económico. || [...] [T]ambién encuentra esta Sala que las personas representadas por el actor, no se encuentren avocadas a la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable frente a ningún derecho fundamental, que permita concluir que la acción de tutela, en este caso concreto, proceda. Prueba de ello, es que el actor, ni siquiera afirme en su escrito de tutela, que con respecto a algún derecho fundamental de sus poderdantes, se esté en peligro de que se configure un perjuicio irremediable, y por supuesto, tampoco presenta ninguna prueba de ese hecho.”

2.2.3. A su turno, la presencia de un perjuicio irremediable ha sido entendida por la Corte como un daño inminente, cierto, evidente, de tal naturaleza “que de ocurrir no existiría forma de reparar el daño”, y de tal magnitud que hiciere impostergable la tutela. Al respecto, la Corte ha reiterado en repetidas ocasiones los criterios desarrollados en la sentencia T-225 de 199335 que se citan a continuación:

“Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término “amenaza” es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.

“A). El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se

puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

“B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señalan la oportunidad de la urgencia.

“C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

“D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por

inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

“De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.”

A su vez, la sentencia SU-1070 de 2003 precitada, indicó respecto del perjuicio irremediable en el caso de controversias contractuales, que

“La prueba del perjuicio irremediable es relevante para establecer la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio. No obstante, tal comprobación no es en extremo rigurosa, puesto que, dado el carácter informal y público de la acción, lo que se exige es que en la demanda al menos se señalen los hechos concretos que permitan al juez constitucional deducir la ocurrencia de dicho perjuicio.³⁶

“Así mismo, la Corte ha precisado que la acción de tutela como mecanismo transitorio es improcedente cuando se ha consumado la vulneración del derecho, esto es, que no hay perjuicio irremediable cuando no es viable la protección in natura del derecho fundamental. Al respecto, en la sentencia SU-544-01 expresó que ‘Si la amenaza ha cesado y se ha verificado una vulneración, la tutela no operará como mecanismo transitorio, pues no se busca evitar el perjuicio, sino que se deberá entrar a declarar su violación y a exigir la reparación.³⁷

“Un común denominador en eventos en que se deduce la inminencia de un perjuicio irremediable lo constituyen las circunstancias de peligro o vulnerabilidad de los accionantes, como pueden serlo, por ejemplo, el pago de prestaciones sociales y acreencias laborales de personas que dependen de su mesada o salario³⁸; despidos colectivos de trabajadores aforados³⁹; pago de salarios por afectación grave de la vida y subsistencia del accionante y de sus hijos cuando el cónyuge ha

sido secuestrado⁴⁰; orden para que se reconozca la pensión de sobrevivientes a quien dependía económicamente del causante⁴¹; orden para que se reconozca la pensión de invalidez a enfermos de SIDA⁴²; entre otras.”

2.2.4. Ahora bien, respecto de perjuicios económicos derivados de controversias contractuales, la Corte ha considerado que en principio éstos no generan perjuicios irremediabiles desde el punto de vista constitucional. En efecto, en la sentencia T-1017 de 2006⁴³ la Corte declaró la improcedencia de una tutela interpuesta por una unión temporal a quien se había declarado la nulidad y la liquidación de un contrato de concesión. La unión accionante estimaba que mientras se controvertía judicialmente dicha decisión, se configuraba un perjuicio irremediable por el hecho de que la liquidación del contrato tenía como consecuencia la reclamación de unos valores adeudados por ella. La Corte señaló que:

“[...] es claro que los reclamos de la parte demandante no prueban suficientemente la existencia de dicho perjuicio, porque la naturaleza del daño invocado por la unión temporal es económica, al punto que el abogado de la misma reconoce que en la liquidación del contrato, el Municipio de Cali ha decidido cobrar unas sumas de dinero que supuestamente [...] deben ser pagadas por sus clientes.

