

Sentencia T-524/11

(Julio 5)

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Inexistencia por cuanto circunstancias son diferentes por existir nuevos hechos

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional ha reiterado en múltiples oportunidades que en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser, en principio, resueltos por las vías ordinarias, tanto jurisdiccionales y administrativas, y sólo es posible la procedencia de la acción de tutela cuando las mencionadas vías no existan o no resulten adecuadas para proteger los derechos del recurrente. La acción de tutela sólo procede cuando no existen mecanismos judiciales alternos de defensa. Igualmente, que este principio tiene dos excepciones, la primera, se refiere a la necesidad de que la vía judicial ordinaria sea ineficaz para la protección del derecho y, la segunda, cuando existe la proximidad de un daño irremediable para el actor.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Finalidad

La ley prevé que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es adecuada para lograr: (i) la declaratoria de nulidad de un acto administrativo cuando este ha sido expedido con violación del ordenamiento jurídico y (ii) la reparación de daño causado por dicho acto. La finalidad de esta acción es que una persona que ha sido lesionada con un acto administrativo pueda solicitar en defensa de su interés particular y concreto ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por existir otro medio de defensa judicial en proceso de restitución de bien de uso público

Referencia: Expediente T-2976377

Fallo objeto de revisión: Sentencia del Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cartagena del 25

de octubre de 2010 que confirmó el fallo de Juzgado Noveno Civil Municipal de Cartagena del 18 de agosto de 2010

Accionante: Nubia Salazar Urueña.

Accionado: Distrito Cultural y Turístico de Cartagena de Indias, la Alcaldía Local Número Dos - Virgen y Turística de Cartagena- y la Dirección General Marítima

Demanda del accionante -elementos-:

Derechos fundamentales invocados: trabajo y debido proceso.

Conducta que causa la presunta vulneración: la expedición de la Resolución No 70 del 29 de abril de 2010 de la Alcaldía Local Dos de Cartagena que ordena la restitución de un predio que se encuentra en bajamar.

Pretensión: la accionante solicita que el juez de tutela ordene la adopción de la medida transitoria de suspensión de un acto administrativo que ordena la restitución de un predio ubicado en espacio público -bajamar-.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZALEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES

1. Fundamento de la pretensión

La señora Nubia Salazar Urueña actuando en calidad de tenedora del predio el Viviano de la ciudad de Cartagena de Indias y como representante legal de las Sociedades Otalora Rango y CIA sociedad en comandita y de Manzano Estrada y CIA sociedad en comandita, presentó la siguiente acción de tutela con base en los siguientes hechos y argumentos¹:

1.1 El 11 de mayo de 2009, la Alcaldía de la localidad 2 Virgen y Turística de Cartagena

profirió la Resolución No 0662, en la que se ordenó la restitución de varios predios entre los que se cuenta el predio el Viviano del cual la accionante es tenedora. En este acto administrativo se argumentó que, con base en un estudio técnico presentado por la DIMAR (Dirección General Marítima) se pudo determinar que el bien del cual la demandante es tenedora es parte del sector de “bajamar” y que, por tanto, es un bien de uso público.

1.2 El 29 de abril de 2010, el mismo funcionario resolvió el recurso de reposición presentado por la accionante, confirmando en todas sus partes el acto administrativo anterior.

1.3 La accionante señaló que esta decisión vulnera sus derechos fundamentales, y los de las empresas que representa, pues los despoja de su forma de trabajo. Sostuvo que en el predio han desarrollado varias actividades productivas como la cría de varios tipos de peces para lo cual han construido varias piscinas y estanques, la crianza avícola y porcina. Esta actividad productiva es la fuente de trabajo de 12 personas.

1.4 La restitución del presunto bien de uso público les generaría un daño irremediable, toda vez que tendrían que suspender su actividad económica y vender a muy bajos precios sus activos, lo cual vulnera su derecho al trabajo y a la libre empresa. Adicionalmente, sostuvo que esta situación la dejaría a ella y a los trabajadores de esta unidad productiva en condición de desplazamiento pues tendrían que abandonar sus actividades económicas habituales.

1.5 Afirmó que el procedimiento se ha realizado selectivamente, es decir, que sólo ha afectado a algunos de los tenedores de la zona, pues informó que existen otros predios vecinos que pese a estar en la misma situación no se han adelantado las mismas medidas.

