



TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA CIVIL - FAMILIA

SP-0106-2024

ASUNTO : SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO
TIPO DE PROCESO : ACCIÓN POPULAR
DEMANDANTES : MARIO RESTREPO
DEMANDADOS : ALEXANDER SUAREZ JOYA PROPIETARIO DEL ESTABLECIMIENTO
OUTLET DEL MUNDO DE LAS BLUSAS
PROCEDENCIA : JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE PEREIRA, R.
RADICACIÓN : 66001-31-03-001-**2022-00120-01 (2969)**
TEMAS : BAÑO ACCESIBLE. – RAZONABILIDAD
MAG. SUSTANCIADOR : CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS
APROBADA EN SESIÓN : 239 DE 09-05-2024

NUEVE (09) DE MAYO DE DOS MIL VEINTICUATRO (2024).

Objeto de la providencia.

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por el actor contra la sentencia proferida el **25-04-2023** en la acción popular de la referencia.

Antecedentes

1- Persigue el actor la salvaguarda a los derechos e intereses colectivos consagrado en el literal “j” del artículo 4º de la Ley 472 de 1998 y en consecuencia, solicita que el accionado, construya en el establecimiento de su propiedad ubicado en la Carrera 7 No. 16 - 16 de Pereira, un baño apto (según normas Técnicas) para que las personas en situación de discapacidad con

movilidad reducida que se desplacen en silla de ruedas puedan hacer uso de él¹.

Se fundó el pedido en la inexistencia del baño que reclama, en el sitio indicado.

2- La entidad accionada se opuso a las pretensiones, ya que no se evidencia la vulneración de los derechos colectivos y propuso seis excepciones², que solo sustentó en la inexistencia de vulneración de derechos colectivos, y la naturaleza corta y transitoria de los servicios que presta de donde se desprende que los clientes no necesitan hacer uso de instalaciones sanitarias.³

Se reconoció a Cotty Morales Caamaño como coadyuvante⁴.

3- Agotadas las etapas de rigor se profirió la sentencia de primer grado, la cual negó las pretensiones de la acción popular con fundamento en que se trata de un establecimiento de comercio *“de propiedad de una persona natural que ejerce una actividad comercial y que si bien tiene un establecimiento abierto al público, no presta servicios públicos; también como lo señala el propietario del establecimiento por seguridad no es pertinente la autorización de ingreso al baño, no obstante, lo permiten cuando alguno de sus clientes necesariamente lo solicita y son personas ancianas, mujeres en embarazo o niños, de otro lado, especialmente por su objeto comercial es un pequeño establecimiento donde los individuos cualquiera sea su condición, no están obligadas a ingresar o a permanecer excesivo tiempo en el local; por lo tanto, no se observa que se pueda ocasionar vulneración alguna a las personas con discapacidad”*.

Seguidamente, en la citada providencia, no se condenó en costas⁵.

¹ Archivo 03 primera instancia.

² (i) Carencia de objeto o sustracción de materia; (ii) Imposibilidad de instalación de baterías sanitarias al interior del establecimiento demandado por afectación al derecho fundamental a la vida y al derecho colectivo a la seguridad pública; (iii) Improcedencia de la acción popular por falta de requisitos; (iv) Ausencia de vulneración de derechos e intereses colectivos; (v) Imposibilidad de presumir la afectación de un derecho colectivo a partir del incumplimiento de normas, y (vi) Inexistencia de los supuestos sustanciales para la procedencia de la acción popular

³ Archivo 16 Ibid.

⁴ Archivo 18 Ibid.

⁵ Archivo 29 Ibid.

Recurso de apelación

Los reparos concretos formulados por el accionante se sintetizan en que (i) se aplique de manera clara el test de proporcionalidad que se invoca en la sentencia porque desconoce el servicio del uso de baño para la población que se desplaza en silla de ruedas; (ii) es carga del accionado probar la falta de vulneración de los derechos colectivos pues su demanda contiene una negación indefinida.⁶

En esta instancia no hubo sustentación adicional a la contenida en el escrito de reparos concretos de primera instancia. Se ordenó de oficio el recaudo de una prueba (informe oficina Dirección de Control Físico), obrante en archivos 25 y 26 cuaderno segunda instancia.

