

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA - RISARALDA
SALA CIVIL – FAMILIA

Magistrado Sustanciador: Carlos Mauricio García Barajas

Pereira, diecisiete (17) de enero dos mil veintitrés (2023)

Radicación 66682310300120220036001 (329)
Asunto Acción popular – Apelación de sentencia.
Proviene Juzgado Civil Circuito de Santa Rosa de Cabal
Tema Baño accesible. Imposibilidad física. Derecho del comerciante a permanecer en un lugar acreditado.
Demandante Mario Alberto Restrepo Zapata
Demandado Mónica Osorio Ramírez, establecimiento Salud Droguería.

Acta No. 10 de 17/01/2023
Sentencia TSP. SP-003-2023

1-. Objeto de la providencia.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante contra la sentencia proferida el 08 de agosto de 2022 por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda¹.

2.- Antecedentes

¹ Archivo 42 primera instancia.

2.1.- Persigue el pretensor el amparo a los derechos e intereses colectivos consagrados en el literal “m” del artículo 4º de la Ley 472 de 1998 y se ordene a la accionada, construya en la sede ubicada en la carrera 14 No. 16-25 del municipio de Santa Rosa un baño apto (según normas Icontec) para que las personas en situación de discapacidad con movilidad reducida que se desplacen en silla de ruedas puedan hacer uso de él (f. digital 01, arch.02 de primera instancia).

2.2.- La parte accionada, notificada por correo electrónico de la admisión de la demanda (archivo 07 Ib.), se opuso a lo pretendido y excepcionó inaplicación de la ley por imposibilidad de dar cumplimiento a la misma (archivo 9 Ib.). Lo anterior básicamente porque por su espacio tan reducido es imposible acatar lo exigido, por lo que no puede verse como un acto de discriminación.

2.3.- Teniendo como soporte probatorio únicamente los documentos aportados por el extremo activo de la litis y los terceros intervinientes se profirió el fallo negando las pretensiones de la demanda (archivo 42 Ib.).

Señaló la funcionaria de primer grado que, si bien no se discute la necesidad de realizar acciones afirmativas en favor de la población en condición de discapacidad, entre ellas la accesibilidad a los servicios sanitarios, debe estudiarse en cada caso, además de los requisitos de procedencia de la acción popular (acción u omisión, daño u amenaza y relación de causalidad), si la carga que ello implica para el ciudadano en particular, en este caso el comerciante accionado, resulta desproporcionada o excesivamente gravosa.

Encontró demostrada la omisión a partir de la aceptación del hecho en la contestación de la demanda, pero concluyó la ausencia del daño porque, por *“los servicios que presta la accionada, no es necesaria una estancia prolongada de los clientes en el establecimiento de comercio, que amerite el servicio de baño”*².

Así mismo, precisó que al realizar un juicio de ponderación, que es menos estricto a cuando se trata de rampas de acceso porque la ausencia de baño no significa exclusión de los servicios que presta la accionada, esta cuenta con un *“activo vinculado de \$35.500.000, por lo que el despacho estima desproporcional imponerle una carga que haría muy gravosa la condición del comerciante en comparación con el grado de afectación del derecho colectivo invocado”*. En suma, la adecuación pretendida es más gravosa para el comerciante mientras que la afectación del derecho colectivo es menor en la medida en que la persona en condición de discapacidad sí puede acceder a los servicios que presta la entidad, pese a que no se cuente con el servicio sanitario accesible.

2.4.- Inconforme con la decisión, el accionante oportunamente presentó recurso de apelación (archivo 43, Ib.) cuyos reparos se centran en que la decisión de primer grado desconoció la Ley 361 de 1997 y su decreto reglamentario, así como el test de proporcionalidad previsto en la sentencia C-144 de 2015, criticando la decisión de ser una postura personal que pierde de vista que el juez solo está para aplicar la ley.

² Archivo 42 pág. 06 cuaderno 1 instancia

Los reparos concretos se tuvieron como sustentación de alzada, acogiendo el criterio que promulgó en sede de tutela la Corte Suprema de Justicia alrededor del artículo 14 del Decreto 806 de 2020³. Los no recurrentes guardaron silencio.

2.5- En segunda instancia se admitió el recurso de apelación y posteriormente se decretó prueba de oficio. Esta obra en el archivo 13 del cuaderno de segunda instancia, y en auto de octubre 25 de 2022 se agotó su contradicción.