2.2.5. Por último, excepcionalmente la Corte ha reconocido que controversias que en principio son de naturaleza económica, pueden resultar en la vulneración de derechos fundamentales y en la configuración de perjuicios irremediabiles que sí ameritan la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio. En la sentencia SU-219 de 2003,⁴⁵ la Sala Plena estudió la admisibilidad de una acción de tutela presentada por un grupo de sociedades que había constituido un consorcio con el fin de perfeccionar un contrato de concesión con INVIAS para la construcción, mantenimiento y operación de un proyecto vial. Los accionantes buscaban proteger sus derechos fundamentales dado que INVIAS había declarado la caducidad del contrato e inhabilitado a los socios del consorcio para contratar con el Estado por un término de 5 años.⁴⁶

La Corte consideró que para verificar la eficacia e idoneidad de la acción contencioso administrativa era necesario analizar si y en dicho caso existía un perjuicio irremediable, pues “el conflicto planteado trasciend[e] el ámbito puramente legal, sobre la

interpretación y aplicación de la ley contractual, para comprender un aspecto de naturaleza constitucional que demande la protección especial del juez de tutela de manera inmediata.”

La Sala Plena determinó que era necesario admitir la procedibilidad de la tutela como mecanismo transitorio, pues sin la acción de tutela, las sociedades accionantes perderían la capacidad jurídica para desempeñar y desarrollar su objeto social. Dijo lo siguiente sobre lo que significa para una sociedad contratista “la reducción prácticamente total del ámbito de su capacidad jurídica”:

“[C]onstata la Corte que el acto administrativo objeto de análisis en el presente proceso incide de manera grave, directa y prolongada sobre el derecho fundamental de las personas jurídicas a ejercer su personalidad jurídica (artículo 14 C. P.). Uno de los efectos del acto administrativo, en este caso, consiste en impedir que los socios de COMMSA S.A. ejerzan de manera efectiva su capacidad jurídica por el lapso de cinco años, dado que esa es la consecuencia de la inhabilidad sobre sociedades cuyo objeto principal es contratar con el Estado. Constituye un perjuicio irremediable la reducción prácticamente total del ámbito de su capacidad jurídica. De tal manera, que la Corte pasará a analizar si dicho efecto es la consecuencia legítima de un acto administrativo expedido de conformidad con la Constitución, en especial respetando el debido proceso administrativo.”

2.2.6. Como síntesis de la jurisprudencia de tutela que ha sido resumida en este apartado, tenemos que la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio en casos de controversias contractuales, requiere la existencia de un perjuicio irremediable, como la pérdida de la capacidad jurídica para realizar el objeto social de la persona jurídica, y no solamente la constatación de eventuales perjuicios económicos, pues estos pueden ser resarcidos mediante las vías judiciales ordinarias.

Teniendo en cuenta los criterios reseñados, pasa la Corte a estudiar si en la presente ocasión es procedente la acción de tutela.

2.3. Análisis del caso concreto. Ausencia de un perjuicio irremediable.

2.3.1. Para la resolución del presente caso existen mecanismos judiciales que son

eficaces e idóneos.⁴⁷ Desde la interposición de la acción de tutela, la empresa CJA AZAR solicitó la protección de sus derechos fundamentales como mecanismo transitorio mientras se surten los medios para resolución de controversias establecidos en el acuerdo comercial con la Sociedad CJA.

En efecto, la tensión jurídica que se constata en este proceso recae sobre las obligaciones resultantes del contrato comercial suscrito el 11 de octubre de 2006 por Sociedad CJA y CJA AZAR. Los puntos de controversia versan, entre otros asuntos, sobre la validez de dicho contrato, sobre la interpretación que ha de darse a sus cláusulas, y sobre los efectos que emanan de los compromisos adquiridos por las dos empresas. Se discute además si las actuaciones adelantadas por las partes respetaron el contrato de concesión de operación de apuestas permanentes y normas infraconstitucionales.

