

**República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá, D. C., diecinueve de enero de dos mil diecisiete.

**REF.: ACCIÓN DE TUTELA de EDUCAR
CONSUMIDORES contra la SUPERINTENDENCIA
DE INDUSTRIA Y COMERCIO.**

RADICACIÓN 044-2016-00355-02

Magistrada Ponente Dra. LIANA AIDA LIZARAZO V.

Discutido y aprobado en Sala de 16 de enero de 2017.

El Tribunal decide la impugnación que formuló la accionante contra el fallo que el 24 de noviembre de 2016 dictó el Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

Por intermedio de apoderada judicial, la representante legal de la Asociación Colombiana de Educación al Consumidor – Educar Consumidores promovió la acción de tutela contra la Superintendencia de Industria y Comercio porque consideró vulnerados sus derechos fundamentales a la libertad de expresión, a la información, a la no censura y al debido proceso, dado que mediante la resolución 59176 de 7 de septiembre de 2016 le ordenó *“cesar de manera inmediata la difusión del comercial de televisión que se trasmite actualmente relacionado con el consumo de bebidas azucaradas (gaseosas, jugos embotellados y té helado) ...”*, según dijo la accionante, *“sin que previamente le hubiera notificado la existencia de una averiguación preliminar en su contra, y sin haberle permitido presentar los argumentos de defensa del comercial y de la campaña Tómala En Serio, a la cual la SIC hace extensiva su decisión prohibitiva”*.

El conocimiento del amparo así solicitado inicialmente le correspondió a la Sala Civil de este Tribunal, cuyo Magistrado Ponente advirtió que como el ente demandado (la Superintendencia de Industria y Comercio) *“es una entidad que cuenta con personería jurídica, es claro que pertenece al sector descentralizado por servicios del orden nacional, de conformidad con lo dispuesto en el literal c) del numeral 2° del artículo 38 de la Ley 489 de 1998”*, razón por la cual, ordenó la remisión de la demanda de tutela a los Jueces Civiles del Circuito de esta ciudad.

La referida acción constitucional le fue repartida al Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil del Circuito de esta ciudad, el cual la admitió a trámite y ordenó notificar a la entidad demandada,

habiéndose pronunciado la coordinadora de gestión judicial, quien adujo que no se han vulnerado los derechos fundamentales invocados, a más de que alegó la improcedencia de la presente acción, toda vez que *“una vez adelantada toda la actuación administrativa, la cual en este caso ni siquiera ha finalizado”*, Educar Consumidores *“podrá, de ser pertinentes, interponer los recursos de reposición y en subsidio el de apelación en virtud del artículo 74 del CPACA”*, y *“aun en el evento en el que el recurso de reposición se resuelva de manera desfavorable a los intereses del accionante, este cuenta con otro mecanismo ordinario de defensa judicial”*, como es *“la posibilidad de formular sus inconformidades ante el Juez de lo Contencioso Administrativo y en ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el art. 138 del CPACA”*.

Agotado el trámite de la instancia, el Juzgado de conocimiento profirió la respectiva sentencia mediante la cual denegó el amparo deprecado; decisión que fue impugnada por la accionante.

Sin embargo, al momento de entrar resolver sobre la referida impugnación, este Tribunal se percató de la falta de vinculación y de notificación de la sociedad que *“puso de presente la presunta falta de veracidad de la información suministrada en el comercial que la sociedad EDUCAR CONSUMIDORES transmite en televisión nacional, en relación con las presuntas repercusiones en la salud de los consumidores como consecuencia de la ingesta de bebidas azucaradas ...”* (Gaseosas Posada Tobón S.A. – Postobón), y cuya denuncia fue tomada en cuenta por la Superintendencia de Industria y Comercio para proferir la resolución 59176 de 7 de septiembre de 2016, mediante la cual ésta le ordenó a la accionante suspender de manera inmediata la difusión del aludido comercial publicitario (fl. 135 Vto. Cd. 1).

En consecuencia, por medio de auto de 8 de noviembre de 2016 se declaró la nulidad de todo lo actuado en el presente asunto, a partir del fallo de primer grado de 19 de octubre de 2016 (fls. 196 y 197 Cd. 1), inclusive, con el fin de que el Juzgado de primera instancia renovara la actuación viciada de nulidad, e integrara la causa por pasiva previa notificación en debida forma a Gaseosas Posada Tobón S.A. – Postobón.

