

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA - RISARALDA SALA CIVIL – FAMILIA

Magistrado Sustanciador: Carlos Mauricio García Barajas

Pereira, veintiséis (26) de junio de dos mil veintitrés (2023)

SP-0134-2023

Radicación	66001310300120220012401 (1378)
Asunto	Acción popular – Apelación de sentencia.
Proviene	Juzgado 1 Civil Circuito de Pereira
Tema	Baño accesible. La acción afirmativa de garantizar el servicio de baño a la población con movilidad reducida o que se movilicen en silla de ruedas es exigible a la accionada en su condición de particular que presta un servicio de baño al público
Demandante	Mario Alberto Restrepo Zapata
Demandado	El templo de la moda No. 10 propiedad del TEMPLO DE LA MODA S.A.S
Acta Nro.	308 de 26-06-2023

Objeto de la providencia.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante contra la sentencia proferida el **30-01-2023** por el **Juzgado 1 Civil del Circuito de Pereira**¹.

Antecedentes

1.- Se afirmó e la demanda que la accionada no cuenta con una unidad sanitaria para que las personas en situación de discapacidad con movilidad reducida que se desplacen en silla de ruedas puedan hacer uso de él. Y en consecuencia, se solicitó se amparen los

¹ Archivo 19 cuaderno 1 instancia

derechos colectivos de esta población y se ordene al extremo pasivo la construcción de una batería sanitaria según los criterios señalados por las normas técnicas.

2.- La parte accionada, notificada por correo electrónico de la admisión de la demanda, guardó silencio².

3.- Agotadas las etapas procesales de rigor (pacto de cumplimiento, pruebas y alegatos de conclusión) se profirió la sentencia de primer grado, teniendo como soporte probatorio únicamente el documento aportado por el extremo activo de la litis y el certificado de matrícula mercantil del establecimiento de comercio El Templo de la Moda Nro. 10 ubicado en la Carrera 8 Nro. 18-38 de esta Ciudad.

La funcionaria de primer grado desestimó las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

“La parte accionante no aportó ninguna prueba de sus dichos, ni justificó el impedimento para ello; de otro lado, aunque la accionada no dio respuesta a la demanda (Art. 97 C.G.P.), tal prueba indiciaria, no es suficiente para determinar sobre ella una obligación que no se le ha exigido legalmente, pues como lo señala la norma y jurisprudencia citada, se reitera, tales prestaciones se dirigen a las entidades o sociedades que presten servicios públicos como son las prestaciones en salud. Por su objetivo comercial también se puede determinar que es un establecimiento de comercio “compra venta de ropa” donde las personas cualquiera sea su condición, no están obligadas a ingresar o a permanecer excesivo tiempo, por lo tanto, no se observa que se pueda ocasionar vulneración alguna a las personas con discapacidad³”.

² Archivo 11 ibid.

³ Archivo 19 pág. 10 ibid.

Recurso de apelación.

Los reparos del accionante se orientan a que la Juez de primer grado en su providencia, desconoció lo dispuesto en la Ley 361 de 1997, Ley 12 de 1987 y los tratados internacionales tendientes a evitar todo tipo de barreras arquitectónicas y aptitudinales que afecten a los ciudadanos que se movilen en silla de ruedas.

En esta instancia no hubo sustentación adicional a la contenida en el escrito de reparos concretos de primera instancia.

En el trámite de la alzada Cotty Morales presentó escrito⁴, que no será tenido en cuenta porque no interviene en calidad de coadyuvante en este caso.

Por otra parte, en el trámite de la segunda instancia se decretó prueba de oficio con el propósito de que la Secretaría de Planeación Municipal de Pereira Risaralda realizara visita técnica al establecimiento de comercio el templo de la moda N° 10 y rindiera informe atendiendo cuestionario elaborado por el despacho del magistrado sustanciador.

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 competente para desatar la alzada, en su calidad de superior

⁴ Archivos 09 cuaderno 2 instancia.

funcional del juzgado de primera instancia.

El demandante está legitimado para promover la presente acción popular de conformidad con el numeral 1º del artículo 12 de la Ley 472 de 1998, que autoriza iniciarla, entre otros, a toda persona natural, sin que sea necesario demostrar un interés especial diferente al de la defensa de los derechos colectivos.