Así, las razones por las cuales el accionante considera que sus derechos son vulnerados son principalmente de orden contractual y pueden ser consideradas en el proceso arbitral, o por la justicia estatal. Puede que, como en numerosos casos en los cuales se configura un problema jurídico acerca de la interpretación y aplicación de normas legales y contractuales, el análisis jurídico comprenda sus implicaciones constitucionales. Pero el ámbito de su solución es principalmente ese - el legal y contractual, y se enmarca dentro del objeto propio de los procesos de índole contractual.

Además, de las pruebas solicitadas por la Sala Segunda de Revisión⁴⁸ se constata que la controversia actual no involucra problemas de índole constitucional que no puedan ser resueltos mediante los procedimientos judiciales ordinarios.

Por lo anterior, la Sala concluye que el proceso arbitral, o las acciones ordinarias correspondientes, son mecanismos judiciales idóneos que para este caso garantizan una solución al problema planteado. Como consecuencia, pasa la Sala a estudiar si en la presente situación se constata un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio.

2.3.2. El accionante en el presente proceso alega que mientras se tramita el proceso arbitral la restricción del número de talonarios de chance que le son entregados le causa un perjuicio irremediable ya que, “la empresa [...] prácticamente desaparecería, pues [...]

la actividad por ella desarrollada depende en su totalidad de los talonarios [...].”⁴⁹ A su vez, en diversos escritos radicados a lo largo de este proceso, más de cien vendedoras de chance “coadyuvaron” la acción de tutela, aduciendo que la limitación de libretas de chance, disminuía sus ingresos, imposibilitaba su trabajo, y por consiguiente, afectaba el mínimo vital de ellas y sus familias. Como lo estableció el juez de tutela de primera instancia, varias de estas vendedoras son madres cabeza de familia.

No obstante, la Sala encuentra que en dichos argumentos no se constata la presencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la tutela como mecanismo transitorio, pues (i) se trata de un daño eventual, (ii) que no es inminente sino futuro, (iii) que no es irreparable, y (iv) no se evidencia la urgencia de la acción de tutela para desplazar los mecanismos judiciales ordinarios. Esto se analizará tanto para la empresa accionante, como para las vendedoras de apuestas permanentes.

2.3.3. Respecto de los daños que se alegan de la empresa CJA AZAR, éstos no se ajustan a los requisitos señalados en el apartado 2.2. de esta sentencia para la comprobación de que existe un perjuicio irremediable.

En primer lugar, la Sala estima que las consecuencias de la eventual violación contractual de parte de la Sociedad CJA corresponden a un daño patrimonial cuya reparación podría ser ordenada en su debido momento por el laudo arbitral correspondiente o el juez estatal. De decidir que la sociedad accionada violó sus obligaciones contractuales, el tribunal de arbitramento o el juez relevante podrá calcular los daños y perjuicios causados por las limitaciones en la venta de talonarios, y ordenar su pago a manera de indemnización. La cláusula penal establecida en el contrato también es un aspecto relevante.

En segundo lugar, esta Sala considera que no es de recibo el argumento del accionante según el cual CJA AZAR desaparecerá del mercado. Como se constató en el apartado 2.2.5, en la sentencia SU-219 de 2003 la Corte consideró que existía un perjuicio irremediable en el hecho de que la sanción de inhabilidad impuesta a los demandantes redujera su ámbito de capacidad jurídica, impidiéndoles actuar en el mercado de las concesiones viales y coartando el desarrollo de su razón social. No obstante, la situación de la empresa CJA

AZAR es distinta. La alegada violación del contrato realizada por la sociedad accionada, y la resultante disminución de los talonarios disponibles para su comercialización, no tienen el efecto directo de impedir el desarrollo de la razón social de CJA AZAR. Estos hechos tampoco impiden que la mencionada sociedad siga participando, aunque en un menor segmento del mercado, en el negocio del comercio de las apuestas permanentes. A diferencia de lo sucedido en el caso de la sentencia SU-219 de 2003, la actuación supuestamente violatoria de los derechos de la sociedad accionada en esta ocasión, no impone una limitación o restricción jurídica a su capacidad de contratar y de desplegar sus actividades en el mercado.

