



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA
DISTRITO DE PEREIRA

SP-0006-2023

ASUNTO	: SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO
TIPO DE PROCESO	: ACCIÓN POPULAR
ACCIONANTE	: GERARDO HERRERA
COADYUVANTE	: COTTY MORALES C.
ACCIONADA	: JUAN C. CASTAÑO Z. – DUEÑO “SUPER PIZZA”
PROCEDENCIA	: JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE SANTA ROSA DE CABAL
RADICACIÓN	: 66682-31-03-001-2022-00007-01 (430)
TEMAS	: ACCIÓN AFIRMATIVA – IMPOSIBILIDAD PARA CUMPLIR
Mag. Ponente	: DUBERNEY GRISALES HERRERA
APROBADA EN SESIÓN	: 18 DE 25-01-2023

VEINTICINCO (25) DE ENERO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

El recurso vertical propuesto por el actor popular contra la sentencia emitida el día **30-06-2022** (Recibido de reparto el día 04-08-2022), con la que se definió el litigio en primer grado. La resolución de peticiones y recursos de la parte actora y de su coadyuvante, más la demora secretarial al recibir el asunto (Cuaderno No.1, pdf.05), impidieron que se dictara sentencia antes.

2. LA SÍNTESIS DE LA DEMANDA

2.1. LOS HECHOS RELEVANTES. El establecimiento comercial del accionado, ubicado en la “cra 14 calle 13 esquina local 106” de Santa Rosa de Cabal, no garantiza el acceso de personas en silla de ruedas (Cuaderno No.1, pdf.02 y 24).

2.2. LAS PRETENSIONES. El actor reformó la demanda y precisó que no

pretende que se garantice la accesibilidad o ingreso al inmueble, sino: **(i)** Ordenar al accionado la construcción de un baño, conforme a las normas NTC e ICONTEC; en caso de ser imposible, **(ii)** Disponer el traslado del establecimiento comercial; y, **(iii)** Condenar por costas procesales (Sic) (Cuaderno No.1, pdf.02 y 24).

3. LA DEFENSA DE LA PARTE PASIVA

3.1. JUAN C. CASTAÑO H. Se opuso a las pretensiones, alegó imposibilidad material para realizar las obras exigidas, solicitó integrar el litisconsorcio con la propiedad horizontal y excepcionó: **(i)** Falta de legitimación; y, **(ii)** Temeridad (Cuaderno No.1, pdf.11 y 27).

4. EL RESUMEN DE LA DECISIÓN APELADA

En la parte resolutive se desestimaron las pretensiones, sin costas.

En síntesis, explicó que la construcción del baño supone una carga excesiva e imposible de cumplir por el accionado, habida cuenta de que las obras podrían comprometer la estructura del edificio donde está ubicado el bien mercantil, según concepto técnico rendido por ingeniero profesional, sin rebatir.

Y, agregó que tampoco es viable disponer el traslado, pretensión subsidiaria, porque la amenaza del derecho colectivo, no se acompasa con la afectación que sobrevendría al comerciante, máxime que en el mercado hay más oferta de bienes similares. Desestimó condenar en costas por falta de temeridad o mala fe (Ibidem, pdf.41).

5. LA SÍNTESIS DE LAS ALZADAS

5.1. GERARDO HERRERA (ACTOR). Se probó la amenaza del derecho colectivo y debe aplicarse la Ley 361, pues, carece de excepciones. No importa la cuantía de las obras (Ibidem, pdf.42).

Se declaró desierta la apelación adhesiva de la coadyuvante por faltar los reparos concretos (Cuaderno No.2, pdf.16).

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, L.472).

6.3. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. En forma repetida se ha dicho que este estudio es oficioso¹. 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. Prescribe 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 CC en sede de constitucionalidad, de forma pacífica y consistente, comparte aquel razonamiento². También la Sala Civil de la CSJ³ en sede de

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. Fallo 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.

tutela (Criterio auxiliar). De igual forma el CE (Criterio auxiliar), incluso, la denominó como legitimación “universal”⁴, “general”⁵ o “por sustitución”⁶.

