



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO EN ORALIDAD
SOLEDAD, TREINTA (30) DE JUNIO DE DOS MIL VEINTE (2020).

ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
RAD. No. 2020-0035/ S.I 2020-0148-01
ACCIONANTE: YOMARIS PALENCIA CASTILLO
ACCIONADO: ALMACENES FLAMINGO

ASUNTO A TRATAR

Procede el despacho a resolver la impugnación en contra del fallo de primera instancia proferido el 21 de mayo de 2020 por el JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL Y/O CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE SOLEDAD, dentro de la acción de tutela impetrada por la señora YOMARIS PALENCIA CASTILLO, en contra ALMACENES FLAMINGO por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, de petición y derechos del consumidor, con fundamento en los siguientes:

HECHOS

“1. El día 4 de junio del 2019 compré una banda caminadora marca Care fitness ref:MT060 por valor de \$1.469.000

2. Pasado un corto tiempo (2 meses y medio) la máquina presentó fallas y se le comunicó inmediatamente al almacén Flamingo y ellos enviaron un técnico a revisarla pero continuó con la misma falla.

3. Nuevamente se le comunicó al almacén Flamingo de la falla que venía presentando la banda caminadora y autorizaron el cambio del producto, Lo único malo que la cambiaron por una de la misma referencia.

4. Con fecha 18 de septiembre 2019 la banda caminadora presenta las mismas características y fallas de la Banda anterior.

5. Es donde presumimos Señor Juez Qué es la marca y el producto es de mala calidad ya que es la segunda banda caminadora entregada y presenta los mismos problemas.

6. Como el producto está en garantía no nos atrevíamos abrirla ni a buscar un técnico particular para no perder la garantía.

7. Le comunicamos a Flamingo Y estos mandaron a un técnico para que la revisará y según este al revisar le encontró falta de mantenimiento y lubricación, gran cantidad de polvo Qué ocasionaba el recalentamiento y fallas en el motor.

8. Cómo se pueden dar cuenta su Señoría hay una serie de contradicciones de parte de Almacenes Flamingo hay unas pautas en el certificado de garantía donde el usuario se tiene que ceñir a ellas y que la garantía es 1 año y que Flamingo garantizara el suministro de repuestos e insumos, mantenimiento para el funcionamiento del producto ya que éste está en garantía.

9. *Es por eso su señoría que estamos presentando esta acción de tutela por la vulneración de mis derechos y garantía Ya que la empresa Flamingo quiere eludir su responsabilidad.*

10. *Ya que la máquina banda caminadora) no tenía ni seis meses de estar funcionando, Es lógico los que debían hacerle el mantenimiento y meterle mano al producto eran los técnicos de flamings, ya que este producto está totalmente cerrado y por fuera no sé le nota ninguna clase de polvo.*

11. *Se aporta documento de garantía.”*

PRETENSIONES

De conformidad con los hechos expuestos la accionante solicita que almacenes Flamingo haga la devolución de los dineros entregados con ocasión de la compra de la Banda caminadora o en su defecto me cambie la banda caminadora por una de otra marca y que se garantice el respectivo producto y mantenimiento.

DE LA ACTUACIÓN

La acción de tutela fue admitida por el JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL Y/O CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE SOLEDAD a través de auto calendado el 27 de abril de 2020, ordenándose oficiar a la accionada para que rindiera un informe sobre los hechos de la acción de tutela.

Dentro del término otorgado, la accionada no rindió el informe requerido.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

El JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL Y/O CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE SOLEDAD, a través de providencia calendada el 21 de mayo de 2020, resolvió la solicitud de amparo, de la cual se transcribe su parte resolutive:

PRIMERO: Declarar improcedente la acción de tutela invocada por el accionante YOMARIS PALENCIA CASTILLO, contra ALMACENES FLAMINGO, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Conminar a ALMACENES FLAMINGO, para que, si aun no lo ha hecho (de reposar dentro de sus archivos la petición de fecha 04 de marzo de 2020) proceda a dar respuesta de fondo a lo solicitado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo” (...)

Decisión fundamentada al considerar que el proceder de la parte accionada no ocasiona un perjuicio irremediable a la vida de la actora, toda vez que llevaron a cabo las actuaciones respectivas tales como el envío de técnico o cambio de máquina, y frente a la solicitud de la actora respecto a devolución del dinero o el cambio a una mejor máquina, considera que la actora cuenta con otros mecanismos de defensa para amparar sus derechos al consumidor.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte accionante manifiesta no compartir la decisión del A quo al negar la solicitud de amparo, insistiendo en la vulneración de sus derechos fundamentales por parte de almacenes Flamingo, máxime si se tiene en cuenta que no dio respuesta a la acción de tutela.