Por pasiva la legitimación radica en la persona jurídica el templo de la moda S.A.S. en su calidad de propietaria del establecimiento de comercio el Templo de la Moda Nro. 105, cuya actividad económica (comercio al por menor y por mayor de prendas de vestir y demás accesorios⁶) impone eventuales cargas con ciertos grupos poblacionales, como las personas en situación de discapacidad.

2.- El problema jurídico conforme a los reparos planteados por el recurrente, se formula de la siguiente manera:

¿La accionada ha incurrido en la afectación de los derechos colectivos de las personas en situación de discapacidad con movilidad reducida que se desplazan en silla de ruedas al no contar con una unidad sanitaria para que esta población haga uso de ella, a pesar de que brinda el servicio de baño al público?

3.- El artículo 88 de la Constitución Política establece las acciones populares como la herramienta procesal adecuada para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicas, la

⁵ Archivo 16 *ibid.*

⁶ *Ibid.*

moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen por el legislador. Para tales efectos se profirió la Ley 472 de 1998, cuyo artículo 4º enumera un listado de derechos de esa categoría, despliegue que no es taxativo⁷.

En cuanto acá interesa, el legislador señala como objeto de aquella herramienta evitar el daño contingente o 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 ello fuere posible. De conformidad con el artículo 9º de la citada ley, procede contra toda acción u omisión de las autoridades o de los particulares. Son elementos esenciales de esa clase de acciones: a) la acción u omisión de la autoridad o del particular demandado; b) un daño contingente, peligro o amenaza o vulneración de derechos o intereses colectivos, y c) la relación de causalidad entre esa acción u omisión y el daño, la amenaza o vulneración.

4.- De cara a lo planteado por el recurrente, reitera esta Sala lo señalado, entre otras, en sentencia SP-0015-2021, en el sentido de recordar que existe un conglomerado de reglas y principios, contenidos en leyes nacionales e incluso tratados internacionales vigentes a los que se encuentra vinculado el Estado colombiano, que propenden por la integración de la personas en situación de discapacidad, v.gr.: Ley 9ª de 1979⁸, Resolución No. 14861 de 1985⁹, Ley 361 de 1997¹⁰, Decreto 1538 de 2005¹¹, Ley 1346 de 2009 en la

⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C- 215 de 1999.

⁸ Por la cual se dictan Medidas Sanitarias

⁹ Por la cual se dictan normas para la protección, seguridad, salud y bienestar de las personas en el ambiente y en especial de los minusválidos

¹⁰ Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones

¹¹ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 361 de 1997

que se aprueba e incorpora al ordenamiento legal la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 previo control constitucional efectuado en la sentencia C-293 de 2010 de la Corte Constitucional, Ley estatutaria la 1618 de 2013 que tiene como objeto “...*garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, **acción afirmativa y de ajustes razonables** y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad, en concordancia con la Ley 1346 de 2009*”¹². (En negrilla fuera del texto legal).

La Ley 1618 de 2013 define **las acciones afirmativas** (art. 2º) como “[p]olíticas, medidas o acciones dirigidas a favorecer a personas o grupos con algún tipo de discapacidad, con el fin de eliminar o reducir las desigualdades y barreras de tipo actitudinal, social, cultural o económico que los afectan.”; en concordancia con los ajustes razonables de que habla la Convención, entendidos como “...*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*”¹³.

Su artículo 14, en materia de acceso y accesibilidad, consagró como manifestación directa de la igualdad material y con el objetivo de fomentar la vida autónoma e independiente de las personas con

¹² Art. 1º.

¹³ Art. 2º de la convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, aprobada en Ley 1346 de 2009.

discapacidad, que las entidades deben garantizar el acceso de estas personas, en igualdad de condiciones, al entorno físico, al transporte, a la información y a las comunicaciones, incluidos los sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, el espacio público, los bienes públicos, los lugares abiertos al público y los servicios públicos, tanto en zonas urbanas como rurales. En ese mismo sentido, corresponde a las entidades públicas y privadas encargadas de la prestación de los servicios públicos, de cualquier naturaleza, tipo y nivel, desarrollar sus funciones, competencias, objetos sociales, y en general, todas las actividades, siguiendo los postulados del diseño universal, de manera que no se excluya o limite el acceso en condiciones de igualdad, en todo o en parte, a ninguna persona debido a su discapacidad. Para ello, dichas entidades deberán diseñar, implementar y financiar todos los ajustes razonables que sean necesarios para cumplir con los fines del artículo 9º de la Ley 1346 de 2009.

