



Cartagena de Indias D.T. y C., Marzo treinta y uno (31) de dos mil diecisiete (2017)

Acción	TUTELA
Radicado	13-001-23-33-000-2017-00235-00
Demandante	YINA PATRICIA BARRAZA SALGADO
Demandado	POLICÍA NACIONAL- ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA- ALCALDÍA LOCAL UNO (LOCALIDAD HISTÓRICA Y DEL CARIBE NORTE).
Magistrado	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Improcedencia de la acción de tutela para declarar la nulidad de un comparendo que ordena el cierre de un establecimiento de comercio por no contar con el permiso de uso del suelo para su apertura -existencia de un medio de defensa judicial idóneo y eficaz – principio de subsidiariedad.</i>

I. OBJETO A DECIDIR

Mediante escrito de fecha diecisiete (17) de marzo de dos mil diecisiete (2017), la señora **YINA PATRICIA BARRAZA SALGADO** instauró acción de tutela contra **POLICÍA NACIONAL- ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA-ALCALDÍA LOCAL UNO (LOCALIDAD HISTÓRICA Y DEL CARIBE NORTE)** para que, por medio de la misma, se le ampare sus derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital, igualdad ante la ley, debido proceso, y derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, presuntamente vulnerados por las entidades accionadas.

II. ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instauró la señora **YINA PATRICIA BARRAZA SALGADO** identificada con la C.C. No. 45.717.010 de Cartagena.

III. ACCIONADO

La acción está dirigida en contra de la **POLICÍA NACIONAL- ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA-ALCALDÍA LOCAL UNO (LOCALIDAD HISTÓRICA Y DEL CARIBE NORTE)**.

IV. ANTECEDENTES

4.1. Pretensiones.

La señora YINA PATRICIA BARRAZA SALGADO, solicita se le proteja ampare los derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital, igualdad ante la ley, debido proceso, y derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, en consecuencia solicita que, en primer lugar se ordene que en un término no mayor a 48 horas se deje sin efecto la medida de cierre temporal que pesa sobre el establecimiento comercial Disco Bar La Séptima, en segundo lugar que se requiera a la Alcaldía Mayor de Cartagena para que realicen el procedimiento administrativo en lo referente al uso del suelo, que se prohíba cualquier acto de cierre temporal del establecimiento hasta tanto no se resuelva su solicitud de la misma ante la Alcaldía Local Uno, entre otras.

4.2. Hechos

La parte accionante, como sustento a sus pretensiones, expuso los siguientes hechos que se compendian así:

Afirma que, es propietaria del Establecimiento comercial Disco Bar La Séptima ubicada en el barrio Nuevo Bosque mza 76 lote 2, cuyo objeto social es el expendio de bebidas embriagantes, y ventas de productos de consumo.

En dicho local, según la accionante, funcionó con anterioridad, otro establecimiento comercial denominado El Rumbero, sobre el cual recayó un procedimiento administrativo que culminó con el cierre definitivo del mismo, mediante Resolución N° 6818 del 26 de agosto de 2016.

Debido a la situación anterior, afirma haber iniciado los trámites correspondientes para obtener los documentos que acreditaran la legalidad de su establecimiento, por lo cual por medio de petición radicada con fecha 02 de febrero del presente año ante la Alcaldía Mayor de Cartagena solicitó la apertura del establecimiento y posteriormente por petición ante la misma entidad, solicitó el permiso sobre el uso del suelo.

Mediante comparendo No. 13-1-089401, incidente 10524232 uniformados de la Policía Nacional procedieron al cierre temporal del establecimiento de comercio, bajo el argumento que no contaba con el permiso o autorización del uso del suelo.



Por último afirma que, el día 06 de marzo del presente año, se presentó a su negocio el subteniente Luis Carlos Álvarez Mosquera junto con funcionarios de la Alcaldía Menor de la Localidad Uno, haciendo el cierre temporal del establecimiento por 10 días, pese a que la actora aduce haber demostrado que el permiso del suelo estaba en trámite.

V. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción fue presentada el 17 de marzo de 2017¹, la cual fue admitida mediante auto del 21 de marzo de la misma fecha², en donde se dispuso se diera curso a las notificaciones de rigor.