Por estas mismas razones, en la sentencia T-1225 de 200450 la Corte Constitucional declaró improcedente una acción de tutela interpuesta por una sociedad que era socia de una empresa de servicios públicos domiciliarios, de la cual el gobierno había ordenado su disolución y liquidación. La Corte consideró, entre otros argumentos, que la empresa accionante podía “continuar funcionando como empresa de prestación de servicios públicos domiciliarios” y que el “ejercicio de su capacidad jurídica [...] no está siendo restringido por el acto administrativo”.

Adicionalmente, en el expediente se constatan afirmaciones de la misma sociedad accionante que permiten deducir que ésta no se encuentra en peligro de desaparecer. En efecto, en declaración juramentada ante el juez de tutela de primera instancia, el representante legal de CJA AZAR informa que el problema entre las dos empresas tuvo inicio en el momento en el que la sociedad accionante solicitó un mayor número de talonarios, debido al “crecimiento que viene mostrando mi empresa” en la venta de apuestas permanentes.⁵¹ Lo mismo afirma el gerente de CJA AZAR en la carta enviada a CJA el 15 de diciembre de 2007 solicitando la venta de un número mayor de libretas. En dicha misiva, el representante de la empresa accionante sostiene que la necesidad de talonarios adicionales se debe al “incremento de la venta” de libretas, a su vez consecuencia de “la instalación de 150 puntos nuevos esquemas de venta en unidades residenciales, acuerdos con empleados por medio de sus empresas, ventas directas con dueños de negocios establecidos, etc...”.⁵² De esta manera, la imposibilidad de acceder a 70 cajas en lugar de 40 – tal como se venía dando en el momento de la acción de tutela-, impide el crecimiento de las ventas de la sociedad demandante, pero no pone en peligro su existencia. CJA AZAR ya desarrollaba su objeto

social cuando recibía 40 cajas de talonarios. Nada en el expediente permite concluir que ahora sean necesarias 70 cajas para que la empresa no deje de existir.

2.3.4. Respecto de los perjuicios para las vendedoras de chance que intervinieron en el presente proceso a manera de “coadyuvantes”, la Sala tiene presente que para la jurisprudencia constitucional las madres cabeza de familia son sujetos de especial de protección que han sido objeto de un nivel de amparo reforzado en distintos procesos de tutela. Así sucedió por ejemplo en la sentencia SU-388 de 200553 en la cual la Corte protegió el derecho al trabajo y al mínimo vital de un grupo de trabajadoras de la empresa TELECOM que habían sido desvinculadas a partir del proceso de liquidación de la empresa. La Corte también ha protegido el mínimo vital madres cabeza de familia que no han recibido la indemnización correspondiente en el caso de la liquidación de una empresa estatal.⁵⁴

No obstante, el caso presente es diferente a estas sentencias. No son comparables el derecho a la estabilidad laboral de una parte, y el interés de las vendedoras de apuestas permanentes de otra. El primero emana de unos derechos laborales clara y plenamente reconocidos por la jurisprudencia constitucional, mientras que el segundo proviene de las expectativas generadas por las eventuales ventas futuras de un bien. Un vendedor independiente no tiene el derecho constitucional de acceder al producto que se propone vender, ni a la seguridad de que en el futuro seguirá gozando de la plena disponibilidad del artículo a comercializar. Además, la empresa accionante alegó la imposibilidad de aumentar sus ventas, no la necesidad de reducir su actividad o el riesgo de desaparecer o la incapacidad de cumplir con su objeto social.

Igualmente, si se considerara que un perjuicio irremediable se configura en todos los casos en los que un conflicto contractual tiene una trascendencia laboral -o consecuencias económicas indirectas respecto de la comercialización del producto-, la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo subsidiario y pasaría a reemplazar los instrumentos judiciales principales diseñados para ventilar los conflictos de orden contractual. Esto, pues el eventual perdedor siempre podría alegar un perjuicio económico que lo afecta o que incide en los intereses de las personas que trabajan para él.