5.- Bajo el anterior contexto, es posible concluir que la prestación del servicio público de sanitarios accesibles en establecimientos de comercio se entiende como una acción afirmativa que permite la superación de barreras arquitectónicas en aras de lograr la integración social de aquellas personas que se movilizan en silla de ruedas.

Empero, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-765 de 2012, mediante la cual se hizo estudio previo a la Ley 1618, no en todos los casos tal solución resultará plausible, como cuando ello puede repercutir en un agravante o riesgo desproporcionado para la garantía de otros intereses jurídicos de similar índole en cabeza de terceros.

*“Las medidas contenidas en el caso del proyecto de Ley Estatutaria que ahora se revisa, particularmente en su Título IV [véase artículo 14, acceso y accesibilidad], tienen sobre todo el carácter de acciones de promoción y facilitación, pues apuntan a remover barreras y dificultades y a crear condiciones que favorezcan el pleno ejercicio de los derechos de las personas que padecen discapacidades. En este sentido, su carácter de acciones afirmativas es entonces un factor altamente incidente en la exequibilidad de la mayoría de ellas. **Sin embargo, esa circunstancia plantea también la necesidad de verificar la razonabilidad de esas medidas, pues no resultaría constitucionalmente admisible, por ejemplo, que a partir de ellas se generaran situaciones que pongan en desventaja a las personas que no se encuentran en situación de discapacidad ni que su implementación suponga un gravamen excesivo o desproporcionado para otros sujetos.**”*

Así las cosas, la presencia de medidas específicas de acción afirmativa en un contexto como el aquí planteado habrá de considerarse en principio acorde a la Constitución, en cuanto contribuye a la realización de importantes objetivos superiores, entre ellos la igualdad real y efectiva, reconocida como derecho fundamental dentro del Estado social de derecho. No obstante, excepcionalmente podrían ser halladas contrarias al orden constitucional, en aquellos casos en que resulten desproporcionadas, particularmente frente a la magnitud de la carga que su plena realización necesariamente implica a otros sujetos, que deberán gravarse de distintas maneras para hacer posible el logro de la finalidad pretendida por cada una de tales acciones.” (En negrilla fuera del texto original).

6.- Debe tenerse en cuenta, además, que el artículo 88 del Código Nacional de Policía establece:

Servicio de baño. Es obligación de todos y cada uno de los establecimientos de comercio abiertos al público, prestar el servicio de baño a **niños, mujeres en evidente estado de embarazo y adultos de la tercera edad** cuando así lo soliciten, sin importar que los mismos sean sus clientes o no. La inobservancia de la presente norma tendrá como consecuencia la imposición de una Multa General Tipo 1 o suspensión temporal de actividad.

Será potestad de los establecimientos de comercio en mención el cobro del servicio enunciado el cual deberá ser regulado por los correspondientes entes territoriales.

La Sentencia C-329 de 2019 que estudió la demanda de inconstitucionalidad promovida en contra de la citada norma, declaró el aparte subrayado y en negrilla fue declarado condicionalmente exequible “en el entendido de que también incluye a las personas en situación de discapacidad o con movilidad reducida” por la Corte Constitucional en la Sentencia C-329 de 2019 siendo uno de los criterios para arribar a esta conclusión que:

La falta de inclusión de los referidos sujetos genera discriminación en su contra. Esto es así, dado que, como lo advirtieron el demandante y los intervinientes, al no ser incluidas dentro del supuesto de hecho del artículo sub examine, las personas en situación de discapacidad no hacen parte del grupo de sujetos en cuyo favor se instituyó la obligación de prestar el baño que el legislador le impuso a los establecimientos de comercio abiertos al público. Al tenor de lo dispuesto por el artículo demandado, a diferencia de los grupos incluidos, esto es, de los “niños, mujeres en evidente estado de embarazo y adultos de la tercera edad”, las personas en situación de discapacidad o con movilidad reducida no tienen derecho a exigir a los establecimientos de comercio abiertos al público el cumplimiento de la referida obligación, esto es, que se les preste el servicio de baño. Este tratamiento genera, sin duda alguna, una situación de discriminación en contra de las personas en situación de discapacidad o con movilidad reducida, en la medida en que las priva, injustificadamente, del trato especial al que tienen derecho. En otros términos, la no inclusión de este grupo de sujetos en la norma demandada los deja expuestos al arbitrio de los propietarios, administradores y empleados de los establecimientos de comercio abiertos al público, quienes pueden libremente decidir si prestan o no el baño a tales personas. En estos términos, la no inclusión de este grupo de sujetos en la norma demandada claramente da lugar a una situación de desigualdad negativa en su contra.

Se trató, en todo caso, de un análisis realizado desde la óptica del derecho a la igualdad, no desde el derecho a la accesibilidad.

7.- De lo reparos.

7.1.- Los reparos del accionante se orientan a que la Juez de primer grado en su providencia, desconoció lo dispuesto en la Ley 361 de 1997, Ley 12 de 1987 y los tratados internacionales tendientes a evitar todo tipo de barreras arquitectónicas y aptitudinales que afecten a los ciudadanos que se movilizan en silla de ruedas.

7.2.- De la prueba recaudada en segunda instancia se evidencia lo siguiente.

El informe presentado por el director de control físico de la secretaria de Gobierno de Pereira¹⁴ y las fotografías que se aportaron se detalla las condiciones en que se brinda al público el servicio de baño y las circunstancias físicas de las instalaciones de la siguiente manera:

“Se realizó visita técnica en la Carrera 8 No 18 - 38 donde funciona el establecimiento de comercio denominado “El Templo de la Moda No. 10”, predio identificado con ficha catastral No. 66001010500840010000, por solicitud del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira dentro del trámite de la Acción Popular Rad N° 66001310300120220012401.

Durante la inspección ocular en la dirección Carrera 8 No 18 - 38 se verificó que allí se halla una edificación de 3 pisos para el funcionamiento únicamente del establecimiento de comercio denominado “El Templo de la Moda No. 10”; el predio posee un área de 162 m² y 421 m² construidos.

Ahora bien, Respecto a lo requerido por el despacho judicial, procede esta dependencia a pronunciarse en los siguientes términos:

1. Se evidenció que, en las instalaciones del establecimiento de

¹⁴ Archivo 11-

comercio si se brinda el **servicio de baño al público**, a través de tres (3) unidades sanitarias, que se ubican en mezanine del piso 3 de la edificación y que cuentan con las siguientes dimensiones:

- Unidad 1: 1.05 m x 1.35 m.
- Unidad 2: 1.30 m x 1.55m.
- Unidad 3: 1.35m x 1.40m.

Sobre el asunto, es pertinente indicar que al interior del establecimiento se tienen dispuestas escaleras eléctricas para acceder a los pisos 2 y 3, sin embargo, en lo correspondiente al mezanine donde se ubican las unidades sanitarias, se accede a través de escaleras fijas y/o convencionales. Se aclara que, las escaleras eléctricas no son un medio de accesibilidad para personas que se movilizan en silla de ruedas.

2. En lo referente a la accesibilidad de las personas al medio físico **SERVICIOS SANITARIOS**, se aplican las disposiciones contenidas en la NTC 5017, mediante la cual se establecen los requisitos mínimos y características funcionales, así:

Se debe disponer de un espacio lateral y frontal al inodoro de dimensiones mínimas de 1.60 m x 1.20 m que posibilite la transferencia de la persona al aparato sanitario.

Sobre este aspecto, ninguna de las tres (3) unidades existentes cumplen con las áreas definidas para servicios sanitarios y en caso de realizarse redistribución de áreas para disponer de baño para personas con movilidad reducida se deberá tramitar la respectiva licencia urbanística ante la curaduría urbana cumpliendo las disposiciones contenidas en la NTC 5017. Adicionalmente, se deberá considerar la accesibilidad a dicha unidad ya que a la fecha se realiza mediante escaleras fijas.”