En cumplimiento a lo así ordenado, el Juzgado de primera instancia ordenó la vinculación echada de menos, notificando a Gaseosas Posada Tobón S.A. – Postobón a través de un oficio que le remitió a esta vía correo electrónico, sin que la mencionada sociedad vinculada emitiera pronunciamiento alguno, razón por la cual se profirió un nuevo fallo denegando la protección constitucional solicitada, el cual fue impugnado por la accionante.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA:

La Juez de primera instancia consideró improcedente el amparo solicitado con fundamento en que *“los actos administrativos se encuentran revestidos de la presunción de legalidad, situación por la cual sólo pueden atacarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, escenario dentro del cual puede propender por la nulidad y restablecimiento del derecho que considere lesionado, así como obtener, de manera previa, la suspensión del acto administrativo que estima, lesiona sus derechos, lo que impide la protección invocada, ante el consabido principio de la subsidiariedad que cobija esta acción”*, a más de que *“de la situación descrita por la promotora de esta*

queja no se vislumbra la configuración de un perjuicio irremediable que permita la viabilidad del amparo, como mecanismo transitorio, ya que la medida restrictiva de transmitir el prealudido comercial no puede configurarse en sí misma (sic) un perjuicio irremediable”,

III. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNANTE:

La accionante impugnó el fallo de primer grado sobre la base de que *“La Juez de primera instancia (a quo) omitió por completo pronunciarse sobre la protección solicitada respecto de la violación del derecho a la información, el derecho a la libertad de expresión y también guardó silencio respecto a la censura de la que está siendo víctima la organización Educar Consumidores”,* toda vez que en el referido fallo *“no existe alusión alguna a la prohibición de censura previa, contenida en el artículo 20 de la Constitución Política”,* pese a que *“sí es posible tutelar”* los derechos a la información y a la libertad de expresión; más aún, cuando *“las opciones propuestas por la SIC para buscar la protección de los derechos fundamentales, tomarían totalmente ineficaz la protección impetrada, pues la está condicionando a que acaezca un hecho que depende de su arbitrio y voluntad”.*

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

Por sabido se tiene que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los Jueces de la República en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos se encuentren vulnerados

o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública; y, excepcionalmente, de particulares.

Resulta claro también, que la tutela es una acción residual que únicamente procede cuando el ciudadano afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (art. 86 C. Pol.).

En relación con los actos de trámite o preparatorios, la jurisprudencia constitucional ha considerado la improcedencia general de la acción de tutela, *“atendiendo el requisito de subsidiariedad previsto en el ordenamiento Superior, en la medida en que tienen por objeto impulsar las actuaciones administrativas, lo cual tendrá reflejo en el acto principal posterior. Empero, ha estimado que en aquellos eventos en los que el acto administrativo de trámite resuelve un asunto de naturaleza sustancial, en el que la actuación sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada y que amenace o vulnere derechos fundamentales, será procedente el amparo como mecanismo definitivo”*¹.

De esta manera la Corte Constitucional ha seguido manteniendo el criterio que expuso en su sentencia SU-201 de 1994, en los siguientes términos:

“No obstante, a juicio de esta Corte, aunque en principio no procede la tutela contra los actos de trámite o preparatorios, que simplemente se limitan a ordenar que se adelante una actuación administrativa dispuesta por la ley, de manera oficiosa por la administración, en ejercicio del derecho de petición de un particular o cuando éste actúa en cumplimiento de un deber legal (art. 4o. C.C.A.),

¹ Sentencia T-682 de 2 de noviembre de 2015.

excepcionalmente, algunos actos de trámite o preparatorios, pueden conculcar o amenazar los derechos fundamentales de una persona, en cuyo caso, sería procedente la acción de tutela como mecanismo definitivo.

“Advierte la Corte, que de ninguna manera se trata de extender la tutela a los actos de trámite o preparatorios, hasta el extremo que se haga un uso abusivo de ella, con el propósito de impedir que la administración cumpla con la obligación legal que tiene de adelantar los trámites y actuaciones administrativas que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para la ejecución de los diferentes cometidos que le han sido asignados.

