

SP-0188-2023



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

**SP-0188-2023**

ASUNTO	SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO - ACCIÓN POPULAR
ACCIONANTE	MARIO A. RESTREPO Z.
COADYUVANTE	COTTY MORALES C.
ACCIONADA	LUZ M. ZULUAGA O. - DUEÑA “ <i>SUPER BURBUJAS</i> ”
VINCULADOS	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
PROCEDENCIA	JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE SANTA ROSA DE CABAL
RADICACIÓN	66682-31-03-001- <b>2022-00229</b> -01 (1946)
TEMAS	ACCIÓN AFIRMATIVA – PROPORCIONALIDAD – RAZONABILIDAD
Mag. Ponente	DUBERNEY GRISALES HERRERA
APROBADA EN SESIÓN	513 DE 27-09-2023

**VEINTISIETE (27) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023).**

## 1. EL ASUNTO POR DECIDIR

El recurso vertical propuesto por la parte actora contra la sentencia emitida el día **06-07-2022** (Recibido de reparto el día 03-08-2023 por impedimento del Magistrado al que inicialmente se repartió el 04-08-2022), 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 carrera 14 No.15-16 local 101 de Santa Rosa de Cabal, Rda. (Cuaderno No.1, pdf No.002).

2.2. LAS PRETENSIONES. **(i)** Ordenar construir una unidad sanitaria accesible, con normas técnicas; **(ii)** Condenar en costas procesales (Sic); y, **(iii)** Oficiar a Planeación Municipal para que verifique si el local cuenta con rampa de acceso (Cuaderno No.1, pdf No.002).

### 3. LA DEFENSA DE LA PARTE PASIVA

LUZ M. ZULUAGA O. (ACCIONADA). Guardó silencio (Cuaderno No.1, pdf No.012).

### 4. EL RESUMEN DE LA DECISIÓN APELADA

En la parte resolutive se: **(i)** Negó el amparo; y, **(ii)** Desestimó condenar en costas al accionante.

Explicó que la ausencia de unidad sanitaria en manera alguna amenaza el derecho colectivo porque la venta de vestuario no requiere que los clientes estén en el local un largo periodo de tiempo y la acción afirmativa requerida constituye una carga desproporcionada porque tiene un activo registrado de \$8.800.000 (Ibidem, pdf No.031).

### 5. LA SÍNTESIS DE LA ALZADA

LOS REPAROS. MARIO A. RESTREPO Z. (ACCIONANTE). **(i)** La aplicación de la norma no es potestativa del juez; **(ii)** El capital de la accionada es insuficiente para justificar la inobservancia de la Ley; e, **(iii)** Inaplica el test de proporcionalidad de la CC (Ibidem, pdf No.032).

### 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 oficioso<sup>1</sup>. Criterio ratificado recientemente (2023)<sup>2</sup> 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 razonamiento<sup>3</sup>. También la Sala Civil de la CSJ<sup>4</sup> en sede de tutela y el CE (Criterios auxiliares), incluso, rotulado legitimación “*universal*”<sup>5</sup>, “*general*”<sup>6</sup> o “*por sustitución*”<sup>7</sup>.

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

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> CSJ, Civil. SC -119-2023.

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

<sup>4</sup> CSJ, Sala Civil. STC14393-2015, entre otras.

<sup>5</sup> 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).

<sup>6</sup> 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*”.

<sup>7</sup> 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 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 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 CE<sup>8</sup> (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 CC<sup>9</sup>. Cabe señalar que el Magistrado ponente, en este caso, había salvado voto acogiendo esta tesis en una providencia de otra Sala (2017)<sup>10</sup>, hoy es postura pacífica (2022)<sup>11</sup>.

**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

---

<sup>8</sup> 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).

<sup>9</sup> CC. T-004-2019.

<sup>10</sup> TSP, Civil – Familia. Salvamento del voto del 21-09-2017, MP: Grisales H., No.2012-00465-03.

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

objeto<sup>12</sup> es amparar los derechos colectivos, caracterizados porque su titularidad la tiene la comunidad en general, son transindividuales e indivisibles. En este sentido la CC<sup>13</sup>.

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 CC<sup>14</sup>, 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 CC<sup>15</sup> 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

---

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> CC. C-569 de 2004.

<sup>14</sup> CC. C-215 de 1999.

<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> y en el contexto foráneo la brasileña Ivo Pires<sup>17</sup>, quien cita al maestro argentino Mosset Iturraspe, refiriendo a los sistemas belgas, francés e italiano.

**6.5.3. LA SUSTENTACIÓN DE MARIO A. RESTREPO Z. (ACCIONANTE).** Es obligación de la funcionaria aplicar la Ley 361 y el D.1538/2005, sin parar mientes en la capacidad económica de la parte pasiva; y, omitió realizar el test de proporcionalidad de la CC (Ibidem, pdf No.032)

**6.5.4. 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, 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. 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)<sup>18</sup>:

*... 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*

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> TSP, Sala Civil – Familia. SP-0174-2022, SP-002-2023 y SP-003-2023.

*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”...*

Sin mayor discernimiento y conforme a los artículos 47, Ley 361<sup>19</sup> y 2º, 7º y 9º del Decreto Reglamentario 1538/2005, la accionada como propietaria que es de establecimiento mercantil 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.

