

SP-0239-2023



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA
PEREIRA – RISARALDA**

SP-0239-2023

ASUNTO	SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO - ACCIÓN POPULAR
ACCIONANTE	MARIO A. RESTREPO Z.
COADYUVANTE	COTTY MORALES C.
ACCIONADA	EMERGENCIAS 911 SAS
VINCULADOS	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
PROCEDENCIA	JUZGADO 2º CIVIL DEL CIRCUITO DE PEREIRA
RADICACIÓN	66001-31-03-002- 2022-00228 -01 (2410)
TEMAS	ABIERTO AL PÚBLICO - ACCIÓN AFIRMATIVA – RAZONABILIDAD
Mag. Ponente	DUBERNEY GRISALES HERRERA
APROBADA EN SESIÓN	607 DE 20-11-2023

VEINTE (20) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

El recurso vertical propuesto por la parte actora contra la sentencia emitida el día **24-07-2023** (Recibido de reparto el día 11-09-2023), con la que se definió el litigio en primer grado.

2. LA SÍNTESIS DE LA DEMANDA

2.1. LOS HECHOS RELEVANTES. La accionada carece de baño público idóneo para personas en silla de ruedas, en su establecimiento de comercio de la calle 25 No.15-54 barrio centenario de Pereira (Cuaderno No.1, pdf No.003).

2.2. LAS PRETENSIONES. (i) Ordenar construir una unidad sanitaria accesible, con normas técnicas; y, (ii) Condenar en costas procesales (Sic) (Cuaderno No.1, pdf No.003).

3. LA DEFENSA DE LA PARTE PASIVA

EMERGENCIAS 911 SAS (ACCIONADA). Manifestó que es falso que incumple la Ley 472; presta el servicio de transporte asistencial básico y, entre otras cosas, cuenta con depósito de residuos peligrosos, por ende, no brinda atención al público. Se opuso a las pretensiones, sin excepcionar (Cuaderno No.1, pdf No.015).

4. EL RESUMEN DE LA DECISIÓN APELADA

En la parte resolutive se: (i) Negó el amparo; y, (ii) No condenó en costas. Explicó que la acción afirmativa requerida es una carga desproporcionada para la accionada por ser microempresa (Ibidem, pdf No.052).

5. LA SÍNTESIS DE LA ALZADA

MARIO A. RESTREPO Z. (ACCIONANTE). (i) La aplicación de la norma no es potestativa del juez; (ii) Inaplica el test de proporcionalidad; e, (iii) Inversión de la carga de la prueba (Ibidem, pdf No.53).

LA SUSTENTACIÓN. El recurrente no presentó argumentos adicionales en esta sede, al recurrir fundamentó su discrepancia como se acaba de reseñar.

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 para invalidar la actuación; quienes intervienen tiene aptitud suficiente para participar (Arts.12 y 14, L 472).

6.3. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. En forma repetida se ha dicho que este estudio es oficioso¹. Criterio ratificado recientemente (2023)² por la CSJ. Diferente es el análisis de prosperidad de la súplica. En este evento se satisface en ambos extremos.

Se cumple por activa porque esta acción puede ejercerla cualquier persona, natural o jurídica (Arts.12º, Ley 472). La CC por vía de constitucionalidad, de forma pacífica y consistente, comparte el razonamiento³. También la Sala Civil de la CSJ⁴ en sede de tutela y el CE (Criterios auxiliares), incluso, rotulado legitimación “*universal*”⁵, “*general*”⁶ o “*por sustitución*”⁷.

Y, por pasiva la accionada porque se le imputa una omisión en la prestación del servicio de baño público en su establecimiento de comercio que, supuestamente, “*amenaza*” los derechos colectivos de los usuarios con limitaciones en la movilidad (Art.14, Ley 472).

6.4. EL PROBLEMA JURÍDICO. ¿Se debe revocar la sentencia estimatoria

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, SC-592-2022 (iv) TS. Pereira, Sala Civil – Familia. Sentencia del 29-03-2017; MP: Grisales H., No.2012-00101-01.

² CSJ, Civil. SC -119-2023.

³ CC. C-215 de 1999, C-377 de 2002, citada en la C-230 de 2011

⁴ CSJ, Sala Civil. STC14393-2015, entre otras.

⁵ 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).

⁶ 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*”.

⁷ CE, Sección Primera. Sentencia del 06-12-2001; CP: Alier 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*”.

proferida por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Pereira, según el razonamiento de los recurrentes?

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 Sala (2017)¹⁰, hoy es postura pacífica (2022)¹¹.

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 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 conducta activa u omisiva de las autoridades o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos (Art.9º, Ley 472). Su

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.

