

Sentencia No. T-565/92

REVISION FALLO DE TUTELA-Objeto

Esta Corporación no se ocupa del examen de las controversias de orden legal y contractual o de derechos litigiosos que aparecen planteadas por el peticionario; esta revisión, aun cuando se detiene en el examen del conjunto de los hechos del caso planteado, no aborda las precisas cuestiones propias de las cláusulas contractuales, pues, se trata de verificar si existe o no violación al derecho constitucional al Debido Proceso Administrativo, en lo que hace a las mencionadas actuaciones de una autoridad pública y no a la resolución judicial de aquellas controversias de contenido patrimonial.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

En lo que hace a las actuaciones administrativas, no existe violación al Derecho Constitucional Fundamental al debido proceso administrativo, ya que los actos en los que se manifiesta la voluntad de la administración fueron proferidos cumpliendo las formalidades a ellos exigidas, como son las de la publicidad y la contradicción. En efecto, al peticionario no se le ocultó la actuación y se le dió la oportunidad de ser oído y vencido en la misma por virtud del ejercicio de los recursos correspondientes en vía gubernativa y señalados por la ley. Los reclamos ordinarios sobre los vicios internos de la legalidad de los actos administrativos se deben hacer o ante autoridades administrativas por virtud del ejercicio de los recursos en vía gubernativa y dentro de los términos señalados, o ante los jueces de lo contencioso-administrativo según sus competencias.

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Improcedencia

No existe violación alguna a Derecho Constitucional Fundamental alguno y que tenga carácter de irremediable; para remover en este caso las actuaciones supuestamente irregulares de la administración el peticionario cuenta con las acciones contencioso administrativas correspondientes y allí puede reclamar, si es del caso, todas las reparaciones e indemnizaciones que resulten y si se le causó algún perjuicio se le puede remediar conforme a los derechos de que es o resulte titular.

REF.: Expediente No. T-3407

Acción de Tutela contra unas actuaciones del Señor Alcalde Mayor de Cartagena.

Peticionario:

CASINO TURISTICO DE CARTAGENA

Magistrados:

Dr. FABIO MORON DIAZ

-Ponente-

Dr. SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Dr. JAIME SANIN GREIFFENSTEIN

Santafé de Bogotá, D.C., Octubre veintitres (23) de mil novecientos noventa y dos (1992).

La Sala de Revisión en asuntos de tutela, integrada por los señores Magistrados SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JAIME SANIN GREIFFENSTEIN y FABIO MORON DIAZ, previo estudio del Magistrado Ponente, resuelve sobre las sentencias relacionadas con la acción de la referencia, proferidas por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cartagena y por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena -Sala Civil-.

I. ANTECEDENTES

A. La Petición

I. El señor JOSE CARLOS BARBIERI GONZALEZ, en su propio nombre y como Gerente de la Sociedad "Casino Turístico de Cartagena Ltda", confirió poder al doctor JULIO ALBERTO TORRENTE TORRENTE, quien en ejercicio del mismo, el día 4 de marzo de mil novecientos noventa y dos, presentó ante el Juzgado Civil del Circuito de Reparto de Cartagena (Bolívar), escrito mediante el cual ejerció Acción de Tutela como "mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable", en contra del señor Alcalde de esa ciudad, Dr. NICOLAS CURI VERGARA con el fin de que se ordene la reapertura del mencionada casino y se apliquen al

burgomaestre las sanciones disciplinarias previstas para el caso de renuencia.

En memorial presentado el 12 de marzo ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito, despacho al que por reparto correspondió conocer de la acción ejercida, el apoderado judicial del peticionario amplió y precisó la queja formulada y sus pretensiones, y reiteró su pedimento en el sentido de que “el señor Juez ordene abrir el CASINO de inmediato, dándole al contratista JOSE CARLOS BARBIERI GONZALEZ y al CASINO TURISTICO DE CARTAGENA LIMITADA el término hasta de cuatro (4) meses registrado en el decreto dicho, para que recurran al Contencioso administrativo, pues hay todavía pendiente algunos pasos en la VIA GUBERNATIVA, si es que el señor Alcalde les permite; y que, presentado libelo de demanda ante el Contencioso, el CASINO CONTINUE ABIERTO MIENTRAS DURE EL PROCESO, y se definan los derechos en sentencia”.

a) Desde el 27 de junio de 1964 la Alcaldía de Cartagena otorgó concesión al señor JOSE CARLOS BARBIERI GONZALEZ, en su propio nombre y en representación de la SOCIEDAD CASINO TURISTICO DE CARTAGENA LTDA, para el montaje y explotación de un casino Turístico en esa ciudad, para el desarrollo de las actividades convenidas por las partes.

b) La concesión fue adjudicada por licitación, y mediante documento público se hizo una renovación por el término de diez (10) años contados a partir del 16 de agosto de 1981; además, se precisaron las cláusulas que regirán el nuevo acuerdo suscrito el 4 de mayo de 1979, habiéndose pactado que el concesionario podía solicitar con antelación de seis (6) meses al vencimiento, la ampliación del término de diez (10) años por otro igual, sometiéndose la petición a la consideración y aceptación del Municipio y a los trámites legales para entonces vigentes.