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 funcional del juzgado de primera instancia.

2.- Sobre la legitimación en la causa activa no existe controversia. La Sala se remite a la consideración que al respecto expuso la juez de primera instancia en el punto 6.1.4. Legitimación en la causa.

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 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

⁶ Archivo 30 primera instancia.

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 Ib., 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 en el recurso, no desconoce esta Corporación 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 1979, Resolución No. 14861 de 1985 de MINSALUD, Ley 376 de 1997, donde se establecen mecanismos de integración social de las personas en esa situación, Decreto 1538 de 2005, 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*”⁸. (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

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

⁸ Art. 1º.

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”⁹.

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.

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.

5.- 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

⁹ Art. 2º de la convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, aprobada en Ley 1346 de 2009.

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).

Bajo el anterior contexto normativo procede la instancia a pronunciarse sobre los argumentos de alzada que arriba fueron sintetizados.

6.- Los reparos.

En cuanto al “test de proporcionalidad” que el recurrente 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 flexible¹⁰, 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).

Por otro lado, esta Colegiatura acoge los argumentos expuestos en primera

¹⁰ Expuesto, entre otras, en la sentencia SP-0008-2021 de esta Corporación, de 3 de agosto de 2021, radicado 66170310300120180018702.

instancia para negar las pretensiones de la demanda, en la medida en que en anteriores oportunidades esta Sala ha acogido la tesis de proporcionalidad en acciones populares como esta, en la que entran en conflicto los intereses del comerciante con la población que esta acción popular invoca (SP-002-2023 y SP-003-2023).

En el presente asunto, en el interrogatorio de parte rendido por el propietario del establecimiento se indicó que tienen baño para el uso de los empleados. Así mismo afirmó, que el uso del baño no se brinda al público en general por razones de seguridad, porque la unidad sanitaria se ubica en la parte trasera de la empresa y para llegar allí, hay que pasar por la bodega. Agregó que, excepcionalmente, se autoriza su servicio a (i) las personas mayores, (ii) las mujeres embarazadas, (iii) a los niños. Luego, indica, que si una persona solicita el uso del baño se le presta siempre y cuando vayan con una persona que los acompañe y los espere. Así mismo, informa que para acceder al baño, se requiere pasar por unas escaleras al interior del establecimiento, circunstancia que dificulta el ingreso de las personas que se desplazan en sillas de ruedas (Archivo 24 minuto 14:11 a 21:00).

En el informe rendido por la Dirección de Control Físico según visita realizada el 29-02-2024 en acatamiento a prueba de oficio decretada por esta instancia se indica:

“En la parte posterior del almacén se observa bodega con un área-3 de 40m² (5.0m x 8.0m). Ahora bien, en respuesta a lo solicitado en su petición, se informa que en la inspección se observó baño sin ducha de aproximadamente de 1.0m x 1.50m en la parte posterior de la bodega del almacén, por lo cual es de uso privado y no brinda el servicio de baño al público.

Así mismo no existe baño público apto para personas con movilidad reducida en sillas de ruedas.” (Archivo 26 cuaderno 2 instancia)

Igualmente, de la fotografía aportada por la accionada (archivo 25 cuaderno 1 instancia) se verifica que el baño no cuenta con publicidad que asegure su prestación al público.

Conforme a lo anterior se puede concluir que, en el caso concreto quedó demostrado que en las instalaciones físicas del establecimiento de comercio de propiedad del accionado el servicio de baño no se presta al público en general, por razones de seguridad (se ubica en un lugar donde solo se tiene acceso por las personas que laboran allí), y sólo en casos excepciones se autoriza el mismo, siempre y cuando adoptando las medidas que garanticen la seguridad del establecimiento.

Por otra parte, para el análisis de este tema, otra Sala de esta Corporación ha acudido a otros criterios que deben tenerse en cuenta para resolver lo reclamado en la demanda, como por ejemplo: (i) la posibilidad de que el servicio de baño se pueda ofrecer en sitios cercanos al establecimiento donde no se brinde este servicio al público; (ii) el tamaño de la empresa, y (iii) evitar que la orden se convierta en gravamen excesivo o desproporcionado para el accionado.

