

Sentencia T-682/10

DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Caso en que se alega vulneración por cierre de casino al declarar nulidad del certificado de compatibilidad de uso de suelos de dicho establecimiento de comercio

ACCION DE TUTELA Y PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD-Procedencia excepcional cuando exista perjuicio irremediable el cual debe poseer características de inminencia urgencia y gravedad

DERECHO AL DEBIDO PROCESO, IGUALDAD Y LIBERTAD ECONOMICA Y DE EMPRESA-No vulneración por cuanto el perjuicio irremediable que se alega es de carácter pecuniario y no reviste afectación a derechos fundamentales

Referencia: expediente T-2630940.

Acción de tutela instaurada mediante apoderada por Universal de Casinos S. A., contra la Inspección de Urbanismo, Espacio Público y Medio Ambiente, la Subsecretaría de Control Físico, la Secretaría de Gobierno y la Alcaldía de Pasto.

Procedencia: Juzgado 3° Penal del Circuito de Pasto.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., dos (2) de septiembre de dos mil diez (2010).

SENTENCIA

en la revisión del fallo dictado en segunda instancia por el Juzgado 3° Penal del Circuito de Pasto, dentro de la acción de tutela instaurada mediante apoderada por Universal de Casinos S. A. (UNIDELCA), propietaria del casino “El Condado”, contra la Inspección de Urbanismo, Espacio Público y Medio Ambiente, Subsecretaría de Control Físico, la Secretaría de Gobierno y la Alcaldía de Pasto.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el mencionado Juzgado, en

virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y la Sala de Selección N° 5 de la Corte lo eligió para revisión, el 3 de junio de 2010.

I. ANTECEDENTES.

Mediante apoderado, en virtud del mandato conferido por Ricardo Forero Ramírez, representante legal de Universal de Casinos S. A. (UNIDELCA), propietaria del casino “El Condado”, ubicado en Pasto, dicha sociedad instauró acción de tutela en diciembre 9 de 2009, que le correspondió al Juzgado 6° Penal Municipal de esa ciudad, aduciendo violación de los derechos al debido proceso, a la igualdad y a la libertad económica y de empresa, por los hechos resumidos a continuación.

A. Hechos y relato efectuado por la parte demandante.

1. Manifestó la apoderada de Universal de Casinos S. A. (UNIDELCA), propietaria del casino “El Condado” de Pasto, que la Subdirectora de Aplicación de Normas Urbanísticas de esa ciudad, expidió en noviembre 30 de 2005 “el certificado de compatibilidad de uso de suelos referenciado con el número 2000505394, para la actividad de casino, sigla CS-D2B”, asignada a UNIDELCA S. A., con vigencia hasta diciembre 21 de 2005 (f. 3 cd. inicial).

En febrero 9 de 2006, la referida Subdirectora renovó el certificado de compatibilidad de uso de suelos del casino “El Condado” (N° 200600078).

Contra dichos actos administrativos, “el señor Víctor Córdoba, interpuso los recursos de reposición y apelación”, resueltos mediante Resoluciones 001 de marzo 6 de 2006 y 054 de abril 20 siguiente, las cuales confirmaron en todas sus partes el certificado de compatibilidad de suelos del casino (f. 3 ib.).

2. Presentada acción de nulidad ante el Tribunal Administrativo de Nariño, contra el certificado de compatibilidad de febrero 9 y las Resoluciones mencionadas en el párrafo anterior, la Subdirectora de Normas Urbanísticas, como parte demandada, mediante apoderado se opuso a la pretensiones de la demanda, señalando que el grupo CS-D2B “se encuentra contemplado en el Plan de Ordenamiento Territorial de Pasto” (fs. 3 y 4 ib.).

El representante del Ministerio Público solicitó negar las pretensiones de la demanda de nulidad, estimando que no se probó que el casino sea un establecimiento público bullicioso con el que sea imposible convivir, ni que se presenten escándalos que alteren la tranquilidad. “Tampoco junto al casino hay viviendas donde residan personas permanentemente, son sólo oficinas y entidades bancarias que lo rodean.” (F. 4 ib.).

Sin embargo, en octubre 24 de 2008 el mencionado Tribunal declaró la nulidad del certificado de compatibilidad de uso de suelos 200600078 y ordenó al municipio de Pasto “que una vez en firme la sentencia, cumpla la decisión en los términos del C.C.A.” (f. 4 ib.).

3. Así, mediante Resolución 098 de junio 18 de 2009, la Inspectora de Urbanismo, Espacio Público y Medio Ambiente de Pasto ordenó el cierre definitivo del casino “El Condado”, porque dicho establecimiento no cumplía con los requisitos para su normal funcionamiento. Interpuestos oportunamente recursos de reposición y apelación, fueron negados a través de las Resoluciones 197 de agosto 26 de 2009 y 153 de octubre 30 siguiente, respectivamente.