c) El 10. de agosto de 1991 el señor BARBIERI GONZALEZ solicitó al Alcalde Mayor de Cartagena la prórroga o renovación de concesión por diez (10) años más, a partir del 16 de agosto, y pidió se le notificara antes del vencimiento y en fecha prudencial cualquier decisión que se tomara al respecto.

d) Mediante oficio No. 3527 fechado el 15 de agosto de 1991, el señor Alcalde Mayor de Cartagena despachó desfavorablemente la solicitud del señor BARBIERI GONZALEZ negada la prórroga que consideró improcedente por cuanto para la fecha carecía de facultades legales dado que las otorgadas por el Concejo Distrital habían vencido el 31 de julio de 1991; adujo

también que la solicitud de renovación fue presentada en forma extemporánea.

- Contra el oficio No. 3527 el señor Barbieri González interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación alegando entre otras cosas la inconsistencia e inexistencia de los Acuerdos 3 y 14 de los cuales pretendió derivar el Alcalde su carencia de facultades, y la supuesta nulidad del contrato de concesión celebrado entre el Alcalde como representante legal del Distrito de Cartagena y la SOCIEDAD INVERSORA CASINO ROYAL LTDA; contrato que aparece celebrado el 31 de mayo de 1991 y autenticado ante notario el 5 de junio del mismo año, con término de duración de 10 años, a partir del 17 de agosto de 1991.

- Mediante Resolución número 1658 calendada el 5 de septiembre de 1991 el alcalde no accedió al recurso de reposición interpuesto y negó la apelación para ante el Gobernador del Departamento por improcedente, dando de ese modo por agotada la vía gubernativa. Ante esta situación BARBIERI GONZALEZ recurre en queja ante el Gobernador en procura de que este funcionario le conceda la apelación. La resolución No. 4231 de 18 de diciembre de 1991 da cuenta de que el Gobernador se declaró sin competencia e inhibido para resolver, por no ser superior jerárquico del Alcalde.

- Estando en trámite el “recurso de queja”, el Alcalde expidió la resolución No. 1818 de 10. de octubre de 1991 en la que considera terminado el contrato suscrito con JOSE CARLOS BARBIERI GONZALEZ y CASINO TURISTICO DE CARTAGENA y al mismo tiempo ordena el cierre del CASINO, concediéndole al afectado un término de tres (3) días para proceder por sí mismo al cierre y advirtiéndole que en caso de no hacerlo se procedería al cierre “por parte del Inspector de Policía de la comuna No. Uno (1) y para lo cual desde ya se le comisiona”.

- Contra la resolución No. 1818 el señor BARBIERI GONZALEZ interpuso recurso de reposición alegando ser contradictoria, no haberse observado en su totalidad en procedimiento administrativo, adolecer de falsa motivación y fundamento, por que encontrándose pendiente de resolución el recurso de queja, según el artículo 63 del Código Contencioso Administrativo la vía gubernativa no se cierra sino cuando el auto que resuelva los recursos interpuestos quede en firme.

- La reposición anterior fue despachada desfavorablemente mediante resolución 2218 de diciembre 2 de 1991. Un día antes de la desfijación del edicto, el afectado presentó escrito solicitando el trámite de un incidente de nulidad con base en la pérdida de

competencia del Alcalde desde el 16 de septiembre de 1991 fecha en la que se recurrió en queja ante el Gobernador del Departamento.

- En memorial presentado el 15 de enero de 1992, el señor BARBIERI GONZALEZ manifiesta que el Casino Turístico de Cartagena cerrará sus puertas el 27 de enero. El 2 de marzo, insiste en la nulidad invocada, y a su vez el alcalde mediante oficio 939 de 5 de marzo del año en curso le hace saber que la etapa gubernativa se encuentra agotada y que la nulidad invocada carece de fundamento.
- Agrega el accionante que la precipitud y forma subrepticia como actuó el alcalde se debió al afán de favorecer a la Compañía INVERSORA CASINO ROYAL LIMITADA, de la cual es socio el señor VICTOR GEDEON GUIAYS quien es a su vez socio del Alcalde en la Compañía Camaronera del Caribe S.A.

B. EL DERECHO CONSTITUCIONAL QUE SE CONSIDERA VIOLADO

Estiman los accionantes que se violaron los derechos al debido proceso y de defensa contemplados en el artículo 29 de la Carta por cuanto se despojo de la prórroga del contrato al Casino Turístico de Cartagena, sin mediar previa licitación, omitiendo la notificación al concesionario y la publicación del acto administrativo mediante el cual se contrató con un concesionario diferente al que venía ejerciendo el derecho desde hacía 35 años; además, ni la declaratoria de caducidad del contrato, ni el cambio de las reglas se comunicaron al concesionario, a todo lo cual se suma la orden de cierre y a la materialización de la misma cuando aún no estaba ejecutoriada la resolución que lo ordenaba y al haberse adelantado la actuación careciendo en virtud de la interposición de un recurso de queja, de competencia para ello, desconociéndose así claras normas tanto del Código Contencioso Administrativo como del Código de Procedimiento Civil.

