

Radicación: 66001310300320160046201
Asunto: Acción popular –Apelación de sentencia.
Accionante: Javier Elías Arias
Coadyuvante(s) Cotty Morales Caamaño
Accionado(s): Audifarma S.A

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA SALA CIVIL – FAMILIA

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS

Pereira, nueve (09) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Acta No. 181 de 09/05/2022
Sentencia SP-0054-2022

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor popular y su coadyuvante, contra la sentencia proferida el 15 de enero de 2021 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, que negó las pretensiones de la demanda.

Antecedentes

1.- Narró el demandante que el establecimiento de la accionada, denominado AUDIFARMA, que funciona en la carrera 7 Calle 53 de Bogotá, no cuenta con las condiciones para garantizar el acceso al servicio de baño para las personas que se desplacen en silla de ruedas. Pretende el gestor, en consecuencia, se construya el baño público, siguiendo las normas Icontec, en un término de 30 días. Lo anterior en protección a los derechos colectivos establecidos en los literales m), d) y l) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998.

2.- Se advierte el debido enteramiento del auto admisorio de la demanda al Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, la Alcaldía de Bogotá (archivos 7, 8, 10 de primera instancia, 6 y 8 del expediente virtual de segunda instancia) y la comunicación de la existencia del asunto a los miembros de la comunidad (archivos 6 y 17 del expediente electrónico de primera instancia.).

3.- La demandada se pronunció oponiéndose a las pretensiones. Tras indicar que cumple todos los requisitos para funcionar y que no le es exigible ofrecer servicio de

Radicación: 66001310300320160046201
Asunto: Acción popular –Apelación de sentencia.
Accionante: Javier Elías Arias
Coadyuvante(s) Cotty Morales Caamaño
Accionado(s): Audifarma S.A

baño público, cuenta con protocolos para la entrega de medicamentos a domicilio, negó que funcione un centro de atención farmacéutica (CAF) en la dirección indicada en la demanda (archivo 21 página 50 del expediente digital de primera instancia). Con base en ello propuso la excepción que denominó inexistencia de afectación a los derechos colectivos mencionados, agotamiento de jurisdicción, mala fe y temeridad (archivo 21 lb.).

4.- Se presentó como coadyuvante del extremo activo Cotty Morales Caamaño (archivo 34 lb.).

5.- Agotadas las etapas procesales de rigor (pacto de cumplimiento, pruebas y alegatos de conclusión), se profirió la sentencia de primer grado por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda. Ello porque *“...de acuerdo con lo informado en la contestación de la demanda, la certificación mencionada y el informe de la Subdirectora de Vigilancia de Salud Pública en la dirección referida en la demanda no funciona Centro de atención de Audifarma.”* (Archivo 35 página 3 lb).

6.- Oportunamente el fallo fue apelado por el accionante; de los reparos concretos se extracta lo siguiente:

6.1- El actor popular señaló que (i) la accionada nunca respondió y por eso se debe tener como allanada a las pretensiones; (ii) la carencia actual de objeto se debe a la mora judicial, que permitió que la accionada cerrara ese punto de atención al público, y (iii) solicita se invierta la carga de la prueba y que la accionada informe si en cualquier tiempo contó con sede o agencia en la dirección señalada en la demanda. (archivos 36 y 37 expediente digital cuaderno de primera instancia).

La parte no recurrente solicitó confirmar la sentencia apelada, insistiendo en la inexistencia de CAF en la carrera 7 con calle 53 de Bogotá.

Consideraciones

1.- Se hallan satisfechos los presupuestos procesales para proferir sentencia de fondo y ninguna causal de nulidad se ha configurado que afecte la validez de la actuación. Además, es esta Sala la llamada a resolver el recurso, conforme al artículo 31-1 del

Radicación: 66001310300320160046201
Asunto: Acción popular –Apelación de sentencia.
Accionante: Javier Elías Arias
Coadyuvante(s) Cotty Morales Caamaño
Accionado(s): Audifarma S.A

C.G.P.