4. Alegó la parte actora que la orden de cierre del establecimiento de comercio “se constituye como perjuicio inminente que requiere de una medida urgente para la protección inmediata de los derechos constitucionales”, además que “el daño ya causado con la decisión antijurídica y que se seguiría causando hacia el futuro si no se suspenden de manera preventiva los efectos de los actos administrativos que ordenaron el cierre del casino” (fs. 7 y 9 ib.), generará:

i) La pérdida de la “inversión efectuada para la adecuación del local para la operación de juegos de suerte y azar”, donde la suma total de dicha inversión es de “\$1.688.283.763”, que corresponde “a la operación del local, cánones pagados a los arrendadores, consecución de licencias de construcción, etc.”.

ii) El cierre del establecimiento de comercio “en un horizonte a cinco años”, produciría un perjuicio de “\$3.004.528.838 a razón de... \$45.312.000 mensuales” y dejaría sin trabajo a quince personas, en nómina mensual de “\$10.827.000”.

iii) El municipio de Pasto “deja de percibir por concepto de transferencias de derechos, al sector de salud... una importante suma de novecientos millones de pesos (\$900.000.000)

mensuales”, que UNIDELCA S. A. trasfiere a ETESA.

Frente al debido proceso, señaló la demanda que “la inspección de urbanismo no realizó un análisis de la normatividad aplicable, pues pretende invocar una norma posterior que sólo se ajusta a aquellos establecimientos de comercio que pretenden su apertura con posterioridad” al Decreto 329 de 2009, e indicó además “que se fundamentó la decisión” en la Ley 232 de 1995, artículo 4° numeral 4°, “configurándose una indebida motivación” , que en consecuencia produce la nulidad de los actos antes mencionados (f. 9 ib.).

Estimó que se está violando el derecho a la igualdad, porque el casino “El Condado” no es el único establecimiento de comercio que “desarrolla esta actividad, y que junto a otras actividades clasificadas por el Plan de Ordenamiento Territorial con siglas CS-D2B, comparten este importante espacio del territorio municipal”, por lo cual “no se entiende como, en la actualidad, el único establecimiento de esta sigla, ubicado en este sector y que soporta los exámenes más agudos por parte de estas dependencias es el casino... pues a los otros establecimientos que están en igualdad de condiciones, no se les ha realizado el examen de los requisitos de construcción y de funcionamiento... y por el contrario se les ha otorgado, sin reconocimiento de infracción, un plazo de reubicación de 7 años” (f. 14 ib.).

Adujo la parte actora que la libertad es una de las manifestaciones “del derecho económico colombiano, la cual tiene un claro acento constitucional desarrollado por la libertad de empresa, con todos los derechos que le son propios y que deben hacerse valer frente a la intervención del Estado, cuando éste pretenda reclamarla” (fs. 14 y 15 ib.).

5. Por todo lo anterior, pidió que se conceda de manera transitoria y como medida “precautelativa”, amparo a los derechos vulnerados al establecimiento de comercio casino “El Condado”, suspendiendo “el efecto de los actos administrativos dentro del proceso referenciado con el número 7297-09, que adelanta la Inspección de Urbanismo, Subsecretaría de Control, Secretaría de Gobierno de la Alcaldía Municipal de Pasto... hasta que se adopte una decisión definitiva a través de la vía contencioso administrativa” (f. 3 ib.).

B. Documentos cuya copia obra en el expediente.

1. Resolución N° 098 de junio 18 de 2009, por medio de la cual se ordenó el cierre definitivo del casino “El Condado” (fs. 24 a 26 ib.).

2. Resolución N° 197 de agosto 26 de 2009, mediante la cual se resolvió negativamente el recurso de reposición (fs. 27 a 30 ib.).

3. Resolución N° 153 de octubre 30 de 2009, en la cual se resuelve el recurso de apelación, en el mismo sentido antes mencionado (fs. 31 a 42 ib.).

4. Certificado expedido por la Directora de Talento Humano de UNIDELCA S. A., en constancia de las 15 personas que se encuentran laborando “en el punto de venta Condado Pasto” (f. 43 ib.).

5. Certificado librado por el departamento de Contabilidad de la Sociedad Universal de Casinos S. A., en el cual se indicó que “la inversión realizada para la puesta en operaciones de la agencia en mención fue de \$673.928.625; que el valor de la prima comercial pagado a los propietarios del inmueble desde la firma del respectivo contrato hasta la fecha, diciembre de 2009, es de \$965.823.208 y que el valor incurrido en la consecución de la licencia de construcción del inmueble fue de \$1.031.930; para una inversión total por \$1.668.283.763 (sic)” (f. 44 ib.).

6. “Decreto plan parcial centro” de uso de suelos (f. 46 ib.).

7. Plano del plan parcial centro de uso de suelo (f. 47 ib.).

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

1. El representante legal de la sociedad UNIDELCA S. A., propietaria del casino “El Condado”, solicitó en diciembre 11 de 2009 “como medida precautelativa y a fin de evitar un perjuicio mayor e irremediable por el cierre del establecimiento comercial casino El Condado, cierre realizado el día 10 de diciembre del año en curso,... deje sin efectos el acto administrativo emanado por la Secretaría de Gobierno, hasta que se encuentre en firme el fallo de tutela presentado ante este despacho” (f. 48 ib.).