Finalmente, es importante precisar que la Corte no entra a analizar las consecuencias

jurídicas que se puedan derivar de la suscripción de contratos atípicos mediante los cuales se benefician empresas que no participaron en ningún proceso licitatorio, pues este es un asunto que le compete dilucidar a la jurisdicción contencioso administrativa.

Por estas razones la Sala considera que la presente acción de tutela es improcedente.

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto.

Segundo.- REVOCAR las sentencias proferidas el 19 de febrero de 2008 por el Juez Diecinueve Penal del Circuito de Cali, y el 10 de abril de 2008 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali al resolver la acción de tutela instaurada por Colombiana de Juegos y Apuestas AZAR E.U. contra la Sociedad Colombiana de Juegos y Apuestas S.A. y la Beneficiencia del Valle del Cauca. En su lugar, negar por improcedente la presente acción de tutela.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CLARA ELENA REALES GUTIERREZ

Magistrada (E)

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Según el artículo 21 de la Ley 643 de 2001, el juego de apuestas permanentes, también denominado como chance, “[e]s una modalidad de juego de suerte y azar en la cual el jugador, en formulario oficial, en forma manual o sistematizada, indica el valor de su apuesta y escoge un número de no más de cuatro (4) cifras, de manera que si su número coincide, según las reglas predeterminadas, con el resultado del premio mayor de la lotería o juego autorizado para el efecto, gana un premio en dinero, de acuerdo con un plan de premios predefinido y autorizado por el Gobierno Nacional mediante decreto reglamentario.” A su vez, “el “formulario oficial” también es llamado talonario, o en algunas ocasiones libreta. En esta sentencia se utilizarán los tres términos indistintamente.

2 Cláusula segunda del “acuerdo comercial para la operación de apuestas permanentes chance”, folio 2 del expediente. Adicionalmente, el acuerdo reguló algunos asuntos de la competencia de las dos sociedades en la venta de chance; por ejemplo estableció que “la distancia entre cajón y cajón, [...] será de 20 metros; se garantiza respeto total de las ventas de unos y otros en el mercado, no pudiendo aceptar ventas de ninguno de los canales de comercialización que se encuentran actualmente en el mercado; [...].” Se fijó además que “ninguno de los operadores limitará el crecimiento empresarial del otro, siempre que el mismo se dé dentro de los marcos legales y de respeto mutuo al desarrollo de la actividad [...].” Cláusulas segunda y cuarta del acuerdo, Folio 2 del expediente.

3 Folios 2 y 3 del expediente. El contrato también dispuso una cláusula penal de cinco mil millones de pesos como sanción a la parte que lo incumpliera.

4 Folios 315 a 321 del expediente.

5 Folio 7 del expediente.

6 Folio 11 del expediente. En estas y otras comunicaciones se hace alusión a diferencias entre las dos sociedades, relativas a posibles irregularidades en la venta de formularios, a la comercialización de talonarios que no han sido publicados por CJA, a la invasión de espacios supuestamente reservados para una de las compañías, y a la publicación en varios medios de comunicación del conflicto entre las dos empresas.

Aunque muy posiblemente estas discrepancias hacen parte del origen de la actual disputa, la Sala Segunda las considera irrelevantes para tomar la presente decisión.

7 Folios 1 a 14 del expediente.

8 Folio 58 del expediente.

9 Folio 58 del expediente.

10 Folio 58 del expediente.

11 Folio 56 del expediente.

12 Folio 60 del expediente.

13 Folio 57 del expediente.

14 Folio 68 del expediente.

15 Folio 72 del expediente.

16 Folio 73 del expediente. El accionante anexa un cuadernillo con más de 500 firmas de vendedores de chance apoyando la acción de tutela.