“Corresponde al juez de tutela examinar en cada caso concreto y según las especiales circunstancias que lo rodeen, si un determinado acto de trámite o preparatorio tiene la virtud de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa, que de alguna manera se proyecte en la decisión principal y, por consiguiente, sea susceptible de ocasionar la vulneración o amenaza de violación de un derecho constitucional fundamental, en cuyo caso, la tutela es procedente como mecanismo definitivo destinado a proteger un derecho fundamental vulnerado o amenazado por la acción de la administración. La tutela en este evento, además de lograr la protección de los derechos constitucionales conculcados o amenazados, tiene la misión de impedir que la administración concluya la actuación administrativa con desconocimiento de dichos derechos; se convierte de esta manera la tutela, en una medida preventiva encaminada a que la autoridad encauce su actuación conforme a los preceptos constitucionales que amparan los derechos fundamentales, y a que el desarrollo de su actividad sea regular desde el punto de vista constitucional y, consecuentemente, el acto definitivo que expida sea legítimo, es decir, ajustado al principio de legalidad.

“Adicionalmente, existen otras razones para avalar la procedencia de la tutela contra los actos de trámite o preparatorios. Ellas son:

“- Esta clase de actos no son susceptibles de acción contenciosa administrativa y, en tal virtud, no existe medio alternativo de defensa judicial que pueda ser utilizado para amparar los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados de manera inmediata” (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

Por tanto, en la sentencia SU-617 de 2013 la citada Corporación sostuvo que *“contra los actos de trámite la acción de tutela solo procede de manera excepcional, cuando el respectivo acto tiene la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa y ha sido fruto de una actuación abiertamente irrazonable o desproporcionada del funcionario, con lo cual vulnera las garantías establecidas en la Constitución”*.

En este caso, la Asociación Colombiana de Educación al Consumidor – Educar Consumidores pretende que a través de esta acción se revoque un acto administrativo de trámite contenido en la resolución No. 59176 de 7 de septiembre de 2016 (fl. 135 Vto. Cd. 1), por medio de la cual la Superintendencia de Industria y Comercio dispuso:

“ARTÍCULO PRIMERO: ORDENAR a la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EDUCACIÓN AL CONSUMIDOR (EDUCAR CONSUMIDORES) identificada con Nit. 900491917-9, lo siguiente:

“1. CESAR de manera inmediata la difusión del comercial de televisión relacionado con el consumo de bebidas azucaradas, descrito en el considerando quinto de la presente resolución.

“La ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EDUCACIÓN AL CONSUMIDOR (EDUCAR CONSUMIDORES) deberá acreditar el cumplimiento del cese de su publicidad dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del presente acto administrativo.

“2 REMITIR a la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio toda pieza publicitaria relacionada con el consumo de bebidas azucaradas que se pretenda transmitir a través de cualquier medio de comunicación, de manera previa, es decir, antes de su emisión, para que se lleve a cabo un control preventivo sobre la información, imágenes, proclamas y demás afirmaciones realizadas en las mismas.

(...)

“ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR el contenido de la ORDEN impartida en el artículo PRIMERO de la presente resolución a la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EDUCACIÓN AL CONSUMIDOR (EDUCAR CONSUMIDORES) identificada con Nit. 900491917-9, informándole que contra la misma no procede ningún recurso ...”

Sin embargo, no se advierte que tal decisión constituya una vulneración a los derechos fundamentales invocados por la accionante, toda vez que no se evidencia que aquella determinación tuviese como objetivo impedir la divulgación de un pensamiento, idea u opinión, pues, lo que se vislumbra es el propósito de establecer los límites en cuanto a las posibles consecuencias que respecto a los derechos de los terceros, se derivan de revelar conceptos o creencias expuestas por Educar Consumidores respecto del consumo de bebidas azucaradas.

En este punto se estima oportuno precisar que si bien las libertades de expresión y de información son derechos que gozan de una amplia protección (art. 20 C. Pol.), por ser esenciales tanto para el libre desarrollo de la personalidad, como para la consolidación de una sociedad democrática, lo cierto es que las mencionadas garantías constitucionales no revisten la calidad de derechos absolutos, en tanto que a las mismas se les exigen determinados límites.

Así lo puntualizó la Corte Constitucional², en los siguientes términos:

“En el caso de la libertad de información, es necesario que la misma sea veraz e imparcial y que en su ejercicio no se abuse de dicho derecho irrespetando los derechos de los demás. En cuanto a las opiniones, se exige que las mismas se diferencien de los hechos y cuando quiera que se sustenten en supuestos fácticos falsos o equivocados, es factible la rectificación respecto de dichos supuestos, así como los límites en la antijuridicidad de apologías al racismo, al odio, a la guerra o la prohibición de la pomografía infantil. En atención al objeto de esta acción de tutela, se analizará en mayor medida la libertad de expresión.

