

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA - RISARALDA
SALA CIVIL – FAMILIA**

Sentencia SP-0043-2024

Radicación	66001-31-03-001-2022-00123-01 (2076)
Asunto	Acción popular – Apelación de sentencia
Proviene	Juzgado 1 Civil del Circuito de Pereira
Demandante	Mario Restrepo
Coadyuvante	Cotty Morales Caamaño
Demandada	Eliécer Gustavo Serna Zuluaga propietario del establecimiento El Rincón del Bolso y Las Maletas
Tema	Batería sanitaria accesible;
Mag. Ponente	Carlos Mauricio García Barajas
Acta Nro.	No. 112 del 12/03/ 2024

Pereira, doce (12) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Objeto de la providencia.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor popular contra la sentencia proferida el 08-05-2023 en el asunto referido.

Antecedentes

1-. Persigue el actor la salvaguarda del derecho colectivo a la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos, respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, que estima vulnerado porque la entidad accionada, no cuenta con unidad sanitaria pública, apta para ciudadanos que se desplacen en silla de ruedas cumpliendo normas ntc y normas Icontec.

En consecuencia, solicita se ordene al accionado la construcción de una unidad sanitaria pública, en los términos señalados, en la sede donde funciona su establecimiento (carrera 8 # 16-19 de Pereira). Además, se condene en costas.

2-. La parte accionada, notificada en forma persona (archivo 16 cuaderno 1 instancia), guardó silencio (archivo 18 ibid.)

Cotty Morales Caamaño fue reconocida como coadyuvante (archivo 23 ibid.)

3-. Agotadas las etapas procesales de rigor (pacto de cumplimiento, pruebas y alegatos de conclusión), se profirió la sentencia de primer grado (archivo 30 cuaderno 1 instancia) por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

Descansó tal conclusión en dos premisas: La primera, *“Por su objetivo comercial también se puede determinar que es un establecimiento de comercio donde las personas cualquiera sea su condición, no están obligadas a ingresar o a permanecer excesivo tiempo”*. La segunda por, *“las circunstancias económicas por las cuales es conocido han atravesado todas las personas a raíz de la declaración de la pandemia generada por el Sars-Cov-Covid-2019, no es posible someterlos a una posible mejora o adecuación que obviamente genera un gasto aumentado el detrimento económico”*. Finalmente, concluye que *“no existiría proporcionalidad entre lo pedido y las órdenes a imponer a esta persona natural comerciante; ni se observa que se pueda ocasionar vulneración alguna a las personas con discapacidad”*. Según los datos de Cámara de Comercio, el demandado cuenta con un patrimonio neto de \$1.754.000; para el 2021 reportó cero ingresos por la actividad económica.

Recurso de apelación

Los reparos del accionado se sintetizan así: (i) la sentencia apelada desconoce la Ley 361 de 1997 y su decreto reglamentario, y que la parte demandada no contestó la demanda, luego debió tenerse como allanada; (ii) En la sentencia no se aplicó el test de proporcionalidad y razonabilidad. (Archivo 33 ibid.)

En esta instancia no hubo sustentación adicional a la contenida en el escrito de reparos concretos de primera 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.

Sobre la legitimación en la causa activa y pasiva no existe controversia. La Sala se remite a la consideración que al respecto expuso la juez de primera instancia, bajo el subtítulo “6.1.4 Legitimación en la causa”.

2.- El problema jurídico conforme a los reparos planteados por el recurrente, y la prueba recaudada en esta instancia, se formula de la siguiente manera: ¿resulta razonable imponer a la persona accionada la obligación de accesibilidad establecida en la Ley 361 de 1997, en concreto para servicios sanitarios, cuando se evidencia la imposibilidad física en atención a la forma y tamaño actual de sus instalaciones?