Del referido informe se verifica que la entidad accionada sí ofrece el servicio de baterías sanitarias dispuestas para el uso público en general, para todas las personas que acuden a sus instalaciones a acceder a los servicios que ofrece. Con todo, de ese mismo documento se concluye que **(i)** las dimensiones de los baños no son apropiadas para ser usados por personas con movilidad reducida o que se movilen en silla de ruedas, **(ii)** y existen evidentes barreras físicas que imposibilitan el ingreso de esta población a las unidades sanitarias en la medida en que el único medio de ingreso a ellas, son

las escaleras eléctricas hasta el tercer piso, y escaleras convencionales hasta el mezanine, lo cual configura un obstáculo arquitectónico que afecta palmariamente la accesibilidad a las personas con movilidad reducida a este tipo de servicios.

De lo anterior emerge que la acción afirmativa reclamada por el accionante, de garantizar la prestación de este servicio de baño a la población situación de discapacidad o con movilidad reducida, debe abrirse paso, pues así como se ofrece al público en general, igualmente debe ser brindado a las personas con discapacidad o movilidad reducida y con ello, con la total garantía de respeto por las condiciones técnicas señaladas por la normativa pertinente, para brindar este servicio a este tipo de población que tiene un trato especial por su condición en condiciones de seguridad y comodidad.

8.- Colofón de lo expuesto, es criterio de la Sala que la sentencia apelada debe revocarse, porque la acción afirmativa de garantizar el servicio de baño a la población con movilidad reducida o que se movilizan en silla de ruedas es exigible a la accionada, como quiera que aunque particular, ocupa un inmueble de propiedad de uso comercial donde se brinda atención al público, y suministra el acceso al servicio de baño público, debiendo garantizar entonces por lo menos la existencia de una batería sanitaria accesible (Decreto 1538 de 2005, artículo 9).

Conforme a la decisión a tomar, la prosperidad del recurso indica que se debe condenar en costas de ambas instancias a la demandada, a favor de la parte actora.

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

Primero: Revocar en su integridad la sentencia apelada, de fecha y procedencia ya señaladas. En su lugar:

1.1.- AMPARAR el derecho colectivo a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de las personas en situación de discapacidad motriz.

1.2.- ORDENAR al templo de la moda S.A.S. que, en el término de dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de este fallo, construya en la sede el templo de la moda N° 10 ubicado en la carrera 8 nro. 18 - 38 de Pereira, un baño apto para ser usado por personas con discapacidad motriz, con arreglo a las normas técnicas colombianas. Deberá garantizar de igual modo que, en su diseño y ubicación, se garantice un acceso sin barreras arquitectónicas para las personas en condición de discapacidad.

1.3.- ORDENAR a la accionada que, de conformidad con lo previsto por el artículo 42 de la Ley 472, en el término de diez (10) días, preste garantía bancaria o póliza de seguros, por la suma de \$5.000.000,00, para garantizar el cumplimiento de esta sentencia.

1.4.- DISPONER la conformación de un comité para la verificación del cumplimiento de esta providencia integrado por la jueza de conocimiento, las partes, la entidad pública encargada de velar por el derecho o interés colectivo, el Ministerio Público y una organización no gubernamental con actividades en el objeto del fallo.

1.5.- REMITIR a la Defensoría del Pueblo copia de la demanda, del auto admisorio y de los fallos de primera y segunda instancia, para que sean incluidos en el Registro Público centralizado de acciones populares.

Segundo: CONDENAR en costas, en ambas instancias, a la parte accionada. Las de primera instancia a favor del demandante; y las de segunda, a favor del recurrente. Las agencias en derecho que correspondan a esta sede se fijarán por el magistrado sustanciador una vez quede ejecutoriada esta providencia.

Tercero: Devuélvase el asunto a su lugar de origen.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

CARLOS MAURICIO GARCIA BARAJAS

DUBERNEY GRISALES HERRERA

Ausencia justificada

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

LA PROVIDENCIA ANTERIOR
SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA
27-06-2023
CÉSAR AUGUSTO GRACIA LONDOÑO
S E C R E T A R I O

Firmado Por:

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

Edder Jimmy Sanchez Calambas
Magistrado
Sala 003 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: **47adcec544c01618940d6dc8f002e9916d8a4c89d81f8d995a9289f2825e49be**

Documento generado en 26/06/2023 11:24:14 AM

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