VI. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

6.1 POLICÍA NACIONAL³

La entidad accionada rindió informe sobre los hechos aduciendo que, las actuaciones por ellos surtidas se encuentran dentro de las funciones que la ley establece, en ese sentido afirma que, el establecimiento no puede funcionar dentro de ese sector toda vez que no está permitido por ser residencial según el POT vigente para esta ciudad. Agrega que, cualquiera que sea la razón social del establecimiento de comercio que se dedique a la venta en ese lugar, no podrá funcionar como quiera que no esta permitido.

Aduce que, el Bar La Séptima no cumplía con las normas referentes al uso el suelo destinación o finalidad para la que fue construida la edificación y su ubicación, dando lugar este incumplimiento a imponer la medida de cierre temporal del establecimiento comercial, como lo señala la norma.

Concluye la institución solicitando, que se declare la improcedencia de la acción de tutela, debido a que, no puede la accionante pretender que por medio de esta acción las autoridades policivas no den cumplimiento a lo dispuesto en la ley, contando la misma con otros medios de defensa judiciales.

¹ Fol. 1

² Fol. 81

³ Fols. 86- 88

6.2 ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA⁴

La entidad accionada rindió informe sobre los hechos aduciendo que, la competencia de la presente acción le corresponde a la Policía Metropolitana de Cartagena, la Alcaldía de la Localidad Histórica y Caribe Norte y la Secretaría de Planeación Distrital.

Afirma que en los documentos que presentó la actora, correspondiente a la solicitud de certificación del uso del suelo, no se observa constancia alguna de recibido de dicha solicitud, y que dicha petición solo le compete a la Secretaría de Planeación Distrital, tal como lo alega la tutelante en el escrito de demanda.

Concluye solicitando que se declare la falta de legitimación por pasiva con relación a ellos, debido a que, esa dependencia no ejerció ningún tipo de actuación que conllevara a la presentación de esta acción.

VII. PRUEBAS

Las pruebas obrantes en el expediente son las siguientes:

- Copia del comparendo pedagógico No. 13-1-89401, incidente No. 16524232, de fecha 04 de febrero de 2017, expedido por la Policía Nacional⁵.
- Copia del comparendo No. 002616, incidente No. 10532231 de fecha 06 de marzo de 2017, expedido por la Policía Nacional⁶.
- Copia del Certificado expedido por la Cámara de Comercio, en donde certifica la existencia del establecimiento de Comercio, denominado Disco Bar La Séptima⁷.
- Copia de la Resolución No. 6818 del 26 de agosto de 2016, expedida por la Alcaldía Local Histórica y del Caribe del Norte, por medio de la cual *"se ordena el cierre definitivo del establecimiento denominado Licores Terraza Bar Disco El Rumbero"*⁸.
- Copia del Acta de inspección sanitaria a establecimiento especiales, expedida por el DADIS, en fecha 24 de enero de 2017⁹.

⁴ Fols. 90- 95

⁵ Fol. 12

⁶ Fol. 13

⁷ Fols. 14-15

⁸ Fols 16- 20

⁹ Fols. 21- 23

SENTENCIA No. 019 /2017

- Copia del certificado expedido por Fumigaciones Nogar C.P. Bilo en fecha 25 de enero de 2017, por medio del cual certifica que se desratizó y fumigó el establecimiento denominado Disco Bar La Séptima¹⁰.
- Copia de la solicitud radicada por la actora en fecha 02 de febrero de 2017 ante el Cuerpo de Bomberos de la ciudad, para que realicen una inspección de seguridad contra incendios¹¹.
- Copia del contrato de concertación entre la organización Sayco y Acinpro con la señora Yina Barraza Salgado, para la comunicación al Público de obras musicales¹².
- Copia de la solicitud radicada por la actora para obtener el permiso del uso del suelo, ante la Alcaldía Mayor de Cartagena de fecha 01 de marzo de 2017¹³.
- Copia de la respuesta suministrada por la Policía Metropolitana de Cartagena, al requerimiento realizada por la accionante en fecha 28 de febrero de 2017, en el cual solicitada las actividades de policía o administrativas que hubieran adelantado frente a establecimientos de comercio¹⁴.
- Copia de los registros civiles de nacimiento de los hijos de la tutelante¹⁵.
- Copia radicada por la actora en fecha 04 de febrero de 2017 ante la estación de Policía de Nuevo Bosque, mediante la cual informan la apertura del local comercial¹⁶.
- Copia del recurso de apelación presentada por la actora ante la Inspección de Policía de Nuevo Bosque, en contra del Comparendo No. 13-1-089401¹⁷.
- Copia de la solicitud radicada por la accionante ante la Inspección de Policía de la comuna No. 10 en fecha 01 de marzo de 2017, por medio de la cual solicita se le informe que actividades de policía o administrativas, se habían adelantado frente a establecimientos de comercio¹⁸.