2. Mediante auto de diciembre 11 de 2009, el Juzgado 6° Penal Municipal de Pasto admitió la tutela; no decretó la medida precautelativa, dado que “la procedencia misma de la tutela tiene que estudiarse más a fondo”; pidió a la Alcaldía de Pasto, a través de la Inspección de Urbanismo, la Subsecretaría de Control Físico y la Secretaría de Gobierno, que en un término de 2 días “se pronuncien acerca de todos y cada uno de los hechos que se expresan en la

acción". Finalizó ordenando que se alleguen las copias del proceso administrativo y el plan de ordenamiento territorial, Decretos 084 de 2003 y 0329 de 2006 (f. 49 ib.).

3. En diciembre 18 de 2009, el Citador del Centro de Servicios Judiciales informó al Juzgado de conocimiento, que "el oficio dirigido al señor Ricardo Forero Ramírez, fechado el 11 de diciembre del año en curso, no fue posible entregarlo ya que en la dirección anotada como carrera 24 N° 18-68, se encuentra sellado que corresponde a un casino, además no registra número telefónico para contactar a esa persona" (f. 65 ib.).

4. El Juzgado 3° Penal del Circuito de Pasto, mediante auto de febrero 15 de 2010, dispuso que antes de dictar el fallo de segunda instancia y con el fin de obtener mayores elementos de juicio, se oficie a la Secretaría del Tribunal Administrativo de Nariño para que certifique si el fallo emitido por su Sala Cuarta, "expediente 520012331000200601864-01 propuesta (sic) por Pablo Emilio Obando en contra del municipio de Pasto, se encuentra en firme. En caso de haberse interpuesto algún recurso, precisará cuál y el efecto en que se concedió" (fs. 143 a 145 ib.).

5. En constancia de febrero 23 de 2010, la Secretaría del Tribunal Administrativo de Nariño puntualizó que esa corporación tramitó el proceso de la referencia y profirió sentencia de primera instancia en octubre 24 de 2008, fallo que fue notificado por edicto, desfijado en noviembre 4 siguiente. El apoderado del municipio de Pasto interpuso recurso apelación, que fue negado por extemporáneo mediante auto de noviembre 21 del mismo año. El 28 siguiente quedó ejecutoriada la sentencia, de la cual adjuntó copia (f. 146 ib.).

A. Respuesta de la Secretaría de Gobierno – Control Inspección de Urbanismo de Pasto.

Mediante escrito de diciembre 18 de 2009, la Inspectora de Urbanismo de Pasto solicitó declarar improcedente o, en subsidio, denegar el amparo deprecado, al considerar que la tutela no es el mecanismo procedente, dado que esa acción "no se erige como un medio de defensa judicial único o excluyente de las acciones ordinarias por cuanto la impugnación de actos administrativos cuenta con una vía adecuada, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativo" (sic).

Anotó que dentro del ejercicio de tal acción "es posible solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos" (f. 52 ib.) y que "si bien es cierto que en el 2005 se emitió un

certificado de compatibilidad de uso de suelo, con la actividad que nos ocupa, también lo es que dicha decisión fue objeto de solicitud de revocatoria por unos terceros a través de recursos en la vía gubernativa de reposición y subsidiario de apelación, los cuales fueron negados... y producto de ello se generó un juicio de legalidad”, que fue dirimido por el Tribunal Administrativo de Nariño, con declaración de nulidad “del uso de suelo concedido” (f. 53 ib.).

Finalizó advirtiendo que “la controversia realmente no gira en torno al tema de los derechos fundamentales, sino que se desarrolla en el contexto de un juicio de legalidad de la adopción de decisiones administrativas que ni siquiera fueron generadas por la Administración Municipal de Pasto, Secretaría de Gobierno, Inspección de Urbanismo, sino por las disposiciones legales... que por ende obliga a la Administración a través de la Inspección de Urbanismo a ordenar el cierre definitivo del establecimiento con el argumento legal contenido en el art. 4 de la Ley 232 de 1995” (f. 54 ib.).

B. Respuesta de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Gobierno.

El Jefe de la Oficina Jurídica, en escrito de diciembre 18 de 2009, dio respuesta a la acción de tutela indicando (f. 57 ib.): “Ni del escrito, ni de las pruebas aportadas por la apoderada de la accionante se deduce que en cumplimiento de su deber legal, la Administración Municipal haya actuado arbitrariamente o caprichosamente”, puesto que “el Municipio de Pasto expidió el certificado de uso de suelos N° 200600078 de 2 de febrero de 2009, con concepto de ‘uso compatible’ y que no obstante se demandó la nulidad ante lo contencioso de dicho certificado, lo cual le correspondió conocer al Tribunal Administrativo de Nariño... colegiatura que resolvió... declarar la nulidad del precitado certificado.”

Frente a lo anterior, resaltó que “antes de la expedición de la sentencia en mención, era claro para el entonces Departamento Administrativo de Planeación Municipal, que los usos de suelos otorgados a Casino El Condado eran compatibles y por lo tanto, así se venían despachando dichos certificados, los cuales se expedían con vigencia anual, es decir hasta el 31 de diciembre de cada año, y por lo tanto no es válido afirmar, como lo hace el accionante, que el uso de suelo 200505394 sigue vigente” (f. 57 ib.).

Adujo que “lo que se venía expidiendo para el casino... como uso de suelo compatible hasta antes del proferido fallo del Tribunal, ahora es incompatible y por lo tanto, la Inspectora de

Urbanismo... inició proceso administrativo en contra del propietario y/o administrador del mencionado establecimiento de comercio" (f. 57 ib.).