1.6 Sostuvo que el bien en disputa no se trata de un bien de uso público sino de propiedad privada, pues las empresas que ella representa han sido poseedoras del mismo, por más de 15 años, y éstas a su vez compraron la posesión a nativos que ejercieron este derecho pacíficamente por lo menos desde 30 años antes. Afirmó que durante el proceso aportó pruebas técnicas y peritazgos realizados con anterioridad a los elaborados por la DIMAR, que demuestran que el bien no se encuentra en bajamar y que ya no estaban dentro del patrimonio del Estado. Adicionalmente, sostiene que sentencias previas (1994) de la jurisdicción contencioso administrativa había anulado actos administrativos que ordenaban medidas similares en predios vecinos.

1.7 Por todo lo anterior, solicitó que los jueces constitucionales ordenaran “[s]uspender la Orden de Restitución contenida en la Resolución No. 066 del 11 de mayo de 2.009 y su Acto Administrativo No 70 de Abril 29 de 2010, como medida provisional o transitoria, puesto que nos encontramos ante la posibilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada con nuestra cría de animales, además de pasar 12 adultos cabezas de familia a integrar las listas de desempleados y desplazados por el mismo Estado”³.

2. Respuesta de la entidad accionada

2.1 La Alcaldía del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias respondió la presente acción de tutela exponiendo los siguientes hechos y argumentos⁴:

2.1.1 Sostuvo que debía declararse la temeridad en la presentación de la acción de tutela pues la accionante un mes antes había intentado la misma vía jurisdiccional.

2.1.2 Por otro lado, afirmó que la presente acción de tutela resultaba improcedente por el principio de subsidiaridad pues la accionante puede discutir la licitud de la decisión adoptada en la jurisdicción contencioso administrativa.

2.1.3 Adicionalmente, argumentó que la medida adoptada se enmarca dentro de sus competencia y deberes para preservar el espacio público, conforme con Decretos 6401 de 1937 y 1377 de 1970 (código de policía) y que la misma se fundamenta en un estudio técnico presentado por la DIMAR que es la autoridad reconocida por la ley para determinar cuales son los terrenos cercano al mar que hacen parte del espacio público.

2.2 Por su parte la Alcaldía Local número 2, Virgen y Turística del Distrito de Cartagena, respondió la presente acción de tutela exponiendo los siguientes hechos y argumentos ⁵:

2.2.1 Afirmó que la decisión se tomó con base en un concepto de la DIMAR, que por medio de análisis topográfico y fotos satelitales, señalaba que el terreno en cuestión se trata de una zona de bajar y, por tanto, de una zona de espacio público que debía ser restituida.

2.2.2 Así mismo, sostuvo que los conceptos de la DIMAR son los autorizados por, el ordenamiento jurídico para determinar cuál es el espacio de bajamar y cuál pertenece a zonas marinas tal como se desprende del Decreto 2324 de 1984.

2.2.3 También señaló que de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional es imposible ejercer posesión sobre un bien considerado de espacio público y, por tanto, las empresas que la accionante representa no pueden ejercer tal derecho real sobre terrenos que se encuentren en bajamar.

2.2.4 Por último, indicó que la acción de tutela no resultaba procedente, por cuanto la accionante contaba con otros medios de defensa como atacar los mencionados actos administrativos ante la jurisdicción contenciosa de acuerdo con el artículo 67 de la ley 9ª de 1989.

2.3 La Dirección General Marítima (DIMAR) a través de la Capitanía de Puertos del Distrito de Cartagena, respondió la presente acción de tutela exponiendo los siguientes hechos y argumentos 6:

2.3.1 Reiteró la argumentación de las entidades anteriores en torno a la improcedencia de la acción de tutela, por considerar que existen vías jurisdiccionales alternas para solucionar el presente conflicto. Adicionó que “el pasado 15 de junio de 2010, la Procuraduría 130 Judicial II Administrativa ante el Honorable Tribunal Administrativo de Bolívar a solicitud de la accionante, citó audiencia de conciliación al Ministerio de Defensa-Dirección General Marítima- Capitanía de Puerto de Cartagena, como requisito de procedibilidad para el inicio de las acciones que se pretenden interponer ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”7.

2.3.2 También rechazó la posibilidad de la adopción de una medida transitoria, pues no se observa la posibilidad de un daño irremediable toda vez que los posible perjuicios denunciados por la demandante son de contenido netamente económico.

2.3.3 Por otra parte, reitera que ya existe un pronunciamiento en sede de tutela sobre los mismos hechos, en el cual el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión número 2, en sentencia del 3 de marzo de 2010, declaró improcedente la solicitud de la accionante al existir otro medio de defensa judicial y no evidenciar la existencia de un daño irremediable.

2.3.4 Señaló que su dictamen tiene fundamento en estudios realizados por el Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas del Caribe (CIOH) adscrito a la misma dirección, el cual, conforme al Decreto Ley 2423 de 1984, en concordancia con el artículo 6º

del Decreto 5057 de 2009, tiene la obligación de rendir informe técnico en casos como el mencionado.

