

Cartagena de Indias D.T. y C., Veinticuatro (24) de abril de dos mil veinte (2020)

### I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

<b>Medio de control</b>	ACCIÓN DE TUTELA – IMPUGNACIÓN -
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-001-2020-00046-01
<b>Accionante</b>	FABIO ALEXANDER GALLEGO
<b>Accionada</b>	SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
<b>Magistrado Ponente</b>	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
<b>Tema</b>	DEBIDO PROCESO – ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS

### II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la parte accionante contra la sentencia del veintisiete (27) de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Primero (01) Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se declaró improcedente la acción de tutela instaurada.

### III.- ANTECEDENTES

#### - Pretensiones.

Que se proteja su derecho fundamental al debido proceso. En virtud de lo anterior, se ordene a la autoridad administrativa no comunicar y no ejecutar el acto administrativo resolución 7579 del 26 de febrero de 2020, debiendo comunicar el inicio de la actuación y otorgar el derecho de defensa a los afectados.

#### - Hechos

Expone el accionante que mediante correo electrónico se le notificó de la resolución 7579 de 2020, la cual contenía una orden administrativa que disponía el cese de la prestación del servicio turístico de alojamiento en Playa Blanca – Barú, sin tener en cuenta si el accionante presta dicho servicio, puesto que, refiere, no se enuncian las pruebas de las cuales se extrae tal conclusión.

**Código: FCA - 008    Versión: 02    Fecha: 18-07-2017**



Así mismo, afirma que no fue vinculado previamente a la adopción de la decisión para poder ofrecer argumentos en su defensa, violando su derecho al debido proceso y desconociendo el contenido de la ley 1437 de 2011, con su actuación de oficio.

Argumenta que la accionada no tiene la facultad de adoptar medidas cautelares de carácter administrativo, contrario a lo que esta manifiesta. Llegando a la conclusión de que la autoridad expidió un acto administrativo definitivo de carácter mixto.

Finalmente, considera que se debió realizar una consulta a la comunidad, si lo que se busca es regularizar el uso turístico de las playas de Barú y que la Superintendencia de Industria y Comercio no cuenta con la facultad de exhortar a las distintas autoridades, tal como lo realizó en el referido acto.

## - CONTESTACIÓN

### **Superintendencia de Industria y Comercio.**

Afirman que no han vulnerado derechos fundamentales con la expedición de la resolución 7579 de 2020, puesto que esta se ajustó al procedimiento previsto por el legislador para proteger el derecho a la salud y la vida de los consumidores turistas.

Así mismo, considera que la orden administrativa preventiva fue proferida con fundamento en los decretos expedidos por la Alcaldía de Cartagena, los cuales se encuentran en firme y establecen una restricción para el uso turístico de las playas, estableciendo horarios de uso, para salvaguardar la seguridad de los bañistas y transeúntes. Mediante el decreto 1141 de 2017 se restringió el uso de las playas de Barú desde las 5:00 p.m. hasta las 7:00 a.m. y se prohíbe la pernoctación en las playas de Barú, a excepción de los nativos. Por otro lado, afirma que la entidad accionada se encuentra facultada para proferir ordenes administrativas para garantizar la seguridad de los consumidores, en desarrollo de sus facultades de inspección, vigilancia y control. Por lo anterior, con fundamento en el artículo 59 de la ley 1480 de 2011, específicamente su numeral noveno, la Superintendencia de Industria y Comercio cuenta con la facultad de ordenar las medidas necesarias para evitar que se cause daño o perjuicio a los consumidores por violación a las normas sobre protección al consumidor.

Aduce que la finalidad es brindar una protección previa contra las consecuencias nocivas para la integridad de los consumidores y la promoción del comercio seguro y responsable, añadiendo que la medida es de carácter provisional, puesto que el cese de la prestación del servicio

**Código: FCA - 008    Versión: 02    Fecha: 18-07-2017**



SC5780-1-9



turístico es hasta tanto la Alcaldía de Cartagena determine la procedencia o no del cierre de los establecimientos previa verificación de que las actividades ancestrales no se vean afectadas.