Por otra parte, finalizó refiriendo que "la Administración no está en contra del bienestar del accionante o de sus trabajadores; está en contra del ejercicio de una actividad comercial que por su alto impacto contraviene de manera evidente no sólo la norma, sino el interés general de gozar de un ambiente sano y la posibilidad de reorganizar el territorio de acuerdo a los postulados constitucionales y legales" (f. 60 ib.).

C. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado 6° Penal Municipal de Pasto, en diciembre 24 de 2009, "denegó por improcedente" la tutela, al estimar que la parte actora cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, esto es, "las acciones de nulidad, y/o de nulidad y restablecimiento del derecho o reparación directa, escenario en el cual se ofrece el espacio para un debate amplio y más reflexionada y un despliegue probatorio pleno" ante la jurisdicción contencioso administrativa (f. 83 ib.).

Igualmente, anotó que en "el presente caso la falta de legitimación del ahora petente es manifiesta, pues el derecho al trabajo, sea libre y subordinado, sólo puede predicarse positivamente de quienes eventualmente vayan a quedar sin trabajo, y ese no es el caso ni del señor Forero Ramírez, ni de UNIDELCA S. A." (f. 85 ib.).

Por otra parte, señaló que el cierre del establecimiento "no significa que pudiera estar habilitado eventualmente en otro lugar permitido en el cual concurren los requisitos de Ley, con lo cual la posibilidad de trabajo de quienes laboran siguen intactas. Del mismo modo, no puede desconocerse que UNIDELCA S. A., cuenta con varios establecimientos de comercio, con lo cual la alternativa laboral no se circunscribe a ofrecer ese punto de la ciudad, sino otros puntos..., o incluso si se quiere otras ciudades o departamentos" (f. 85 ib.).

Además, indicó que la "falta de legitimación en activa, también se predica de las transferencias que el municipio dejará de percibir, pues el actor no puede arrogarse reclamos respecto a beneficios que le son ajenos" (f. 85 ib.).

Terminó puntualizando que no se vislumbra la presencia de un "proceso abiertamente

caprichoso o arbitrario que ponga al descubierto una vía de hecho; por el contrario... se observó garantías procesales” (f. 85 ib.).

D. Impugnación.

1. La apoderada de UNIDELCA S. A. impugnó el fallo en enero 4 de 2010, anotando que “efectivamente reconocemos que existe un mecanismo ordinario ante la jurisdicción contencioso administrativa, impetrando la acción de nulidad y restablecimiento, por ello en las pretensiones de la acción de tutela... se solicitó que se tutelara de manera transitoria y como medida precautelativa” (f. 93 ib.).

Agregó que la orden de cierre del establecimiento constituye un perjuicio irremediable, en sustento de lo cual reiteró, básicamente, lo argumentado en la demanda (f. 95 ib.).

Por otra parte, en enero 26 y febrero 2 de 2010 la apoderada entregó “información adicional con la sustentación del escrito de recurso de apelación que oportunamente interpuso”, anexando fotografías de dos establecimientos similares “al de mi representante, los cuales operan en inmediación del mismo predio” y adujo (fs. 119 a 142 ib.):

“Se pone de presente además que el término de caducidad para ejercer la acción de lo contencioso administrativo contra la decisión de cierre del establecimiento no ha operado todavía, de manera que es viable también, desde esa perspectiva una protección transitoria... el daño que se causó es grave en cuanto limita la actividad o el ejercicio en la práctica del objeto social de una actividad lícita, y afecta la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, así como defrauda la confianza legítima.”

Adicionalmente, indicó que la administración municipal justificó el cierre definitivo del casino “sobre la base de un supuesto cumplimiento del fallo dictado por el Tribunal Administrativo de Nariño... que sólo declaró nulo el acto administrativo demandado”, y así lo realizado por la administración es una interpretación “restrictiva al ejercicio de las libertades” (f. 135 ib.).

Igualmente, adujo que las entidades accionadas señalaron que los establecimientos “clasificados con la sigla CS-D28 son de alto impacto, lo que es contrario a lo señalado en el artículo 119 del POT, en el que claramente se señala que dichos establecimientos son de mediano impacto”, evidenciándose una falta de motivación del acto administrativo que

ordenó el cierre (f. 135 ib.).

2. En agosto 11 de 2010 la argumentación de la parte actora fue reforzada con la intervención de otro apoderado, argumentando (fs. 13 a 44 cd. Corte):

“... las acciones judiciales ordinarias no son idóneas para el restablecimiento de los derechos fundamentales vulnerados. En el presente caso, si bien puede haber consecuencias patrimoniales, éstas no son el objeto del debate. Existen claramente violaciones de derechos fundamentales, y de afectación de principios constitucionales. El error de los jueces de tutela de instancia, consiste en que a partir de la existencia de una consecuencia patrimonial, consideran que no habría por definición una violación de derechos fundamentales.

