



REPÚBLICA DE COLOMBIA
 RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
 SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA
 DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

SP-0040-2022

ASUNTO	: SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO
TIPO DE PROCESO	: ACCIÓN POPULAR
ACTOR	: JAVIER ELÍAS ARIAS IDÁRRAGA
COADYUVANTES	: COTTY MORALES CAAMAÑO Y OTROS
DEMANDADA	: AUDIFARMA SA
PROCEDENCIA	: JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE PEREIRA
RADICACIÓN	: 66001-31-03-003- 2016-00460-01
TEMAS	: INEXISTENCIA FÁCTICA
Mag. Ponente	: DUBERNEY GRISALES HERRERA
APROBADA EN SESIÓN	: 149 DE 21-04-2022

VEINTIUNO (21) DE ABRIL DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

El recurso vertical propuesto por la coadyuvante, señora Cotty Morales C., contra la sentencia emitida el día **15-01-2021** [Recibido de reparto el día 21-01-2022] que se definió el litigio en primer grado.

2. LA SÍNTESIS DE LA DEMANDA

2.1. LOS HECHOS RELEVANTES. La sucursal que Audifarma SA tiene en la “(...) *calle 20 #10^a-26 Sur Bogota (Sic) (...)*” carece de baño público apto para ciudadanos que se desplazan en silla de ruedas (Cuaderno No.1, pdf No.01).

2.2. LAS PRETENSIONES. **(i)** Ordenar a la accionada construir unidad sanitaria; y, **(ii)** Condenar en costas (Sic) (Cuaderno No.1, pdf No.01).

3. LA DEFENSA DE LA PARTE PASIVA

3.1. **AUDIFARMA SA.** Dijo que no trasgrede los derechos colectivos porque sus centros de atención farmacéutica (CAF) y edificaciones e IPS en los que se ubican, disponen de sanitarios accesibles (Resoluciones 1403/2007, 2003/2014 y 4445/1996); además, es innecesario que personas con discapacidad acudan a sus instalaciones, terceros pueden retirar los medicamentos y cuenta con envío a domicilio. Se opuso a las pretensiones y excepcionó: **(i)** Inexistencia de afectación de los derechos colectivos; **(ii)** Agotamiento de jurisdicción; **(iii)** Mala fe y temeridad del accionante; y, **(iv)** La genérica (Cuaderno No.1, pdf No.36, folios 43-54).

4. EL RESUMEN DE LA DECISIÓN APELADA

La parte resolutive: **(i)** Desestimó las pretensiones; y, **(ii)** Condenó en costas al actor.

Negó el amparo porque, según informe de la Alcaldía Mayor de Bogotá, en la calle 20 con carrera 10 no hay inmueble con la nomenclatura “10 A 26”; y, condenó en costas al accionante porque presentó la acción sin verificar la existencia de la sucursal de la accionada (Ibidem, pdf No.49).

5. LA SÍNTESIS DE LA ALZADA

5.1. **LOS REPAROS.** **(i)** La accionada pretende eludir sus obligaciones con base en el error en la dirección; y, **(ii)** Condenar en costas (Ib., pdf No.52).

La alzada del actor popular se declaró desierta por falta de sustentación (Cuaderno No.2, pdf No.10).

6. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR

6.1. LA COMPETENCIA EN SEGUNDO GRADO. Esta Sala es competente, según el artículo 16 de Ley 472, al ser superiora jerárquica del Despacho cognoscente.

6.2. LOS PRESUPUESTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA. Ningún reproche hay sobre anomalías con entidad para invalidar la actuación; quienes intervienen tiene aptitud suficiente para participar del litigio (Arts.12 y 14, Ley 472).

6.3. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. Es el aspecto subjetivo de la pretensión; en forma repetida se ha dicho que este estudio es oficioso¹. Cuestión diferente es el análisis de prosperidad de la súplica. En este evento se satisface en ambos extremos.

Se cumple por activa, porque la acción popular puede ser ejercida por cualquier persona natural o jurídica. En efecto, el artículo 12º, Ley 472, establece: “(...) Podrán ejercitar las acciones populares: 1. Toda persona natural o jurídica (...)”, y el 13º que: “(...) Los legitimados para ejercer acciones populares pueden hacerlo por sí mismos o por quien actúe en su nombre (...)”.

La Corte Constitucional en sede de constitucionalidad, de forma pacífica y consistente, comparte aquel razonamiento². También la Sala Civil de la CSJ³ en sede de tutela (Criterio auxiliar). De igual forma el CE (Criterio auxiliar), incluso, la denomina legitimación “universal”⁴, “general”⁵ o “por sustitución”⁶.