2.- Sobre la legitimación en la causa no existe controversia. Por activa la tiene el demandante como miembro de la comunidad, de conformidad con el numeral 1º del artículo 12 de la Ley 472 de 1998. Respecto a la legitimación del extremo pasivo (art. 9º lb.) se confirma, pues es a la demandada a quien se atribuye tener abierto al público el establecimiento respecto del cual se afirma la amenaza o vulneración de los derechos colectivos cuya protección se invoca, dándoles como destinación prestar el servicio público de salud, en la modalidad de dispensación farmacéutica (art. 23 de la Ley estatutaria 1751 de 2015. Decreto 2200 de 2005 de Minsalud que reglamenta la actividad, art. 3º), imponiendo ello cargas frente a ciertos grupos poblacionales, como las personas en situación de discapacidad.

Los coadyuvantes actuaron autorizados por el artículo 24 de la Ley 472 de 1998.

3.- El campo de acción de la autoridad de segunda instancia llamada a resolver la alzada está delimitado por los reparos concretos y los argumentos de sustentación presentados por los apelantes (artículos 37 de la Ley 472 de 1998, 14 del Decreto 806 de 2020 y 328 del C.G.P). Lo anterior sin perjuicio de la flexibilización del principio de congruencia que es propio de esta acción constitucional, en procura de lograr la real garantía del derecho colectivo mismo¹, en virtud del cual el juez popular está facultado para proferir fallos extra y ultra petita, encontrando siempre como límite el derecho de defensa y de contradicción del accionado.

4.- Al examen del caso concreto se advierte, de entrada, que la sentencia debe confirmarse.

En efecto, el actor popular denunció como lugar de la presunta vulneración de los derechos colectivo en cuyo favor actúa, la carrera 7 con calle 53 de Bogotá.

Al contestar la demanda la accionada indicó que en esa dirección no funciona CAF de su propiedad. Adjuntó certificado en ese sentido, suscrito por Juan Carlos Ángel Marulanda, quien se presenta como representante legal (archivo 21 página 17 primera instancia), calidad que consta en la página 11 del certificado de existencia y

Radicación: 66001310300320160046201
Asunto: Acción popular –Apelación de sentencia.
Accionante: Javier Elías Arias
Coadyuvante(s) Cotty Morales Caamaño
Accionado(s): Audifarma S.A

representación legal aportado, expedido por la Cámara de Comercio de Pereira el 29/08/2019 (archivo 21 primera instancia, página 11).

La información de la accionada la confirmó la Subdirectora de vigilancia de salud pública de la Secretaría de Salud de Bogotá, quien mediante oficio de fecha 19/02/2020, dirigido a la a quo y recibido el 24 del mismo mes y año, indicó (archivo 28 primera instancia):

“Con un atento saludo, me permito dar contestación al Memorando del asunto, respecto a la Acción Popular en mención precisando que el día 18 de febrero del presente año se evidenció que en la dirección **carrera 7 Calle 53**; actualmente no se encuentra funcionando ningún establecimiento farmacéutico de AUDIFARMA S.A, en el perímetro observado teniendo en cuenta que no se precisó, la nomenclatura de la dirección de ubicación del establecimiento”

Luego, es claro que el fundamento total de la sentencia apelada encuentra prueba en el expediente que lo respalda. En la demandada no se precisó dirección concreta, y la autoridad distrital descartó la existencia de CAF de la accionada en el perímetro de la carrera 7 con calle 53 de Bogotá

4.1.- Ahora bien, (i) no es cierto que la accionada haya omitido dar respuesta a la demanda; (ii) tampoco lo es que tal postura procesal signifique allanamiento a sus pretensiones.

Sobre lo primero, la respuesta a la demanda obra en el archivo 21 de primera instancia. En auto del 12/11/2019 se tuvo por contestada (archivo 22 primera instancia).