Bajo esta lógica, en un gran número de circunstancias la acción de tutela sería improcedente y se cercenaría a las personas la posibilidad de pedir legítimamente la protección constitucional de sus derechos fundamentales. Lo cierto es que la afectación de los derechos fundamentales implica, dependiendo de las circunstancias, una consecuencia patrimonial. Piénsese en el caso, por ejemplo, de una persona a quien le es denegado un tratamiento médico. En tales circunstancias, la negativa de una entidad de salud de brindarle el servicio, genera una consecuencia patrimonial para la persona, en el caso de que decida por su propia cuenta conseguir los recursos para su atención (por ejemplo, solicitando un crédito bancario, cuando ni sus propios recursos le permiten sufragar los costos).”

Agregó que “la actuación de las entidades demandadas ha afectado derechos fundamentales como el debido proceso, la confianza legítima, la libertad y la igualdad, cuyos contenidos no se limitan a la esfera monetaria o patrimonial. Como demostraremos, estos constituyen pilares fundamentales del Estado Social de Derecho y garantías frente a la arbitrariedad de los funcionarios del Estado. Por tanto, su vulneración no puede ser resarcida sólo con una reparación material” (f. 13 ib.).

Indicó además que “la afectación es desproporcionada ya que el paso del tiempo permite la continuación de la violación a los derechos fundamentales citados, tanto en su dimensión material como inmaterial. Esto es inaceptable pues es posible cesar el daño y restaurar los derechos fundamentales en un tiempo menor, impidiendo su consumación irreversible. Por eso no resulta admisible el argumento de los jueces de instancia según el cual el carácter patrimonial del daño hace improcedente la acción de tutela” (f. 15 ib.).

Adujo que se trata de la protección al debido proceso, la libertad e igualdad de los ciudadanos frente a la posible arbitrariedad estatal, por lo que “no basta el dinero, se trata de libertades” (f. 15 ib.).

Señaló que la administración erró en la interpretación de las normas de ordenamiento territorial y anotó (f. 16 ib.) que “la decisión del Tribunal no era previsible y, de hecho, generó confusión al establecer que el Plan Parcial Centro primaba sobre el POT, en contra del criterio fundamental de interpretación según el cual prima la norma de superior jerarquía. Tan es así que ni siquiera las primeras autoridades llamadas a pronunciarse sobre el contenido de las normas de ordenamiento territorial lo habían hecho”.

Alegó además que “el pronunciamiento no ordena el cierre del establecimiento pero, al parecer, sí pretende sentar unos lineamientos sobre la interpretación de las normas sobre ordenamiento territorial en casos similares al del casino ‘El Condado’”. A pesar de que esos lineamientos se hayan dado con ocasión de un acto administrativo concreto, la conducta de la administración muestra que supuestamente determinaron su actuación en presencia de otros actos administrativos diferentes, en particular, sobre el certificado de uso del suelo exhibido por mi representada al momento de la diligencia de verificación de los documentos que se requieren para el funcionamiento de un casino. Ese documento no fue objeto del pronunciamiento del Tribunal. Sin embargo, aunque la sentencia no se refirió a esos documentos, por ser posteriores, sus fundamentos jurídicos sí fueron usados por la administración para decretar el cierre del casino ‘El condado’. De la actuación de la administración puede concluirse que el cierre del establecimiento no es consecuencia directa de la decisión judicial y su parte resolutive” (f. 23 ib.).

Agregó que la “supuesta aplicación del Plan Parcial Centro tampoco tiene asiento jurídico, pues su normatividad contradice el POT que es norma superior y éste no prohíbe este tipo de actividades en la zona. Tal vez para esos casos la administración sí ha asumido una interpretación razonable que sigue el criterio jerárquico para permitir que otros establecimientos similares funcionen sin ningún problema allí. Esto constituye también un tratamiento diferenciado injustificado. En ese sentido, ante situaciones similares, lo procedente es un tratamiento similar. Si hay casinos en la zona y su funcionamiento no está prohibido, por qué en el caso del establecimiento de propiedad de mi representada existe esa prohibición si, como ya se ha dicho, la normatividad que cobija a estos establecimientos

es igual. No hay explicación alguna” (f. 21 ib.).

Por otra parte, refirió que “aceptar que el proceso contencioso es idóneo y que la acción de tutela es improcedente, trae como consecuencia una dilación innecesaria e injusta que mantiene la violación de varios derechos fundamentales y con ello pretende conservar los resultados de una situación que es contraria a derecho. Además, todo ello eventualmente acrecentaría el daño que debe soportar UNIDELCA S.A. a causa de la violación continuada de sus derechos fundamentales” (f. 16 ib.).

Frente al perjuicio inminente señaló (f. ib.): “Ya se ordenó el cierre del establecimiento y no hay más recursos frente a este acto, sólo queda la posibilidad de algunos procesos ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Es decir, el cierre es inminente y con éste el daño a los derechos a la igualdad, al debido proceso, a la confianza legítima y a la buena fe se habrá consumado y aumentará con cada día en que permanezca.”

E. Sentencia de segunda instancia.

El Juzgado 3° Penal del Circuito de Pasto, mediante sentencia de marzo 11 de 2010, confirmó el fallo de primera instancia, anotando que la decisión de la Administración de cerrar el establecimiento de comercio fue consecuencia de la providencia del Tribunal Administrativo de Nariño, Sala Cuarta, en la cual declaró la nulidad del certificado de compatibilidad de uso de suelo del casino “El Condado” (f. 167 ib.).

