

ACCION DE TUTELA - No es medio idóneo para dirimir conflictos sobre la legalidad de un acto administrativo

Del escrito de la demanda y su posterior adición, se observa que la pretensión de la demandante va dirigida a que se declare la derogatoria de la Resolución No. 497 de 2009, en cuanto que considera no fue expedida en legal forma al no cumplir con el trámite previsto en el Decreto 1320 de 1998, por medio del cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio. Sin embargo, la Sala observa que la acción de tutela no es el medio idóneo para dirimir conflictos de legalidad o ilegalidad de los actos administrativos, habida cuenta que para ello existen otros medios de defensa eficaces como son los de la vía ordinaria. El carácter subsidiario que comporta esta acción constitucional hace improcedente su interposición cuando el actor cuenta con otros mecanismos legales adecuados para la defensa de sus derechos.

ACCION DE TUTELA - Perjuicio irremediable

Ahora bien, la Corte Constitucional ha considerado que es dable interponer la acción de tutela a pesar de existir otro mecanismo de defensa en la vía ordinaria, siempre y cuando se observe la ocurrencia de un perjuicio irremediable para la parte demandante. A este respecto resulta pertinente señalar que la jurisprudencia ha establecido unos requisitos para considerar que un perjuicio es en realidad irremediable, como son la urgencia, la gravedad, la inminencia y la impostergabilidad. En ese orden de ideas, cuando se alegue un perjuicio irremediable es necesario que se presenten las mencionadas características en orden a que la tutela prospere. No obstante, no basta alegar la existencia de dicho perjuicio sino que es deber del actor probar siquiera sumariamente el cumplimiento de esos requisitos, y que en este caso dicho perjuicio ni siquiera fue alegado por la parte actora.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el perjuicio irremediable, Corte Constitucional, sentencia T- 236 de 2007, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil once (2011)

Radicación número: 13001-23-31-000-2011-00488-01(AC)

Actor: JOVANNYS PARDO CASTRO

Demandado: DIRECCION MARITIMA GENERAL Y LA CAPITANIA DE PUERTO DE CARTAGENA

La sala decide sobre la impugnación presentada por la parte demandada contra la providencia del 27 de julio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual amparó los derechos fundamentales al trabajo, a la consulta previa, al mínimo vital y al debido proceso, invocados como vulnerados.

I.- La pretensión y los hechos en que se funda

La señora Jovannys Pardo Castro, interpuso acción de tutela contra la Dirección Marítima General y la Capitanía de Puerto de Cartagena, en la que invocó como vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo, a la consulta previa y al mínimo vital.

Dentro del acápite de pretensiones, solicitó:

“Que ordene a la Dimar Capitanía de Puerto o (sic) de Cartagena, que derogue la Resolución 0497 de Noviembre 24 de 2009, donde se otorgó la concesión a INVERSIONES TALAMARE & CIA LTDA. (sic) Porque violó el derecho fundamental a la consulta previa a la Comunidad Negra de La Boquilla, que de haberse hecho, se opondría ya que los nativos usan dicha playa ancestralmente, para prestar sus servicios turísticos, de donde obtienen un mínimo vital para la supervivencia de sus familias. Garantizar el derecho al trabajo, al debido proceso (sic).”

Los hechos en los que se funda la solicitud de amparo de dichos derechos son, en síntesis, los siguientes:

- 1.- La señora Jovannys Pardo Castro señala que presta los servicios turísticos desde hace más de 15 años, ejerciendo el oficio de carpera en las playas que fueron objeto de la concesión en disputa.
- 2.- Manifiesta que el 5 de julio de 2011 se presentó a su sitio regular de trabajo y no fue posible colocar sus carpas, toda vez que representantes del Hotel Las Américas no se lo permitieron alegando tener el derecho sobre dicha playa en la medida en contaban con la concesión otorgada por la DIMAR.
- 3.- La concesión a que se refieren los representantes del Hotel Las Américas es la otorgada en la Resolución 0497 de 24 de noviembre de 2009, *“Por la cual se otorga una concesión a la sociedad INVERSIONES TALARAME & CIA. S.C.A., en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Cartagena”*, expedida por la Dirección General Marítima -DIMAR-.

4.- El 18 de julio de 2011, la actora presentó memorial donde adicionó la demanda, en el sentido de vincular a la sociedad INVERSIONES TALARAME & CIA LTDA, al ser la entidad beneficiaria de la concesión cuya nulidad solicita.

III.- La Respuesta de los Demandados

La Capitanía de Puerto de Cartagena contestó la tutela de la referencia solicitando se negaran las pretensiones, habida cuenta que la Capitanía obró conforme a derecho al momento de otorgar la Concesión No. 497 del 24 de noviembre de 2009, por las siguientes razones:

En primer lugar, explicó que la Resolución No. 497, cuya nulidad pretende la actora, fue expedida el 24 de noviembre de 2009, por un término de 10 años a la sociedad Inversiones Talarame & Cia S.C.A.

Señaló que la certificación aportada por el demandante demostraba que la inscripción y registro de los Consejos Comunitarios de la Comunidad Negra de Unidad Comunera del Gobierno Rural de la Boquilla, Localidad de la Virgen y Turística del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias fue reconocida mediante la Resolución No. 2747 del 21 de diciembre de 2009, es decir, con posterioridad al acto administrativo que otorgó la concesión.

Afirmó que la DIMAR cumplió con el procedimiento contemplado en el artículo 169 del Decreto Ley 2324 de 1984 y publicó edictos con el fin que comunidad contara con la oportunidad de oponerse al trámite.

Alegó que la acción de tutela no era procedente frente a la pretensión de la demandante de dejar sin efectos el acto administrativo de concesión pues para ello, cuenta con otros mecanismos de defensa.

En cuanto a la posibilidad de configurarse un perjuicio irremediable que permitiría el estudio de la tutela a pesar de existir otros medios de defensa, consideró que no se presentaba en el presente caso sino que el actor debía solicitar la nulidad del acto administrativo por la vía ordinaria.

Reiteró que no se había vulnerado derecho alguno de la actora pues la DIMAR siguió el procedimiento respectivo para otorgar la concesión, incluyendo los conceptos de las autoridades con competencia en la materia, como es la Alcaldía Distrital de Cartagena a través de su Secretaría de Planeación y la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique –CARDIQUE-, los cuales consideraron viable el proyecto y dieron su aprobación en cuanto a la concesión.

De otra parte, el apoderado de la sociedad Inversiones Talarama & Cía S.C.A., allegó escrito de contestación solicitando se declarara improcedente la acción de tutela para el caso concreto.

Aseveró que al momento de solicitar la concesión, dicha sociedad invitó a todas las personas que tuvieran interés para que concurrieran, sin que apareciera persona alguna que se opusiera al mencionado trámite.

Manifestó que cuando le fue otorgada la concesión, el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Unidad Comunera de Gobierno Rural de La Boquilla no contaba con el reconocimiento oficial y que esto sucedió con posterioridad a la expedición de la Resolución No. 497.

Destacó que la Secretaría de Planeación de Cartagena certificó que en el área correspondiente a la concesión no existían ocupaciones ni se encontraba destinada a un uso público particular. Además indicó, que nunca se ha opuesto a que los habitantes de La Boquilla o cualquier otro lugar presten el servicio de carpas fuera del área de concesión ni les ha restringido el paso o acceso a las aguas marinas adyacentes a la zona concesionada.

IV.- El Fallo Impugnado

El Tribunal Administrativo de Bolívar, en providencia del 27 de julio de los corrientes, decidió amparar los derechos fundamentales invocados por la demandante.

Consideró que aunque en principio se podría afirmar que el actor contaba con otro mecanismo de defensa del cual debía haber hecho uso antes de recurrir a la tutela y no se demostró el acaecimiento de un perjuicio irremediable, es cierto que resulta necesario realizar un análisis frente a la aplicación de la Resolución No.

497 del 24 de noviembre de 2009, pues es evidente la vulneración de los derechos fundamentales de la demandante.

Así, concluyó que se violó el derecho a la consulta previa, toda vez que, a su juicio, no estuvo bien por parte de la Secretaría de Planeación de Cartagena que certificara que el área objeto de la concesión no se encontraba ocupado pues sí lo estaba, al ser aquella el lugar tradicional de trabajo de algunos habitantes de La Boquilla, quienes se han visto obligados a desalojar y desplazarse a sitios distintos a los habituales.

En cuanto a la supuesta fecha en la cual dicha Comunidad fue reconocida en forma oficial, encontró que de las respuestas del Ministerio del Interior y de Justicia y de la Secretaría del Interior del Distrito de Cartagena se deducía que su existencia había sido reconocida desde el 2005, pues fue la fecha en que presentaron la solicitud de inscripción.

Aclaró también que la presente tutela cumplía con el requisito de la inmediatez pues, a pesar que la resolución demandada data del 2009, el uso de la playa no se realizó sino hasta el 5 de julio de 2011.

Por último, y como quiera que ésta no es la vía para definir la ilegalidad o legalidad de un acto administrativo, resolvió inaplicar dicho acto respecto de la demandante, por lo que la demandada debía permitir que la actora continúe ejerciendo su labor en el área concesionada.

A su vez ordenó que el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de La Boquilla relacionara los habitantes del sector que se encontraban en situación similar con el fin de hacerle llegar esa lista al Hotel Las Américas y que éste les permita el ejercicio de su labor.

De igual forma, ordenó a la DIMAR a expedir un nuevo acto administrativo donde otorgara la concesión del área pero cumpliendo con la consulta previa a los Consejos Comunitarios de la Comunidad Negra de La Boquilla o cualquier otro ente que represente a la comunidad negra de dicho corregimiento.

V.- La Impugnación

La sociedad Inversiones Talarama & Cia S.C.A. impugnó la providencia del Tribunal, reiterando que la tutela, en razón de su carácter residual y subsidiario, no era procedente para definir el fondo del presente asunto, máxime si, como lo afirma el mismo juez de primera instancia, no se evidenció la ocurrencia de un perjuicio irremediable que permitiera su interposición como mecanismo transitorio. En ese orden de ideas, resulta claro, a su juicio, que el Tribunal incurrió en un desbordamiento de su competencia.

Reafirmó que la resolución acusada había sido expedida en legal forma y que no le asistía razón al a quo cuando afirmaba que el actuar de la Secretaría de Planeación de Cartagena había sido equivocado pues al momento de la diligencia de entrega formal de la concesión, no se evidenció la ocupación de comunidad alguna en el sector.

Así mismo, señaló que el Tribunal no entró a ponderar los derechos en pugna pues no se entiende cómo hace prevalecer los derechos de explotación turística en un área de aproximadamente 100 metros frente a una de más de 1000 metros.

Alegó que el Tribunal malinterpretó las normas y pasó por alto definiciones ya establecidas para considerar que la actividad de la demandante era una “práctica tradicional”, cuando en realidad éste hace referencia a unas actividades específicas donde no se encuentra la ocupación de la demandante.

En cuanto a la fecha de reconocimiento legal (2009), aseveró que es distinta a la de inscripción y registro (2005) y que es a partir de aquella en que se entiende se hacen efectivos los derechos de dicha comunidad y no desde la simple percepción de existencia como equivocadamente concluye el Tribunal.

Por su parte, la Capitanía de Puertos de Cartagena impugnó el fallo del 27 de julio de 2011, pues considera que esta entidad no ha violado derecho fundamental alguno de la demandante.

Manifestó que el trámite de la concesión es un procedimiento reglado que, en el caso que nos ocupa, cumplió con todas las formalidades legales a que había lugar, en el entendido que contó con estudio de viabilidad ambiental y tuvo en cuenta el Plan de Ordenamiento Territorial para concluir que el área objeto de concesión no estaba afectada por ninguna comunidad negra.

Reiteró lo concerniente a los conceptos favorables de las autoridades competentes en la materia, así como la oportunidad con la que contó la demandante para oponerse dentro del trámite administrativo.

Aduce que el Tribunal erró al afirmar que con la expedición de la resolución se permitió el desalojo de los habitantes de La Boquilla, pues la DIMAR, al momento de realizar la entrega formal, no encontró ocupación alguna en el sector, ni existía, previo a su expedición, acto administrativo que reconociera la existencia de comunidades, razón por la cual no se puede afirmar que hubo violación del derecho a la consulta previa o a la confianza legítima.

Resaltó que, además, existía una inconsistencia entre la parte considerativa y resolutive de la sentencia de primera instancia pues en la consideración afirma que los efectos serán *inter partes*, pero en la parte resolutive dice que será aplicable a toda la comunidad.

En escrito posterior, procedió a ampliar el escrito de impugnación reafirmando los argumentos expuestos anteriormente y solicitando se desestimaran las pretensiones de la demanda pues la misma era improcedente para el caso concreto por existir otro mecanismo de defensa idóneo para la protección de sus derechos.

V.- Las Consideraciones de la Sala

La señora Jovannys Pardo Castro interpuso acción de tutela en contra de la Dirección Marítima General y la Capitanía de Puerto de Cartagena, en la que invocó como vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo, a la consulta previa, al mínimo vital y al debido proceso.

Alegó que las demandadas vulneraron sus derechos fundamentales, toda vez que mediante la Resolución No. 497 del 24 de noviembre de 2009, la DIMAR otorgó la concesión del área donde la demandante ejerce su oficio, sin haber realizado el trámite de la consulta previa a las pueblos indígenas y tribales del sector, derecho consagrado en el artículo 330 de nuestra Carta Política y del siguiente tenor:

“De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: (...) PAR. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

El Convenio OIT 169 de 1989 “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales”, ratificado por Colombia por medio de la Ley 21 de 1991, establece, en su artículo 6°, una obligación en cabeza de los gobiernos de consultar a dichos pueblos cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos en forma directa, así como de establecer los medios a través de los cuales puedan participar en condiciones de igualdad con respecto del resto de la población¹.

Del escrito de la demanda y su posterior adición, se observa que la pretensión de la demandante va dirigida a que se declare la derogatoria de la Resolución No. 497 de 2009, en cuanto que considera no fue expedida en legal forma al no cumplir con el trámite previsto en el Decreto 1320 de 1998, por medio del cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.

Sin embargo, la Sala observa que la acción de tutela no es el medio idóneo para dirimir conflictos de legalidad o ilegalidad de los actos administrativos, habida cuenta que para ello existen otros medios de defensa eficaces como son los de la vía ordinaria. El carácter subsidiario que comporta esta acción constitucional hace improcedente su interposición cuando el actor cuenta con otros mecanismos legales adecuados para la defensa de sus derechos.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en múltiples oportunidades² afirmando que: *“ante la existencia de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela es improcedente, salvo que se configure un perjuicio irremediable lo que la haría procedente como mecanismo transitorio o que el otro*

¹ En sentencia C-169 de 2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte Constitucional dijo que el derecho a la consulta previa es: *“un compromiso internacional de gran amplitud, que obliga al Estado colombiano a efectuar el aludido proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, legislativa o administrativa, que tenga la virtud de afectar en forma directa a las etnias que habitan en su territorio”.*

² Ver sentencias: C- 1225 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; SU- 1070 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño; SU – 544 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T – 1670 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz y T-225 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, en las cuales se sentaron las primeras directrices sobre la materia y que han sido desarrolladas posteriormente.

*medio de defensa judicial no resulte idóneo ni eficaz para la protección de derechos fundamentales, evento en el cual la tutela procedería como mecanismo principal.*³

Ahora bien, la Corte Constitucional ha considerado que es dable interponer la acción de tutela a pesar de existir otro mecanismo de defensa en la vía ordinaria, siempre y cuando se observe la ocurrencia de un perjuicio irremediable para la parte demandante.

A este respecto resulta pertinente señalar que la jurisprudencia ha establecido unos requisitos para considerar que un perjuicio es en realidad irremediable, como son la urgencia, la gravedad, la inminencia y la impostergabilidad.

En ese orden de ideas, cuando se alegue un perjuicio irremediable es necesario que se presenten las mencionadas características en orden a que la tutela prospere. No obstante, no basta alegar la existencia de dicho perjuicio sino que es deber del actor probar siquiera sumariamente el cumplimiento de esos requisitos, y que en este caso dicho perjuicio ni siquiera fue alegado por la parte actora. En ese sentido lo ha afirmado la Corte Constitucional al establecer que: *“la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones”*⁴.

En el caso *sub judice*, de las pruebas aportadas no se logró demostrar la configuración de un perjuicio irremediable que hiciera necesario adoptar medidas urgentes. A pesar de ello, el Tribunal procedió a estudiar de fondo y decidió amparar los derechos fundamentales de la demandante e inaplicar la Resolución 0497 de 2009 demandada en este caso, ordenando además, la expedición de un nuevo acto administrativo.

Así las cosas, observa la Sala que el juez de primera instancia incurrió en un desbordamiento de su competencia, en la medida en que, como se expuso anteriormente, esta acción no es la idónea para dirimir sobre la legalidad del acto administrativo, ya que existen otros medios en la vía ordinaria por medio de los cuales la actora puede demandar la Resolución No. 497 de 2009 a través de la cual se otorgó la concesión.

³ Sentencia T- 157 de 2010, MP.. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴ T- 236 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

En efecto la Resolución que se pretende dejar sin efecto por vía de tutela, puede ser objeto de la acción prescrita en el artículo 84 del C.C.A., es decir demandar en acción de nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y además de eso dentro de la referida demanda, solicitar la suspensión provisional del referido acto.

Es decir, que si se considera que la Resolución 497 de 2009, va en contravía de preceptos legales, al momento de interponer la demanda se puede solicitar la suspensión provisional del referido acto, logrando con ello la protección de los derechos fundamentales que se consideran violados.

En cuanto al momento a partir del cual se entiende que la comunidad afrodescendiente empezó a existir como tal, con el fin de agotar el requisito de la consulta previa, la Sala señala que ese tipo de asuntos se escapa del ámbito de la acción de tutela, ya que esa circunstancia también debe ventilarse dentro del proceso ordinario.

Por las anteriores razones, la Sala revocará la decisión del *a quo*, toda vez que la acción de tutela interpuesta resulta improcedente, en la medida en que existen otros mecanismos de defensa.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

1.- REVOCASE la sentencia impugnada por la razones expuestas en la parte motiva.

2.- Niegase por improcedente la presente acción.

Por secretaría, envíese copia de esta decisión de origen y, dentro del término de ley, envíese a la Corte Constitucional para que se surta la eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
GARCIA GONZALEZ
Presidente

MARIA ELIZABETH

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
CLAUDIA ROJAS LASSO

MARIA