¹¹ TSP, Civil – Familia. SP-0058-2022 y SP-0006-2022, entre muchas otras.

objeto¹² es amparar los derechos colectivos, caracterizados porque su titularidad la tiene la comunidad en general, son transindividuales e indivisibles. En este sentido la CC¹³.

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 (Diferente al riesgo regular de la actividad humana), vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos; y, **(iii)** La relación de causalidad entre la conducta 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 CC¹⁴, 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 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 CC¹⁵ 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

¹² 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.

¹³ CC. C-569 de 2004.

¹⁴ CC. C-215 de 1999.

¹⁵ CC. T-176 de 2016.

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.¹⁶ y en el contexto foráneo la brasileña Ivo Pires¹⁷, quien cita al maestro argentino Mosset Iturraspe, refiriendo a los sistemas belgas, francés e italiano.

6.5.3. LA SUSTENTACIÓN. ACTOR. Es obligación de la funcionaria aplicar la Ley 361; aplicar debidamente el test de proporcionalidad; y, invertir la carga de la prueba con base en la negación indefinida hecha en la demanda (Ibidem, pdf No.032)

6.5.4. LA RESOLUCIÓN. *Infundados*. Se comparte el razonamiento del juez de primer nivel. La labor del operador judicial no se circunscribe a aplicar el ordenamiento en forma material, sin examinar el contexto fáctico particular, como pretende el interesado opugnante.

Indispensable que, en el ejercicio hermenéutico respectivo, considere los beneficios y costos que para las partes supone la disposición legal y, en esa medida, sopesa la razonabilidad de la decisión, que implica sea proporcionada en la condena; empero, para el caso en particular era innecesario aplicar el test de proporcionalidad por la potísima razón de que la accionada no está en la obligación de acatar Ley 361 y el Decreto Reglamentario 1538/2005.

La Ley 361 señala, entre otros¹⁸, los criterios básicos para facilitar la

¹⁶ 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.

¹⁷ 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 Gran Colombiano, 2014, p.271-302.

¹⁸ También regula el acceso de las personas con discapacidad a la salud, a la educación, a la cultura, al trabajo, a la economía, a los espectáculos públicos, al transporte, a la señalización vial y a las comunicaciones (Artículos 7º, 11º, 15, 22, 42, 56, 61, 62, 63 y 67).

accesibilidad a cualquier espacio o ambiente interior o exterior, el fácil y seguro desplazamiento de las personas con movilidad reducida, y el uso en forma confiable y segura de los servicios instalados en cualquier ambiente.

Específicamente su artículo 47, en relación con la eliminación de las barreras arquitectónicas en las edificaciones abiertas al público que se vayan a construir, o en las ya existentes, establece que: *“La construcción, ampliación y reforma de los edificios **abiertos al público** y especialmente de las instalaciones de carácter sanitario, se efectuarán de manera tal que ellos sean accesibles a todos los destinatarios de la presente ley. (...) Las instalaciones y edificios ya existentes se adaptarán de manera progresiva, de acuerdo con las disposiciones previstas en el inciso anterior (...)”* (Sublínea y negrilla de la Sala).

Por su parte, el D.1538/2005 reglamentario parcial de la Ley 361: **(i)** Define la accesibilidad como la condición que permite en cualquier espacio, el fácil y seguro desplazamiento y el uso en forma confiable, eficiente y autónoma de los servicios instalados (Art.2º-1º). **(ii)** Indica que las edificaciones **abiertas al público** son los inmuebles de uso institucional, comercial o de servicios donde se brinda **atención al público** (Art.2º-5º).

Y, **(iii)** establece los parámetros de diseño, construcción o adecuación de los espacios de uso público y de los edificios abiertos al público (Art. 7º y 9º), tales como el servicio sanitario accesible (Art.9º, literal C), entre otros. Todo con arreglo a las normas técnicas colombianas que deben ser tenidas en cuenta para la construcción y ajustes de los inmuebles (Art. 9, literal D).

Sin dubitación aplica, única y exclusivamente, a los particulares que prestan sus servicios en locales que atienden público; por ende, el hecho simple de que tenga un local no implica el desacato enrostrado. Competía a la parte actora y a sus coadyuvantes acreditar que en efecto presta servicios al público, es decir, que es concurrido por individuos ajenos a su personal y, en tal gestión pretirieron hacerlo.

En materia de acciones populares la carga de la prueba recae en los

interesados, salvo especiales circunstancias impeditivas que debe alegar. Establece el artículo 30, Ley 472:

La carga de la prueba corresponderá al demandante. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, si dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella.

En el evento de no existir la posibilidad de alegar la prueba respectiva, en virtud de lo establecido en el inciso anterior, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

Al respecto la CC¹⁹ en sentencia de constitucional reseñó: “(...) resulta admisible, lógico y necesario que la demostración de los perjuicios sufridos por una persona en uno de sus derechos e intereses colectivos, LE CORRESPONDA AL AFECTADO (...) trasladar la carga de la prueba al demandado como lo pretende el actor, equivaldría a presumir desde un comienzo, con la sola presentación de la demanda, su responsabilidad (...)” (La sublínea es ajena al texto original).