2.3.5 Por último, la entidad demandada sostuvo que los informes técnicos anteriores que afirmaban que el terreno en litigio no es bajamar, hacen referencia a terrenos que correspondían a aguas marítimas y que por el fenómeno conocido como “acreción sedimentaria” estos hoy se han secado y, por tanto, no corresponden a los mismos afectados con la medida adoptada en el acto administrativo demandado. Así mismo, señaló que un informe del INCODER, antes INCORA, que señalaba que algunos terrenos de la zona salieron del patrimonio del Estado, excluyen de esta hipótesis expresamente a las playas y zonas de bajamar aledañas. Por tanto, no es cierto que los predios mencionados hayan salido del patrimonio del Estado. En consecuencia, no se ha vulnerado ninguno de los derechos fundamentales de las empresas poseedoras del bien en cuestión.

3. Fallo objeto de la revisión: Sentencia del Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cartagena, del 25 de octubre de 2010, que confirmó el fallo de Juzgado Noveno Civil Municipal de Cartagena del 18 de agosto de 2010.

3.1 En primera instancia el Juzgado Noveno Civil Municipal de Cartagena en sentencia del 18 de agosto de 2010 decidió negar la tutela invocada por considerar que la acción de restitución del espacio público es una acción legítima de la administración, que si bien afecta a los particulares, es una expresión de la prevalencia del interés general sobre el particular. Resaltó el deber del Estado de proteger el espacio público y de recuperar las zonas que han sido ilegítimamente tomadas por particulares. También señaló que para adoptar esta medida es necesario adelantar un proceso administrativo que reconozca las garantías de los afectados y que dicho procedimiento le fue respetado a la accionante y a las empresas que representa. Finalmente, afirmó que en este caso no se observaba que pudiera ocurrir un daño irremediable pues las pretensiones de la accionante tenían un sentido económico, los cuales no eran reclamables por vía de tutela.

3.2 Impugnación.

Ante este fallo la accionante impugnó la decisión reiterando su argumentando anterior y adicionando que el informe de la DIMAR no resulta veraz por cuanto su predio se encuentra a 850 metros de la playa, por lo que no es sensato pensar que se trata de un terreno de

bajamar. Así mismo, señaló que todo el procedimiento se trata de un acto de persecución en su contra que tiene como propósito arrebatárles el bien para entregárselo en concesión a una empresa privada. Igualmente destacó que si bien varios predios se encuentran en su misma situación sólo el que pertenece a las empresas que ella representa han sido afectados con la medida. Por todo esto, manifestó que: “La tutela que estoy presentando en busca de protección transitoria de suspensión de la resolución No. 066 de la Alcaldía de Cartagena y su Acto administrativo No 70 de fecha 29 de abril de 2010, en aras de evitar el desalojo por vías de la fuerza como mecanismo provisional mientras se adelanta la Demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho”⁸

3.3 El Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cartagena del 25 de octubre de 2010 resolvió la impugnación confirmando el fallo anterior. Para adoptar esta decisión señaló que esta acción no cumplía con el principio de subsidiaridad, por cuanto la accionante y sus representados cuentan con otros mecanismos judiciales para buscar debatir la licitud de los actos administrativos atacados. Adicionalmente, indicó que no se está vulnerando el mínimo vital de la accionante y, por tanto, no se evidencia que exista la posibilidad real de una afectación irremediable en sus derechos fundamentales. Sin más argumentación confirmó la sentencia de primera instancia.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para la revisión del presente caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto del 25 de febrero de 2011 de la Sala de Selección de Tutela Número Dos de la Corte Constitucional.

2. Problema de constitucionalidad

En el caso bajo estudio, la actora acude a la acción de tutela para que se dejen sin efecto los actos administrativos expedidos por autoridades locales del Distrito Cultural y Turístico de Cartagena de Indias, mediante los cuales se ordenó la restitución del predio el Viviano del que ella es tenedora, y que, a su juicio, resultan violatorios de los derechos al trabajo y al debido trabajo.

Conforme con el propósito que persigue la solicitud de amparo constitucional, lo primero que debe establecer la Corte en esta causa, es si resulta procedente la acción de tutela para controvertir los referidos actos, o si, por el contrario, para tales efectos la actora cuenta con otros mecanismo de defensa judicial, eficaces e idóneos.

Para abordar este problema jurídico la Sala (i) reiterará las reglas de procedencia de la acción de tutela y (ii) los analizará frente al caso concreto.