17 Folios 132 a 134 del expediente.

18 Folios 135 a 143 del expediente.

19 Folios 99 a 115 del expediente.

20 Folios 116 a 125 del expediente.

21 Folio 145 del expediente. El mismo día el juez profirió una segunda decisión extendiendo los efectos de la orden del Auto 027 a la sociedad CJA.

22 Folios 154 y 155 del expediente.

23 Folios 199 a 310 del expediente.

25 Folios 340 a 363 del expediente.

26 Folios 390 a 421 del expediente.

27 Folios 430 a 436 del expediente.

28 Folio 490 del expediente. Dicha decisión fue tomada en vista de que los cuatro meses se referían a las acciones contencioso administrativas en contra de actos de la administración, y no a acciones ordinarias contra particulares. Adicionalmente, el Tribunal añadió en la parte resolutive que “en todo caso, si pasado el término señalado antes sin que las partes solucionen sus discrepancias por medio de mecanismos contractuales, la medida provisional se mantendrá hasta tanto la justicia ordinaria se pronuncie de fondo [...]”. El Tribunal confirmó en lo demás la sentencia impugnada.

29 La Sala Segunda ordenó responder a su Auto antes de diez días después de notificado éste. Aunque el auto fue proferido el 15 de septiembre, por un error de la Secretaría General de la Corte Constitucional, la providencia fue notificada el 17 de octubre.

30 La Sala corrió traslado de los documentos aportados por CJA Azar mediante Auto de 2 de diciembre de 2008.

31 Ver, entre muchas otras, la sentencia T-1225 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), que resuelve un caso similar al de la presente ocasión, y que será analizada con mayor detenimiento adelante en esta sentencia. Parte del análisis jurisprudencial de la presente providencia se toma de aquella decisión.

32 MP Jaime Córdoba Triviño. SV Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Eduardo Montealegre Lynett, Clara Inés Vargas Hernández. En dicha ocasión, la Corte se ocupó de una acción de tutela interpuesta por un grupo de empresas que constituían una sociedad concesionaria que había celebrado con INVIAS un contrato de concesión para la construcción y el mantenimiento de un proyecto vial. Los accionantes solicitaban la protección transitoria de sus derechos al debido proceso, al buen nombre y a la igualdad, los cuales estimaban vulnerados por la declaración del INVIAS de caducidad del mencionado

contrato, bajo el argumento de que la entidad estatal había omitido comunicar o notificar la iniciación de la mencionada actuación administrativa. La Corte concluyó que la acción de tutela era improcedente.

33 MP Rodrigo Escobar Gil.

34 La Sala citó jurisprudencia anterior de la Corte en los siguientes términos: “En este sentido la Corte Constitucional ha manifestado que ‘[l]a acción de tutela es un mecanismo para la protección de derechos fundamentales. Los asuntos del conocimiento del juez de tutela deben contar con la presencia de un derecho fundamental el cual se considera presuntamente vulnerado. La Corte ha sostenido en repetidas ocasiones que, como regla general, la tutela no es el mecanismo procedente para el estudio de controversias de tipo contractual, puesto que este no es el objeto de conocimiento del juez de amparo’. (Sentencia T-587 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).”

35 MP Vladimiro Naranjo Mesa. Reiteraciones de esta sentencia se pueden observar por ejemplo, en las sentencias SU-086 de 1999 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), T-789 de 2000 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), SU-544 de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T-599 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-803 de 2002 (MP Álvaro Tafur Gálvis), T-882 de 2002 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-922 de 2002 (MP Rodrigo Escobar Gil).

