

República de Colombia



Rama Judicial Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento

Bogotá D. C., dieciséis (16) de abril de dos mil veinte (2020)

Radicado en segunda instancia: 110013104008202000045

Radicado en primera instancia: 110014088076202000039

Accionante: Mirtha Constanza Gonzales Liévano

Accionada: Alkosto S.A.

Objeto

Procede el Despacho a resolver el recurso de impugnación interpuesto por Mirtha Constanza Gonzales Liévano, contra el fallo de tutela proferido el tres (3) de marzo del año que avanza, por el Juzgado Setenta y Seis (76) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, en el que se “*negó por improcedente*” el amparo deprecado contra la empresa Alkosto S.A.

Solicitud de tutela

De acuerdo a lo manifestado por la accionante, adquirió un producto de «*aritos de maíz con sabor a frutas*» de marca Alkosto, elaborado y empacado por “*Trading Food*”, que al parecer contenía en su interior tres fragmentos de metal que le ocasionaron afectación en sus molares por lo que debió someterse a un tratamiento odontológico por valor de dos millones setecientos mil pesos (\$2.700.000,00) costeados con su tarjeta de crédito, mientras recibía respuesta al requerimiento que efectuó a las accionadas.

Por la razón anteriormente planteada, ha elevado diferentes derechos de petición sin que al parecer hubiese recibido respuesta por parte de Alkosto S.A. por lo que considera que se están vulnerando sus derechos fundamentales al buen nombre, defensa, igualdad, dignidad y mínimo vital, teniendo en cuenta que aún no ha recibido la retribución económica por parte de la accionada, lo que ha derivado en que se encuentre en mora con la entidad bancaria de su tarjeta de crédito, solicitando ante el juez constitucional, el pago de tres millones cuatrocientos ochenta y dos mil trescientos cuarenta y cuatro pesos (\$3.482.344,00) como reparación pecuniaria.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4287529. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Competencia

Le asiste competencia a este Estrado constitucional para resolver la discrepancia propuesta, conforme lo disponen los artículos 228 y subsiguientes de la Carta Política, en concordancia con el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

Actuación Procesal

El veinte (20) de febrero del año que avanza, el Juzgado Setenta y Seis (76) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, avocó conocimiento de la acción de tutela y en consecuencia, corrió traslado de la demanda a la entidad accionada y vinculó de manera oficiosa a Trading Foods S.A.S y a Suramericana de Seguros, para que en ejercicio del derecho de defensa y contradicción, se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones.

El tres (3) de marzo siguiente, emitió fallo de primera instancia «*negando por improcedente*» (sic) el amparo deprecado.

Dentro del término de ley, la accionante impugnó la decisión y el doce (12) de marzo siguiente, se avocó por esta Judicatura Constitucional el conocimiento de la alzada.

Decisión recurrida

Tras referir los presupuestos normativos y jurisprudenciales relacionados con el principio de subsidiariedad como requisito de procedibilidad de la acción de tutela, el *a quo* decidió «*negar por improcedente*» (sic) el amparo de tutela aduciendo que el juez constitucional no es el competente para pronunciarse sobre el objeto de controversia, pues dicho debate debe surtirse ante la jurisdicción ordinaria, adicionalmente advirtió que no existió vulneración al derecho de petición de la accionante pues Alkosto S.A. brindó respuesta a las peticiones presentadas.

Señaló además que de los elementos materiales probatorios aportados por la señora Mirtha Constanza no se infiere que la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Medio de gravamen

La accionante Mirtha Constanza Gonzales Liévano presentó impugnación a la decisión de primera instancia argumentando que el juez *A quo* se limitó a pronunciarse sobre uno de los siete derechos fundamentales que aludió en el escrito tutelar, así como también su inconformidad frente a las consideraciones de



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4287529. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

improcedencia de la acción de tutela, pues advierte que sí existe un perjuicio irremediable debido a que es «una mujer sin trabajo ni pensión, que accedió a un servicio con la promesa que se vería pagado por quienes causaron el daño», citando la sentencia T-903 de 2014 indicó que a través de la tutela si pueden solicitarse el pago de prestaciones económicas.

Consideraciones del Despacho

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política, la acción constitucional de tutela es un mecanismo que permite la intervención inmediata del juez constitucional en aras de proteger los derechos fundamentales cuando estos sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares como lo prevé el artículo 3° del Decreto 2591 de 1991.