3. Procedencia de la acción de tutela. Reiteración Jurisprudencial.

3.1. Temeridad

3.1.1. El artículo 38 del decreto 2591 de 19919 señala que: “Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”.

En desarrollo de esta normatividad, la Corte ha reiterado en abundante jurisprudencia¹⁰ que no se puede pasar “por alto aquellas situaciones que contribuyan al abuso desmesurado y al desbordamiento de la tutela para el ejercicio indebido de la misma por parte de quienes con propósitos distintos a la eficaz protección de los derechos constitucionales fundamentales de las personas la utilizan para fines lucrativos o para obtener pronunciamientos inadecuados, cuando existen otros medios idóneos de defensa judiciales. En estos eventos se deberán aplicar las sanciones previstas en la ley a quienes actúen contrariando los principios que encarnan dicha institución, obrando con temeridad o mala fe. Solo así podrá garantizarse la eficacia de la acción de tutela y su naturaleza excepcional y extraordinaria”¹¹.

La señora Nubia Salazar Urueña interpuso una acción de tutela contra la DIMAR, la Alcaldía Distrital de Cartagena y la Alcaldía Local número 2, en la cual pretendía que se le protegiera el derecho al debido proceso por cuanto no se le había notificado en las 48 horas una decisión adoptada en medio del proceso de policía, por lo que solicitó se declarara la nulidad de todo lo actuado en el proceso desde el 15 de enero de 2001. Mediante sentencia de tutela del 03 de marzo de 2010, la Sala de decisión número dos del Tribunal Administrativo de Bolívar, resolvió dicha demanda. No obstante, no se observa que exista temeridad: (i) porque con posterioridad a la interposición de esta tutela ocurrió un hecho nuevo como la expedición

de la Resolución No. 70 del 29 de abril de 2010 y, (ii) porque las pretensiones son radicalmente distintas, mientras en la primera se solicitaba la nulidad de todo lo actuado, en la actual se persigue la suspensión provisional de la resolución que contempla la medida mientras se busca la nulidad de los actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa.

Por todo lo anterior la Sala determina que no existe temeridad en la interposición de la presente acción de tutela y, por tanto, en lo que toca con este aspecto, es procedente su análisis de fondo.

3.2. Subsidiariedad de la tutela

3.2.1 La Constitución Política de Colombia prescribe sobre la acción de tutela: “artículo 86: (...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Así las cosas, esta acción es de carácter excepcional y subsidiaria. Esto es, únicamente procede cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial o, en el evento en el cual, a pesar de existir el medio de defensa, este no resulte idóneo para la protección del derecho y se hace necesaria la adopción de una medida transitoria que evite la ocurrencia de un daño irremediable. En este sentido, la Corte Constitucional ha precisado en abundante jurisprudencia que “cuando el juez de tutela deba decidir en relación con la vulneración o amenaza de un derecho fundamental habrá de verificar si existe o no otro medio de defensa judicial ante el cual pueda ventilarse el conflicto.”¹⁴

Este precepto constitucional ha sido desarrollado en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991¹⁵, en el cual se reitera la improcedencia de la tutela en aquellos casos en que existan otros medios de defensa judicial de los cuales pueda hacer uso el accionante.¹⁶ En este sentido, la Corte Constitucional ha reiterado en múltiples oportunidades que en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser, en principio, resueltos por las vías ordinarias, tanto jurisdiccionales y administrativas, y sólo es posible la procedencia de la acción de tutela cuando las mencionadas vías no existan o no resulten adecuadas para proteger los derechos del recurrente.¹⁷

Esta restricción a la protección por vía de tutela no resulta sin fundamento o simplemente caprichosa. En realidad, tiene el objetivo de salvaguardar las competencias atribuidas por la Constitución y la ley a las diferentes autoridades judiciales. De esta forma, se garantizan la independencia judicial y uno de los fundamentos del derecho al debido proceso, como es la aplicación de los procedimientos establecido para cada caso.

3.2.2 De manera específica, la jurisprudencia de la Corte ha hecho referencia a la procedibilidad de la tutela contra los actos administrativos¹⁸. En este sentido, como regla general se ha señalado que no es la acción de tutela la adecuada para discutirlos. Son más apropiados los procedimientos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.¹⁹ En principio, es esta jurisdicción la llamada a estudiar y resolver los conflictos que se originen con ocasión de la expedición de un acto administrativo. Así pues, por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que puedan ser vulnerados con ocasión de la expedición de un acto administrativo, toda vez que existen otros mecanismos judiciales para buscar su defensa.