Y, por pasiva el señor Juan C. castaño H., propietario de establecimiento comercial abierto al público (Cuaderno No.1, pdf.04 y 05), a quien se imputa la omisión de garantizar el acceso a sus instalaciones como “amenaza” de los derechos colectivos del grupo social de personas con dificultades de movilidad (Artículo 14, L.472).

6.4. EL PROBLEMA JURÍDICO. ¿Se debe revocar la sentencia desestimatoria proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, 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 extensivo 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 los petitorios de amparo.

De acuerdo con el CE⁷ (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

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.73001-23-31-000-2000-3495-01(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 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).

decir, que haya podido ejercer su derecho de defensa (...)". Sublínea de esta Sala. En el mismo sentido la CC⁸. Este Magistrado ponente, sobre este tema, ya había salvado voto acogiendo la tesis anunciada, en una providencia de otra Sala (2017)⁹.

6.5.2. LA SUSTENTACIÓN DEL ACCIONANTE. Basta probar la amenaza del derecho colectivo para obligar al particular accionado acatar la Ley 361. La cuantía de las obras a realizar o del eventual traslado del establecimiento de comercio, son motivos escasos para inaplicar la disposición legal (Ibidem, pdf.42).

6.5.3. LA RESOLUCIÓN. *Infundados*. Se comparte el razonamiento de la jueza de primer nivel. La labor del operador judicial no se circunscribe a aplicar el ordenamiento en forma material, sin examinar el contexto fáctico particular.

Indispensable que el ejercicio hermenéutico respectivo, considere la proporcionalidad entre 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, según el caso. La prueba de la amenaza es insuficiente para que prosperen las pretensiones. Criterio reiterado y pacífico, en el precedente horizontal de esta Sala (2022-2023)¹⁰:

... el juez no es un mero aplicador de la ley, pues “su papel va mucho más allá, desentraña el derecho, lo aplica, en ocasiones lo integra o crea, de allí que sea su deber resolver aun cuando no exista norma exactamente aplicable al caso (Art.42-6 C.G.P.). Dicha concepción, de ver al juez como la simple voz de la ley, lejos está de responder a la idea que actualmente le corresponde, dentro del marco de un Estado social de derecho (...) Producto de lo anterior, por ejemplo, podría el juzgador concluir en la inaplicación de un principio a un caso concreto por conceder mayor peso a aquel con el que se generó el conflicto, o la imposibilidad de aplicar una norma por restringir de manera grave un derecho fundamental, lo que no implica el desconocimiento de aquellas disposiciones, sino el resultado de resolver su incompatibilidad a través de medios válidos de interpretación judicial”...

⁸ CC. T-004-2019.

⁹ TSP, Civil – Familia. Salvamento del voto del 21-09-2017, MP: Grisales H., No.2012-00465-03.

¹⁰ TSP, Sala Civil – Familia. SP-0174-2022, SP-002-2023 y SP-003-2023.

Sin mayor discernimiento y conforme a los artículos 47, Ley 361¹¹ y 2º, 7º y 9º del Decreto Reglamentario 1538/2005, el accionado, como propietario que es de establecimiento de comercio abierto al público, está en la obligación de eliminar todas las barreras físicas que impidan el libre y autónomo desplazamiento de las personas con dificultad motriz y brindar el servicio sanitario; y, como quiera que los baños existentes en el local que ocupa incumplen los parámetros ICONTEC de construcción (Ib., pdf.32), sin duda, pone en riesgo el derecho colectivo invocado.

No obstante, inviable es disponer que adecue esas instalaciones o traslade el bien mercantil a otro local, como pretende el actor, porque, de un lado, (i) las condiciones físicas del predio hacen imposible realizar obra alguna sin colocar en peligro la estructura de la edificación a la que pertenece y, del otro, (ii) el cambio de local implicaría una carga económica desproporcionada en comparación con la amenaza del derecho colectivo que se pide conjurar.