¹⁰ Fol. 24

¹¹ Fol. 25

¹² Fol. 26- 27

¹³ Fol. 28

¹⁴ Fol. 29

¹⁵ Fols. 30-31

¹⁶ Fol. 32

¹⁷ Fols. 34- 37

¹⁸ Fol. 38.

VIII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**8.1. La competencia**

El Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **PRIMERA INSTANCIA**, según lo establecido en su artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991.

8.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que los problemas jurídicos a resolver son los siguientes:

¿Resulta procedente la acción de tutela para obtener la nulidad de un comparendo impuesto por la Policía Nacional contra un establecimiento de comercio que no cumple con las normas de uso del suelo, cuando no se ha acudido a los medios de defensa judicial y el perjuicio irremediable alegado no se encuentra acreditado por el accionante?

Para abordar los problemas planteados, se hará énfasis en los siguientes aspectos: i) Generalidades de la acción de tutela; ii) Procedencia excepcional de la acción tutela contra actos administrativos. Reiteración de jurisprudencia. (iii) De los límites constitucionales a la actividad económica, iv) Carácter subsidiario de la acción de tutela; y (iv) Caso concreto.

8.3 TESIS DE LA SALA

La Sala declarará, la improcedencia de la presente acción de tutela, toda vez, que la misma resulta inadecuada para controvertir un acto administrativo de carácter particular y concreto, como quiera que existen otros mecanismos de defensa judicial previstos para la protección de los derechos presuntamente conculcados, y atendiendo también a que no se probó que la misma se presentó como medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por otro lado, al momento de dar apertura al establecimiento de comercio, la actora debía contar con la documentación exigida por la ley como son las licencias de funcionamiento, permisos urbanísticos y ambientales, licencias sanitarias, de seguridad, etc., para el ejercicio de las iniciativas económicas.

8.4. Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

8.5 Procedencia excepcional de la acción tutela contra actos administrativos. Reiteración de jurisprudencia.

Como ha sido reiterado en múltiples ocasiones por la H. Corte Constitucional, la acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual y subsidiario, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados.

SENTENCIA No. 019 /2017

Ello en consonancia con el artículo 86 de la Constitución, los artículo 6º numeral 1, del Decreto 2591 de 1991 que establecen como causal de improcedencia de la tutela: *"cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante."*

El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en la necesidad de que el juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento a la estricta observancia del carácter subsidiario y residual de la acción. Así como, el carácter supletorio del mecanismo de tutela conduce a que solo tenga lugar cuando dentro de los diversos medios que pueda tener el actor no existe alguno que sea idóneo para proteger objetivamente el derecho que se alegue vulnerado o amenazado. Esta consideración se morigera con la opción de que a pesar de disponer de otro medio de defensa judicial idóneo para proteger su derecho, el peticionario puede acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. De no hacerse así, esto es, actuando en desconocimiento del principio de subsidiariedad se procedería en contravía de la articulación del sistema jurídico, ya que la protección de los derechos fundamentales está en cabeza en primer lugar del juez ordinario.

La Corte ha expuesto que conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, este mecanismo el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable. Al respecto se ha establecido:

"La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la

SENTENCIA No. 019 /2017

expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”¹⁹

Así, la regla general es que el mecanismo constitucional de protección no puede superponerse a los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico de forma que los suplante o que se actúe como una instancia adicional para debatir lo que ya se ha discutido en sede ordinaria. En particular, la Corte Constitucional insiste en que esta regla general conduce a que en los procedimientos administrativos, la tutela no procede contra actos expedidos por una autoridad administrativa, pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales, sin embargo, sólo de manera excepcional esta acción procede transitoriamente cuando se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable.