3. Consideraciones

3.1. 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 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.

Como persona natural propietaria del establecimiento de comercio que motiva la queja popular (archivos 03 y 06 primera instancia), la señora Mónica Osorio Ramírez es la llamada a soportar la acción en el contexto formal del presupuesto, al habersele enrostrado la

³ Cfr. STC 5497, STC 5499, STC 5330, STC 5826 de 2021, entre otras.

vulneración de los derechos colectivos cuya protección se pretende como prestadora de un servicio público en el lugar descrito en la demanda.

3.2 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 públicos, la 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 taxativo⁴.

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.

3.3 De cara a lo planteado por el recurrente, reitera esta Sala lo señalado en sentencia SP-0015-2021 en el sentido que esta

⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C- 215 de 1999.

Corporación no desconoce el sistema de reglas y principios contenido 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 1979⁵, Resolución No. 14861 de 1985⁶, Ley 361 de 1997⁷, Decreto 1538 de 2005⁸, Ley 1346 de 2009 en la 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*”⁹. (En negrilla fuera del texto legal).

La Ley 1618 citada 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*

⁵ Por la cual se dictan Medidas Sanitarias

⁶ 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

⁷ Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones

⁸ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 361 de 1997

⁹ Art. 1º.

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”¹⁰.

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 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.

3.4.- 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

¹⁰ Art. 2º de la convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, aprobada en Ley 1346 de 2009.

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).

4.- De lo reparos.

4.1.- El recurrente ataca la sentencia emitida por la funcionaria de primer grado por el desconocimiento del artículo 47 Ley 361 de 1997 y el artículo 9 del decreto 1538 de 2005, y apartarse de su papel de aplicar la ley, en lugar de justificar su incumplimiento.

Sin embargo, olvida el accionante, como en reciente ocasión lo recordó esta instancia, que 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”* (T.S.P. Sentencia SP-0174-2022).

Precisamente a esas herramientas para balancear o ponderar los extremos en conflicto, desarrolladas a modo de test judiciales como el de proporcionalidad, el de igualdad o el de ponderación concreta, fue que acudió la primera instancia para resolver la controversia, luego resulta contradictorio criticar el fallo por no limitarse a aplicar la ley, para luego enjuiciarlo por no haber acudido en debida forma al test de proporcionalidad.

4.2.- Confirma que no se equivocó la primera instancia en su análisis la prueba recaudada en esta sede. Ella tuvo por objeto determinar la posibilidad de adecuar un baño en las instalaciones del establecimiento accionado para el acceso de personas en situación de discapacidad con los estándares establecidos en la norma técnica, y el informe presentado por el subsecretario de ordenamiento territorial y desarrollo urbano de Santa Rosa de Cabal expuso la imposibilidad fáctica de instalar *“un baño público para personas en situación de discapacidad, ya que el establecimiento no cuenta con las dimensiones mínimas para la adecuación de dicha instalación”*¹¹.

De lo anterior, se desprende que en el fallo apelado no se desconoció la normativa que invoca el recurrente, por el contrario, lo cierto es que las actuales condiciones fácticas del inmueble donde se ubica el establecimiento objeto de esta acción hacen imposible la instalación del baño para las personas en situación de discapacidad y con ello se desprende que, de acuerdo con las características del inmueble, resulta inviable exigir una modificación o ampliación de la edificación.

De lo aquí probado, es preciso detenerse en el *“principio general del derecho según el cual nadie está obligado a lo imposible”*¹² en la medida en que si la construcción no permite la construcción de una batería sanitaria para personas en situación de discapacidad acorde con los lineamientos trazados por la ley, con ocasión al tamaño del local, resulta que no le es exigible aplicar la reglamentación que cita

¹¹ Archivo 13 cuaderno 2 instancia

¹² Corte Constitucional, sentencia T-062 de 2011

el recurrente.

4.3.- En cuanto al “test de proporcionalidad” que pidió aplicar, si lo consideró el apelante plausible para el éxito de la pretensión impugnativa, debió desarrollarlo para dejar en evidencia el yerro que enrostra a la decisión de primera instancia. Recuérdese que, si bien la acción popular tiene rango constitucional, y se caracteriza por la aplicación del principio de congruencia flexible¹³, el actor tiene las cargas probatorias y de sustentación propias de la codificación adjetiva civil (art. 30 y 37 de la Ley 472 de 1998).