¹ CSJ, Civil. Sentencias: (i) 14-03-2002, MP: Castillo R.; (ii) 23-04-2007, MP: Díaz R.; No.1999-00125-01; (iii) 13-10-2011, MP: Namén V., No.2002-00083-01; (iv) SC -1182-2016, reiterada en SC-16669-2016. (iv) TS. Pereira, Sala Civil – Familia. Sentencia del 29-03-2017; MP: Grisales H., No.2012-00101-01.

² CC. C-215 de 1999, C-377 de 2002, citada en la C-230 de 2011

³ CSJ, Sala Civil. STC14393-2015, entre otras.

⁴ CE, Sección Primera. Sentencias del 31-10-2002 y 13-02-2006; CP: Ricardo Hoyos D., expediente No. 52001-23-31-000-2000-1059-01(AP-518) y CP: Germán Rodríguez V., expediente No.63001-23-31-000-2003-00861-01(AP).

⁵ CE, Sección Primera. Sentencia del 04-09-2003; CP: María N. Hernández P., expediente No.25000-23-26-000-2000-0112-01(AP). Refiere la sentencia: “(...) El legislador ordinario pretendió con ella crear un instrumento de defensa de los derechos e intereses colectivos al que pudiera acceder cualquier persona; es decir, que otorgó una legitimación de carácter general, sin que se vislumbre la exigencia de condición alguna, como probar el interés para ejercerla, ser residente o vecino del lugar donde posiblemente se están transgrediendo esos derechos u otra situación semejante”.

⁶ CE, Sección Primera. Sentencia del 06-12-2001; CP: Alíer E. Hernández E., expediente No.73001-23-31-000-2000-3495-01(AP-221). Menciona la sentencia: “(...) El carácter público de la acción popular supone una legitimación por sustitución que se deriva de la función social de esa institución”.

Y, por pasiva Audifarma SA porque presta un servicio público relacionado en forma directa con el derecho a la salud (D.2200/2005, Ley 1751, Resolución 1403/2007); este criterio es precedente horizontal de esta Sala⁷. Además, se le atribuye la amenaza de derechos los derechos colectivos de personas con dificultades en su movilidad, por supuestamente carecer de servicios sanitarios en sus instalaciones (Art.14, Ley 472).

6.4. EL PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER. ¿Se debe revocar la sentencia desestimatoria proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de esta ciudad, según el razonamiento de la recurrente?

6.5. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

6.5.1. Los límites de la apelación. Dada la naturaleza de las acciones populares, el examen en segunda instancia no es restrictivo, sino que se extiende a la verificación de la vulneración o amenaza de cualquier derecho colectivo conforme al material probatorio existente (Congruencia flexible), empero se hayan dejado de alegar expresamente en el amparo.

De acuerdo con el CE⁸ (Criterio auxiliar): “(...) *el juez de la acción popular puede pronunciarse sobre derechos colectivos que no han sido invocados en la demanda como vulnerados o amenazados, siempre y cuando tengan una estrecha relación con los derechos respecto de los cuales sí haya existido una solicitud expresa de protección y cuando la parte demandada se haya pronunciado sobre ellos a lo largo del proceso, es decir, que haya podido ejercer su derecho de defensa (...)*”. En el mismo sentido la CC⁹. Cabe señalar que el Magistrado ponente, en este caso, había salvado voto acogiendo esta tesis en una providencia de otra Sala¹⁰.

6.5.2. La acción popular y sus supuestos axiales. Consagrada en nuestra Carta Política, en el artículo 88, desarrollada en la Ley 472. La normativa prescribe

⁷ TSP. SP-0007-2021.

⁸ CE, Sala Plena, Sala Seis Especial de Decisión. Sentencia de unificación del 05-06-2018, CP: Moreno R., No.2004-01647-01(SU) (REV-AP).

⁹ CC. T-004-2019.

¹⁰ TSP, Civil – Familia. Salvamento del voto del 21-09-2017, MP: Grisales H., No.2012-00465-03.

que se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre *los derechos e intereses colectivos*, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Las acciones populares pueden interponerse contra toda acción u omisión de las autoridades o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos (Artículo 9º, Ley 472). El objeto de la acción¹¹ es el amparo de los derechos colectivos, que se caracterizan porque su titularidad la tiene la comunidad en general, son transindividuales e indivisibles. En este sentido la CC¹².