8.6 De los límites constitucionales a la actividad económica²⁰.

“4.1. El artículo 333 de la Carta reconoce el derecho de libertad económica y al desarrollo de la iniciativa privada, en sus diferentes manifestaciones. Estas libertades sin embargo, no son absolutas en el Estado de Derecho, ni existe una barrera inquebrantable a la intervención del Estado, ya que el mismo texto de la Carta admite límites a estas libertades en atención al “bien común” y al “interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación, en los términos que señale la ley. En el caso de la libertad de empresa, la norma superior reconoce que ella tiene una función social que implica obligaciones, y para el caso de la libre competencia económica, indica que es un derecho constitucional que supone responsabilidades. En consecuencia, teniendo en cuenta objetivos de orden público, desarrollo urbano, comercial y de planeación, etc., puede el legislador válidamente exigir a los particulares licencias de funcionamiento, permisos urbanísticos y ambientales, licencias sanitarias, de seguridad, etc., para el ejercicio de las iniciativas económicas descritas

Las restricciones impuestas por el legislador, con todo, deben ser proporcionales y razonables, con el objetivo de que los límites estipulados a estos derechos no

¹⁹ Sentencia T-514 de 2003, reiterado en sentencias T-451 de 2010 y T- 956 de 2011.

²⁰ SENTENCIA C-1008/08, (Bogotá D.C., octubre 15 de 2008). Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

signifiquen una restricción tan significativa y gravosa de los mismos, que hagan nugatoria la libre iniciativa privada reconocida por la Constitución.

4.2. Ahora bien, dado que las normas jurídicas atacadas tienen que ver con la actividad económica derivada de la puesta en marcha de un establecimiento de comercio, debe señalarse que dicha actividad se encuentra inscrita dentro de las libertades que se predicán en el artículo 333 constitucional. De hecho esta Corte ha comentado que las medidas de salubridad, pago de obligaciones tributarias, funcionamiento bajo las reglas de planeación, etc., que se le exigen hoy a los particulares con ocasión de esta actividad comercial, resultan ser medios idóneos para el adecuado desarrollo de esa actividad económica específica y se constituyen en reglas mínimas para la prestación efectiva de esos servicios.

4.3. Empero, técnicamente, los límites impuestos a la libertad comercial, en función del respeto y garantía del orden público en un Estado Social de Derecho, están relacionados principalmente con lo que la doctrina constitucional ha denominado, el uso del poder de policía. Poder que tiene como finalidad el goce pleno de los derechos y que está limitado por los principios contenidos en la Constitución. La Corte revisará entonces a continuación, la jurisprudencia relacionada con el régimen de policía administrativa, sus límites e incidencia en materia de orden público, a fin de establecer sus alcances en la determinación de requisitos y procedimientos, relacionado con el funcionamiento de los establecimientos de comercio".

8.7 Carácter subsidiario de la acción de tutela.

No debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable. En ese sentido, el análisis de procedencia de la acción de tutela exige del juez constitucional la verificación de la inexistencia de otro medio de defensa judicial.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional es clara en cuanto la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y, por tanto, no está diseñada

SENTENCIA No. 019 /2017

para sustituir los mecanismos procesales ofrecidos por el ordenamiento jurídico para defender los intereses de los particulares. Sobre este tópico, dijo:

"La acción de tutela no ha sido concebida como un instrumento para sustituir los demás medios de defensa judicial, sino como un mecanismo que complementa los otros recursos y acciones, en la medida en que cubre aquellos espacios que éstos no abarcan o lo hacen deficientemente. Aceptar lo contrario sería admitir que el juez constitucional tomara el lugar de las otras jurisdicciones, resultado que iría en contra del fin de la jurisdicción constitucional, cual es el de velar por la guarda e integridad de la Constitución, tarea que comprende también la de asegurar las competencias de las otras jurisdicciones. Es por eso que esta Corte estableció que dentro de las labores que le impone la Constitución "está la de señalarle a la acción de tutela límites precisos, de manera que se pueda armonizar el interés por la defensa de los derechos fundamentales con la obligación de respetar el marco de acción de las jurisdicciones establecidas."21

Con la misma sindéresis, la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela no es procedente cuando el accionante omitió utilizar los medios de controles o recursos ordinarios ofrecidos por el ordenamiento jurídico y pretende suplir su inactividad mediante el ejercicio de esa acción constitucional.