El CE²⁰ comparte aquél discernimiento, aunque es criterio auxiliar, resulta relevante su entendimiento; en efecto, acotó: “(...) tanto la amenaza como la vulneración, según el caso, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo, aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por el actor popular, quien conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, tiene la carga de la prueba (...)”

Así las cosas, la simple mención en la demanda sobre la aparente amenaza del derecho invocado es insuficiente; correspondía al promotor demostrar los supuestos fácticos de sus alegaciones dado que su contraparte no confesó la imputación, sin embargo, desatendió ese débito procesal.

¹⁹ CC. C-215-1999.

²⁰ CE, Sección Primera. Sentencia del 30-06-2011, CP: Velilla M., No.55001-23-31-000-2004-00640-01 (AP), reitera criterio añejo de la Sección Tercera, exp.AP-1499 de 2005.

La mera enunciación de un elenco normativo es insuficiente para probar los hechos aducidos; tampoco era una afirmación o negación indefinida que trasladara la carga, eran susceptibles de acreditarse por cualquier medio, pues aludían circunstancias fácticas ubicables en modo, tiempo y lugar, específicos.

En contraste, el exiguo material de prueba arrojado por la accionada y la prueba de oficio recolectada resultan suficientes para concluir que no está en la obligación de contar con baño público.

El certificado de existencia y representación da cuenta de que presta servicios de transporte de pacientes en ambulancia (Ib., pdf No.005); y, según el registro fotográfico e “*informe técnico*” presentados por la Secretaría de Control Físico, el local se ocupa con personal administrativo, sin acceso libre de personas o usuarios (Ib., pdf No.39). Inútil verificar que los baños cumplan los parámetros de accesibilidad; simplemente el bien no está abierto al público, que es elemento tipificador de la obligación normativa.

En adición, la construcción del baño podría significar un gasto económico excesivo en comparación con la supuesta amenaza del derecho colectivo que se pide conjurar. La acción afirmativa demanda recursos del destinatario; carga onerosa, que excede la capacidad económica de una microempresa.

Esta Sala (2023)²¹, previo entendimiento de la necesidad e idoneidad de la medida, empleó el concepto “*tamaño de la empresa*”, reglado en las leyes 590, 905, 1151 y 1450 y el D.957/2019, como criterio objetivo de proporcionalidad (relación afectación - beneficio), para determinar qué comerciantes están en condiciones de soportar el imperativo legal, sin comprometer su existencia; y, concluyó, que las medianas y grandes empresas, son las únicas capaces de hacerlo, sin arriesgar su funcionamiento, habida cuenta de sus activos, planta de personal e ingresos anuales, que son parangón para su categorización [Arts.43, Ley 1450 y 2.2.1.13.2.2., D.957/2019].

²¹ TSP, Sala Civil – Familia. SP-0023-2023, SP-0029-2023, SP-036-2023 y SP-0046-2023, entre otras.

Este juicio se ha empleado en acciones populares sobre contratación de intérpretes y de guías intérpretes, aplicable para acciones relacionadas con baños accesibles, según precedente horizontal reciente (2023)²², porque la construcción en las dimensiones y características dispuestas en las normas ICONTEC²³, demandan un gasto importante.

Así las cosas, aparece infundado el recurso interpuesto para revocar la sentencia recurrida; por lo tanto, debe confirmarse la sentencia.

7. LAS DECISIONES FINALES

Se confirmará la sentencia apelada, pero por las razones expuestas y se abstendrá de condena en costas de esta sede, al accionante recurrente por carecer de pruebas sobre su temeridad o mala fe (Art.38, ley 472).

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 24-07-2023 por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Pereira.
2. NO CONDENAR en costas en esta instancia.
3. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,

DUBERNEY GRISALES HERRERA
MAGISTRADO

²² TSP, Sala Civil – Familia. SP-0188-2023.

²³ <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Programa%20Nacional%20del%20Servicio%20al%20Ciudadano/NTC6047.pdf>

SP-0239-2023

Con impedimento

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C.

JAIME ALBERTO SARAZA N.

MAGISTRADO

MAGISTRADO

DGH/ODCD/2023

LA PROVIDENCIA ANTERIOR
SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA

21-11-2023

CÉSAR AUGUSTO GRACIA LONDOÑO
SECRETARIO

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: **30ba70cc6f9e8e6040fea7b8ad7a47c8ec7e000a080800452f3338b9c1250c0a**

Documento generado en 20/11/2023 10:22:49 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>