Respecto al allanamiento a las pretensiones de la demanda, el artículo 98 del C.G.P. señala que debe hacerse de forma expresa, luego no podría inferirse de una omisión procesal.

4.2.- También propone el actor popular que se invierta la carga de la prueba y sea la accionada quien informe si en cualquier tiempo contó con sede o agencia en esa dirección, porque la “carencia de objeto” obedeció a la mora judicial.

¹ Cfr. TSP. (i) SP-0009-2021, (ii) SP-00015-2021.

Radicación: 66001310300320160046201
Asunto: Acción popular –Apelación de sentencia.
Accionante: Javier Elías Arias
Coadyuvante(s) Cotty Morales Caamaño
Accionado(s): Audifarma S.A

El argumento no es de recibo. Si bien el juez popular puede, por razones de orden económico o técnico, impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia probatoria cuando la carga no puede ser cumplida por el actor, a fin de obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, lo cierto es que ello debió reclamarse antes de la sentencia de primera instancia. En todo caso, tales razones de orden económico o técnico no brotan de la foliatura, ni las expone el recurrente.

Es evidente además que la prueba que se reclama no obedece a algún experticio técnico, ni representaba una gran erogación económica, pues bastaba demostrar por cualquier medio que, en la dirección señalada en la demanda, la accionada ofrecía un servicio público o al público en las condiciones allí descritas, esto es, sin garantizar un servicio sanitario accesible. Además, ante la inexistencia del lugar donde presume el demandante que se están violando los derechos endilgados, no había razones para declarar alguna amenaza o vulneración de derechos, y carece de sentido averiguar si existió vulneración anterior, porque ya no sería actual (TSP. SP-0016-2021).

4.3.- Al no prosperar los argumentos esbozados contra la sentencia de fondo – que no inhibitoria – de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda popular, resulta inane adelantar cualquier estudio frente al tema de las costas procesales.

Así, la sentencia será confirmada, sin condena en costas en esta sede (Art. 38 Ley 472 de 1998).

5.- Por último, sobre el memorial del actor popular donde dice ceder las costas a un tercero, deberá estarse a lo resuelto por la a quo en auto de fecha 13 de mayo de 2021 (archivo 38 primera instancia) donde se resolvió similar petición. Además, a su favor no existen condena en costas en este trámite, ni en primera ni en segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Civil - Familia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Radicación: 66001310300320160046201
Asunto: Acción popular –Apelación de sentencia.
Accionante: Javier Elías Arias
Coadyuvante(s) Cotty Morales Caamaño
Accionado(s): Audifarma S.A

PRIMERO: Confirmar la decisión adoptada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, el 15 de enero de 2021, según lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia, por lo anotado.

TERCERO: Sobre la cesión de costas, el actor popular debe estarse a lo resuelto por la a quo en auto de fecha 13 de mayo de 2021 (archivo 38 primera instancia).

CUARTO: Devuélvase el asunto a su lugar de origen.

NOTIFÍQUESE

Los Magistrados,

CARLOS MAURICIO GARCIA BARAJAS

DUBERNEY GRISALES HERRERA

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS
Impedido

<p>LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA 10-05-2022 CÉSAR AUGUSTO GRACIA LONDOÑO SECRETARIO</p>
--

Firmado Por:

Carlos Mauricio Garcia Barajas
Magistrado
Sala 002 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Duberney Grisales Herrera
Magistrado

Radicación: 66001310300320160046201
Asunto: Acción popular –Apelación de sentencia.
Accionante: Javier Elías Arias
Coadyuvante(s) Cotty Morales Caamaño
Accionado(s): Audifarma S.A

**Sala 001 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:

4d8093be792daae64e1ee9007b775cf27e500c9bcdb5ababa82af819b7f8f078

Documento generado en 09/05/2022 10:31:21 AM

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