



TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA CIVIL - FAMILIA

SP-0070-2024

ASUNTO	SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO - ACCIÓN POPULAR
ACCIONANTE	MARIO A. RESTREPO Z.
ACCIONADA	JUAN C. USMA A. – DUEÑO “DROGUERÍA CIUDAD JARDÍN”
VINCULADOS	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
PROCEDENCIA	JUZGADO 2º CIVIL DEL CIRCUITO DE PEREIRA
RADICACIÓN	66001-31-03-002-2022-00186-01 (2412)
TEMAS	SERVICIOS AL PÚBLICO - ACCIÓN AFIRMATIVA – RAZONABILIDAD
MAG. SUSTANCIADOR	DUBERNEY GRISALES HERRERA
APROBADA EN SESIÓN	184 DE 19-04-2024

DIECINUEVE (19) DE ABRIL DE DOS MIL VEINTICUATRO (2024).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

El recurso vertical propuesto por la parte actora contra la sentencia emitida el día 17-07-2023 (Recibido de reparto el día 11-09-2023).

2. LA SÍNTESIS DE LA DEMANDA

2.1. LOS HECHOS RELEVANTES. El accionado carece de baño público idóneo para personas en silla de ruedas, en su establecimiento comercial de la calle 17 No.25-50 de Pereira (Cuaderno No.1, pdf No.003).

2.2. LAS PRETENSIONES. (i) Ordenar construir baño accesible, con normas técnicas; y, (ii) Condenar en costas procesales (Sic) (Cuaderno No.1, pdf No.003).

3. LA DEFENSA DE LA PARTE PASIVA

JUAN CARLOS USMA A. ACCIONADO. Manifestó que su establecimiento no se encuentra abierto al público; hay restricciones y exigencias legales para su funcionamiento, entre ellas, el deber de conservar los medicamentos; la unidad sanitaria con la que debe contar es exclusiva para empleados y debe estar ubicada en área restringida [D.2200/2005, Resolución 1403/2007, D.780/2016 y Ley 9ª]; y, es carga del Estado promover la instalación de baños en lugares públicos. Se opuso a las pretensiones y pidió declarar improcedente la demanda (Cuaderno No.1, pdf No.015).

4. EL RESUMEN DE LA DECISIÓN APELADA

En la parte resolutive se: (i) Negó el amparo; y, (ii) Denegó la condena en costas. Explicó que la acción afirmativa requerida es una carga desproporcionada que no puede asumir el microempresario accionado, carece del capital suficiente (Ibidem, pdf No.043).

5. LA SÍNTESIS DE LA ALZADA

MARIO A. RESTREPO Z. ACCIONANTE. (i) El funcionario no puede asumir la defensa del accionado; (ii) Debe invertirse la carga probatoria; (iii) No hay prueba técnica sobre el costo para construir la unidad sanitaria; y, (iv) Es obligatorio cumplir la Ley 361 y eliminar la discriminación (Ibidem, pdf No.045).

LA SUSTENTACIÓN. El recurrente no presentó argumentos adicionales en esta sede, al recurrir fundamentó su discrepancia como se acaba de reseñar.

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 oficioso¹, por manera que es tema excluido de la congruencia del fallo y la pretensión impugnaticia. Criterio ratificado recientemente (2023)² por la CSJ. Diferente es el análisis de prosperidad de la súplica.

En orden metodológico se define primero el tipo de pretensión postulada en ejercicio del derecho de acción, luego se constata quiénes están habilitados por el ordenamiento jurídico para elevar tal pedimento y quiénes están autorizados para resistirlo, es decir, esclarecida la súplica se determina la legitimación sustancial de los extremos procesales.

En este evento, sin duda, se satisface 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 razonamiento³. También la Sala Civil de la CSJ⁴ en sede de tutela y el CE (Criterios auxiliares), incluso, rotulado legitimación “*universal*”⁵, “*general*”⁶ o “*por sustitución*”⁷.

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, SC-592-2022 (v) TS. Pereira, Sala Civil – Familia. Sentencia del 29-03-2017; MP: Grisales H., No.2012-00101-01.

² CSJ, Civil. SC -119-2023.

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

⁴ CSJ, Sala Civil. STC14393-2015, entre otras.

⁵ 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).

⁶ CE, Sección Primera. Sentencia del 04-09-2003; CP: María N. Hernández P., expediente No.25000-23-26-000-2000-0112-01(AP).

⁷ 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*”.

Y, por pasiva el accionado porque se le imputa una omisión en la prestación de servicios 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] y ejercer una actividad clasificada como servicio público⁸⁻⁹ [Art.3º, D.2200/2005 y Resolución 1403/2007].

Discrepa la Sala del juicio de primera sede, como quiera que la capacidad económica fundada en la calidad de microempresario, *es prerrogativa exclusiva de los particulares que no prestan servicios públicos*, según el criterio jurisprudencial que es precedente horizontal pacífico y reiterado de esta Corporación¹⁰. Impreciso desestimar las súplicas por aparente incumplimiento del aspecto subjetivo del pedimento.