“En concreto, en cuanto a los límites la libertad de expresión esta Corporación ha reconocido que ‘la Carta contempla numerosas restricciones y límites que se derivan de la prevalencia del orden jurídico y del necesario respeto que merecen los derechos de los demás’. En consecuencia, no puede entenderse que quien hace uso de dicha libertad está autorizado para atropellar los derechos de los otros miembros de la comunidad, sacrificando principalmente, entre otros, los derechos al buen nombre y a la honra. En esa misma dirección no se pueden realizar insinuaciones sobre una persona ajenas a la realidad, con el único propósito de fomentar el escándalo público.

“Sin embargo, la anterior argumentación no puede terminar por hacer nugatoria la libre expresión de opiniones. Por tanto, el ejercicio de esta garantía fundamental en cuanto se relaciona con los hechos y no con las opiniones que de ellos se derivan, se rige de forma atenuada bajo los mismos principios que limitan el alcance del derecho a la información, los cuales son: libertad, finalidad, necesidad, veracidad e integridad, con el objetivo de proteger el contenido normativo de otros derechos como la honra, el buen nombre y la intimidad. La verificación de forma integral de los citados principios, permite garantizar el acceso legítimo a la información, así como la neutralidad en su divulgación y, por tanto, asegurar un debido proceso de comunicación.

² Sentencia T-110 de 25 de marzo de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

“La aplicabilidad de dichos principios no está encaminada a impedir la divulgación de un pensamiento, idea u opinión, ya que ello constituiría una censura previa prohibida por el ordenamiento constitucional, por el contrario busca: (i) controlar la legalidad de los medios que se utilizan para obtener las fuentes que inspiran la expresión del autor; y (ii) establecer límites en cuanto a las posibles consecuencias que respecto a los derechos de los terceros, se derivan de revelar conceptos o creencias acerca de la ocurrencia de situaciones reales, como cuando se pretende igualar un juicio de valor u opinión a un hecho cierto e indiscutible”

De acuerdo con lo anterior, no puede pregonarse que la Superintendencia de Industria y Comercio hubiese transgredido los derechos fundamentales de expresión y de información acá invocados por la Asociación Colombiana de Educación al Consumidor – Educar Consumidores.

Nótese que al no ser absolutos los derechos fundamentales en mención, esa circunstancia facultaba a la superintendencia demandada para exigir los soportes científicos o técnicos que sirvan de respaldo a la difusión que hizo Educar Consumidores del comercial de televisión relacionado con el consumo de bebidas azucaradas.

Con mayor razón, cuando los autos revelan que la decisión adoptada en el acto de trámite acá cuestionado, solo tuvo la finalidad de limitar preventivamente las mencionadas garantías con miras a salvaguardar otros derechos de la misma raigambre constitucional, como *“el derecho”* al que allí se aludió *“de los consumidores a recibir información consecuenta y coherente que le[s] permita tomar decisiones de consumo razonadas”* (fl. 229 Vto. Cd. 1).

Por lo mismo, tampoco puede decirse que se vulneró el derecho fundamental al debido proceso, en primer lugar, porque se trata de una medida preparatoria o preliminar que no exige su previa notificación, pues ésta sólo se requiere después de tomada la aludida determinación.

En segundo término, por cuanto la resolución No. 59176 de 7 de septiembre de 2016 fue proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio en uso de las prerrogativas consagradas en el numeral 6° del artículo 59 del Estatuto del Consumidor, según el cual, la citada entidad tiene, entre otras *“facultades administrativas en materia de protección al consumidor”*, las de *“Ordenar, como medida definitiva o preventiva, el cese, y la difusión correctiva en las mismas o similares condiciones de la difusión original, a costa del anunciante, de la publicidad que no cumpla las condiciones señaladas en las disposiciones contenidas en esta ley o de aquella relacionada con productos que por su naturaleza o componentes sean nocivos para la salud y ordenar las medidas necesarias para evitar que se induzca nuevamente a error o que se cause o agrave el daño o perjuicio a los consumidores”*.