No obstante, esta Corporación ha indicado que este no resulta un principio absoluto y, por tanto, ha creado excepciones claras y específicas, en las cuales procede la tutela como mecanismo transitorio, a saber²⁰:

- (i) si las vías ordinarias no resultan eficaces para restablecer el derecho,
- (ii) si se hace necesaria la intervención inmediata del juez constitucional para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

3.2.3 Así las cosas, de acuerdo con la primera, es posible la protección por vía de tutela cuando el mecanismo judicial alternativo no resulta eficaz para la protección de derechos. La Corte ha precisado esta regla manifestado que:

“La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral, en este caso, es procedente conceder la tutela de manera

directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos fundamentales”²¹.

La segunda excepción hace referencia a los casos en que el accionante logra demostrar la ocurrencia de un perjuicio irremediable y, por tanto, procede esta acción como mecanismo transitorio de protección²². Sobre este punto esta Corporación ha indicado “(...) (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”²³.

3.4 En suma, está jurisprudencialmente establecido que la acción de tutela sólo procede cuando no existen mecanismos judiciales alternos de defensa. Igualmente, que este principio tiene dos excepciones, la primera, se refiere a la necesidad de que la vía judicial ordinaria sea ineficaz para la protección del derecho y, la segunda, cuando existe la proximidad de un daño irremediable para el actor²⁴.

4. Caso concreto

4.1 Para iniciar el análisis concreto del asunto debe la Sala entrar a determinar si la accionante tiene mecanismos judiciales adecuados diferentes a la acción de tutela para buscar debatir los actos administrativos que en su sentir vulneran sus derechos. Al respecto hay que señalar que la acción de tutela no es el único medio de defensa judicial que posee la accionante y las empresas que representa para la protección de sus derechos. En efecto, la actora puede recurrir a la jurisdicción de lo contencioso administrativa y, de manera concreta, a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 Código Contencioso Administrativo ‘CCA’). La ley determina que esta acción es la adecuada para atacar los actos administrativos de contenido particular y concreto logrando la reparación del ciudadano afectado. Podría argumentarse que en virtud del artículo 82 de código contencioso administrativo, esa vía no es la adecuada por cuanto la norma señala que “[l]a jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley”. No obstante, en el caso que nos ocupa existe norma especial habilitante pues el artículo 67 de la ley 9 de 1989 prescribe que cuando los alcaldes

adopten medidas de restitución del espacio público estos actos pueden ser demandados “en primera instancia ante los Tribunales Administrativos, y en segunda instancia ante el Consejo de Estado”.

4.2 Esta Corporación ha indicado que, derivado del art. 82 CCA, en ciertas ocasiones los procesos policivos escapan a la jurisdicción contencioso administrativa y, por tanto, es posible la procedencia de la tutela. Esta posición fue tempranamente establecida en la sentencia T-149/98, en la cual se manifestó que:

“Esta consagrado en la legislación (art. 82 C.C.A.), y así lo ha admitido la doctrina y la jurisprudencia de que cuando se trata de procesos policivos para amparar la posesión, la tenencia o una servidumbre, las autoridades de policía ejercen función jurisdiccional y las providencias que dicten son actos jurisdiccionales, excluidos del control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y no actos administrativos.” (Subrayado fuera de texto)

4.3 Sin embargo, la Corte también ha señalado que cuando se trata específicamente de procesos policivos que buscan recuperar el espacio público, los actos administrativos proferidos en transcurso de ese proceso sí están sujetos al control por la jurisdicción contencioso administrativa²⁵:

“No se debe olvidar que la finalidad del proceso policivo, en la restitución del espacio público, es la rápida y efectiva defensa de los bienes de uso público, lo que explica su carácter breve, sumario y la remisión de las partes al proceso contencioso administrativo como escenario donde se pueden plantear las irregularidades que pudieran presentarse en el curso y decisión del proceso policivo” ²⁶.

4.4 De manera más específica, la jurisprudencia de la Corte señala, en punto al artículo 67 de la Ley 9 de 1989, que los actos administrativos proferidos por los alcaldes dentro de los procesos policivos que apuntan a la restitución del espacio público pueden ser atacados en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Al respecto expresamente ha indicado que:

Así, el control de legalidad de estos actos administrativos es realizado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo²⁷. Lo anterior se confirma con lo previsto en el artículo 67 de la Ley 9 de 1989²⁸, cuando establece que los

actos de los alcaldes referidos a las sanciones por ocupación de bienes de uso público, pueden ser demandados ante dicha jurisdicción.

En consecuencia, las decisiones tomadas en juicios policivos de restitución de bienes de uso público, pueden ser demandadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”²⁹.

De tal suerte, que si la accionante desea atacar a las resoluciones de la alcaldía, o cualquiera de los actos administrativos que los fundamentan, cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o la de simple nulidad, por habilitación expresa de la ley 9ª de 1989, y de la jurisprudencia de esta Corte. Esta tesis no resulta extraña para la accionante, por cuanto, por lo menos en tres oportunidades³⁰, dentro del expediente sostuvo que presentaba la acción de tutela como medida transitoria mientras se tomaba una decisión definitiva en la jurisdicción contencioso administrativa.