Finalmente, argumenta que la actuación administrativa no se ha culminado y que el accionante ya se encuentra vinculado a la actuación administrativa, teniendo la oportunidad de presentarse ante la entidad para exponer sus argumentos jurídicos y una vez terminada la actuación, podrá interponer los recursos procedentes, así como instaurar una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

#### - Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Primero (01) Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha veintisiete (27) de marzo de 2020, resolvió declarar improcedente la acción de tutela instaurada, argumentando que no se superaron los presupuestos señalados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para controvertir actos administrativos de trámite mediante acción de tutela. Como consecuencia de esto, se falla lo siguiente:

*“PRIMERO: Declarar la improcedencia de la solicitud de amparo.”*

#### - La impugnación.

La parte accionante impugna la decisión tomada en primera instancia argumentando que el tema central de la discusión debió ser que la accionada no puede adoptar las medidas cautelares a través de actos de trámite o preparatorios de acuerdo al ordenamiento jurídico.

Así mismo, se afirma que no le fue posible tener un debido proceso y que el acto no es de trámite sino definitivo debido a que resuelve de fondo un asunto, puesto que en el presente se resuelve que el accionante presta el servicio de alojamiento hotelero, representando una amenaza para los consumidores turistas, llegando a la conclusión de que se debe cesar en la prestación del servicio.

### IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Conforme lo prevé el artículo 207 del CPACA, se hace control de legalidad sobre el cumplimiento de las reglas del debido proceso en esta etapa del diligenciamiento, advirtiéndose por la Sala que no se evidencian vicios que puedan acarrear nulidad.

### V.- CONSIDERACIONES

**Código: FCA - 008    Versión: 02    Fecha: 18-07-2017**



**- COMPETENCIA**

El Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación de la presente acción, con base en la Constitución Política y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991.

**- PROBLEMA JURÍDICO.**

De conformidad con lo anterior, en el caso que nos ocupa, esta Corporación debe determinar si es procedente el estudio de fondo de los hechos relatados en la demanda presentada y si en el presente caso se vulnera el derecho fundamental al debido proceso del accionante por parte de la accionada al proferir el acto administrativo al cual se le endilga la vulneración, a fin de determinar si debe ser confirmada o revocada la sentencia de primera instancia.

**- TESIS**

La Sala considera pertinente revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar, negar las pretensiones por no acreditarse la violación al derecho invocado.

**- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.**

**- ACCIÓN DE TUTELA.**

Esta se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentado por el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, el cual establece:

*"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela."*

De acuerdo a lo anterior, se tiene a la acción de tutela como un mecanismo para proteger los derechos fundamentales de todas las personas y que, por esta razón, dicho trámite debe ser preferente y sumario.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiaria, 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.

#### - ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS

El carácter subsidiario o residual de la acción de tutela es uno de sus pilares, pues esta se encuentra consagrada como un mecanismo al que se debe recurrir cuando no exista o no sea eficaz la herramienta ordinaria para hacer valer los derechos fundamentales que se consideran en peligro o que se encuentran vulnerados.

En lo que respecta a la demanda de actos administrativos, se tiene que su procedencia es excepcional, pues está supeditada a que se constate que se encuentra en peligro o vulnerado un derecho fundamental y que los mecanismos ordinarios no son idóneos para evitar un perjuicio irremediable, lo que hace necesario que el juez de tutela intervenga.

De esta forma lo ha desarrollado la Corte Constitucional en sentencia C – 132 de 2018, así:

*“La jurisprudencia constitucional ha establecido que cuando se trata de objetar o controvertir actos administrativos, en principio se debe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa y no a la acción de tutela, salvo que el juez determine que tales mecanismos no proporcionan una eficaz y pronta protección a los derechos que se pretenden salvaguardar o se esté ante la posibilidad que se configure un perjuicio irremediable, pero en todo caso las acciones judiciales contencioso administrativas no pueden haber caducado al momento de interponerse la acción de tutela.”*

De lo anterior se colige, que a pesar de que como regla general la acción de tutela no procede para la protección de derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados por la expedición de un acto administrativo, la Corte Constitucional ha desarrollado dos excepciones de las cuales, si se acredita su existencia, la tutela será procedente a pesar de existir un mecanismo alterno para desatar la controversia.