Ahora bien, respecto el ejercicio de la acción de tutela ante la posible vulneración de derechos fundamentales, la Corte Constitucional estableció como regla general, la improcedencia de la solicitud de amparo, considerando su naturaleza residual y subsidiaria, máxime cuando se está en presencia de decisiones administrativas (actos administrativos), mediante los cuales existen vías ordinarias de defensa. Al respecto, lo conceptuado por la Corporación Constitucional:

"En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional."22

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-262/98.

²² Corte Constitucional, sentencia T-090/13.

La jurisprudencia constitucional también ha señalado que, existen eventos, donde pese a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, es procedente el ejercicio de la acción de tutela, destacándose aquellas situaciones en las que se prevé la ineficacia de los recursos ordinarios de defensa y la materialización de un perjuicio irremediable, recalándose al respecto:

"No obstante, existiendo otro medio de defensa judicial, la Corte ha establecido dos situaciones excepcionales en las cuales es procedente la acción de tutela. Una de ellas, consiste en que el medio o recurso existente no sea eficaz e idóneo y, la otra, radica en la invocación de la tutela como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En cuanto a la primera, la Corte ha sostenido que la sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción. El medio debe ser idóneo, lo que significa que debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho.

Para determinar la concurrencia de estas dos características, deben examinarse los planteamientos fácticos de cada caso y establecerse (i) si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente tiene por virtud ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela (ii) si es posible hallar circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance (iii) si la persona que solicita el amparo es un sujeto de especial protección constitucional, y por lo tanto su situación requiere de particular consideración.

*En cuanto a la segunda situación excepcional en la cual puede acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, la Corte ha señalado que corresponde a quien solicita el amparo mostrar por qué la tutela es una medida necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en contra del afectado"*²³

Conclúyase de lo anterior, que esta acción será procedente siempre que se esté frente a un perjuicio irremediable y que el mismo sea de tal magnitud que

²³ Supra, nota 6. En materia de perjuicio irremediable la Corte Constitucional en sentencia T-196 de 2010, manifestó "que aquel se configura a partir de la concurrencia de varios elementos, como "la inminencia, que exige medidas inmediatas; la urgencia, que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales."

hace impostergable la protección del derecho conculcado o en peligro de ser desconocido.

8.8 CASO CONCRETO

En el presente asunto, la actora solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, mínimo vital, a la igualdad ante la ley, y los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, por encontrarse presuntamente conculcados por la POLICÍA NACIONAL-ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA-ALCALDÍA LOCAL UNO (LOCALIDAD HISTÓRICA Y DEL CARIBE NORTE); así las cosas, advierte la Sala que se encuentran demostrados los siguientes hechos:

Arguye la actora que, la vulneración de sus derechos fundamentales, se deriva de la medida de cierre temporal que pesa sobre su establecimiento comercial, denominado Disco Bar La Séptima, por no contar con el permiso de uso del suelo requerido por la ley, alegando la misma que, dicho permiso se encuentra en trámite ante la Secretaría de Planeación Distrital.

Se constató que, la actora es propietaria del "Disco Bar La Séptima" ubicada en la Mz 76 lote 2 barrio nuevo bosque de esta ciudad, cuya actividad económica es el expendio de bebidas alcohólicas para el consumo dentro del establecimiento y el expendio a la mesa de comidas preparadas²⁴.

De las pruebas allegadas se encuentra el comparendo pedagógico No. 13-1-089401 impuesto a dicho establecimiento de fecha 04 de febrero de 2017, por medio del cual se advierte que no se encuentra el permiso o autorización para el uso del suelo.