Refirió que el eventual perjuicio irremediable causado a la Sociedad Universal de Casinos S. A. es eminentemente económico, “que por su naturaleza es ajeno al amparo constitucional, como quiera que escapa al contenido ius fundamental necesario para que se predique el amparo, máxime cuando la Sociedad UNIDELCA S. A., opera en varias ciudades del país, tal como se acredita con el certificado de industria y comercio anexo a la presente acción de tutela, lo que demuestra el flujo de capital que maneja y la obtención de ingresos con el funcionamiento de otros casinos” (f. 169 ib.).

Finalizó puntualizando que la sociedad accionante puede acudir “a demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa el acto administrativo que decretó el cierre del establecimiento de comercio... escenario en el cual, incluso, podrá solicitar la suspensión provisional” de dichos actos administrativos (f. 171 ib.).

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, el fallo proferido dentro de la acción de tutela en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

Como se desprende de los antecedentes reseñados, la sociedad Universal de Casinos S. A. (UNIDELCA) acudió mediante apoderada a la acción de tutela, al considerar que la Inspección de Urbanismo, Espacio Público y Medio Ambiente, la Subsecretaría de Control Físico, la Secretaría de Gobierno y la Alcaldía de Pasto, vulneraron los derechos al debido proceso, a la igualdad y a la libertad económica y de empresa, al tomar la decisión de realizar el cierre definitivo del casino “El Condado”, ubicado en el centro de Pasto, como consecuencia de una decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, que declaró la nulidad del certificado de compatibilidad de uso de suelos de dicho establecimiento de comercio.

Aduce la parte actora que el referido cierre constituye un perjuicio irremediable que hace procedente el amparo, al menos de manera transitoria mientras la jurisdicción contencioso administrativa se pronuncia definitivamente al respecto.

El artículo 86 de la Constitución señala expresamente que la acción de tutela “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”. En armonía con ello, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 estableció, entre las causales generales de improcedencia de la acción de tutela, “cuando existan otros recursos o medios judiciales de defensa” (numeral 1°), instituyendo así el carácter subsidiario y residual de esta acción, de donde debe deducirse que su objeto no es suplir otros medios judiciales¹, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que la vía común, regular u ordinaria de defensa carezca de idoneidad o de oportunidad para la subsanación requerida.²

Así, la acción de tutela es esencialmente residual, subsidiaria y autónoma, ameritando un procedimiento preferente y sumario, donde el juez constitucional ejerce control sobre los actos u omisiones de entes públicos o privados, en los eventos determinados, que hayan conculcado o puedan llegar a vulnerar derechos fundamentales de las personas.³

Igualmente, de acuerdo con la línea jurisprudencial desarrollada por esta Corte, si los instrumentos procesales diseñados por el legislador son realmente idóneos para la protección de los derechos, la persona debe acudir a la vía judicial común y no a la petición de tutela, pues el carácter subsidiario de esta acción así lo exige.⁴ Pero cuando en virtud de circunstancias especiales el otro medio de defensa no resulte suficientemente expedito y eficaz para salvaguardar los derechos de su titular, la acción de tutela deviene como mecanismo apropiado para solicitar la defensa de los derechos vulnerados o en riesgo.⁵ En sentencia T-384 de 1998, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, esta Corte explicó:

“La acción de tutela como mecanismo subsidiario de protección de derechos fundamentales, en términos del artículo 86 de la Constitución, debe ceder, en su aplicación, si existen medios judiciales ordinarios, a través de los cuales, pueda obtenerse la protección requerida por esta vía excepcional.

Sin embargo, la existencia de ese otro medio judicial no hace de por sí improcedente la intervención del juez de tutela, obligado a evaluar las circunstancias del caso puesto a su conocimiento, a efectos de determinar si el otro medio judicial resulta eficaz y proporcionado, frente a la protección que se le demanda. Es decir, el otro medio de defensa judicial existente, debe, en términos cualitativos, ofrecer la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela.

Así, no es suficiente que el juez constitucional afirme que es improcedente la protección que se le solicita, ante la simple existencia de otros medios de defensa judicial, pues está obligado a evaluar si la lesión del derecho fundamental que se dice vulnerado o amenazado, podría obtener igual o mayor protección a la que él prodigaría, si el afectado hace uso de los mecanismos ordinarios, y, si su puesta en ejecución, no degeneraría en una lesión mayor de los derechos del afectado, a la que ya ha recibido, o que podría recibir.

Estas razones, sucintamente expuestas, entre otras, han llevado a establecer en la jurisprudencia de esta Corporación, que el otro medio de defensa judicial debe ser siempre

analizado por el juez constitucional, a efectos de determinar su eficacia en relación con el amparo que él, en ejercicio de su atribución constitucional, podría otorgar. Al efecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-100 de 1994, T-01 de 1997 y T-351 de 1997.”

Ahora bien, a pesar de la presencia de otros mecanismos de defensa, la tutela puede ser utilizada de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable, lo cual guarda estrecho vínculo con la necesidad de valorar las condiciones específicas de cada caso.⁶ Sobre los planteamientos jurisprudenciales reseñados, la Corte Constitucional ha desarrollado:

“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.”⁷

Además, en diferentes ocasiones esta corporación⁸ ha señalado que el perjuicio irremediable, para que lo sea, debe poseer características de inminencia, urgencia y gravedad⁹.