### 3.1. CASO CONCRETO

De conformidad con las pruebas aportadas en el presente proceso, se extrae que la parte accionada expidió la resolución 7579 de 2020 “por medio de la cual se imparte orden administrativa de carácter general con el fin de evitar que se cause daño o perjuicio a los consumidores”, en dicho acto administrativo, se ordena de manera preventiva al accionante Fabio Alexander Gallego, el cese de la prestación del servicio turístico de

**Código: FCA - 008    Versión: 02    Fecha: 18-07-2017**



alojamiento en Playa Blanca – Barú hasta tanto la Alcaldía de Cartagena determine la procedencia o no del cierre de establecimientos destinados a tal actividad.

Por su parte, el accionante afirma que, con la expedición de la resolución precitada, se generó una afectación a su derecho al debido proceso, puesto que se omitió informar el inicio de la actuación, tal como lo dispone la ley 1437 de 2011 y se dictaron medidas preventivas sin tener la facultad para ello.

Así las cosas, es pertinente realizar el estudio respecto a la procedencia de la presente acción de tutela.

Respecto a los requisitos de procedibilidad para el estudio de fondo de las acciones de tutela presentadas contra actos administrativos, se tiene que la Corte Constitucional en sentencia C – 132 de 2018, estableció de manera excepcional los siguientes supuestos:

*“La jurisprudencia constitucional ha establecido que cuando se trata de objetar o controvertir actos administrativos, en principio se debe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa y no a la acción de tutela, salvo que el juez determine que tales mecanismos no proporcionan una eficaz y pronta protección a los derechos que se pretenden salvaguardar o se esté ante la posibilidad que se configure un perjuicio irremediable, pero en todo caso las acciones judiciales contencioso administrativas no pueden haber caducado al momento de interponerse la acción de tutela.”*

Respecto a la idoneidad y eficacia de la que deben gozar los mecanismos, la Corte Constitucional mediante sentencia T- 260 de 2018, estableció:

*“La jurisprudencia constitucional ha entendido que el requisito de subsidiariedad exige que el peticionario despliegue de manera diligente los medios judiciales que estén a su disposición, siempre y cuando ellas sean idóneas y efectivas para la protección de los derechos que se consideran vulnerados o amenazados. Ha sostenido también que **una acción judicial es idónea cuando es materialmente apta para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y es efectiva cuando está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados.***

*36. La idoneidad y efectividad de los medios de defensa judicial no pueden darse por sentadas ni ser descartadas de manera general sin consideración a las circunstancias particulares del caso sometido a conocimiento del juez. En otros términos, no puede afirmarse que determinados recursos son siempre idóneos y efectivos para lograr determinadas pretensiones sin consideración a las circunstancias del caso concreto.*

*(...)*

*En este sentido, esta Corte ha determinado que, excepcionalmente, será posible reclamar mediante la acción de tutela la protección de los derechos fundamentales vulnerados por la expedición de un acto administrativo, no sólo cuando se acude a la*



*tutela como medio transitorio de amparo, evento en el cual será necesario acreditar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, sino también cuando se constata que el medio de control preferente carece de idoneidad[39] y/o eficacia[40] para garantizar la protección oportuna e inmediata sobre los derechos fundamentales vulnerados."(Negrillas de la Sala)*

De acuerdo a lo anterior, se tiene que en el presente caso el accionante tendría el medio de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, por tratarse de un acto general, pero con afectaciones particulares, para controvertir el acto administrativo al cual le endilga la vulneración, sin embargo, no se puede desconocer que en la actualidad se hace imposible iniciar dicho proceso, toda vez que los términos judiciales se encuentran suspendidos y únicamente es posible presentar acciones de tutela y habeas corpus de acuerdo a lo establecido por el Consejo Superior de la Judicatura, en atención a la pandemia originada por el COVID-19 en Colombia, por lo que en la actualidad el medio ordinario con el que cuenta el accionante no es idóneo.

En ese orden de ideas, es menester proceder al estudio de fondo de la presente acción, al encuadrarse la presente situación bajo una de las excepciones establecidas por la Corte Constitucional, esta es, la de encontrarse determinado que los mecanismos existentes no proporcionan una protección eficaz y pronta a los derechos que se pretenden salvaguardar.