Posteriormente en un nuevo comparendo No. 002616 con No. incidente 10532231, se decidió el cierre temporal del establecimiento "Disco Bar La Séptima" por no contar con el permiso o autorización del suelo, requerido en un comparendo pedagógico anterior²⁵; ante lo anterior, la accionante presentó solicitud para el uso del suelo ante la Alcaldía Mayor de Cartagena en fecha 01 de marzo de 2017²⁶.

Del recuento anterior, se destaca que frente a la procedencia de la acción de tutela, tal como se advirtió en la parte considerativa, no está diseñada como un mecanismo judicial alternativo o complementario a los previstos por el legislador para la defensa de los derechos, por lo que debe entenderse que los diversos mecanismos judiciales de defensa previstos en la ley, han sido

²⁴ Fols. 14- 15

²⁵ Fol. 13

²⁶ Fols. 28

SENTENCIA No. 019 /2017

estatuidos como instrumentos de carácter preferente a los que se debe acudir en procura de la efectiva garantía de protección de los derechos. De ahí que se justifique el carácter subsidiario de la acción de tutela.

Sea lo primero dilucidar, que para la Sala no existe vulneración de su derecho al debido proceso, teniendo en cuenta que el trámite realizado por la entidad accionada, estuvo ajustado a los preceptos legales y constitucionales, teniendo en cuenta que, el permiso del uso del suelo no se deriva de un capricho de las entidades de exigirlo, sino de un mandato legal.

Igualmente está demostrado que, por medio de Resolución No. 6818 del 16 de agosto de 2016, la Alcaldía Local 1 Histórica y del Caribe Norte, ordenó el cierre definitivo del establecimiento de comercio denominado "*Licores Terraza Bar Disco El Rumbero*", el cual se encontraba ubicado en el mismo local en donde funciona actualmente "*Disco Bar La Séptima*", bajo el argumento de que, en dicho predio por tratarse de un área residencial tipo b no podía funcionar la venta de bienes, bares y tabernas²⁷.

En ese orden, para controvertir actos administrativos, como lo es, el comparendo No. 002616 incidente No. 10532231, expedida por la Policía Nacional Unidad Estación Nuevo Bosque, el ordenamiento jurídico ha establecido mecanismos de defensa judicial ante la jurisdicción contenciosa, a los cuales se pueden acudir para censurar la legalidad de dicho acto.

En efecto, los artículos 137 y 138 del C.P.A.C.A., consagran los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, respectivamente, para atacar los actos administrativos, siendo estas las herramientas judiciales idóneas y específicas con que cuenta la accionante para enervar los latentes efectos que generó la decisión por medio de la cual se ordenó el cierre temporal del establecimiento de comercio denominado *Disco Bar La Séptima*. Así las cosas, reitera la Sala, la improcedencia del mecanismo de amparo para cuestionar actos administrativos.

Adicionalmente la tutela tampoco es procedente puesto que, el cierre del establecimiento de comercio "*Disco Bar La Séptima*" se realizó el 6 de marzo de 2017, por 10 días los cuales vencían el 16 de marzo de la presente anualidad y la acción fue presentada el 17 de marzo de 2017, es decir, cuando ya habían cesado los efectos de la supuesta vulneración del derecho alegado, lo que a juicio de nuestro máximo Tribunal Constitucional la hace improcedente puesto que ella tiene como finalidad proveer la vulneración de

²⁷ Fols. 16- 20

SENTENCIA No. 019 /2017

un derecho o cesar la transgresión de mismo; pero después que ha cesado la vulneración, ya no existe derecho fundamental que proteger.

Ahora bien, partiendo del supuesto que la presente acción se presenta como un mecanismo alternativo de los medios judiciales establecidos en la ley, por existir un perjuicio irremediable, la actora debía demostrar la existencia de tal perjuicio, el cual como se anotó en párrafos anteriores, debe ser inminente, urgente, grave, impostergable, así las cosas, este tipo de perjuicio no se presente *per se* por su condición de madre cabeza de familia, debido a que lo que aquí se discute no es esta condición, si no la carencia de documentos requeridos por la ley para la apertura de establecimientos de comercio, en este caso, "Disco bar La Séptima".