4.5 En este orden de ideas, siendo el asunto bajo examen un caso en el cual un alcalde local por delegación del alcalde mayor del Distrito de Cartagena de Indias, adelantó un proceso de policía tendiente a recuperar el espacio público, la Sala puede establecer que la accionante y las empresas que representa tienen otros medios judiciales para buscar la protección de su derecho y, por tanto, en principio, no cumplen con el requerimiento de subsidiariedad de la acción de tutela.

4.6 Seguido a esto, debe determinarse si en este caso se configura alguna de las excepciones que la jurisprudencia constitucional le ha planteado al principio de subsidiariedad, para que sea procedente un amparo transitorio, esto es: (i) que los mecanismos de defensa no sean eficaces para la protección del derecho y (ii) que la inminencia de un daño irreparable que justifique la protección transitoria por vía de tutela.

4.6.1 Así las cosas, primero hay que analizar si existe por lo menos una vía judicial idónea para que la accionante pueda buscar la protección de sus derechos. En este sentido, el Código Contencioso Administrativo en el Art. 85 señala que:

“Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que

le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pago indebidamente”.

Como se observa, la ley prevé que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es adecuada para lograr: (i) la declaratoria de nulidad de un acto administrativo cuando este ha sido expedido con violación del ordenamiento jurídico y (ii) la reparación de daño causado por dicho acto. La finalidad de esta acción es que una persona que ha sido lesionada con un acto administrativo pueda solicitar en defensa de su interés particular y concreto ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, “además de la nulidad del mismo por ser contrario a las normas superiores, que se le restablezca en su derecho conculcado, desconocido o menoscabado por aquel”³¹. El procedimiento en el contencioso administrativo resultaría mucho más adecuado que la tutela, por cuanto, los espacios probatorios y de debate son mucho más amplios, para poder determinar cuál de los informes técnicos resulta más digno de crédito o para entrar a debatir los linderos del predio o cual realmente es el área de bajamar. En desarrollo de este procedimiento la accionante podría solicitar la suspensión provisional de la medida de acuerdo con lo previsto en el CCA artículo 152:

“Procedencia de la Suspensión: El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.
2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.
3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor”.

Adicionalmente, la accionante puede buscar que se indemnicen los eventuales daños ilegítimos que le haya causado la medida. Por lo cual, la actora puede buscar la reparación de los posibles daños que sufran las empresas que representa con la implementación de los actos administrativos aquí debatidos. Por lo tanto, esta acción es adecuada para buscar la

protección que persigue la accionante, siendo posible solicitar: (i) la nulidad de los actos administrativos, (ii) la suspensión provisional de la ejecución de los mismos y (iii) la reparación de los eventuales perjuicios que le genere la medida.

Ahora, si de lo que se trata es debatir sobre el derecho de dominio del bien, la accionante y sus representados pueden acudir al proceso de pertenencia regulado por el Código de Procedimiento Civil, en el cual existen los espacios probatorios y de debate para discutir la validez y legitimidad de títulos de dominio y posesión. Por todo esto, la Sala determina que la accionante cuenta con otras vías judiciales adecuadas para discutir la licitud de los actos administrativos.

4.6.2 Sólo resta analizar si es necesaria la intervención de juez constitucional con el propósito de evitar un daño irremediable sobre los derechos de la actora. Si bien la aplicación de la medida policiva le genera un daño a la accionante, éste no resulta ser irremediable en cuanto su contenido es esencialmente económico. Efectivamente, la accionante persigue con su solicitud evitar que se suspenda la actividad económica que se desarrolla en el predio por las empresas que representa, lo que implica que cualquier perjuicio que sufra puede ser resarcido por los mecanismos legales existentes para el efecto. Esta idea se refuerza con el hecho de que el predio estaba destinado a una actividad productiva y no para vivienda. Igualmente, no existe evidencia en el expediente de que con la adopción inmediata de la medida se le esté vulnerando el derecho al mínimo vital a la accionante. Por lo cual, para la Sala es claro que no es necesaria la adopción de una medida transitoria para evitar la ocurrencia de un daño irremediable.

Por todo lo anteriormente expuesto, la Sala Segunda de Revisión llega a la conclusión que la presente acción de tutela es improcedente.