Al respecto, se tiene la sentencia SP-188-2023, que claramente señala:

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)¹¹, 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 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 proporcionalidad¹², 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, dictaminó¹³:

... atendida la obligación de zanjar el problema jurídico, esta Sala (2023)¹⁴, 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

¹¹ TSP, Sala Civil – Familia. SP-0141-2023 y SP-0006-2023.

¹² CC. C-022 de 2020 y C-022 de 1996, entre otras.

¹³ TSP, Sala Civil – Familia. SP-0145-2023 y muchas más.

¹⁴ TSP, Sala Civil – Familia. SP-0023-2023, SP-0029-2023, SP-036-2023 y SP-0046-2023, entre otras.

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 ICONTEC¹⁵, demanda un gasto importante para la “**microempresaria**” accionada, con apenas un activo de \$8.800.000 (Ib., pdf Nos.004 y 005), pues, 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)¹⁶ 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.

Así mismo, estos criterios han sido reiterados en Sala distinta, en la Sentencia SP-228-2023, que igualmente cita, la providencia enunciada con antelación, así:

Pues bien. En este caso, como en aquel, ante el silencio del demandado se tiene por establecida la carencia de baterías sanitarias aptas para la población que debe desplazarse en silla de ruedas en el establecimiento de comercio señalado; sin embargo, el acceso está vedado a todas las personas, no solo a quienes se desplacen en silla de ruedas; el establecimiento está ubicado en lugar céntrico de Santa Rosa de Cabal, lo que permite a estas personas acudir a otros establecimientos que cuenten con el servicio; se trata de una microempresa, según señala el certificado allegado¹⁷, con lo que imponerle la obligación de instalar aquellas baterías se advierte desproporcionado frente a la amenaza que aquí se aduce; y, finalmente, está instalada en el comercio desde hace más de quince años, con lo que aceptar, como quiere el accionante, que se le imponga cambiar de ubicación, sería desconocer sus derechos como comerciante.

En línea con estos derroteros que acoge esta Sala, se verifica que de acuerdo a las fotografías aportadas en el informe rendido por la Dirección de Control Físico según visita realizada el 29-02-2024 (Archivo 26 pág. 2 ibid.) el establecimiento de comercio de propiedad del demandado se ubica en una zona comercial de la ciudad de Pereira, que le da la posibilidad a la población que se desplaza en silla de ruedas de solicitar el servicio de baño, en otros establecimientos cercanos al lugar.

¹⁵ <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Programa%20Nacional%20odel%20Servicio%20al%20Ciudadano/NTC6047.pdf>

¹⁶ 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.

Por otra parte, al consultar el certificado de matrícula mercantil del demandado Alexander Suarez Joya (propietario del establecimiento Oulet del mundo de las blusas¹⁷), se verifica que el tamaño de la empresa es **Microempresa** criterio objetivo adoptado por esta Corporación para determinar la falta de capacidad económica de las personas naturales o jurídicas para soportar las obligaciones previstas en la normativa.

De lo expuesto, concluye la Sala que al aplicar el criterio de proporcionalidad no resultaba posible acceder a las pretensiones de la demanda, porque si se parte de la inexistencia del servicio de baño para el público en general, que el establecimiento de comercio está ubicado en zona céntrica de Pereira luego el usuario puede acceder a ese servicio en otro lugar; el tamaño de la empresa - microempresa -, y, además, que no se demostró que las personas que acuden al sitio permanezcan grande periodos de tiempo (actividad: venta de ropa al por menor), no resulta razonable exigir una adecuación como la planteada en la demanda. Por ello hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia, a pesar del fracaso del recurso, pues no se advierte temeridad o mala fe en el accionante (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 sentencia apelada, de fecha y procedencia ya señaladas.

Segundo: Sin costas en ninguna de las instancias, por lo anotado.

Tercero: Devuélvase el asunto a su lugar de origen.

¹⁷ Consultar cuaderno de 2 instancia, archivo 33 .

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

CARLOS MAURICIO GARCIA BARAJAS

DUBERNEY GRISALES HERRERA

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

Con impedimento

LA PROVIDENCIA ANTERIOR
SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA

10-05-2024

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

Código de verificación: **38c3fb3bf1a720b4bcd274e9ba8fcb0696dedf2cd37e8295fc61e4005941d83a**

Documento generado en 09/05/2024 01:35:09 PM

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