C. LA SENTENCIA QUE SE REVISA

a) La Decisión

El 16 de marzo de 1992, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cartagena resolvió sobre la solicitud presentada y al efecto dispuso: “Tutelar transitoriamente el derecho fundamental del debido proceso del ciudadano JOSE CARLOS BARBIERI GONZALEZ, reconocido en el

artículo 29 de la Constitución Política y en consecuencia la resolución No. 1818 de Octubre 10. de 1991 dictada por el Alcalde le será inaplicable en cuanto a la orden de cierre del CASINO TURISTICO DE CARTAGENA LIMITADA. Deberá el Alcalde restablecer la apertura del Casino dentro de las 48 horas siguientes a la fecha de este fallo”. Además, el fallador de primera instancia precisó que “De conformidad con el inciso segundo del artículo 80. del Decreto 2591/91, este fallo permanecerá vigente durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción que llegue a ejercer el accionante. En todo caso deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir de este fallo”.

b. Las Consideraciones de Mérito

Para resolver en la forma como se indicó, el Juzgado tuvo en cuenta las siguientes consideraciones:

- Se configura en este caso la hipótesis del perjuicio irremediable porque “el Casino Turístico de Cartagena ha sido cerrado para siempre según los términos de la resolución de cierre, caso en el cual, el accionante sólo podría exigir, en el evento de que tuviera razón en sus pretensiones, una reparación en su integridad indemnizatoria. Como quiera que el accionante trata de evitar que se cumpla ese perjuicio irremediable, es admisible esta acción procediéndose en consecuencia a resolverla”.
- La orden del Alcalde, conforme a la cual “esa Sociedad sólo podrá ejercer la actividad contractual hasta el 16 de agosto de 1991” afecta intereses de terceros “y nada menos que a los trabajadores del casino, quienes, como se demuestra con el memorial respectivo, coadyuvaron en la petición de tutela (inciso segundo, artículo 13 Decreto 2591/91), y afectando dicha orden intereses de terceros, debió el Alcalde dar cumplimiento al artículo 15 del Código Contencioso Administrativo publicando el texto o un extracto de la petición en la publicación que para el efecto tuviera la entidad, o en un periódico de amplia circulación nacional o local, según el caso, el señor Alcalde no lo hizo así y en su actitud aparece dando la primera violación al debido proceso.”
- Mediante Resolución No. 1818 de Octubre 10. de 1991 el Alcalde ordenó el cierre del Casino y en el punto segundo concedió un término de tres días para proceder al cierre. En el punto tercero se advirtió sobre la procedencia de reposición ante el Alcalde Mayor, para cuya

interposición se contempló un término de cinco días a partir de la notificación, “es decir que muy a pesar de no quedar ejecutoriada tal resolución sino después de los cinco días que se tenían para interponer reposición, el punto segundo de la resolución constreñía al Casino Turístico al cierre a más tardar tres días después de la notificación de la resolución que así lo ordenó o por lo que es lo mismo, el cierre debería producirse antes de la ejecutoria de la resolución de cierre. He aquí la segunda violación del debido proceso por parte del Alcalde”.

- “... con la aprehensión del conocimiento del recurso de queja por parte del Gobernador, se presentaban dos situaciones: 1o. No quedaba agotada aún la vía gubernativa. 2o. Automáticamente el Alcalde perdía transitoriamente la jurisdicción sobre el asunto, al igual que la competencia sobre el mismo (Arts. 63 y 50 C.C.A.). Sin embargo, en ese interregno, el señor Alcalde, no obstante tener la competencia suspendida, produjo otros actos dentro del asunto, entre ellos, la resolución de cierre antes citada, o sea, la No. 1818 de Octubre 1o. /91 con clara violación de las normas citadas. Aquí se produjo la tercera violación al debido proceso”.

- También violó el debido proceso el Gobernador del Departamento porque el recurso de queja debió pedirle al Alcalde el expediente, conforme lo ordena el Artículo 50 del C.C.A., en vez de precipitarse a declararse inhibido so pretexto de no ser ya el superior jerárquico del Alcalde, argumento discutible si se tiene en cuenta el artículo 18 de la ley 78 de 1986 y el artículo 7 de la ley 49 de 1987, pues “encontramos en ellas la facultad de los Gobernadores para suspender a los Alcaldes de sus cargos, lo cual denota una superioridad jerárquica de los Gobernadores sobre los Alcaldes...”.

- “De otra parte, la resolución atacada y que culminó con el cierre del Casino Turístico, violó el principio de publicidad de los actos administrativos por cuanto el Alcalde al expedirla, debió dar estricto cumplimiento al artículo 46 del C.C.A., ordenando publicar en la forma ahí prevista, la parte resolutive de esa resolución. Al no hacerlo, incumplió una vez más el debido proceso, sobre todo si se tiene en cuenta que su decisión tocó derechos de terceros, el caso de los trabajadores, como antes se precisó.”