En dado caso, se estaría en la condición de perjuicio irremediable si se llegare a probar que el cierre del mismo vulnera derechos fundamentales como los aquí alegados, sin embargo, se evidencia en las pruebas allegadas al plenario como es la Resolución No. 6818 del 26 de agosto de 2016, expedida por la Alcaldía Local Histórica y del Caribe del Norte, por medio de la cual "se ordena el cierre definitivo del establecimiento denominado Licores Terraza Bar Disco El Rumbero" que, dicha zona no es apta para el tipo de actividad que se realizaba y que actualmente pretende realizar la aquí accionante.

En ese orden de ideas, no puede pretender la actora que, se infrinjan las leyes establecidas en el ordenamiento para la apertura de establecimiento de comercio, y más aún si se tiene en cuenta que, la accionante tenía conocimiento de los fundamentos por los cuales se ordenó el cierre definitivo de Licores Terraza Bar Disco El Rumbero, esto es, el permiso para el uso del suelo, el cual no presentaba al momento de la apertura del establecimiento.

Llama a atención de la Sala que la propietaria del establecimiento de comercio "Licores Terraza Bar Disco El Rumbero", es la señora Irma Rosa Barraza Salgado, quien al parecer es hermana de la aquí accionante, por ende, su conocimiento sobre el permiso del uso del suelo en el sector no le es desconocido.

Adicionalmente ante la falta de prueba con relación al perjuicio, al Juez Constitucional no le es dable invadir la órbita del Juez Contencioso Administrativo a efectos de establecer sobre la legalidad de un acto administrativo, solo excepcionalmente podrá acceder a ello, cuando exista prueba del perjuicio irremediable, por lo tanto, esta Corporación declara la improcedencia de la acción por existir otro mecanismo de defensa judicial, que no ha sido utilizado sin justificación alguna.

Colorario a lo anterior, para la Sala no se observa violación de los derechos fundamentales invocados por la actora, por lo cual, como se dijo en líneas anteriores lo que debe determinarse es el estudio del elemento de la legalidad del acto administrativo, lo que no es propio al Juez Constitucional, sino del Juez Contencioso Administrativo, quien tiene esa competencia, pues a él le corresponde valorar si dicho acto es contrario a la ley; pero este, es un juicio de legalidad que escapa de la jurisdicción del juez de tutela.

En ese orden de ideas, en el caso en concreto este Despacho procederá a declarar la improcedencia de la presente acción de tutela por los motivos expuestos en esta providencia.

IX. CONCLUSIÓN

La respuesta al problema jurídico planteado es negativa, dada la improcedencia de la acción de tutela, puesto que el demandante cuenta con otros medios de defensa legales, los cuales puede emplear en sede jurisdiccional a fin de obtener la nulidad del acto administrativo que ordena el cierre temporal de su establecimiento de comercio, por no contar con el permiso del uso del suelo.

X. DECISIÓN

Atendiendo lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la improcedencia de la acción instaurada por la señora YINA PATRICIA BARRAZA SALGADO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

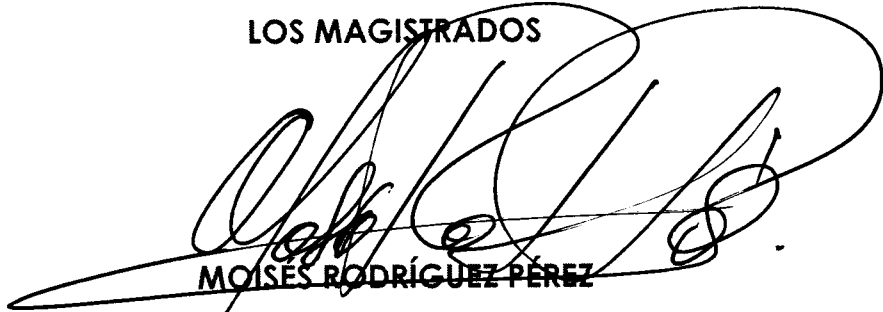


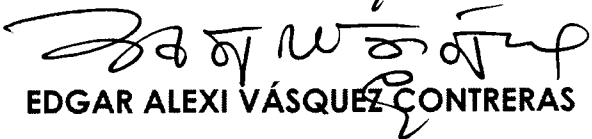
TERCERO: ENVÍESE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, si no fuere impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 022 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

11

U

U