En primera medida, la Sala considera pertinente precisar la naturaleza del acto administrativo estudiado, llegando a la conclusión de que este se erige como un acto administrativo de carácter mixto, debido a que, dentro de su contenido, se encuentran decisiones de carácter general y particular, de acuerdo a lo desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>1</sup>, puesto que dicha Corporación ha contemplado la existencia de este tipo de actos, así:

*"Para eventos en los cuales un acto administrativo incorpore simultáneamente decisiones de contenido general y de contenido particular, esta corporación ha admitido la existencia de los actos mixtos, cuyo régimen jurídico aplicable es el que le corresponda a la naturaleza de la respectiva decisión"*

De acuerdo a lo anterior, se tiene que el presente se encuadra en la categoría mencionada, al contemplar una decisión que no solo va dirigida

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 10227. 4 de diciembre de 2006.  
CP: Mauricio Fajardo Gómez.



hacían los particulares que allí se relacionan, sino que se extiende a todos los propietarios de establecimientos de comercio de servicios turísticos de alojamiento que operan en Playa Blanca – Barú.

Analizado lo anterior, se tiene que en el *sub examine*, se extrae de la resolución aportada, que el accionante Fabio Alexander Gallego es el propietario del establecimiento La Cabaña de Gerónimo, en el cual, de acuerdo a la información contenida en dicho acto, cuenta con RNT vigente en la categoría “Hotel”, se realizan actividades turísticas sin estar habilitado para utilizar el suelo de Playa Blanca y no emplea tarjeta de registro hotelero. La anterior información, fue recopilada mediante inspección realizada por la accionada los días 20 y 21 de febrero de 2020, así mismo, mediante informe realizado el año 2019 por la Capitanía del Puerto de Cartagena, se encontraron 158 ocupaciones sin documentos que acrediten autorización para el uso y goce de los bienes de uso público, lo que corresponde a ocupaciones indebidas en las playas del corregimiento de Barú.

Respecto a lo anterior, se observa que, en primer lugar, a pesar de que el establecimiento del accionante cuenta con registro en la categoría “hotel”, este no cuenta con autorización para realizarlo en el suelo de Playa Blanca, siendo este un bien público. De igual forma, se observa que mediante el decreto 885 de 2019 modificado por el decreto 1141 de 2017 expedidos por la Alcaldía de Cartagena, se establece como horario para la utilización de las playas de Barú de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. y se prohíbe la pernoctación en dichas playas, a excepción de los nativos.

Ahora bien, respecto a la facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio para dictar ordenes preventivas, se tiene que la ley 1480 de 2011 (Estatuto de Consumidor) en su artículo 59 establece facultades administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección al consumidor, entre las cuales se encuentran las siguientes:

*“1. Velar por la observancia de las disposiciones contenidas en esta ley y dar trámite a las investigaciones por su incumplimiento, así como imponer las sanciones respectivas;*

*(...)*

*4. Practicar visitas de inspección así como cualquier otra prueba consagrada en la ley, con el fin de verificar hechos o circunstancias relacionadas con el cumplimiento de las disposiciones a las que se refiere la presente ley;*

*(...)*

*8. Emitir las órdenes necesarias para que se suspenda en forma inmediata y de manera preventiva la producción, o la comercialización de productos hasta por un término de sesenta (60) días, prorrogables hasta por un término igual, mientras se surte*



*la investigación correspondiente, cuando se tengan indicios graves de que el producto atenta contra la vida o la seguridad de los consumidores, o de que no cumple el reglamento técnico.*

*9. Ordenar las medidas necesarias para evitar que se cause daño o perjuicio a los consumidores por la violación de normas sobre protección al consumidor."*

A juicio de la Sala, el numeral aplicable al caso concreto, dada su especificidad, es el octavo, puesto que dentro de este se establece la posibilidad de que la medida tomada sea preventiva, tal como lo desarrolla la accionada, la cual cobija el acto administrativo expedido citando el numeral noveno del artículo 59 del Estatuto de Consumidor, el cual, si bien es cierto que dentro de su redacción puede encuadrarse la medida que se discute en el presente caso, se considera que es el numeral octavo el que describe de manera más específica la facultad administrativa objeto de estudio.