- El memorial mediante el cual se le solicitó al Alcalde la nulidad de lo actuado a partir del día 16 de septiembre de 1991 no fue resuelto; el oficio NO. 039 de 5 de marzo de 1992 en el que el Alcalde expresa que se encuentra agotada la vía gubernativa no hace ningún

pronunciamiento sobre la nulidad impetrada “facultando con ello al artículo 135 y siguientes del C. de P.C. esa omisión también llevó al Alcalde a faltar al debido proceso”.

d. La Impugnación

El señor Alcalde de Cartagena NICOLAS CURI VERGARA presentó oportunamente escrito de impugnación en el que hace un recuento de la actuación desarrollada por el despacho a su cargo para concluir que las solicitudes elevadas por el señor BARBIERI GONZALEZ fueron resueltas oportunamente, no habiéndose violado en forma alguna el derecho constitucional al Debido Proceso. Fundamenta esta aseveración en las razones que a continuación se resumen:

- “... las partes contratantes redactaron las cláusulas referentes al término, ampliación del mismo y su duración, y de ellas se desprende, que el contratista o concesionario tenía la facultad contractual de solicitar la ampliación o prórroga del contrato al Municipio, seis (6) meses antes de su vencimiento o terminación, o sea, que podía solicitarla hasta el quince (15) de febrero de 1991. Entonces si el concesionario o contratista no solicitó la mencionada ampliación o prórroga del contrato hasta el 15 de febrero de 1991, el Municipio de Cartagena, quedaba en completa libertad para contratar conforme a la ley, con cualquier otra persona distinta al Casino Turístico de Cartagena Ltda., o sea, que el contratista o concesionario tácitamente decía no ampliar o prorrogar el término de duración del contrato”; agrega el memorialista que el señor BARBIERI GONZALEZ por escrito presentado el 10. de agosto de 1991, “...catorce (14) días antes del vencimiento del contrato tantas veces mencionado, se dirigió al suscrito, en mi calidad de Alcalde Mayor de Cartagena de Indias, con el fin de solicitar la prórroga o renovación del contrato por el término de diez (10) años contados a partir del día 16 de agosto de 1991, y en cuyo escrito alegó estar dentro del término contractual para su petición, que según lo dicho y transcrito anteriormente, no es cierto, que estuviera para esa época dentro del término del contrato”. Pero si la solicitud o prórroga del contrato se hubiere solicitado antes del 15 de febrero de 1991 “el Municipio de Cartagena no estaba obligado a ampliar o prorrogar la duración de dicho contrato...”.
- Según el impugnante “el vencimiento de todos los contratos por expiración del término de duración de los mismos, ya sean civiles, comerciales, administrativos, o de cualquier otra índole, no tienen un procedimiento especial o legal para su terminación, sino que llegado su

vencimiento y no siendo prorrogado por voluntad de las partes, cesan los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas por dichas partes, en virtud del contrato”.

- “El contratista o concesionario tuvo conocimiento de la terminación del contrato administrativo que tenía celebrado, y por tanto tuvo conocimiento de la vía gubernativa respectiva, a partir del día 16 de agosto de 1991, y quedaba en completa libertad para iniciar la acción judicial correspondiente que estimare pertinente”.

- “Para el primero de agosto de 1991, el suscrito Alcalde no estaba facultado legalmente para ampliar o prorrogar los contratos vigentes para esa época”.

- Finalmente el memorialista estima que “si por la terminación del contrato administrativo aludido en este escrito, se generará perjuicios al contratista o concesionario, éste puede pedir la reparación del daño judicialmente, por la vía procesal que estimare pertinente, como bien lo afirmó anteriormente el Juzgado, y por tanto, no cabe por mandato legal la acción de tutela instaurada en este asunto”. Más adelante indica “pero si son perjuicios irremediables, tales daños no se pueden reparar, por que no tienen remedio mediante una indemnización, que es una situación completamente distinta a nuestro caso”.

En escrito dirigido al Tribunal Superior de Cartagena JULIO ALBERTO TORRENTE TORRENTE como apoderado de los accionantes dá respuesta al memorial de impugnación e insiste en los argumentos esgrimidos y aclara que “en esta TUTELA no se debate si los concesionarios tienen o no derecho a la prórroga. Esa es una materia que se ventilará en el Contencioso. Aquí se censura la falta al DEBIDO PROCESO, derecho fundamental previsto en nuestra Constitución, atropellado por el señor Alcalde al no darle a los antiguos concesionarios oportunidad de AUDIENCIA Y DEFENSA DE SUS INTERESES. Volviendo clandestino lo que debía ser PUBLICO, favoreció con una adjudicación relámpago a su consocio Don VICTOR GEDEON G., de “CAMARONES DEL CARIBE S.A.” “que comenzó como limitada, y quien es también socio de la INVERSORA CARIBE ROYAL LTDA.”.