Los presupuestos de esta acción son **(i)** Una acción u omisión de la parte convocada; **(ii)** La existencia de un daño contingente, peligro o amenaza (Que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana), vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos; y, **(iii)** La relación de causalidad entre la acción u omisión y la vulneración o amenaza de tales derechos e intereses. Cada uno de estos supuestos requiere acreditación procesal, cuya carga gravita en la parte demandante, salvo que exista imposibilidad para su aporte (Artículo 30, Ley 472).

La CC¹³, en providencia que estudió los cargos de inconstitucionalidad contra la Ley 472, determinó que este tipo de acciones tiene un carácter público “(...) *en cuanto “... se justifica que se dote a los particulares de una acción pública que sirva de instrumento para poner en movimiento al Estado en su misión, bien de dirimir los conflictos que pudieren presentarse, bien de evitar los perjuicios que el patrimonio común pueda sufrir” (...)*”.

Y, también, restitutorio, puesto que propende por “(...) *el restablecimiento del uso y goce de tales derechos e intereses colectivos (...)*”; además de su naturaleza preventiva, “(...) *que significa que no es ni puede ser requisito para su ejercicio, el que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se busca amparar, sino que*

¹¹ QUINCHE R., Manuel F. Derecho constitucional colombiano, De la Carta de 1991 y sus reformas, 4ª edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá DC, 2010, p.386.

¹² CC. C-569 de 2004.

¹³ CC. C-215 de 1999.

basta que exista la amenaza o riesgo de que se produzca, en razón de los fines públicos que las inspiran (...)”.

Como refuerzo de este parecer, sostuvo la CC¹⁴, en sede de tutela, que: *“En relación con el carácter preventivo de las acciones populares, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han establecido que la prosperidad de la acción popular no depende de que exista un daño o perjuicio, pues la posibilidad de que se vulnere un derecho colectivo es razón suficiente para que el juez conceda la acción y adopte las medidas necesarias para evitar que la vulneración se presente.”*.

En adición, debe destacarse que la tendencia en el derecho comparado es entender *“la amenaza de lesión definitiva como un daño cierto”*, en la doctrina patria se alinea en tal tesis el profesor Henao P.¹⁵ y en el contexto foráneo la brasileña Ivo Pires¹⁶, quien cita al maestro argentino Mosset Iturraspe, refiriendo a los sistemas belgas, francés e italiano.

6.5.3. La sustentación. **(i)** El error de la demanda respecto a la ubicación de la sucursal no es óbice para amparar los derechos y tampoco justifica el desacato de las obligaciones legales. La dirección correcta es la *“(...) Calle 20 #10A-26, Avenida Primera de Mayo (...)*”; **(ii)** La accionada desatendió la carga de probar que brinda el servicio; y, **(iii)** La falta de costas desincentiva la actividad de las partes y coadyuvantes (Cuaderno No.2, pdf No.08).

6.5.4. Resolución. Infundados. El discernimiento jurídico del fallo es compartido por esta Colegiatura.

La acción u omisión de la parte convocada es un presupuesto previo de la acción popular; por ende, necesaria es su acreditación a efectos de verificar si constituyen una amenaza o trasgresión de los derechos invocados. La falta

¹⁴ CC. T-176 de 2016.

¹⁵ HENAO P., Juan C. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado, En: La responsabilidad extracontractual del Estado, XVI Jornadas internacionales de derecho administrativo, Bogotá DC, Universidad Externado de Colombia, 2015, p.33 y ss.

¹⁶ IVO P., Fernanda. La amenaza a un derecho comporta un daño, En: Reflexiones sobre la responsabilidad en el siglo XXI, Bogotá DC, Institución Universitaria Politécnico Granacolombiano, 2014, p.271-302.

de acreditación repercute en la desestimación de las pretensiones, por inexistencia de los supuestos fácticos imputados.

En la demanda se alegó que la entidad accionada tiene una sucursal en la “(...) *calle 20 #10ª-26 Sur Bogota (Sic) (...)*”, sin baño público apto para ciudadanos con movilidad reducida (Cuaderno No.1, pdf No.01); sin embargo, según informe técnico del Grupo de Gestión Jurídica de la Alcaldía Local de Santa Fe (Bogotá): “(...) *en el sector de la calle 20 con carrera decima NO existe la dirección suministrada, según se evidencia en el registro fotográfico (...)*” (Cuaderno No.1, pdf No.18).