Dilucidado lo anterior, debe señalar el Despacho que el problema jurídico en el presente asunto se circunscribe a determinar si la accionante cumple con los requisitos de procedibilidad para garantizar la protección de sus derechos fundamentales a través del presente amparo constitucional o si por el contrario, debe acudir a los mecanismos de defensa establecidos en la jurisdicción ordinaria para el efecto.

De los elementos materiales probatorios obrantes en la actuación, se desprende que la accionante aduce haber padecido un incidente que le ocasionó una obstrucción dental, la cual fue tratada mediante procedimiento odontológico costado por su tarjeta de crédito, mientras adelantaba un reclamo ante la empresa Alkosto S.A., con miras a que esta desembolsara el dinero del mismo.

Ante la inobservancia de las solicitudes de indemnización del daño elevadas a Alkosto S.A., acudió al mecanismo constitucional de acción de tutela, con miras a obtener el amparo de sus derechos fundamentales al buen nombre, defensa, petición, debido proceso, igualdad, dignidad y mínimo vital, en consecuencia solicitó al juez que ordene el pago de tres millones cuatrocientos ochenta y dos mil trescientos cuarenta y cuatro pesos (\$3.482.344,00) como indemnización pecuniaria.

En primera medida, debemos indicar que de entrada, la solicitud torna improcedente la acción constitucional, pues como lo indicó el juez de primer grado, la accionante cuenta con otros medios de defensa judicial, como los existentes al interior de la jurisdicción ordinaria para obtener en primer lugar la declaratoria del daño, establecer su origen y cumplimiento de ello, obtener el restablecimiento de los derechos que considera le han sido menguados.

Al respecto, se debe recordar que conforme al artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 y la posición acogida por la Corte Constitucional, la acción de tutela es un



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4287529. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

mecanismo de carácter excepcional y subsidiario, que ante la existencia de otras vías de defensa idóneas para garantizar los derechos fundamentales de los asociados, resulta improcedente.

Luego, cuando lo que se discute es el pago de una indemnización, la jurisprudencia constitucional ha establecido que por regla general, el amparo constitucional no es procedente, así lo concluyó la Corte Constitucional en la sentencia citada por la accionante, en la que resolvió que:

«Por otro lado, en lo concerniente a la segunda pretensión, la Sala observa que el actor solicitó el pago de una indemnización pecuniaria por los perjuicios que consideró ocasionados por la empresa demandada al no dar una solución oportuna a su caso. De esta forma, se advierte que lo anterior constituye manifiestamente una pretensión que se fundamenta en un derecho de carácter económico, que a su vez se depende de una discusión de orden legal propia de un proceso de responsabilidad civil, que escapa a ese radio de acción de garantías superiores afín a la acción de tutela, y que según las particularidades del caso, no tiene trascendencia iusfundamental. (Énfasis fuera del texto original).

En consecuencia, esta Sala considera que el presente mecanismo de amparo no procede para ventilar aquella pretensión, ya que como se explicó, la controversia legal que plantea la solicitud del accionante para asegurar un derecho de carácter económico debe ser abordada a través de acciones y recursos judiciales previstos por el ordenamiento normativo en la jurisdicción ordinaria.».

Sin embargo, se viabiliza cuando la accionante acredita que los medios existentes resultan ineficaces para garantizar sus derechos fundamentales o ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable que imponga de manera urgente la intervención del juez constitucional.

A pesar de ello, la petente omitió demostrar la ineficacia de los mecanismos previstos al interior de la jurisdicción ordinaria, medidas que a juicio del Despacho, garantizan la protección de los derechos en discusión y para rematar, no demostró la existencia del perjuicio irremediable sobre el que la Corte Constitucional en sentencia T-206 de 2019 estableció:

«La estructuración del perjuicio irremediable está determinada por el cumplimiento concurrente de varios elementos como son: i) la inminencia del daño, que exige medidas inmediatas, ii) la urgencia que tiene el sujeto de derecho por mitigar el 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, máxime cuando involucra sujetos de especial protección constitucional.»
(subrayado fuera del texto original)

Recuérdese además que para acreditar la existencia del daño irreparable se requiere que la interesada «explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4287529. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión»¹, presupuesto que se exige para que proceda la misma como mecanismo de defensa transitorio, dado que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el mismo²»,.