Sobre la construcción basta citar las conclusiones a que arribó el ingeniero civil, Carlos F. Ruiz Tobón, en el concepto técnico rendido en primera instancia (Ib., pdf.32), a saber:

- Las modificaciones necesarias para dar cumplimiento a la norma anteriormente relacionada involucran la demolición de elementos estructurales lo cual no es técnicamente recomendado ya que el establecimiento se encuentra en el primer piso de un edificio de 8 niveles y se podría debilitar la estructura soportante de la edificación
- Cambiar la localización de alguna de las baterías sanitarias no se recomienda ya que los puntos hidráulicos y sanitarios se encuentran en la ubicación actual y alguna modificación contemplaría la demolición de la placa de piso donde se encontrarían elementos estructurales.
- Es importante mencionar que los muros posteriores de las unidades sanitarias limitan a su vez con el sótano del edificio imposibilitando la ampliación hacia dicho sector.

(...)

¹¹ Vigente a partir del 11-02-1997, fecha de su publicación (Artículo 73º, Ley 361).

no se recomienda la adecuación de ninguna de las unidades sanitarias ya que no se cuenta con el área suficiente para cumplir con las condiciones mínimas necesarias... (Línea y negrilla a propósito).

Fácil se aprecia del concepto técnico anterior, que el acatamiento irrestricto de la prescripción legal, colocaría en riesgo el edificio mismo y, sobre todo, a sus habitantes. Por manera que, desmesurado o excesivo, resultaría ordenar su adecuación sin más. No consulta un ponderado raciocinio, adoptar medidas, sin estimar sus eventuales efectos nocivos, máxime en tratándose de terceros, ajenos a la situación objeto de amparo.

También es desproporcionado ordenar el traslado, porque conllevaría atender contra los derechos a la estabilidad y permanencia del comerciante. Tesis ampliamente sustentada por la CSJ (2021)¹² en asuntos alusivos al resarcimiento de los daños causados por la restitución arbitraria de locales comerciales, válidamente aplicable en este evento, por virtud de que se alinea en el deber de proteger la propiedad comercial, como bien económico, conformado, “(...) entre otros intangibles, por la clientela y la fama acumuladas en el lugar donde desde antaño se cumple la actividad mercantil (...)”.

El certificado de matrícula mercantil aportado hace evidente la necesidad de salvaguardar sus derechos comerciales, por encima, incluso, del colectivo amenazado, pues hace diecinueve (19) años se creó y ubicó en el inmueble (Ib., pdf.04 y 05), bastante tiempo que deja entrever, aunque de forma sumaria, que se ha sostenido en el mercado, en razón al reconocimiento, prestigio y clientela adquiridos.

Así las cosas, razonable fue que en primera instancia se desestimaran las pretensiones populares, habida cuenta de que su propósito luce desequilibrado en frente de las consecuencias pecuniarias que acarrearían al accionado.

¹² CSJ, Sala de Casación Civil. Sentencia del 18-06-1987, G.J. No.2427, pág. 257 y ss, reiterada en la SC2500-2021, entre otras.

Corolario, se confirmará la decisión confutada; y, no se condenará en costas al recurrente, pese al fracaso, por faltar pruebas de un actuar temerario o de mala fe, según el artículo 38, Ley 472.

7. LAS DECISIONES FINALES

Todo el ejercicio argumentativo planteado, sirve para desechar la apelación, confirmar el fallo y no condenar en costas.

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 30-06-2022 por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal.
2. NO CONDENAR en costas de esta instancia a la parte activa, según lo expuesto.
3. DEVOLVER el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

MAGISTRADO

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C.

MAGISTRADO

JAIME ALBERTO SARAZA N.

MAGISTRADO

DGH/ODCD/2023

LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE NOTIFICÓ
POR ESTADO DEL DÍA 26-01-2023

CÉSAR AUGUSTO GRACIA LONDOÑO
SECRETARIO

Firmado Por:

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

Edder Jimmy Sanchez Calambas
Magistrado
Sala 003 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: **370ddd2012592322f58e420d20f18534f1f767cba3515c291d15fa295fb5b351**

Documento generado en 25/01/2023 09:05:52 AM

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