E. LA DECISION DE SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil de Decisión, mediante sentencia del dieciocho (18) de Mayo de mil novecientos noventa y dos (1992) resolvió revocar el fallo de primera instancia; para arribar a tal conclusión analizó las tres etapas en

las cuales, según el peticionario se pudo presentar violación al debido proceso así:

- La primera etapa se refiere al trámite de la licitación y adjudicación del nuevo contrato de concesión. Encuentra el Tribunal que conforme a los acuerdos 3 y 4 el Alcalde estaba facultado para contratar con cualquier persona natural o jurídica hasta el 31 de julio de 1991, careciendo de tales facultades con posterioridad a esa fecha, por tal razón, el 31 de mayo de 1991 contrató con la sociedad INVERSORA CASINO ROYAL LTDA. señalando el 17 de agosto de ese año como fecha a partir de la cual empezaría a regir el nuevo contrato, respetándose de ese modo el celebrado con el accionante en tutela y que vencía el día inmediatamente anterior. La adjudicación de la concesión se hizo sin licitación, “como se había hecho en oportunidad anterior con la parte ahora reclamante...”. Los acuerdos 3 y 4 están revestidos de la presunción de legalidad y deberán acatarse mientras no haya decisión en contrario emanada de la jurisdicción contencioso administrativa. La presunta carencia de ética en la actuación del Alcalde no afecta la validez del contrato a falta de pronunciamiento de la jurisdicción competente. A lo anterior se agrega que los concesionarios anteriores no habían dado a conocer al burgomaestre su interés en la ampliación del término del contrato, no obstante que “tal querer debía manifestarse con seis (6) meses de antelación al vencimiento, es decir, a más tardar el dieciséis (16) de febrero de 1991... al no hacerse oportunamente esa manifestación, el Alcalde estaba en libertad de contratar con cualquier otra persona natural o jurídica que cumpliera con los requisitos establecidos...”. No se advierte violación al debido proceso.

- La segunda etapa tiene que ver con la no ampliación del término del contrato celebrado entre la Alcaldía de Cartagena de un lado y BARBIERI GONZALEZ y el CASINO TURISTICO DE CARTAGENA LTDA., de otro lado. Advierte el Tribunal que el contrato es de carácter administrativo “por contener cláusula de caducidad y haberse concebido bajo la vigencia del Decreto 150 de 1976...”; reitera que el concesionario no hizo uso oportuno del derecho a solicitar una ampliación del término, incumpliendo así una obligación contractual, “si por el contrario, el contratista hubiere cumplido con esa obligación convencional, la consideración de su solicitud por el Alcalde se imponía, antes de contratar con otra persona, aunque fuere discrecional del funcionario público acceder o no la novación, en cuanto al término negocial primigeniamente concertado.” Por lo expuesto, tal novación ya no podía tener lugar, pese a la petición extemporánea del concesionario accionante. Es evidente que el contrato terminó a la expiración del plazo estipulado “y así concluido, nadie puede invocar tal convención para

alegar derechos e imponer obligaciones; es decir, que llegado el plazo, ninguna cláusula del mismo puede ser alegada por los contratantes, para mantenerlo vivo e invocar derechos hacia el futuro, subsiguientes a la extinción legal.” Dada la extinción del contrato “no era menester declarar mediante resolución la caducidad”, como lo ha señalado el Consejo de Estado “la caducidad está establecida para poner término a un contrato, pero a un contrato en vida; por eso en cuanto al contrato cuyo plazo venció ya no procede ese tipo de acto separable, porque el órgano ejecutivo ya no tiene objeto sobre el cual ejercer la facultad de caducarlo. Hace notar la Sala que los medios de impugnación utilizados por el accionante fueron atendidos y decididos, sin que se haya configurando por este aspecto violación del debido proceso.

- La tercera etapa se relaciona con el acto administrativo por el que se ordena el cierre del Casino de la compañía Casino Turístico de Cartagena Ltda., por vencimiento del término contractual; sobre el particular indica el Tribunal que la resolución que ordenó el cierre no contiene contradicción alguna en su parte resolutive “porque indubitadamente se entiende “C...) que el término de tres (3) días para el cierre del Casino Turístico de Cartagena, contados desde el día siguiente a la notificación del acto administrativo, se otorgó directamente al señor JOSE CARLOS BARBIERI GONZALEZ para que procediera a hacerlo por sí mismo, como consecuencia de la terminación del contrato que le había otorgado el derecho de concesión a él y a la sociedad, y sólo en caso de desatención de la orden dada por la autoridad se pasaría al procedimiento coercitivo correspondiente, lo que por razones de simple lógica no podía ocurrir antes de la ejecutoria de la aludida Resolución”. Considera el Tribunal, que el trámite del recurso de queja ante el Gobernador no privaba al Alcalde de competencia para expedir la resolución ordenatoria del cierre “porque la denegación de la apelación tocaba con la actitud voluntaria y libre de éste de no ampliar el plazo de un contrato que terminó indefectiblemente por el fenecimiento del que se había acordado, en tanto que la orden de cierre, se concibe como una actuación administrativa autónoma e independiente de aquel debate, necesaria para evitar que el anterior concesionario..., continuará ejerciéndolo (el derecho) sin ya tenerlo. La presunta falta de competencia no implica el surgimiento de la nulidad procesal prevista en el ordinal 2o. del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil “porque un vicio de esa naturaleza sólo puede tener eclosión dentro de un proceso que se adelante ante la jurisdicción contencioso administrativa y no en actuaciones surtidas en la vía gubernativa, puesto que en este último evento rige el artículo 3o., parte final del inciso 5o. del C.C.A., según el cual ‘las nulidades que resulten de vicios de

procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo de oficio o a petición del interesado', y se infiere fácilmente que de haberse dado la situación de nulidad alegada por el accionante, ella estaría saneada, por referirse a un presunto vicio de procedimiento que dejó de existir una vez que la Gobernación determinó la improcedibilidad de la queja...".

- Finalmente advierte el Tribunal que no se vulneró el derecho al trabajo "ni a la parte ni a los terceros, porque la actuación del Alcalde se enmarcó dentro del DEBIDO PROCESO, como ha quedado visto, y, por lo demás, el señor BARBIERI GONZALEZ no podía contratar laboralmente trabajadores, o el (sic) menos no debía hacerlo, más allá del vencimiento del término del contrato (16 de agosto de 1991), porque la novación del plazo no dependía de su persona sino de la decisión libre e independiente del señor Curi Vergara. De haberlo hecho en contravía de esta verdad de perogrullo, sería su persona la responsable de cualquier afectación del derecho laboral, y nunca jamás (valga el pleonismo) la Administración Municipal, por razones elementales sustraídas de las reglas de experiencia constitutivas de la sana crítica valorativa de la prueba y como no se afectó a terceros, con la actuación del Alcalde no había porque (sic) dar aplicabilidad al artículo 46 del Código Contencioso Administrativo".

F. ESCRITOS LLEGADOS A LA CORTE

Posteriormente, el 10 de julio de 1992 se recibió en la Corte Constitucional un escrito del abogado Julio Alberto Torrente, apoderado del peticionario en el que pide a la Corte Constitucional que se revise la decisión del Tribunal Superior de Cartagena y señala nuevamente los argumentos que en su concepto permiten decretar la Tutela solicitada.

En resumen, sostiene lo siguiente:

a) Con la interposición del recurso de queja se enervó la competencia del Alcalde y por tanto no podía decidir sobre ningún aspecto relacionado con el asunto en cuestión como fue el cierre del establecimiento; en su opinión el Señor Alcalde debía enviar el expediente al despacho del Señor Gobernador o resolver sobre la procedencia del recurso de queja.

b) En su concepto, del numeral 10 del artículo 305 de la Constitución Nacional, es función del Señor Gobernador conocer de los actos de los alcaldes y por tanto aquel es superior jerárquico de éste.

c) Insiste en el argumento según el cual los tres días concedidos por la resolución 1818 citada, atentó contra los elementos del sabido proceso, pues, el término de cinco días previsto para la ejecutoria de aquel acto se cumplía después de cumplida la providencia y sin admitir que los recursos se tramitaron en debida forma.

d) Sostiene que el término señalado por la cláusula decimotercera del contrato fue interpretada por los peticionarios en sentido diferente al que le dio el Señor Alcalde.

e) Sostiene además, que el Alcalde debió informar al interesado en la explotación del Casino, ahora peticionario, sobre la solicitud presentada por otra persona que deseaba acceder a uno de los cupos de que dispone según la ley la ciudad en materia de dicha actividad; esta obligación se desprende de lo dispuesto por el Código Contencioso Administrativo para la “citación de terceros”.

En su concepto se desplazó clandestinamente al “Casino Turístico” de su cupo mediante la firma de otro contrato.

Por último, el Dr. José Alejandro Bonivento Fernández formuló en nombre del peticionario un conjunto de observaciones que se orientan a demostrar la violación al Derecho Constitucional al debido proceso; sus consideraciones son, en resumen, las siguientes:

a) La resolución 1818 del 1o. de octubre de 1991, proferida por el Señor Alcalde de Cartagena violó el derecho al debido proceso, pues no tiene en cuenta que se tramita el recurso de queja interpuesto ante el Señor Gobernador del Departamento. Sostiene al respecto que los artículos 50 y 55 del código Contencioso Administrativo regulan el tema de los recursos contra las actuaciones administrativas a las que el Alcalde de Cartagena no les dio aplicación; igualmente señala que los artículos 62 y 63 del citado código regulan la conclusión de los procedimientos administrativos, la firmeza de los actos en caso de decisión de los recursos interpuestos y el fenómeno del agotamiento de la vía gubernativa, todo lo cual fue desconocido por las actuaciones del Señor Alcalde. No comparte la decisión del Honorable Tribunal pues estima que dicho despacho debió atender a la situación planteada por el trámite y resolución posterior del recurso de queja que se adelantó ante la Gobernación del Departamento.