Para la Sala, NO resulta razonable imponer a la persona accionada la

obligación de accesibilidad establecida en la Ley 361 de 1997, en concreto para servicios sanitarios, pues aun cuando la prueba recaudada informa que cuenta con servicio de sanitario al público, lo cierto es que las imágenes indican que no cuenta con el espacio suficiente para hacer las adecuaciones requeridas para dar cumplimiento a la norma técnica sobre baterías sanitarias accesibles. Por la anterior razón, se considera justificada la inaplicación realizada de la ley citada por el actor y, en consecuencia, se confirmará la sentencia apelada.

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 enumera un listado de derechos de esa categoría, despliegue que no es taxativo¹.

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.

¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C- 215 de 1999.

4.- De cara a lo planteado por el recurrente, reitera esta Sala lo señalado en sentencia SP-0015-2021 en el sentido que esta Corporación reconoce 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 1979², Resolución No. 14861 de 1985³, Ley 361 de 1997⁴, Decreto 1538 de 2005⁵, 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”⁶. (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

² Por la cual se dictan Medidas Sanitarias

³ 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

⁴ Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones

⁵ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 361 de 1997

⁶ 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”⁷.

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.

5.- 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

⁷ Art. 2º de la convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, aprobada en Ley 1346 de 2009.

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).

6.- Caso concreto

Como antes se anunció, la sentencia será confirmada porque, de un lado el funcionario judicial está autorizada para realizar un juicio de razonabilidad como el que se desarrolló en primera instancia, del cual se

concluyó que resultaba desproporcionado imponerle una carga que haría muy gravosa la condición del comerciante en comparación con el grado de afectación del derecho colectivo invocado. Pero, más allá de lo anterior, la prueba recaudada, especialmente en segunda instancia, permite confirmar la imposibilidad física de adecuar el baño existente a lo reclamando en la demanda.

En efecto, en segunda instancia se ordenó oficiar a la Dirección de Control Físico de la Secretaría de Gobierno del municipio de Pereira, para que realizara visita técnica al establecimiento de comercio objeto de esta acción, a fin de que certificara si en dicha dependencia existía baño público apto para ciudadanos que se movilizan en silla de ruedas; en caso negativo, realizar medición del local donde funciona, como del eventual baño que exista, y a partir de allí, señalar si era posible la adecuación de un baño para personas en situación de discapacidad (archivo 007 cuaderno 2 instancia). La prueba obra en los archivos 16 y 17 de esta instancia.

El informe indicó que en el lugar se encontró una unidad sanitaria abierta al público, pero ella no es apta para ciudadanos que se movilizan en sillas de ruedas y precisó:

“Durante la inspección ocular en El Rincón del Bolso y Las Maletas. El establecimiento cuenta con unidad sanitaria abierta al público, la unidad sanitaria para acceso al baño cuenta con un vano de puerta de ancho de 0,65 m el cual no ofrece una accesibilidad adecuada, cuenta con una puerta batiente de una apertura de 90°. Las dimensiones libres del espacio de la unidad sanitaria son de 1,90 m de largo x1,30 m de ancho, el asiento del inodoro se encuentra a una altura de 0,39 m incumpliendo lo establecido en la norma ya que es el asiento de los inodoros debe estar colocado a una altura comprendida entre 0,43 m y 0,50 m respecto al nivel de piso terminado, no cuenta con dispensador de papel, no cuenta con barras de apoyo para longitudes mayores o iguales a 0,75 m como lo establece la norma y su unidad de lavabo se encuentra a una altura de 0,81 m.

Por lo que la unidad sanitaria que se encuentra dentro del establecimiento no cumple con lo establecido en la norma NTC 5017.

No se evidencia señalización orientadora, ni símbolos gráficos de movilidad reducida como lo establece la NTC 4139 y NTC 4144.

Se incluyeron algunas fotos del local y el servicio.