Así las cosas, de acuerdo a lo estudiado, se tiene que sustancialmente, tal como se extrae de la norma precitada, sí existe la facultad de emitir órdenes preventivas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, toda vez que el numeral octavo establece la facultad para suspender de forma inmediata y de manera preventiva la producción o comercialización de productos, en el caso de marras, el servicio de hotelería, al tenerse indicios graves de que el producto atenta contra la vida o la seguridad de los consumidores. En cuanto a lo anterior, se tiene que respecto al establecimiento del accionante, al no contar con la autorización para prestar el servicio de hotelería en Playa Blanca y encontrarse prohibida la pernoctación en la misma, por motivos de seguridad, hace viable la adopción de medidas como la estudiada, para salvaguardar preventivamente la integridad de los consumidores. De lo anterior, se concluye que la actuación no transgredió el principio de legalidad.

Respecto a la notificación del acto administrativo, se concluye que en principio se trata de una orden administrativa general, que en el trámite para su expedición no contiene el informar el inicio de la actuación, debido a que este surte efectos *erga omnes*, que afectó de manera directa a un particular que realizaba o pretendía realizar la prohibición o la limitante; por lo que no surgía la obligación de informar la apertura del trámite administrativo. Sin embargo, teniendo en cuenta que termina siendo un acto administrativo de carácter mixto, al incluir ordenes dirigidas expresamente sobre particulares determinados, sobre estos sí nace la obligación de realizar una notificación, tal y como sucedió en el *sub examine*, esto conforme lo disponen los artículos

del 66 al 72 de la ley 1437 de 2011, lo cual ha sido afirmado a su vez en la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la siguiente forma:

*“Por lo anterior se concluye que el acto acusado es de carácter mixto, pues es general en cuanto a los valores K21, **pero con preponderancia en determinar situaciones particulares a cargo de cada EPS referida; luego la forma notificación era la personal**, y no la publicación en la gaceta oficial, tal como ocurrió.*

*No obstante lo anterior, la Sala considera necesario precisar que la falta de notificación de un acto administrativo, bien sea de carácter general o particular, no conlleva a su inexistencia o invalidez sino a su ineficacia o inoponibilidad, además las razones que pueden conducir a la declaratoria de nulidad son las referidas a la realidad jurídica al momento de su nacimiento, y no al trámite de notificación. Ello no obsta para que eventualmente el operador del juzgamiento del acto administrativo se vea abocado a analizar la violación del debido proceso y al derecho de defensa.”  
(Negrillas de la Sala)*

Por último, respecto al derecho fundamental al debido proceso, se tiene que este no fue vulnerado por la accionada, toda vez que el trámite administrativo no se encuentra finalizado, por lo cual, cuando este culmine, será procedente la presentación de recursos contra el acto administrativo que así lo disponga; y en dado caso que no sean procedente, acudir directamente ante la jurisdicción competente a controvertir el acto. Lo anterior, teniendo en cuenta que la orden impartida en el acto administrativo tiene el carácter de preventiva, puesto que se establece que debe ser la Alcaldía de Cartagena la que determine si se deben cerrar los establecimientos, siendo con esta última decisión, que se finalizaría el trámite administrativo.

De la misma forma, se tiene que el accionante tiene la oportunidad de demandar la legalidad del acto administrativo proferido, tal como fue realizado en el presente proceso, teniendo en cuenta que el medio de control instituido para tal fin, no se puede considerar idóneo y eficaz dadas las condiciones actuales. Así pues, el accionante tuvo la oportunidad de presentar las pruebas y controvertir la resolución expedida por la Superintendencias de Industria y Comercio puesto que, tal como lo expone en el escrito de la demanda, esta fue notificada mediante correo electrónico. Así pues, el accionante no logró probar una afectación a su derecho fundamental al debido proceso, debido a que únicamente se limitó a realizar aseveraciones sin aportar un sustento probatorio, que acredite los hechos que expone en el cuerpo tutelar.

En ese orden de ideas, con base en el material probatorio obrante en el proceso y en lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Sala discurre pertinente revocar la sentencia de primera instancia y en su

lugar, negar las pretensiones del accionante, por considerar que le actuar de la SIC, no vulnera ningún derecho fundamental.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

#### **IV- FALLA**

**PRIMERO. REVOCAR** la sentencia del 27 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Primero (01) Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena y en su lugar **NEGAR** las pretensiones de la parte accionante, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

**SEGUNDO.** Notifíquese esta providencia a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO.** Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al despacho de origen.

#### **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

*Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión de Sala de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS,**

**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.**  
(Ponente)

**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

**LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**