Por tanto, la acción de tutela es procedente cuando se acredite la existencia de un perjuicio que: (i) sea inminente, es decir, que presente de manera cierta y evidente la amenaza cercana contra un derecho fundamental; (ii) imponga la adopción de medidas apremiantes para conjurarlo¹⁰; (iii) amenace de manera grave un bien cuya protección sea importante en el ordenamiento jurídico¹¹; y, (iv) dada su urgencia y gravedad, imponga la impostergabilidad del amparo a fin de garantizar el restablecimiento del orden social justo en toda su integridad.¹²

Cuarta. El caso concreto.

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la acción de tutela instaurada por la parte

actora es procedente, al expresar UNIDELCA S. A., que la Inspección de Urbanismo, Espacio Público y Medio Ambiente, Subsecretaría de Control Físico, Secretaría de Gobierno y Alcaldía Municipal de Pasto, vulneraron los derechos al debido proceso, a la igualdad y a la libertad económica y de empresa, debido a que las entidades accionadas tomaron la decisión de realizar el cierre definitivo del casino “El Condado”, ubicado en la zona céntrica de Pasto, lo cual se efectuó como consecuencia de una decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, que declaró la nulidad del certificado de compatibilidad de uso de suelos para dicho establecimiento, decisión que estaría generando perjuicios irremediables, que hacen procedente la tutela constitucional, al menos de manera transitoria.

Se indica que los entes municipales accionados causaron un perjuicio irremediable, porque al realizarse el cierre definitivo del casino “El Condado”, se afectó: i) la inversión en la adecuación del local para la operación de juegos de suerte y azar, ii) los cánones pagados a los arrendadores y iii) las “licencias de construcción”; iv) además, el cierre del establecimiento ocasionaría “en un horizonte a cinco años” un perjuicio estimado en “\$3.004.528.838 a razón de... \$45.312.000 mensuales”; v) igualmente, se dejaría sin empleo a 15 trabajadores, cuya nómina mensual es de “\$10.827.000”; vi) finalmente, el municipio de Pasto “deja de percibir por concepto de transferencias de derechos, al sector de salud... novecientos millones de pesos (\$900.000.000) mensuales”, que UNIDELCA S. A., trasfiere a ETESA (fs. 7 a 9 ib.).

En apretado resumen, puede indicarse que las dependencias municipales accionadas señalaron:

i) “Si bien es cierto que en el 2005 se emitió un certificado de compatibilidad de uso de suelo... también lo es que dicha decisión fue objeto de solicitud de revocatoria por unos terceros a través de recursos en la vía gubernativa de reposición y subsidiario de apelación, los cuales fueron negados... y producto de ello se generó un juicio de legalidad... que fue dirimida por el Tribunal Administrativo de Nariño”, que declaró la nulidad “del uso de suelo concedido” (f. 53 ib.).

ii) “Ni del escrito, ni de las pruebas aportadas por la apoderada de la accionante se deduce que en cumplimiento de su deber legal, la Administración Municipal haya actuado arbitrariamente.”

iii) Igualmente refirieron que “no se erige como un medio de defensa judicial único o excluyente de las acciones ordinarias por cuanto la impugnación de actos administrativos cuenta con una vía adecuada, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativo”.

Frente al perjuicio irremediable que alega la empresa actora, anotó el juez de primera instancia que el cierre del establecimiento no implica que no pueda ser habilitado, eventualmente, para funcionar en otro lugar permitido, de cumplir “los requisitos de Ley, con lo cual la posibilidad de trabajo de quienes laboran siguen intactas. Del mismo modo, no puede desconocerse que UNIDELCA S. A., cuenta con varios establecimientos de comercio, con lo cual la alternativa laboral no se circunscribe a ofrecer ese punto de la ciudad”, sino otros, inclusive en otras ciudades y departamentos (f. 85 ib.).

Ciertamente, en el certificado de existencia y representación legal de UNIDELCA S. A. (fs. 20 a 23 ib.), se observa que su objeto social¹³ es muy amplio y tiene la posibilidad de “importar, operar, comercializar y explotar toda clase de casinos de juegos de suerte y azar” (f. 20 ib.).

Así, el perjuicio irremediable aducido por la empresa actora puede llegar a ser de carácter pecuniario, pero no reviste las connotaciones de inminencia, apremio, ilegitimidad y afectación a verdaderos derechos fundamentales, que hagan procedente el mecanismo transitorio de amparo.

Con certera fundamentación, el Juzgado 6° Penal Municipal de Pasto denegó la tutela y el Juzgado 3° Penal del Circuito respectivo confirmó tal decisión, por la existencia de otra vía de reclamación judicial.

Acertadamente, los despachos judiciales de instancia no hallaron “la inminencia de un perjuicio irremediable” ilegítimo, que pudiese generar medidas transitorias de protección, mientras ciertamente existe otro medio judicial de defensa idóneo para afrontar la hipotética ilegalidad del acto administrativo, pidiendo su nulidad y el restablecimiento del derecho.