Manifiesta que se hace necesario respetar el Derecho que tiene todas las personas a que

existan recursos ante las autoridades superiores de aquellos funcionarios que profieren actos administrativos pues sin ellos se pueden desconocer arbitrariamente los derechos y los intereses de las personas; para remediar esta situación es que el constituyente de 1991 consagra la Acción de Tutela en el artículo 86 de la Carta.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Primera. La Competencia

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para conocer de la revisión de la sentencia de la referencia, en atención a lo dispuesto por los artículos 86 inciso tercero y 241 numeral 9o. de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 236 del Decreto 2591 de 1991; además, este examen se hace por virtud de la selección que de dicho acto practicó la Sala correspondiente y del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

Segunda. La Materia Objeto de las Sentencias que se Revisan

a. Del examen de las formulaciones atendidas en las sentencias de tutela que se revisan, se tiene que la materia objeto de estas es la de la determinación de si existió o no violación al Derecho Constitucional Fundamental al Debido Proceso Administrativo, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Carta, con ocasión de las actuaciones del señor Alcalde Mayor de la ciudad de Cartagena, relacionadas, en primer término, con la terminación de un contrato de concesión de la explotación de una actividad (los juegos de azar) regulada con carácter monopólico por la administración, según reglamentación legal y constitucional y, en segundo lugar, con la solicitud del peticionario de renovarlo.

Además, como se advierte de modo reiterado en el fallo del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, la cuestión jurídica principal que sirve de base a los cuestionamientos en sede de tutela consiste en determinar si, a la luz de la normatividad constitucional y legal, contra las actuaciones de los alcaldes en materia de contratación administrativa, existen recursos en vía gubernativa ante los gobernadores, y si estos son o no superiores jerárquicos de aquellos en todas las materias, o solo en algunas de ellas.

De otra parte cabe observar que el peticionario hace expresa precisión sobre el alcance de su

solicitud y que en ella señala que sólo procura evitar el cierre del establecimiento mientras se adelantan las correspondientes acciones Contencioso Administrativas que la ley le otorga.

Se trata pues, del ejercicio de la Acción de Tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable que debe examinarse dentro del marco que fijan la Carta Política y el Decreto 2591 de 1991. Ahora bien, se encuentra que el señor Alcalde de Cartagena procedió a expedir una resolución en la que ordenó el cierre de un establecimiento público en el que funcionaba un casino dentro de la situación jurídica creada por los acuerdos del Concejo Municipal y por las cláusulas de un contrato que regulaba las relaciones entre el peticionario y la Administración Municipal.

Esta Corporación encuentra que no es objeto de la petición la determinación de la existencia y del contenido jurídico de la competencia del Alcalde para contratar la concesión de la explotación de la actividad del juego de azar y, por tanto, este fallo no se ocupa de aquel aspecto.

Tampoco se ocupa esta Corte de examinar los asuntos relacionados con la competencia para decretar la terminación del contrato que regía entre el Municipio y el peticionario, pues esta es una materia típicamente ajena a estas actuaciones en sede de tutela y aquella podrá ser despachada debidamente ante los jueces competentes de presentarse la oportunidad litigiosa; igualmente, se excluye de este examen la determinación del aspecto contractual relacionado con el ejercicio del derecho a solicitar la renovación del contrato de concesión existente entre la administración y el peticionario.

b. En atención a lo anterior, esta Corporación encuentra que debe confirmarse la providencia del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena que ordena revocar la decisión del Juzgado que conoció en primera instancia de la petición teniendo en cuenta los siguientes razonamientos:

Lo cierto, y para lo que a estas actuaciones corresponde, es que la Administración produjo una actuación contenida en el oficio No. 3527 del 15 de agosto de 1991, en la que manifiesta la voluntad de no acceder a la renovación de los términos del contrato que sostenía con el peticionario; además, contra dicha actuación el interesado interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación. Ante dicha situación el señor Alcalde procedió a responder el recurso planteado y expidió la resolución número 1658 del 5 de septiembre de 1991 por el

cual se confirma lo dispuesto en el auto recurrido, no se accede a la petición y se ordena no conceder el recurso de apelación planteado.

Sin atender a las razones expuestas por el señor Alcalde, el interesado acudió en recurso de queja ante el señor Gobernador y obtuvo como respuesta la resolución número 4231 del 18 de Diciembre de 1991 en lo que este funcionario se declaró sin competencia para decidirlo, acogiendo así las razones del señor Alcalde que se había negado a conceder el recurso.

En el entre tanto de las dos actuaciones anteriores, el señor Alcalde expidió la resolución número 1818 del primero (1o.) de octubre de 1991 en la que ordena el cierre del establecimiento, concediendo el término de tres (3) días para su cumplimiento y el de cinco (5) días para su ejecutoria; contra dicha providencia igualmente el interesado interpuso el recurso de reposición que fue resuelto en debida forma por virtud de la Resolución 2218 del 2 de Diciembre de 1991.

Esta Corporación encuentra que en lo que hace a las actuaciones administrativas señaladas no existe violación al Derecho Constitucional Fundamental al debido proceso administrativo, ya que los actos en los que se manifiesta la voluntad de la administración fueron proferidos cumpliendo las formalidades a ellos exigidas, como son las de la publicidad y la contradicción. En efecto, al peticionario no se le ocultó la actuación y se le dió la oportunidad de ser oído y vencido en la misma por virtud del ejercicio de los recursos correspondientes en vía gubernativa y señalados por la ley.

Además, del examen de la normatividad constitucional aplicable para los efectos de regular las relaciones entre el Departamento y el Municipio dentro del régimen de las entidades territoriales en nuestro país, el Gobernador no es superior jerárquico del Alcalde, salvo en materia de conservación del orden público y del derecho de policía, según las reglas legales que la desarrollen.

También, la vía para el control gubernamental de los actos de los Concejos y de los Alcaldes es la de la impugnación de aquellos o el cruce que puede hacer el Gobernador contra dichos actos ante el Tribunal competente por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad en los términos del numeral 10 del artículo 305 de la Carta. Además, los fundamentos de la organización política del Estado colombiano indican que el Municipio es una Entidad Territorial con un amplio margen de autonomía administrativa, que no obstante sometida a

controles de diverso orden, no admite que el Gobernador pueda revocar los actos del alcalde en materias contractuales como sería el caso propuesto por el peticionario.

En caso de inconstitucionalidad o de ilegalidad, en estas materias debe el Gobernador “objectar” los actos de los alcaldes o de los conceptos ante el tribunal competente pero no revocarlos. Dicha “objeción” consiste en la facultad de revisar dichos actos y, llegado el caso, la de remitirlos a los citados Tribunales. Así las cosas, no puede existir en estas materias contractuales, como en efecto no existe, el recurso de apelación y, por tanto, a la luz del Código Contencioso Administrativo, tampoco es procedente el recurso de queja (Art. 5o. C.C.A.).

La presentación de este recurso en ausencia del de apelación, no enerva ni puede enervar las competencias del Alcalde como lo pretende el peticionario; en este sentido no asiste razón a la solicitud en punto al tema de la violación al debido proceso por el aspecto de no haberse concedido la apelación y/o de haber seguido la actuación administrativa entre tanto se surtía un trámite inexistente ante el Gobernador.

En cuanto a la diferencia de términos entre la ejecutoria de la Resolución 1818 del 1o. de octubre de 1991 y el de su cumplimiento, esta Corporación entiende que el término de tres (3) días para el cumplimiento de la orden de cierre comenzó a contarse a partir del vencimiento del término de ejecutoria del acto y que como éste fue recurrido en reposición, la orden de cierre solo se podía cumplir una vez absuelto el último recurso, como en efecto ocurrió en el caso en examen.

Igualmente, se observa que el peticionario insiste en señalar que al no dársele trámite a su solicitud autónoma de nulidad contra un acto administrativo ante la misma autoridad de la administración que lo profirió, se le desconoce su derecho constitucional al debido proceso; sobre este asunto estima la Corte que tampoco asiste razón al peticionario, pues los reclamos ordinarios sobre los vicios internos de la legalidad de los actos administrativos se deben hacer o ante autoridades administrativas por virtud del ejercicio de los recursos en vía gubernativa y dentro de los términos señalados, o ante los jueces de lo contencioso-administrativo según sus competencias; en este caso no ocurrió lo advertido, y por el contrario el interesado fue atendido en debida forma por la Alcaldía al no darsele trámite a un recurso o incidente autónomo e independiente de nulidad. En este caso tampoco existió

violación al Derecho Constitucional al Debido Proceso.

De otra parte se encuentra que no existe violación alguna a Derecho Constitucional Fundamental alguno y que tenga carácter de irremediable como lo planteó el peticionario; en efecto, para remover en este caso las actuaciones supuestamente irregulares de la administración el peticionario cuenta con las acciones contencioso administrativas correspondientes y allí puede reclamar, si es del caso, todas las reparaciones e indemnizaciones que resulten y si se le causó algún perjuicio se le puede remediar conforme a los derechos de que es o resulte titular.

Por último, observa la Corte que no es del caso ni de la competencia de esta Corporación, abordar el examen de las imputaciones reiteradas del peticionario sobre otros elementos jurídicos y de hecho que se relacionan con la situación puesta en conocimiento de los jueces en este caso por vía de la acción de tutela; ellas pueden ser atendidas y examinadas en su oportunidad por las autoridades competentes.

En mérito de lo expuesto,

LA CORTE CONSTITUCIONAL

SALA DE REVISION DE TUTELAS,

Administrando Justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E:

Primero. CONFIRMAR la sentencia del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en relación con la Acción de Tutela presentada por el señor JOSE CARLOS BARBIERI GONZALEZ, contra unas actuaciones del señor Alcalde de Cartagena.

Segundo. Comuníquese la presente decisión al Despacho Judicial de origen para que sea notificada conforme lo dispone el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, insértese en la Gaceta Constitucional y cúmplase.

FABIO MORON DIAZ

SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ

JAIME SANIN GREIFFENSTEIN

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General