Además, habida cuenta que de todas maneras la decisión emitida en el citado auto de trámite se fundamentó razonablemente en la necesidad de *“verificar si la información sobre las bebidas azucaradas suministrada por las organizaciones y/o asociaciones ‘Alianza por la Salud Alimentaria’ y ‘Educar Consumidores’ a través del referido comercial de televisión a los consumidores y demás piezas publicitarias, cumple con los requisitos de claridad, veracidad, suficiencia, oportunidad, verificabilidad, comprensibilidad, precisión e idoneidad”*, como quiera que la Superintendencia de Industria y Comercio encontró que *“al no informar*

el sustento documental médico y/o científico de las proclamas transmitidas mediante el citado comercial de televisión, se induciría a error a los consumidores al atribuirle nocivas a un producto sin contar con el debido soporte para ello, lo cual impediría distinguir la información de carácter objetivo que se pretende transmitir” (fl. 229 Vto. Cd. 1).

En esas condiciones, resulta claro que en el asunto bajo examen no se cumplen los presupuestos establecidos por la jurisprudencia constitucional para la procedencia de la presente acción frente al acto administrativo de trámite acá cuestionado en sede de tutela.

A lo dicho se agrega que tampoco se satisface el requisito de la subsidiaridad, habida cuenta que una vez se profiera el acto administrativo definitivo, la accionante podrá demandar tanto este como el acto de trámite objeto de esta acción, ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la cual incluso puede solicitarse la suspensión provisional de los actos administrativos en mención, tal como lo prevé el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Luego, existiendo otro medio de defensa al cual puede acudir la accionante, esta circunstancia igualmente conduce a la improcedencia de la acción de tutela.

Recuérdese, además, que la referida acción constitucional sólo es viable como mecanismo transitorio, pero sólo

en el supuesto de que con ella se trate de evitar un perjuicio irremediable, el cual, en palabras de la Corte Constitucional, se presenta:

*“... cuando, de no tutelarse el derecho vulnerado o amenazado, **hay inminencia de un mal irreversible, injustificado y grave**, que coloque al peticionario en un estado de necesidad, que amerita la urgencia de la acción. La necesidad, debe ser evidente o evidenciable, y además **extrema**, de suerte que sea razonable pensar en la gran probabilidad -no en la mera posibilidad- de sufrir un daño irreparable y grave. No cualquier necesidad amerita, pues, la acción de tutela, ni cualquier inminencia de daño, ya que se requieren las características de extremidad en cuanto a la necesidad y de gravedad en cuanto al daño. (...) La gravedad implica una magnitud de tal proporción, que amenaza la destrucción del núcleo esencial de una entidad, en nuestro caso de un derecho fundamental. Ahora bien, la extrema necesidad puede describirse como aquella situación adversa y padecida por un sujeto, que lo coloca en el límite de lo soportable, y amenaza con vulnerar el núcleo esencial -o con aumentar o prolongar la lesión- de uno o más derechos fundamentales”³.*

Más, en este caso, la accionante no alegó y mucho menos demostró la necesidad de una protección transitoria, y las circunstancias expuestas o las pruebas aportadas tampoco permiten vislumbrar la existencia de un perjuicio irremediable que atente contra la Asociación Colombiana de Educación al Consumidor – Educar Consumidores y que haga procedente el amparo reclamado.

Tan así es, que la mencionada entidad demandante ni siquiera indicó que con la orden que le fue impartida en la resolución No. 59176 de 7 de septiembre de 2016 se le estuviesen generando perjuicios inminentes y graves que requirieran de una intervención

³ Sentencia T-077 de 28 de febrero de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

judicial inmediata para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el cual no puede considerarse configurado con “*el solo menoscabo y la violación de los derechos fundamentales*” alegados por la impugnante (fl. 309 Cd. 1), ya que de esa sola denuncia no se sigue, ni remotamente, la existencia de perjuicio semejante, habida cuenta que con la misma no se adujeron elementos de juicio que lo evidencien.

Así las cosas, se confirmará el fallo de primer grado, aunque por las razones plasmadas en esta sentencia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C. Sala Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar el fallo de tutela de primer grado de fecha y origen preanotados, de conformidad con las motivaciones que anteceden.

SEGUNDO: Comuníquese esta determinación al accionante, a los accionados y al Juzgado de primera instancia. Déjense las constancias pertinentes.

TERCERO: En los términos de Ley, remítanse las diligencias a la H. Corte Constitucional para la eventual revisión de estas providencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Liana Aida Lizarazo V.
LIANA AIDA LIZARAZO V.

Magistrada.

Clara Ines Marquez Bulla
CLARA INES MARQUEZ BULLA

Magistrada.

Adriana Largo Taborda
ADRIANA LARGO TABORDA

Magistrada.