36 Sobre la comprobación del perjuicio irremediable como condición para la procedencia de la acción de tutela, pueden revisarse las sentencias T-425/00, M.P. Álvaro Tafur Gálvis; T-620/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-1205/01, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1496/00, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez y T-882-02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

37 Sobre este aspecto ver también, por ejemplo, las sentencias SU-1122/01 y T-662/02, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

38 Corte Constitucional. Sentencia T-156/00, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

39 Corte Constitucional. Sentencia T-326/02, Marco Gerardo Monroy Cabra.

40 Corte Constitucional. Sentencia T-015/95, M.P. Hernando Herrera Vergara.

41 Corte Constitucional. Sentencia T-787/02, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

42 Corte Constitucional. Sentencia T-026/03 de la Sala Cuarta de Revisión.

43 MP Marco Gerardo Monroy Cabra. Respecto de las controversias contractuales que generan perjuicios económicos, ver también la sentencia T-1212 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil).

44 De manera general, respecto de daños calificados como “exclusivamente económicos”, la Corte ha considerado que éstos no corresponden a perjuicios irremediables desde el punto de vista constitucional. En efecto, en la sentencia de unificación SU-544 de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett, SV Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Álvaro Tafur Galvis), la Corte analizó si era procedente una acción de tutela entablada contra la decisión de designar a una persona en un cargo público, cuando se alegaba que dicho nombramiento provocaba un perjuicio económico a quien no había sido seleccionado. Acerca de la acción de tutela como mecanismo transitorio, la Corte señaló que “la medida cautelar reforzada que constituye la tutela como mecanismo transitorio, exige que la amenaza que se cierne sobre los derechos fundamentales de las personas sea de tal naturaleza que, salvo que intervenga la justicia constitucional, se presentará un menoscabo en extremo gravoso para la persona. (...) || En la tutela como mecanismo transitorio, no basta con la existencia de un peligro inminente para el Derecho Fundamental. Se requiere un presupuesto más: que de consumarse la vulneración, se ocasione un perjuicio irremediable. Es decir, que hay urgencia de tomar medidas cautelares, porque de no hacerlo, se consumaría un daño irreparable. (...) || Como corolario de lo anterior, resulta que si el mecanismo principal únicamente permite una indemnización, en principio resulta imposible acudir a la tutela como mecanismo transitorio. En estos casos el perjuicio no es irremediable, porque el ciudadano siempre obtendrá la satisfacción de sus derechos a través de la acción principal, sin peligro alguno de daños irreparables, pues está de por medio una satisfacción meramente patrimonial, que en todo caso le será reconocida de manera integral.” La Corte concluyó que los derechos fundamentales vulnerados en dicho caso no podían ser protegidos in natura, por lo que únicamente era posible solicitar la indemnización de los perjuicios

causados, lo cual, por tratarse de un daño exclusivamente económico, descartaba la existencia de un perjuicio irremediable.

45 MP Clara Inés Vargas Hernández; SV Álvaro Tafur Galvis.

46 El proyecto vial, la entidad accionada y el contrato de concesión eran los mismos que en el caso de la sentencia SU-1070 de 2003 resumida en párrafos anteriores. No obstante, en dicha ocasión se había declarado la inhabilidad del consorcio firmante y no de sus socios.

47 En la sentencia SU-1070 de 2003 precitada, la Corte consideró que la determinación del grado en que el remedio judicial alternativo es idóneo y eficaz para proteger el derecho, ha de ser apreciado en cada caso concreto.

48 Mediante el Auto del 15 de septiembre de 2008, esta Sala solicitó a Colombiana de Juegos y Apuestas Azar E.U, “que en el término de diez (10) días, informe sobre los hechos o documentos que sirvan de fundamento constitucional para solicitar que la Sociedad Colombiana de Juegos y Apuestas S.A. le entregue el número adicional solicitado de cajas de talonarios. El accionante habrá de remitir copia de los documentos mencionados”.

49 Acción de tutela, folio 57 del expediente.

50 MP Manuel José Cepeda Espinosa.

51 Folio 132 del expediente.

52 Folio 7 del expediente.

53 MP Clara Inés Vargas.

54 T-876 de 2004 (MP Alfredo Beltrán Sierra). Ver también la sentencia T-1490 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández).