

ACCIÓN DE TUTELA No. 13-001-40-03-008-2019-00916-01

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

DERECHO: DEBIDO PROCESO

ACCIONANTE: NIXON TORRES CARCAMO, OSCAR ANTONIO BONILLA, FIDIAN GARCIA

ACCIONADO: ALCALDIA MAYOR DISTRITAL DE CARTAGENA

VINCULADOS: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- ANI, KMA CONSTRUCTORES LTDA,
CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA, PROCURADURIA PROVINCIAL DE CARTAGENA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO ORAL DE CARTAGENA DE
INDIAS

Cartagena de Indias, marzo dos (02) de dos mil veinte (2020)

ASUNTO

Procede el despacho a resolver la impugnación elevada por las partes accionantes contra la sentencia de fecha veintidos (22) de enero de dos mil veinte (2020) emanada del JUZGADO OCTAVO CIVIL MUNICIPAL DE CARTAGENA, que negó por improcedente la acción de tutela.

SINTESIS DE LOS ASPECTOS FACTICOS

Manifiestan los actores, que la entidad demandada promueve un proceso de contratación para la concesión denominada iniciativa privada concesión vial corredor portuario de Cartagena, a través de una alianza público privada, proceso que se esta adelantando con una “serie de irregularidades” en contravía a la ley que regula la materia, además de violentar los principios de transparencia y publicidad de la contratación pública.

PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos narrados y en las consideraciones expuestas, las partes accionantes solicitaron que se les tutelaran sus derechos fundamentales y en consecuencia que se ordenara a la accionada, suspender cualquier tramite en la pretensión de suscribir una alianza público privada, iniciativa privada, concesión vial o corredor portuario de Cartagena, hasta tanto se respeten las normas constitucionales y legales mencionadas, asi como los principios constitucionales.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El a quo negó por improcedente la acción de tutela, mediante sentencia de 22 de enero de 2020, por las siguientes razones que se extractan:

ACCIÓN DE TUTELA No. 13-001-40-03-008-2019-00916-01

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

DERECHO: DEBIDO PROCESO

ACCIONANTE: NIXON TORRES CARCAMO, OSCAR ANTONIO BONILLA, FIDIAN GARCIA

ACCIONADO: ALCALDIA MAYOR DISTRITAL DE CARTAGENA

VINCULADOS: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- ANI, KMA CONSTRUCTORES LTDA,

CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA, PROCURADURIA PROVINCIAL DE CARTAGENA

“Se pretende a través de la presente acción de tutela, se ordene a la ALCALDIA MAYOR DISTRITAL DE CARTAGENA la suspensión del trámite de autorización y/o suscripción de la alianza público privada de la iniciativa privada concesión vial corredor portuario de Cartagena de Indias.

Atendiendo a la naturaleza de tales pretensiones, referida a controversias originadas directamente de una relación entre los asociados y la administración distrital, en la que se hace necesario analizar el amplio marco normativo legal y constitucional que permita determinar el adelantamiento del proceso precontractual y contractual a cabalidad, así como la determinación sobre salubridad ambiental, publicidad, transparencia y la utilización o no de recursos públicos que a la fecha ni el ente de control fiscal siquiera puede emitir concepto.

Según su informe, se advierte que los accionantes disponen en la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de la acción de controversias contractuales, acción de responsabilidad contractual, o si a bien lo tienen para los actos administrativos entre estos la resolución No 9217 del 16-12-19, mediante la cual se adjudicó un contrato de concesión- asociación público-privada APP que contempla la construcción de dos nuevos peajes en la ciudad de Cartagena, la acción de nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho y hasta la acción constitucional popular para el amparo de derechos colectivos, resultando todas las acciones antes citadas, vías idóneas, eficaces y adecuadas para el reconocimiento de las mismas, dentro de las cuales proceden medidas cautelares comprendidas del artículo 229 al 241 del CPACA.

Al respecto, se advierte arribado al plenario copias del libelo demandatorio de acción de nulidad simple de acto administrativo con sello de recibido por la oficina de reparto de la dirección seccional de administración de justicia - seccional Cartagena, fechado 15 de enero de 2020 promovida por los aquí accionantes, en la cual figura anexa la solicitud de suspensión del acto administrativo, cuya nulidad se solicita como medida cautelar.

En el sub examine no se encuentran acreditados los presupuestos establecidos por la Corte Constitucional para estimar existente un perjuicio irremediable, toda vez que no advierte que el eventual perjuicio requiera una acción impostergable, así como no se advierte que el perjuicio sea inminente, téngase que en la actualidad se encuentra en etapa previa para la celebración del contrato entre las partes, para la realización del proyecto ncuestionado.”

FUNDAMENTOS DE IMPUGNACION

El 24 de enero del año 2020 los accionantes impugnaron la sentencia de fecha 22 de enero del año en curso, manifestando, en síntesis, que *“los términos de la acción contenciosa administrativa, como de una acción popular, se constituyen en un obstáculo, para que efectivamente por esas vías jurídicas, se pueda ordenar suspender como mecanismo transitorio la suscripción del contrato de la alianza publico privada, por los tiempos que de ese tipos de acciones se desprenden, más cuando desde hace mas de 10 días, se presentó ante el Juzgado Primero Administrativo de Cartagena la acción de nulidad simple contractual contra el acto administrativo de adjudicación de la APP, ni siquiera esta para estudio de admisión con dicho juzgado, lo que nos lleva a escenario constitucional de lo impostergable de la medida, como mecanismo transitorio mientras el juez define de fondo la controversia, no puede ser admisible que la forma esté por encima de la protección de derechos humanos.*

La APP no cumplió con el debido proceso de varios aspectos legales, que comprenden tanto derechos fundamentales como derechos colectivos, tampoco, con los parámetros constitucionales de confeccion de dicho negocio jurídico.

Los predios que se encuentran en la cuarta avenida Manga, que colindan con el caño de bazurto y la cienega de la quinta, son bienes de uso publico, al ser incorporados como predios , sobre los cuales se construiría el proyecto alianza publica- privada, de iniciativa privada, no se tuvo en cuenta el avaluo de dichos predios, como parte de recursos aportados por el Distrito en la susodicha alianza, evidenciándose que no se trata de una iniciativa sin aporte de recursos públicos, sino todo lo contrario”.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

La impugnación, concedida por el *a quo* el 24 de enero de 2020, fue admitida por este despacho mediante auto de fecha 4 de febrero de 2020, actuación que se le notificó a los sujetos procesales mediante oficios.

PRUEBAS

Todas las pruebas documentales que obran en el expediente de tutela de primera instancia y las aportadas en el trámite de la impugnación.

ACCIÓN DE TUTELA No. 13-001-40-03-008-2019-00916-01
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
DERECHO: DEBIDO PROCESO
ACCIONANTE: NIXON TORRES CARCAMO, OSCAR ANTONIO BONILLA, FIDIAN GARCIA
ACCIONADO: ALCALDIA MAYOR DISTRITAL DE CARTAGENA
VINCULADOS: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- ANI, KMA CONSTRUCTORES LTDA,
CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA, PROCURADURIA PROVINCIAL DE CARTAGENA

PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS DEL DESPACHO:

A partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela y de la decisión adoptada en la respectiva instancia judicial, en esta oportunidad le corresponde a este despacho judicial, resolver el siguiente problema jurídico:

¿Es procedente en esta segunda instancia revocar la sentencia de tutela proferida por el juez a quo que negó por improcedente la acción de tutela ?

La tesis del despacho en sede de segunda instancia, será negativa con respecto al problema jurídico planteado, en el sentido que no será pertinente desde el punto de vista de los postulados constitucionales, revocar la decisión impugnada.

A dicha conclusión se llegará, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En el presente caso, y como ya se dijo, los accionantes solicitaron que se les tutelaran sus derechos constitucionales y en consecuencia se ordenara a la accionada suspender cualquier trámite en la pretensión de suscribir una alianza publico - privada, iniciativa privada, concesión vial o corredor portuario de Cartagena, hasta tanto se respeten las normas constitucionales y legales mencionadas, así como los principios constitucionales.

De entrada advierte el despacho, que el fallo inicial habrá de ser confirmado en su totalidad, de conformidad con los hechos expuestos y demostrados en el sub examine, puesto que tiene razón el juzgado de primer grado cuando consideró que no se probó la existencia del perjuicio irremediable de manera que hiciera procedente esta acción, presupuesto este que es precisamente el que justificaría la procedencia excepcional de la acción constitucional de tutela, en asuntos como el que concita la atención del despacho, sobre todo, por cuanto, efectivamente se probó que los accionantes no solo disponen de los medios de control consagrados en la jurisdicción de lo contencioso administrativo para controvertir la resolución No 9217 del 16-12-19, sino que además, hicieron uso de los mismos.

Es aque, efectivamente, esta judicatura observa a folio 153 y SS del expediente de tutela, demanda de nulidad simple presentada el día 15 de enero de 2020 por los accionantes, el cual le correspondió por reparto al Juzgado 1º Administrativo Oral de Cartagena, por lo que los accionantes a

través de la acción mencionada acudieron a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que sea el juez natural el que defina la controversia planteada, independientemente que por tramites internos en el despacho judicial no se haya decidido sobre la admisibilidad del medio de control de manera inmediata.

Este despacho concluye por tanto, que los señores NIXON TORRES CARCAMO, OSCAR ANTONIO BONILLA, FIDIAN GARCIA, de manera evidente, hicieron uso de la vía idónea para la defensa de los intereses alegados, misma que, mal se haría en justificar acumular con la acción de tutela con esa misma finalidad. Amen de ello, tampoco se colige frontalmente como no idóneo el medio de control incoado ante la jurisdicción contenciosa administrativa mismo dentro del cual, inclusive, es dable utilizar una herramienta adicional que la hace tan o más eficaz que la acción de tutela ya que persigue similar objetivo que el buscado con la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, solo que dentro de la misma “vía contenciosa” pertinente: la solicitud de suspensión provisional del mismo.

El artículo 229 del código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala con bastante amplitud, la procedencia de las medidas cautelares aplicables a los procesos declarativos de estirpe administrativa como las mencionadas antes, de la siguiente forma:

“En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento…”

Y dentro de esas medidas cautelares, el artículo siguiente, es decir, del 230, de forma concreta enuncia como viables, entre otras sendas,

“…2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo…”

Entonces, según lo anterior, se puede concluir que para esta instancia, los accionantes cuentan, no solo –desde el punto de vista objetivo– con medios de control, para atacar los actos cuyos efectos pretende enervar con la tutela, sino también, con una herramienta adicional que las hace tan o más eficaz que la acción de tutela ya que persigue similar objetivo que el que busca la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, solo que dentro de la misma “vía ordinaria” pertinente: la solicitud de suspensión provisional, de acuerdo con las normas transcritas, razón por la que, no es prudente la concesión de esta acción de tutela habida cuenta de a la aplicación del principio de subsidiariedad que orienta la acción tutelar.

Dicho criterio ha sido reiterado, entre otras, en las Sentencias T-533 de 1998, T-127 de 2001 y SU-544 de 2001 y más recientemente en decisión SU-037 de 2009 donde la Corte Constitucional ha afirmado:

“Por ello es pertinente reiterar aquí la jurisprudencia de esta Corporación, transcrita en la misma demanda, según la cual la suspensión provisional resulta ser un trámite pronto y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela, sin que sea dable compartir los criterios expuestos a lo largo del líbello, en el sentido de admitir la viabilidad de la tutela y su mayor eficacia, por razones de tiempo, frente a la demora de los procesos ordinarios, pues ello daría lugar a la extinción de estos, si se pudiese escoger alternativamente y por esa circunstancia, entre el juez de tutela y el juez ordinario para la definición apremiante de los derechos reclamados, lo que desde luego desnaturaliza la verdadera finalidad constitucional encaminada a la protección de los mismos, previo el cumplimiento de los presupuestos requeridos”. Se resalta con intención.

En esa misma línea, la Corte Constitucional, ha establecido que la procedencia de la acción de tutela se encuentra condicionada a la previa utilización por el accionante de los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico, dejando claro que esta acción constitucional, como mecanismo residual y subsidiario, no puede remplazar las figuras procesales destinadas a obtener la satisfacción de sus derechos, ni puede subsanar la incuria o negligencia de las partes en hacer uso de ellas de la manera y dentro de los términos previstos legalmente para ello. En tal virtud dijo en a T-451 de 2010:

“La acción de tutela tiene un carácter subsidiario y no fue instaurada para remediar los errores en que incurren los ciudadanos en lo relacionado con la defensa de sus derechos. Si se llegara a admitir la posición contraria, pasaría la tutela a sustituir todos los demás medios judiciales y la jurisdicción constitucional entraría a asumir responsabilidades que no le corresponden, todo ello en detrimento de los demás órganos judiciales. (…)

Por todas esas razones, la decisión de primera instancia será confirmada.

ACCIÓN DE TUTELA No. 13-001-40-03-008-2019-00916-01

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

DERECHO: DEBIDO PROCESO

ACCIONANTE: NIXON TORRES CARCAMO, OSCAR ANTONIO BONILLA, FIDIAN GARCIA

ACCIONADO: ALCALDIA MAYOR DISTRITAL DE CARTAGENA

VINCULADOS: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- ANI, KMA CONSTRUCTORES LTDA,

CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA, PROCURADURIA PROVINCIAL DE CARTAGENA

En mérito de lo expuesto el Juzgado Cuarto Civil del Circuito Oral de Cartagena de Indias administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

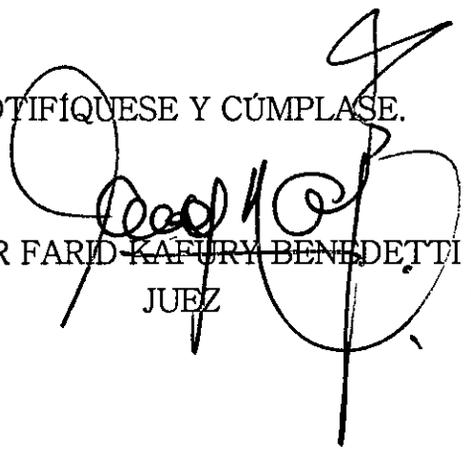
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del veintidós (22) de enero de dos mil veinte(2020), proferida por el JUZGADO OCTAVO CIVIL MUNICIPAL DE CARTAGENA ,dentro de la acción de tutela promovida por los señores NIXON TORRES CARCAMO, OSCAR ANTONIO BONILLA, FIDIAN GARCIA frente a la ALCALDIA MAYOR DISTRITAL DE CARTAGENA.

SEGUNDO: Notificar esta decisión a las partes involucradas en la forma más expedita y eficaz.

TERCERO: Oportunamente, por secretaría, dese cumplimiento a lo dispuesto por el Art. 31 del decreto 2591 de 1991, remitiendo el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CESAR FARID KAFURY BENEDETTI
JUEZ