Con todo, y como ya antes se señaló, en el caso concreto quedó demostrado que en las instalaciones físicas del establecimiento accionado el servicio de baño no se presta al público en general, pues recuérdese el informe presentado por el subsecretario de ordenamiento territorial y desarrollo urbano de Santa Rosa de Cabal cuando señala “*el baño allí habilitado no es de uso público, según el encargado del establecimiento*”¹⁴. Luego, una condena en el sentido reclamado no tendría como propósito el procurar el logro de la igualdad real y efectiva entre las personas con discapacidad y las demás personas y ciudadanos, en directa aplicación del artículo 13 constitucional.

Además, la accesibilidad a los servicios que sí ofrece la entidad demandada en ese lugar (comercio al por menor de productos farmacéuticos) no fue puesta en duda en este debate, ni dificultades de acceso a sus instalaciones físicas, y ello tampoco se desmejora

¹³ Expuesto, entre otras, en la sentencia SP-0008-2021 de esta Corporación, de 3 de agosto de 2021, radicado 66170310300120180018702.

¹⁴ Archivo 13 pág. 2 ibid.

por la ausencia de una batería sanitaria en el sitio¹⁵.

En esas condiciones, el test de proporcionalidad que reclama el recurrente aparece planteado como fundamento básico de la decisión censurada y al no generarse un contexto de adecuada proporcionalidad era obligado concluir, como se hizo en la instancia anterior, el carácter desproporcionado de lo pretendido, lo que mueve a confirmar la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda.

5. Finalmente, del certificado expedido por la Cámara de Comercio¹⁶ se verifica que el establecimiento de comercio “SALUD DROGUERIA”, fue matriculado el 20 de enero de 1989, con una actividad económica de comercio al por menor de productos farmacéuticos, con unos activos vinculados de \$35.500.000.00, sin que se evidencien cambios de dirección, por lo que ha tenido una duración en el mercado de más de 13 años, tiempo durante el cual lógicamente ha atraído clientela y recaudado prestigio, de lo cual deviene su derecho a la estabilidad y la permanencia en dicho lugar.

En ese sentido, esta Corporación en Sentencia SP-0174-2022 ya citada señaló, con apoyó en sentencia de la Corte Suprema de Justicia que allí se citó:

“La legislación protege el derecho del empresario a la estabilidad del negocio y la permanencia del establecimiento de comercio, como bien económico, pero también, de los valores intrínsecos,

¹⁵ “7. Así entonces, se tiene que el ingreso del grupo poblacional en situación de discapacidad motriz, como del público en habitual a las instalaciones del banco es indispensable para materializar su acceso al portafolio de la banca como servicio público; no así, lo es el servicio sanitario que reclama el actor popular, como quiera que, sin lugar a dudas la ausencia de baterías sanitarias no constituye una discriminación injustificada e incompatible con el principio constitucional a la igualdad que pregonan el artículo 13 de la Constitución Política, circunstancias todas estas que im piden que los argumentos planteados en la alzada encuentren eco en esta decisión.” Tribunal Superior de Pereira. Sentencia de 21 de noviembre de 2013, radicado 66682-31-03-001-2013-00050-01.

¹⁶ Archivo 006 cuaderno 1 instancia

humanos y sociales, que igualmente lo constituyen, como salvaguardia de la propiedad comercial, conformada, entre otros intangibles, por la clientela y la fama acumuladas en el lugar donde desde antaño se cumple la actividad mercantil”

Luego, tampoco resultaría viable ordenar el traslado del establecimiento de comercio a un lugar diferente, como se pretende en la apelación.

6.- No se condenará en costas de la instancia al recurrente, pues no se evidencia en su actuar temeridad o mala fe (Art. 38 Ley 472 de 1998).

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: Confirmar la decisión adoptada por el Juzgado Civil Circuito de Santa Rosa de Cabal el 08 de agosto de 2022, según lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

Segundo: Sin condenas en costas.

Tercero: Devuélvase el asunto a su lugar de origen.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

CARLOS MAURICIO GARCIA BARAJAS

DUBERNEY GRISALES HERRERA

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

LA PROVIDENCIA ANTERIOR
SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA
18-01-2023

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

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

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: **213eda74b473088680ec4d5c11497d95f0e0a950762b61610554fbb8fd9df997**
Documento generado en 17/01/2023 09:35:43 AM

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