El informe no indicó, tal y como se solicitó, si era posible la adecuación de un baño para personas en situación de discapacidad, atendiendo las medidas del lugar. Sin embargo, de las fotos aportadas por la autoridad municipal es viable concluir que el local queda ubicado al parecer en un nivel inferior, al cual se accede por unas escaleras estáticas. No se evidencia en las fotos la existencia de alguna estructura que facilite el acceso de una persona en silla de ruedas, pero ese no sería aspecto a analizar en este momento pues, no obstante la congruencia flexible que caracteriza la acción popular, se desbordaría el marco fáctico descrito en la demanda, en desmedro del derecho de defensa y de contradicción de la parte demandada. En las imágenes se evidencia que el espacio donde está ubicado el baño, ancho de puerta y espacio libre, son pequeños, de donde se infiere la imposibilidad física para adecuar las instalaciones como lo requiere al actor popular.

De lo aquí probado, es preciso detenerse en el “*principio general del derecho según el cual nadie está obligado a lo imposible*”⁸ 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 el recurrente. En similar sentido se ha expresado esta Corporación, entre otros en las sentencias TSP. SP-002-2023 y SP-003-2023.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-062 de 2011

Además, debe destacarse que conforme a la dirección de ubicación, el establecimiento de comercio se localiza en una zona céntrica de la ciudad de Pereira, luego el usuario puede acceder a otros sitios donde faciliten el servicio sanitario (TSP. Sentencias SP-0228-2023 y SP-0242-2023). Además, conforme al certificado de matrícula mercantil del propietario accionado (archivo 006 cuaderno 2 instancia) se tiene como actividad económica:

DESCRIPCIÓN DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA: COMERCIO AL POR MENOR EN ESTABLECIMIENTOS NO ESPECIALIZADOS, CON SURTIDO COMPUESTO PRINCIPALMENTE POR PRODUCTOS DIFERENTES DE ALIMENTOS VÍVERES EN GENERAL, BEBIDAS ALCOHÓLICAS Y NO ALCOHÓLICAS Y TABACO

ACTIVIDAD PRINCIPAL: G4719 - COMERCIO AL POR MENOR EN ESTABLECIMIENTOS NO ESPECIALIZADOS, CON SURTIDO COMPUESTO PRINCIPALMENTE POR PRODUCTOS DIFERENTES DE ALIMENTOS (VÍVERES EN GENERAL), BEBIDAS (ALCOHÓLICAS Y NO ALCOHÓLICAS) Y TABACO.

Se trata de venta de bolsos y maletas, según puede verse en las fotos aportadas luego, como se dedujo en primera instancia, no se estima que sea mayor el tiempo que el usuario deba permanecer en las instalaciones.

7.- Corolario de todo lo expuesto, se procederá a confirmar la sentencia apelada, sin que a ello se oponga que el demandado no haya contestado la demanda. La consecuencia procesal de esa omisión no es tenerlo por allanado a las pretensiones de la demanda, como lo sostiene el recurrente, pues este acto de parte debe ser expreso (Art. 98 CGP), no inferido. Ya en múltiples ocasiones⁹ se ha indicado que la consecuencia es tener por ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en

⁹ Entre otras: TSP, sentencias SP-0032-2022, SP-0054-2022, SP-0204-2023, SP-0214-2023, SP-0215-2023, SP-0020-2024, SP-0024-2024.

la demanda (Art. 97 Ibid.), pero, como toda confesión, ella es susceptible de ser infirmada (Art. 197 Ibid.).

No se condenará en costas a la parte actora, pues no se evidencia temeridad o mala actuar en su recurso (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

1º. Confirmar la sentencia apelada, de fecha y procedencia ya señaladas.

2º. Sin costas en esta instancia.

3º. Devuélvase el asunto a su lugar de origen.

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
13-03-2024
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

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: **961fbefaf899f8a9190be7d7b654859969f1cf45ba622c44fd9dbcca25d2998f**
Documento generado en 12/03/2024 09:54:44 AM

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