Asegura que existe un daño irremediable para mi salud ya que es una persona obesa y la compra del producto la efectuó a fin de mejorar su estado de salud física y mental, sin que hasta la fecha haya podido hacer uso del producto por la negligencia de almacenes Flamingo de no proceder a reparar el daño del producto a pesar de que se encuentra en garantía, insistiendo en que hay un daño urgente por resolver que está afectando mucho su salud, obligándola a acudir al mecanismo constitucional a fin de proceder su vida y su salud.

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con lo preceptuado por el actor corresponde analizar si: ¿Se encuentra ALMACENES FLAMINGO, vulnerando los derechos fundamentales invocados por la señora YOMARIS PALENCIA CASTILLO, al no proceder dar solución al daño presentado en la banda caminadora adquirida en el almacén accionado?

¿Se dan los presupuestos jurídicos- fácticos para revocar el fallo impugnado?

CONSIDERACIONES

El Constituyente del 91, se preocupó por constitucionalizar no sólo una completa declaración de derechos, sino por crear los mecanismos idóneos para su eficaz protección. La acción de tutela se estableció en la Constitución Política Colombiana, como un mecanismo residual, para aquellos casos de violación de Derechos Fundamentales en los cuales la persona afectada no tuviere ningún otro mecanismo para protegerlos.

DERECHO DE PETICIÓN: Garantía fundamental reconocida en nuestro ordenamiento Constitucional en el artículo 23, mediante el cual todas las personas tienen derecho a presentar solicitudes ante la administración pública y obtener de éstos resolución pronta y efectiva, tiene su núcleo esencial en el hecho de obtener una respuesta clara, concreta, efectiva a las peticiones del ciudadano, a pesar de que la respuesta no siempre vaya a ser positiva a sus peticiones, pero por lo menos, le permite absolver su requerimiento y acudir a las instancias necesarias cuando sea negativa.

“La amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional¹ ha establecido estos parámetros:

a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.

d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.

e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine.

1 Pueden consultarse las sentencias T-12 de 1992, T-419 de 1992, T-172 de 1993, T-306 de 1993, T-335 de 1993, T-571 de 1993, T-279 de 1994, T-414 de 1995, T-529 de 1995, T-604 de 1995, T-614 de 1995, SU-166 de 1999, T-307 de 1999, T-095-2015 y 180-2015 entre muchas otras.

f) La Corte ha considerado que cuando el derecho de petición se formula ante particulares, es necesario separar tres situaciones: 1. Cuando el particular presta un servicio público o cuando realiza funciones de autoridad. El derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la administración. 2. Cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata. 3. Pero, si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental solamente cuando el Legislador lo reglamente.

g). En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6º del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordena responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes...”

El artículo 14 de la ley 1437 de 2010, ordena que toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. La ley 1755 de 2015 que regula la materia está vigente desde el 30 de junio de 2015.

DERECHO A LA IGUALDAD: La igualdad en el ordenamiento constitucional y la prohibición de la discriminación.

La Corte ha determinado que la igualdad es un concepto multidimensional pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía. De esta manera, la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos construidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras.

De igual forma, esta Corporación ha expresado que este postulado tiene un contenido que se concreta en el deber público de ejercer acciones concretas, destinadas a beneficiar a grupos discriminados o marginados de manera sistemática o histórica, a través de prestaciones particulares o cambios en el diseño institucional (acciones afirmativas). En consecuencia, están prohibidas las distinciones que impliquen un trato distinto no justificado, con la capacidad de generar efectos adversos para los destinatarios de las normas o conductas que las generan, quienes no están obligados a soportar esos déficit de protección.

Ahora bien, la Corte ha expresado que el examen de validez constitucional de un trato diferenciado entre dos sujetos o situaciones (*tertium comparationis*), consiste en determinar si el criterio de distinción utilizado por la autoridad pública o el particular fue usado con estricta observancia del principio de igualdad (artículo 13 C.P), a través de un juicio simple compuesto por distintos niveles de intensidad (débil, intermedio o estricto) que permiten el escrutinio constitucional de la medida. En otras palabras, se trata de una escala de intensidades que permiten la verificación de la aplicación del principio de igualdad, en una determinada actuación pública o privada.