Luego, en este asunto la acción de tutela no puede aceptarse como medio principal u opcional, menos aún, como mecanismo transitorio, pues si bien la accionante arguyó encontrarse en difíciles condiciones económicas, la problemática que planteó no implica una afectación a sus derechos fundamentales, pues a pesar de que eventualmente puede tener un reporte en las centrales de riesgo financiero como consecuencia de la mora generada por el incumplimiento en los pagos de su tarjeta de crédito, dicha situación no implica un perjuicio irremediable, pues ni siquiera se ha establecido el origen del daño, para lo cual debe acudir ante la jurisdicción respectiva, donde se puede superar tal aspecto y corregir dicha situación.

Ahora bien, en cuanto a los derechos fundamentales que a su juicio no fueron sometidos a revisión por el juez de primera instancia, es necesario resaltar que el cumplimiento de los requisitos de la acción de tutela es lo que habilita el análisis de fondo de la situación planteada, y sobre este punto se advierte un error hermenéutico en el que se incurrió en sede de instancia, comoquiera que la expresión «*negar por improcedente*» no resulta acertada frente a las consecuencias jurídicas de cada una de las figuras, siendo necesario recordar la diferencia entre la declaración de improcedencia y la negación de la solicitud planteada, pues mientras la primera hace referencia a la insuficiencia de los requisitos que habilitan al operador judicial para abordar el estudio de fondo de la problemática planteada, la segunda es el resultado del análisis valorativo de la situación.

Estas precisiones fueron planteadas por la Corte Constitucional en sentencia T-883 del once (11) de septiembre de dos mil ocho (2008) en los siguientes términos:

«Denegar la acción implica un análisis de fondo, mientras que la improcedencia supone la ausencia de los requisitos procesales indispensables para que se constituya regularmente la relación procesal o proceso y el juez pueda tomar una decisión de fondo sobre el asunto sometido a su consideración. En este orden de ideas, ante la ausencia de un requisito lógico-jurídico esencial para que la relación procesal pudiera constituirse, el juez de instancia debió haber declarado improcedente la acción, mas resolvió denegar el amparo solicitado, lo que equivale a decir que, tras un análisis de fondo, la accionante no tenía derecho al amparo. De esta forma, la Sala revocará la sentencia de instancia y en su lugar declarará improcedente la acción interpuesta.»

¹ Sentencias T-449/ 1998, T-1068/2000, T-290/2005, T-467/2006, T-1067/2007, T-472/2008, T-104/2009.

² Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias SU-995/1999, T-1155/2000 y T-290/2005.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4287529. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Por esta razón se modificará la decisión de primer grado, con el fin de dar claridad sobre los efectos jurídicos de la decisión, como quiera que le asistió razón al juez *A quo*, en negar el amparo constitucional sobre el derecho fundamental de petición al encontrarse probado dentro del trámite que Alkosto S.A. otorgó respuesta de fondo a la solicitud No. 2783986 de la accionante, la cual fue notificada al correo electrónico proporcionado por aquella tanto en la petición allí radicada, como en la presente acción, mientras que frente al compendio de los demás derechos fundamentales invocados, lo que se muestra es improcedente este procedimiento constitucional, situación que impide abordar el estudio de fondo.

Con fundamento en las anotadas argumentaciones, el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

Resuelve:

Primero: Modificar el fallo de tutela emitido el tres (3) de marzo del año que avanza, por el Juzgado Setenta y Seis (76) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, y en consecuencia declarar improcedente la acción de tutela invocada por Mirtha Constanza Gonzales Liévano en contra de Alkosto S.A., proceso al que se vinculó a Trading Food S.A.S y Suramericana de seguros por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al buen nombre, defensa, debido proceso, igualdad, dignidad y mínimo vital; y negar el amparo constitucional al derecho de petición.

Segundo. Notifíquese esta decisión a las partes, indicándoles que contra la misma no procede recurso alguno.

Tercero: Remítase la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase

Carlos Eduardo Velásquez Rodríguez
Juez

AMS

Por situaciones de salubridad, este documento se publica sin firma, y estará en el sitio web de la Rama Judicial, su original estará a disposición de las partes una vez cesen las condiciones especiales que afectan el territorio nacional.