Sin embargo, la imposición de la carga debe estar precedida de la comprobación del supuesto trato discriminatorio o su amenaza. Las acciones afirmativas tienen como finalidad prístina garantizar la igualdad material, real y efectiva de los grupos de personas que por diversas razones se encuentran en situación de desventaja, por manera que compete al Estado y a sus asociados emplear todas las medidas dispuestas por el legislador con miras a mitigar la desigualdad (Acciones afirmativas y ajustes razonables).

Para este caso en concreto se probó la inexistencia de la batería sanitaria en el establecimiento de comercio de la accionada, como resultado de la presunción de veracidad de los hechos, por dejar de contestar la demanda (Art.97, CGP); empero, es insuficiente para concluir la amenaza del derecho colectivo, en el marco de un trato discriminatorio, simplemente porque ninguna persona tiene acceso al servicio exigido.

En todo caso, como razonó esta Colegiatura en decisión reciente (2023)<sup>20</sup>, la ubicación del establecimiento en un área comercial (Zona centro de Santa Rosa de Cabal) permite inferir con alto grado de plausibilidad que aquel grupo poblacional en silla de ruedas puede acceder a otras edificaciones próximas

---

<sup>19</sup> Vigente a partir del 11-02-1997, fecha de su publicación (Artículo 73º, Ley 361).

<sup>20</sup> TSP, Sala Civil – Familia. SP-0141-2023 y SP-0006-2023.

que sí cuenten con una unidad sanitaria apta.

En adición, también halla la Sala que la construcción del baño o el traslado del establecimiento podrían significar un gasto económico excesivo en comparación con la amenaza del derecho colectivo que se pide conjurar. La acción afirmativa demanda recursos del destinatario; carga onerosa, que no todo comerciante está en capacidad de asumir, sin afectar sus derechos.

Con el ánimo de superar el conflicto entre derechos del comerciante y del grupo poblacional, esta Magistratura (Tratándose de la contratación de intérpretes y de guías intérpretes), con apoyo en los principios de razonabilidad y proporcionalidad<sup>21</sup>, ha ponderado la idoneidad, la necesidad y la proporción de la medida solicitada, en el entendido de que, el deber de apoyo de la sociedad para con las personas con limitaciones físicas, nunca podrá conllevar poner en riesgo sus propios derechos y, en consecuencia, dictaminó<sup>22</sup>:

... atendida la obligación de zanjar el problema jurídico, esta Sala (2023)<sup>23</sup>, 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 misma; 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]...

Criterio aplicable para este asunto, en razón a que la construcción de un baño accesible de las dimensiones y características dispuestas en las normas ICONTEC<sup>24</sup>, demanda un gasto importante para la “*microempresaria*” accionada, con apenas un activo de \$8.800.000 (Ib., pdf Nos.004 y 005), pues,

<sup>21</sup> CC. C-022 de 2020 y C-022 de 1996, entre otras.

<sup>22</sup> TSP, Sala Civil – Familia. SP-0145-2023 y muchas más.

<sup>23</sup> TSP, Sala Civil – Familia. SP-0023-2023, SP-0029-2023, SP-036-2023 y SP-0046-2023, entre otras.

<sup>24</sup> <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Programa%20Nacional%20del%20Servicio%20al%20Ciudadano/NTC6047.pdf>

cuando menos, implicaría contratar profesionales de la construcción para que, entre otras cosas, determine la viabilidad de la obra, sin afectar la estructura de la edificación.

Asimismo, también sería desproporcionado ordenar el traslado a un local que cuente con el servicio requerido, porque conllevaría atentar contra los derechos a la estabilidad y permanencia del comerciante. Tesis ampliamente sustentada por la CSJ (2021)<sup>25</sup> 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 evidencia la necesidad de salvaguardar sus derechos como comerciante frente al colectivo objeto de este amparo, pues hace veintidós (22) años se creó y ubicó en el inmueble (Ib., pdf Nos.004 y 005), tiempo que deja entrever, aunque de forma sumaria, su permanencia el mercado, en razón al reconocimiento, prestigio y clientela adquiridos.

Así las cosas, fue acertado que en primera instancia se desestimaran las pretensiones populares, habida cuenta de la falta de superación del juicio de razonabilidad necesario que justifique las medidas pedidas para el caso concreto.

## **7. LAS DECISIONES FINALES**

Se confirmará la sentencia apelada y, no obstante, la derrota de la alzada se abstendrá de condenar al accionante recurrente en las costas de esta instancia, por carecer de pruebas sobre su temeridad o mala fe (Art.38, ley 472).

---

<sup>25</sup> 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.

SP-0188-2023

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 06-07-2022 por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal.
2. NO CONDENAR en costas en esta instancia.
3. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**  
**MAGISTRADO**

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ C.**  
**MAGISTRADO**  
(Impedido)

**JAIME ALBERTO SARAZA N.**  
**MAGISTRADO**

DGH/ODCD/2023

LA PROVIDENCIA ANTERIOR  
SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA

28-09-2023

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: **d9e429669c8238c818016558252dd604302adb75a35e8cc61f736f3e99f0ef04**

Documento generado en 27/09/2023 10:10:52 AM

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