El *test de igualdad es débil*: cuando el examen de constitucionalidad tiene como finalidad establecer si el trato diferente que se enjuicia, creó una medida

potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento. Como resultado de lo anterior, la intensidad leve del test requiere: i) que la medida persiga un objetivo legítimo; ii) el trato debe ser potencialmente adecuado; y iii) no debe estar prohibido por la Constitución. Se requiere la aplicación de un *test intermedio de igualdad* cuando: i) la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental; o ii) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia. En estos eventos, el análisis del acto jurídico es más exigente que el estudio realizado en el nivel leve, puesto que requiere acreditar que: i) el fin no solo sea legítimo, sino que también sea *constitucionalmente importante*. Además: ii) debe demostrarse que el medio no solo sea adecuado, sino *efectivamente conducente* para alcanzar el fin buscado con la norma u actuación objeto de control constitucional.

Por último, el *test estricto de igualdad*: surge cuando las clasificaciones efectuadas se fundan en criterios "*potencialmente discriminatorios*", como son la raza o el origen familiar, entre otros (artículo 13 C.P.), desconocen mandatos específicos de igualdad consagrados por la Carta (artículos 19, 42, 43 y 53 C.P.), restringen derechos a ciertos grupos de la población o afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta (artículos 7º y 13 C.P.).

En este escenario, el análisis del acto jurídico objeto de censura por desconocimiento del principio de igualdad debe abarcar los siguientes elementos: i) la medida utilizada debe perseguir ya no solo un objetivo no prohibido, sino que debe buscar la realización de un fin constitucionalmente imperioso; y ii) el medio utilizado debe ser necesario, es decir no basta con que sea potencialmente adecuado, sino que debe ser idóneo. La robustez del control que realiza la Corte al utilizar el test estricto es de aplicación excepcional, pues se limita a aquellas situaciones que están relacionadas con materias como son: i) las prohibiciones no taxativas contenidas en inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; ii) medidas normativas sobre personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares o discretas; iii) medidas diferenciales entre personas o grupos que *prima facie*, afectan gravemente el goce de un derecho fundamental; o iv) cuando se examina una medida que crea un privilegio para un grupo social y excluye a otros en términos del ejercicio de derechos fundamentales.

En conclusión, la aplicación del test de igualdad para verificar la violación a ese principio, implica un análisis a partir de niveles cada uno con un grado diferente de intensidad, de tal suerte que el juicio será leve, intermedio o estricto, conforme a la norma y a la situación objeto de estudio.

CASO CONCRETO

El caso sub-examine, se contrae a verificar la existencia de la vulneración de los derechos fundamentales invocados dentro del sub judice por la señora YOMARIS PALENCIA CASTILLO, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales de petición y a la igualdad, con ocasión de las actuaciones surtidas por ALMACENES FLAMINGO al no dar solución oportuna frente a la compra de una banda caminadora marca Care fitness ref: MT060 por valor de \$1.469.000.

Para esta agencia judicial, resultó acertada la decisión adoptada por el A quo en el sentido de que no se cumplió con el requisito de subsidiariedad, toda vez que no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable que impida a la actora acudir a los mecanismos ordinarios en procura de la defensa de sus derechos, a juzgar por lo señalado por la actora, resulta evidente que la accionada llevo a cabo las actuaciones correspondientes, ya si lo que pretende la actora es que se ordene la devolución del dinero, se considera que no es este el mecanismo idóneo para ello, teniendo en cuenta que puede acudir bien sea ante la Superintendencia de Industria y Comercio o ante la jurisdicción ordinaria para obtener lo pretendido, considerándose

entonces que la actora cuenta con otros mecanismos de defensa idóneos para obtener el amparo de los derechos al consumidor que alega vulnerados.

Como primera medida es menester mencionar que en reiteradas oportunidades la jurisprudencia constitucional ha proclamado que la tutela reviste un carácter subsidiario y eventualmente accesorio. Así se desprende de las propias voces empleadas por la norma de normas, cuando en el artículo 86 dice: *“Esta acción solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*. El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la honorable Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo premencionado 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.