De otra parte, de los enfoques y alegaciones de la parte actora se infiere que, más que la real violación de derechos fundamentales suyos, lo que le llevó a interponer esta acción de tutela son las consecuencias económicas que podría acarrearle la suspensión, en uno de sus locales, de la explotación económica de los juegos de azar.

En síntesis, tomando en consideración la situación fáctica, es importante aclarar que cuando se está en presencia de un litigio en torno a derivaciones de actos administrativos, como mecanismo apto para superarlo se cuenta con:

i) La jurisdicción contenciosa administrativa, a cuyo cargo está el control de legalidad de esos actos administrativos, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo¹⁴, con la eventualidad de la suspensión provisional, que podría acercarla en efectividad a la acción de tutela.¹⁵

ii) Excepcionalmente, podría proceder la jurisdicción constitucional a neutralizar un real perjuicio injusto irremediable, que demande con urgencia que se contrarreste el inminente detrimento grave contra derechos fundamentales, generando que la acción sea impostergradable para restablecer “el orden social justo en toda su integridad”¹⁶, lo cual ya está claro que no ocurre en la situación bajo estudio.

En consecuencia, habrá de confirmarse el fallo proferido en marzo 11 de 2010 por el Juzgado 3° Penal del Circuito de Pasto, que acertadamente confirmó el dictado en diciembre 24 de 2009 por el Juzgado 6° Penal Municipal de la misma ciudad, dentro de la acción de tutela instaurada por el apoderado de Universal de Casinos S. A. (UNIDELCA), propietaria del casino “El Condado”, contra la Inspección de Urbanismo, Espacio Público y Medio Ambiente, la Subsecretaría de Control Físico, la Secretaría de Gobierno y la Alcaldía de Pasto.

III.- DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR el fallo proferido en marzo 11 de 2010 por el Juzgado 3° Penal del Circuito de Pasto, que confirmó el dictado en diciembre 24 de 2009 por el Juzgado 6° Penal Municipal de la misma ciudad, dentro de la acción de tutela instaurada por el apoderado de Universal de Casinos S. A. (UNIDELCA), propietaria del casino “El Condado”, contra la Inspección de Urbanismo, Espacio Público y Medio Ambiente, la Subsecretaría de Control Físico, la Secretaría de Gobierno y la Alcaldía de Pasto.

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

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

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

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

2 “Artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.”

3 Decreto 2591 de 1991, artículos 1°, 2° y 5°.

4 Cfr. T-179 de febrero 28 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-620 de agosto 8 de 2002, M. P. Alvaro Tafur Galvis; T-999 de septiembre 18 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil; entre muchas otras.

5 Cfr. T-179 de 2003, antes citada; T-500 de junio 27 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-135 de febrero 28 de 2002 y T-1062 de octubre 11 de 2001, en ambas M. P. Alvaro Tafur Galvis;entre otras.

6 Cfr. T- 225 junio 15 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

7 T-1316 de diciembre 7 de 2001, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes; T-225 de 1993, anteriormente referida.

8 Cfr. T-257 de marzo 30 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1017 de noviembre 30 de 2006, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-404 de abril 29 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño y T-472 de mayo 15 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

9 Las características del perjuicio irremediable fueron definidas en la sentencia T-225 de 1993, antes citada, en los siguientes términos: “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 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 impostergradable, 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 impostergradable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.”

10 Respecto a la característica de urgencia que debe tener el perjuicio irremediable, se puede consultar, entre otras, la sentencia T-525 de julio 12 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, en la cual la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela porque el peticionario tenía a su disposición un medio ordinario de defensa judicial y no probaba la urgencia, necesaria para la configuración del perjuicio irremediable. En ese caso, el peticionario interpuso acción de tutela para pedir que se ordenara a su ARP la autorización de una cirugía, pero la Corte no tuteló su derecho a la salud porque dicha cirugía ya había sido autorizada por la EPS del peticionario, de manera que no era necesario tomar medidas urgentes para conjurar la producción de un daño inminente.

11 Cfr. T- 640 de noviembre 22 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, donde la Corte decidió declarar improcedente la acción de tutela porque el peticionario tenía a disposición

un medio de defensa judicial y no se configuraba un perjuicio irremediable. Esto último en la medida en que el derecho que se pretendía proteger, no reportaba gran interés para la persona y para el ordenamiento jurídico. Así, en esta oportunidad, ésta corporación afirmó que “la restricción al derecho de circulación en determinado medio de transporte y en un horario restringido a unas pocas horas nocturnas dentro de los fines de semana, no puede considerarse, a juicio de esta Sala, una vulneración grave del derecho a la libre circulación que consagra el artículo 24 de nuestra Carta Política”.

12 Cfr. T-535 de julio 3 de 2003, Eduardo Montealegre Lynett.

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

14 “ARTÍCULO 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.”

15 Obsérvese también que el artículo 67 de la Ley 9ª de 1989 establece que los actos de los alcaldes, referidos a las sanciones por ocupación de bienes de uso público, pueden ser demandados ante dicha jurisdicción. De la misma manera, constátase que el numeral 2º del artículo 66 de esa misma Ley prevé la clase y magnitud de las sanciones que pueden imponerse por “infracciones urbanísticas”.

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