Es notoria la ausencia fáctica. La supuesta omisión radica en una sucursal inexistente, imposible es para la judicatura verificar la amenaza o trasgresión de los derechos colectivos y la relación de causalidad con los supuestos de hecho. Sin duda el actor accionó frente a Audifarma SA con base en hechos falsos, sin corroborar. En consecuencia, asistió razón a la jueza de primer nivel para desestimar las pretensiones.

La jurisprudencia de la CC¹⁷ (Criterio auxiliar), con claridad explica la consecuencia jurídica de la falta de conductas reprochables: “(...) *la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción (...) presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones (...) existan (...)*”. La CSJ comparte este razonamiento CSJ¹⁸.

Para esta Magistratura es perfectamente aplicable la doctrina judicial como quiera que tanto las acciones de tutela como las populares comparten el elemento común de la existencia de una acción u omisión y su ausencia impide la resolución de fondo, por manera que deben desestimarse las pretensiones.

¹⁷ CC. T-130 de 2014, reitera las SU-975 de 2003 y T-883 de 2008

¹⁸ CSJ. STC7008-2021.

La coadyuvante indica, a su juicio, que la “(...) Calle 20 #10A-26, Avenida Primera de Mayo (...)” es la dirección “*real*” de la sucursal de la accionada; empero, es una manifestación inaceptable porque: **(i)** No ejerce la representación del actor (Arta.71 y 73, CGP); **(ii)** El promotor es el único habilitado para corregir, aclarar o reformar la demanda (Art.93, ibidem); y, **(iii)** A estas alturas es inoportuna tal enmienda (Art.93, ib.). Aceptar dicho proceder conllevaría preterir el ejercicio del derecho de defensa de la accionada.

De otro lado, se niega la condena en costas de primera sede deprecada por la recurrente, como quiera que es un reconocimiento pecuniario objetivo que exige la prosperidad de las pretensiones (Art.365-1º, ib.) y visto está que fracasaron. Así entonces, es innecesario estudiar la fijación a favor de los coadyuvantes, pero cabe afirmar sí que la calidad de terceros impide que sean sus beneficiarios, pues, solo se reconocen a quienes sean partes en sentido procesal.

Distinto si se tratase de recursos, incidentes y demás actuaciones, pues se favorece al promotor u opositor vencedor (Recurrente), con independencia de su calidad de parte, pero ese no es el caso. Se confirmará el fallo opugnado, sin estudiar la condena impuesta al actor por mala fe, por la potísima razón de que no fue objeto de reparo por el afectado, quedó incólume, hizo tránsito a cosa juzgada y por eso es intangible ahora.

Finalmente, según el artículo 365-1º, CGP, aplicable por remisión expresa del 38, Ley 472, habida cuenta del fracaso del recurso y sin necesidad de comprobar un actuar temerario o de mala fe, porque es garantía que únicamente favorece al actor popular, se condenará en costas de esta instancia en favor de la accionada.

7. LAS DECISIONES FINALES

La argumentación anterior sirve para desechar la apelación. Se condenará en

costas en esta instancia, a la coadyuvante recurrente, y a favor de la parte accionada, por haber perdido el recurso (Art.365-1º, CGP).

La liquidación de costas se sujetará, en primera instancia, a lo previsto en el artículo 366 del CGP, las agencias en esta instancia se fijarán en auto posterior CSJ¹⁹ (2017). Se hace en auto y no en la sentencia misma, porque esa expresa novedad, introducida por la Ley 1395 de 2010, desapareció en la nueva redacción del ordinal 2º del artículo 365, CGP.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA, SALA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA,

1. CONFIRMAR el fallo proferido el día 15-01-2021 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, R.
2. CONDENAR en costas en esta instancia, a la coadyuvante de la parte actora, señora Cotty Morales C., y a favor de la parte accionada, Audifarma SA. Se liquidarán en primera instancia y la fijación de agencias de esta sede, se hará en auto posterior.
3. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

MAGISTRADO

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C.

MAGISTRADO

(Impedido)

JAIME ALBERTO SARAZA N.

MAGISTRADO

¹⁹ CSJ. STC-8528 y STC-6952-2017.

LA PROVIDENCIA ANTERIOR
SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA

22-04-2022

CÉSAR AUGUSTO GRACIA LONDOÑO
SECRETARIO

DGH/ODCD/2022

Firmado Por:

Duberney Grisales Herrera
Magistrado
Sala 001 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Jaime Alberto Zaraza Naranjo
Magistrado
Sala 004 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **42c43168b7a515a3d43fb148bab20738af4a1b40a4bd3060d3f45637fe6ac485**
Documento generado en 21/04/2022 07:58:59 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>