Además la guardiana de la Constitución ha explicado que la acción de tutela no puede ser utilizada en cualquier asunto jurídico y de manera indiscriminada, debido a que:

“(…) la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias por el uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela entraña (i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior) y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en qué consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios)”.²

Como también refiriéndose específicamente a la naturaleza subsidiaria de éste mecanismo constitucional, ha enseñado el mismo Alto Tribunal que:

“...el desconocimiento del principio de subsidiaridad que rige la acción de tutela implica necesariamente la desarticulación del sistema jurídico. La garantía de los derechos fundamentales está encomendada en primer término al juez ordinario y solo en caso de que no exista la posibilidad de acudir a él, cuando no se pueda calificar de idóneo, vistas las circunstancias del caso concreto, o cuando se vislumbre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es que el juez constitucional está llamado a otorgar la protección invocada. Si no se dan estas circunstancias, el juez constitucional no puede intervenir”.³ (Subrayado del Juzgado, para resaltar)

Descendiendo al caso que hoy suscita la atención de esta dependencia, se observa que la parte accionante cuenta con mecanismos idóneos por donde encausar sus pretensiones, no siendo por supuesto el Juez de tutela quien deba hacer el estudio legal que pretende.

Por ende no podemos en sede de tutela obviar las competencias que se encuentran plenamente establecidas para cada ámbito de nuestra legislación e invadir arbitrariamente las funciones en cabeza de los jueces ordinarios, ya que el mismo

² Corte Constitucional, Sentencia T-234 de 2015, M.P.: doctora Martha Victoria Sánchez Méndez.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-747 de 2008, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Decreto 2591 de 1991 establece la improcedencia de la acción de tutela cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales (artículo 6º, numeral 1º).

No obstante lo anterior y sí en gracia de discusión omitiéramos la existencia de una vía ordinaria, aun así no podríamos acceder a las pretensiones de la parte actora, por cuanto de las pruebas aportadas al plenario no nos conducen a estimar vulneración de prerrogativa alguna, máxime cuando se trata de una inconformidad que surge con ocasión de una relación comercial producto de la compra venta de un artículo y que no alcanza a afectar derechos fundamentales, por lo tanto para obtener lo pretendido a través de este mecanismo constitucional, debe acudir a la vía administrativa o a la jurisdicción ordinaria, en aras de que se dirima el conflicto suscitado y así se despachen las pretensiones de la parte accionante conforme a la Ley.

Tampoco se observa de las pruebas aportadas por el accionante, más allá de las argumentaciones de la parte actora, que exista en el presente asunto un perjuicio irremediable que obligue a amparar los derechos fundamentales como mecanismo transitorio, motivo por el cual tampoco puede tutelarse en ese sentido.

Por lo tanto y con éste panorama de fondo, lo pertinente es entonces confirmar el fallo de primera instancia proferido el 21 de mayo de 2020 por el JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL Y/O CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE SOLEDAD dentro de la solicitud de amparo instaurada por la señora YOMARIS PALENCIA CASTILLO, en contra ALMACENES FLAMINGO por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, de petición y derechos del consumidor.

De modo que ante este panorama fáctico cabe precisarle a la parte actora, que las consideraciones aquí plasmadas no impiden que pueda reclamar sus derechos ante la jurisdicción ordinaria respectiva, razones suficientes para proceder a confirmar el fallo impugnado.

RESUMEN O CONCLUSIÓN

Estudiados los hechos y analizadas las pruebas allegadas al trámite de la acción constitucional, concluye esta agencia judicial que la presente acción de tutela se torna improcedente en cuanto no se acreditaron los supuestos jurisprudenciales para conceder el amparo deprecado y las pretensiones invocadas, razones por la cuales se confirmará la decisión del a quo.

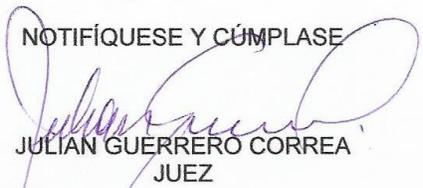
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL JUZGADO SEGUNDO CIVIL CIRCUITO DE SOLEDAD, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia proferido el 21 de mayo de 2020 por el JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL Y/O CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE SOLEDAD dentro de la solicitud de amparo instaurada por la señora YOMARIS PALENCIA CASTILLO, en contra ALMACENES FLAMINGO por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, de petición y derechos del consumidor, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Notificar ésta providencia a las partes, así como al señor Defensor del Pueblo de la Ciudad y al juez a quo, por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: Remítase el expediente a la Honorable corte constitucional para su eventual revisión, según lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1.991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JULIAN GUERRERO CORREA
JUEZ