



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-0039-2022

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- 2016-00525-01
TEMAS	: NULIDAD – OPORTUNIDAD
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 el actor popular, señor Javier E. Arias I., contra la sentencia emitida el día **12-05-2021** [Recibido de reparto el día 19-10-2021] 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 5A #62-28 Bgt (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 en la calle 5ª No.62-28 de Bogotá no tiene centro de atención farmacéutica (CAF). Además, alegó que tampoco presta un servicio público porque suministra medicamentos a sus clientes y, en cualquier caso, sus CAF tienen baños accesibles, a más de que es innecesario que personas con discapacidad acudan a sus instalaciones ya que brinda el servicio de domicilio e, incluso, terceros pueden retirarlos en nombre de los afiliados. Se opuso a las pretensiones y excepcionó: **(i)** Inexistencia de afectación de los derechos colectivos; **(ii)** Falta de causa; **(iii)** Mala fe; **(iv)** Agotamiento de jurisdicción y pleito pendiente (Respecto a sucursal diferente); **(v)** Inexistencia de demandado; y, **(vi)** La genérica (Cuaderno No.1, pdf No.24).

4. EL RESUMEN DE LA DECISIÓN APELADA

La parte resolutive: **(i)** Desestimó las pretensiones y demás peticiones del accionante; y, **(ii)** No condenó en costas.

Negó el amparo porque, según informe del ente territorial y fotografías, es falso que en la dirección referida en la demanda la accionada cuente con un CAF; tampoco declaró la pérdida de competencia del artículo 121, CGP, porque la pandemia y los actos procesales del actor afectaron el trámite célere de la acción popular; y, no condenó en costas por falta de pruebas sobre temeridad o mala fe (Ibidem, pdf No.53).

5. LA SÍNTESIS DE LA ALZADA

5.1. **EL REPARO.** **(i)** Aplicar el artículo 121, CGP (Ib., pdf No.55).

La alzada de la coadyuvante se inadmitió por falta de representación del mandatario y su adhesión por importuna (Cuaderno No.2, pdf No.06 y 20).

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 12^o, Ley 472, establece: “(...) Podrán ejercitar las acciones populares: 1. Toda persona natural o jurídica (...)”, y el 13^o 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. (v) 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: Alier E. Hernández E., expediente No.73001-23-

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 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 del 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

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*”.

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.

Política, en el artículo 88, desarrollada en la Ley 472. La normativa prescribe 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*

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.

exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se busca amparar, sino que 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. La funcionaria inaplica el artículo 121, CGP, supuestamente porque se opone a la norma especial (Ley 472), no obstante, en varias oportunidades aplicó el artículo 317, CGP, sobre desistimiento tácito; además, desconoce el artículo 84, Ley 472, aunque se superó el plazo para fallar de la Ley 472 (Cuaderno No.1, pdf No.55).

6.5.4. Resolución. Infundados. El ordenamiento legal, vigente en nuestro país, consagra como regla que la institución de las nulidades de tipo procedimental está estatuida con el propósito de salvaguardar el derecho constitucional del debido proceso y su derivado natural, el derecho de defensa (Art.29, CP).

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 Grancolombiano, 2014, p.271-302.

Y para que proceda su análisis de fondo, necesario es verificar el cumplimiento de requisitos de configuración. Deben concurrir los presupuestos de la legitimación, la falta de saneamiento y la oportunidad (Art.134, 135 y 136, CGP).

En tratándose de la irregularidad procesal reglada en el artículo 121, CGP, la Sala Civil de la CSJ (Criterio auxiliar) en reciente decisión (2021)¹⁷, con base en doctrina constitucional de la CC¹⁸ y el artículo 136-1º, ibidem, razonó:

... la extinción del marco temporal para el ejercicio de la función jurisdiccional no conduce inexorablemente a la pérdida de competencia del funcionario cognoscente, ni a la nulidad de los actos proferidos con posterioridad, pues en los casos en que haya saneamiento expreso o tácito se quebrantarán tales consecuencias, dentro del marco del artículo 136 del CGP ...

... con ocasión de la exclusión del ordenamiento jurídico de las expresiones «de pleno derecho» y «automática», contenidas en el original canon 121 del CGP, para que se produzcan los efectos invalidantes después de agotado el tiempo para sentenciar, es indispensable que alguno de los sujetos procesales invoque este hecho antes de que actúe o de que se profiera el veredicto final, pues en caso contrario se saneara el vicio y se dará prevalencia al principio de conservación de los actos procesales... (Línea extratextual).

Sin duda es una irregularidad procesal saneable (Art.136, parágrafo, CGP), por ende, indispensable es que las partes la invoquen una vez adviertan su configuración, el silencio supone el saneamiento. Reza el artículo 136-1º, CGP: “(...) La nulidad se considerará saneada en los siguientes casos: 1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla (...)”.

La parte accionada se notificó de la admisión el 08-07-2019 (Cuaderno No.1, Pdf No. 23) y el 03-07-2020 la funcionaria prorrogó por seis (6) meses más el plazo para decidir (Ibidem, pdf No.43), es decir, hasta el primer día hábil de enero de 2021 (12-01-2021), sin embargo, falló el 12-05-2021 (Ib., pdf No.53), claramente luego de que se extinguiera.

¹⁷ CSJ. SC3377-2021.

¹⁸ CC. C-443 de 2019.

Empero, advierte esta Judicatura que el accionante no invocó la causal oportunamente, esto es, después de vencido el término y antes de que se expidiera la sentencia, por manera que se saneó.

Cierto que se presentó un escrito afín el 05-08-2019 (Ib., pdf No.26), mas fue prematuro, ni siquiera se había agotado el plazo inicial del año; y, durante el interregno irregular, esto es, entre el 12-01-2021 y el 12-05-2021, tampoco invocó la nulidad. El único memorial existente es el de alegatos de conclusión y textualmente refirió: “(...) a popular 2016 525 como alegato pido ampare la renuente accion (Sic) cedo costas en favor de (...) pido se ampare la ccion (Sic) y se aplque (Sic) art 84 ley 472 (...) por quien corresponda (...)” (Las demás manifestaciones atañen a disímiles acciones populares) (Ib., pdf No.50).

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia, respecto a la desestimación de nulidad deprecada, pero por haberse saneado; se abstendrá la Sala de condenar en costas al actor recurrente, pese al fracaso, porque no existe ninguna prueba sobre temeridad o mala fe (Art.38, Ley 472).

7. LAS DECISIONES FINALES

La argumentación anterior sirve para desechar la apelación. Sin condena en costas en esta instancia.

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,

F A L L A,

1. CONFIRMAR el fallo proferido el día 12-05-2021 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, R.