5. Razón de la decisión.

La Sala pudo verificar que la accionante y las empresas que representa cuentan con otras vías judiciales para buscar la protección de sus derechos, toda vez que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta adecuada para buscar la nulidad de los actos administrativos, la suspensión de su ejecución y la reparación de los eventuales daños. Así mismo, se pudo comprobar que no se cumplen ninguna de las dos hipótesis que permiten la intervención de juez de tutela como medida transitoria pues: (i) se pudo determinar que la

acción antes mencionada ofrece una solución integral para la situación debatida y (ii) no se observa la posibilidad de ningún daño irremediable pues el contenido del asunto es primordialmente económico.

Por este motivo, sentencia del Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cartagena del 25 de octubre de 2010 que confirmó un el fallo de Juzgado Noveno Civil Municipal de Cartagena del 18 de agosto de 2010 y, en su lugar, declarará improcedente la presente acción de tutela

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela presentada por Nubia Salazar Urueña contra el Distrito Cultural y Turístico de Cartagena de Indias, la Alcaldía Local Número Dos Virgen y Turística de Cartagena y la Dirección General Marítima y, en consecuencia, CONFIRMAR por las razones aquí expuestas, la sentencia del Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cartagena del 25 de octubre de 2010 que a su vez confirmó el fallo de Juzgado Noveno Civil Municipal de Cartagena del 18 de agosto de 2010.

Segundo.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Acción de tutela presentada el 06 de agosto de 2010. Folios 1-6 del cuaderno 1 del expediente.

2 “Por el cual se ordena la restitución de un bien de uso público”

3 Ver folio 26 del cuaderno 1 del expediente

4 Ver folio 282-87 del cuaderno 1 del expediente

5 Ver folios 310-313 del cuaderno 1 del expediente

6 Ver folios 358-357 del cuaderno 1 del expediente

7 Ver folio 359 del cuaderno 1 del expediente

8 Ver folio 459 del cuaderno principal del expediente

9 “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

10 Al respecto se puede consultar entre muchas otras: T-883/00, T-502/03, T-583/06, T-939/06, T-981/06, T-242/08, T-1103/08, T-1204/08, T-1233/08, T-759/08, T-560/09.

11 T-080/98.

12 Ver sentencia T-433/06 “Desde el punto de vista de los supuestos que el juez constitucional debe verificar para declarar la configuración de la temeridad, han de tenerse en cuenta tres requisitos determinantes. (i) Que exista identidad en los procesos, lo cual significa que el proceso fallado con antelación y el proceso propuesto al juez tienen una “triple identidad”, esto es, en ambos se identifican las mismas partes, la misma solicitud y las mismas razones de dicha solicitud. (ii) Que el caso no sea un caso excepcional explícitamente determinado por la ley y/o la jurisprudencia, como uno que no configura

temeridad. Esto es, casos frente a los cuales se ha autorizado la procedencia del proceso propuesto a pesar del fallo anterior con el cual guarda identidad. Y (iii) que de presentarse una demanda de tutela que pretenda ser distinta a una anterior con la que guarda identidad, a partir de una argumentación diferente, se demuestre por parte del juez que el proceso propuesto y la tutela anterior se reducen a unas mismas partes, una misma solicitud y unas mismas razones". Igualmente se pueden consultar, entre otras: T-919/03 y T-184/04

13 Ver T- 149/95 y T-433/06.

14 Ver T-432/02.

15 Decreto 2591 Art. 6o. Causales de improcedencia de la acción de tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

16 Con relación a la procedencia de la acción de tutela, previo el agotamiento de los recursos de defensa judicial extraordinarios, en la sentencia T-541 de 2006, la Corte sostuvo: "En un principio, la jurisprudencia de la Corte entendía que quedaban agotados los medios judiciales cuando el peticionario había interpuesto los recursos ordinarios (reposición, apelación, nulidad). Sin embargo, con el fin de reforzar el carácter subsidiario de la acción de tutela, así como el papel del juez ordinario como defensor de los derechos fundamentales, hace algunos años la Corte comenzó la elaboración de una doctrina, -hoy jurisprudencia consistente y reiterada-, en el sentido de exigir, como requisito de procedencia de la acción, el agotamiento de todos los mecanismos de defensa previstos, ya sean ordinarios o extraordinarios (Esta regla general cuenta con muy pocas excepciones referidas a la defensa de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección que se encontraban absoluta y radicalmente imposibilitados para interponer oportunamente los recursos ordinarios de defensa y siempre que la afectación del derecho resulte desproporcionada respecto de la defensa de la importante garantía procesal que acá se comenta. Al respecto, pueden consultarse entre otras, las sentencias T-329/96; T-573/97; T-654/98; T-289/03.)."

17 SU-037/09, T-070/97, T-167/05, T-642/07, T-807/07, T-864/07, T-213/08, T-363/08, T-404/08, T-413/08, T-421/08, T-609/08, T-773/08, T-809/08, T-297/09, T-530/09, T-598/09, T-624/09, T-632/09, T-629/09, T-799/09, T-858/09, T-165/10

18 "... Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición."¹⁸

19 Ver entre otras T-600/02, T- 771/04 y T.199/08.

20 T-199/08 que reitera la T-467/06.

21 Véase, entre otras, las sentencias SU-961 de 1999 y T-033 de 2002.

22 C-1436 de 2000

24 Al respecto puede consultarse la T-514/03: "La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo."

25 En el mismo sentido se puede consultar el concepto del Consejo de Estado 1089 de 1998 del 26 de marzo de 1998: "las decisiones que se profieran en ejercicio de poderes de policía -

aquellas medidas jurídicas tendientes a preservar el orden, la tranquilidad, la seguridad, la salubridad y las condiciones económicas de convivencia social -, necesariamente están sujetas a control jurisdiccional, como todos los actos administrativos. La excepción la constituyen los actos de mero trámite que no pongan término al procedimiento administrativo, así como las providencias dictadas en juicios de policía de carácter penal o civil, los que no son objeto de control jurisdiccional conforme al artículo 82, inciso tercero, del Código Contencioso Administrativo, siempre que sean regulados directa y exclusivamente por la ley y tengan carácter paralelo o semejante a las sentencias, que esta Corporación ha denominado “parajurisdiccional”. Como consecuencia, los procesos de restitución de bienes de uso público son administrativos y no civiles, pudiendo ser demandados sus actos ante los órganos competentes de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (consulta 425/92).

Igualmente, esta Sala sostuvo en otra oportunidad (consulta 355/90), que la obligación atribuida a los alcaldes por el artículo 132 del Código Nacional de Policía para disponer la restitución de los bienes de uso público (“como vías públicas urbanas o rurales o zonas para el paso de trenes”) que han sido ocupados por particulares, es una función eminentemente policiva que cumplen en su condición de jefes de la administración municipal. Agregó que su finalidad consiste en devolver a la sociedad el derecho al uso y goce común de dichos bienes, como que restituir equivale a restablecer o poner una cosa en el estado que antes tenía y, por tanto, el ejercicio de aquella función de policía restringe la actividad de los individuos en procura del bienestar general.”

26 T-545/01. En esta sentencia la Corte estudió un caso en el que un conjunto residencial había cercado un terreno de uso público por motivos de seguridad y la Alcaldía Municipal inició un proceso policivo de restitución de bien de uso público.

27 “ARTICULO 85. ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pago indebidamente”.

28 “ARTICULO 67. Los actos de los Alcaldes y del Intendente a los cuales se refiere el artículo anterior, así como aquellos mediante los cuales se ordene la suspensión de obra, y la

restitución de vías públicas de que trata el Código Nacional de Policía, serán susceptibles de las acciones contencioso - administrativas previstas en el respectivo código, en primera instancia ante los Tribunales Administrativos, y en segunda instancia ante el Consejo de Estado. Estas acciones no suspenderán los efectos de los actos administrativos demandados, salvo el caso de la suspensión provisional”.

Y el numeral segundo del artículo 66 de esta misma Ley establece lo siguiente:

ARTICULO 66. SANCIONES URBANISTICAS. Las infracciones urbanísticas darán lugar a la aplicación de las sanciones a los responsables que a continuación se determina, por parte de los alcaldes municipales y distritales, el gobernador del departamento de San Andrés y Providencia o el funcionario que reciba la delegación, quienes las graduarán de acuerdo con la gravedad y magnitud de la infracción y la reiteración o reincidencia en la falta, si tales conductas se presentaren:

2. Multas sucesivas que oscilarán entre doce (12) y veinticinco (25) salarios diarios vigentes por metro cuadrado de intervención u ocupación, sin que en ningún caso la multa supere los cuatrocientos (400) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para quienes intervengan u ocupen, con cualquier tipo de amoblamiento, instalaciones o construcciones, los parques públicos zonas verdes y demás bienes de uso público, o los encierren sin la debida autorización de las autoridades encargadas del control del espacio público, además de la demolición de la construcción o cerramiento y la suspensión de servicios públicos domiciliarios, de conformidad con lo señalado en la Ley 142 de 1994. Esta autorización podrá concederse únicamente para los parques y zonas verdes por razones de seguridad, siempre y cuando la transparencia del cerramiento sea de un 90% como mínimo, de suerte que se garantice a la ciudadanía el disfrute visual de los parques o zonas verdes y que no se vulnere su destinación al uso de común”.

29 Ver sentencia T-210/10

30 Ver folios 25, 454 y 459 del cuaderno 1 del expediente.

31 T-199/97.