6.4. EL PROBLEMA JURÍDICO. ¿Se debe revocar la sentencia estimatoria proferida por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Pereira, 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, 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 CE¹¹ (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*

⁸ CE, Secciones Cuarta. Sentencia del 01-11-2012; CP: Hugo F. Bastidas B., expediente No 25000-23-27-000-2008-00007-02(18092). RA

⁹ TSP, Sala Civil-Familia. SP-001-2023 y SP-0169-2023.

¹⁰ TSP, Sala Civil – Familia. SP-0283-2023, SP-0012-2024 y SP-0015-2024

¹¹ 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 (...)”. En el mismo sentido la CC¹². Cabe señalar que el Magistrado ponente, en este caso, había salvado voto acogiendo esta tesis en una providencia de otra Sala (2017)¹³, hoy es postura pacífica (2022)¹⁴.

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 objeto¹⁵ es amparar los derechos colectivos, caracterizados porque su titularidad la tiene la comunidad en general, son transindividuales e indivisibles. En este sentido la CC¹⁶.

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 CC¹⁷, en providencia que estudió los cargos de inconstitucionalidad contra la Ley 472, determinó que este tipo de acciones tiene un carácter público “(...)

¹² CC. T-004-2019.

¹³ TSP, Civil – Familia. Salvamento del voto del 21-09-2017, MP: Grisales H., No.2012-00465-03.

¹⁴ TSP, Civil – Familia. SP-0058-2022 y SP-0006-2022, entre muchas otras.

¹⁵ 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.

¹⁶ CC. C-569 de 2004.

¹⁷ CC. C-215 de 1999.

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 CC¹⁸ 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 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.¹⁹ y en el contexto foráneo la brasileña Ivo Pires²⁰, quien cita al maestro argentino Mosset Iturraspe, refiriendo a los sistemas belgas, francés e italiano.

6.5.3. LA SUSTENTACIÓN. ACTOR. (i) La labor defensiva compete a la contraparte; (ii) Carece de recursos para asumir la carga probatoria; (iii) Necesaria la prueba técnica sobre el costo de baño; y, (iv) el accionado debe cumplir la Ley 361 y eliminar la discriminación (Ibidem, pdf No.045).

¹⁸ CC. T-176 de 2016.

¹⁹ 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.

²⁰ 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 Grancolombiano, 2014, p.271-302.

6.5.4. LA RESOLUCIÓN. *Infundados*. Es inexistente violación o amenaza del derecho a la salud de las personas con limitaciones de movilidad; y, la restricción a la realización de las construcciones en condiciones de accesibilidad de baño para el mismo grupo poblacional debe ceder a la salubridad pública.

El acceso al servicio público. Se precisa que el objeto social de la accionada, orientado a la dispensación de medicamentos, guarda íntima relación con el derecho a la salud y, en esa medida, debe garantizar el acceso al servicio público, sin restricciones, ilustra el criterio auxiliar del CE²¹ que esta Sala acogió de forma pacífica en su jurisprudencia (2023)²²:

... el servicio farmacéutico, por su propia naturaleza, está relacionado con la prestación integral del servicio de salud a los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, en esa medida, se torna en parte del servicio público de salud.

Con fundamento en lo anterior, señaló que la producción, almacenamiento, comercialización, dispensación o aseguramiento de la calidad de los medicamentos, dispositivos médicos o las materias primas necesarias para su elaboración, es un servicio necesario para que el Sistema de Seguridad Social cumpla con sus objetivos. Sublínea ajena al texto original.

Así ha razonado esta Corporación en diversas decisiones que son precedente horizontal en el Distrito, a tono con la Ley 1346 (2023)²³, que reza: (...) las entidades (...) privadas encargadas de la prestación de los servicios públicos (...) deberán diseñar, implementar y financiar todos los ajustes razonables que sean necesarios para cumplir con los fines del artículo 9° de la Ley 1346 de 2009 (...).

Pese a lo expuesto, para el caso en particular no se aprecia la amenaza o la vulneración del acceso al servicio público, como quiera que la adecuación de las instalaciones ninguna relación tiene con la venta de medicamentos.

La conclusión anterior se asienta en las siguientes premisas: (i) La ausencia

21 CE, Secciones Cuarta. Sentencia del 01-11-2012; CP: Hugo F. Bastidas B., expediente No 25000-23-27-000-2008-00007-02(18092). RA

22 TSP, Sala Civil - Familia. Sentencias SP-0169-2023 y SP-0270-2023.

23 CSJ, Sala Civil - Familia. Ob. cit.

del baño en modo alguno impide a los clientes con limitación motriz acceder al establecimiento de comercio y comprar los artículos farmacéuticos requeridos; y, (ii) Tampoco constituye un trato discriminatorio por su condición especial, en tanto que el ingreso a la unidad sanitaria existente es restringido para todas las personas; a ninguna se le permite acceder, en atención a ubicarse en un espacio de uso exclusivo de los empleados de la accionada.

La restricción razonable. La construcción de una unidad sanitaria para todo particular con establecimiento de comercio abierto al público es una carga inviable cuando se enfrenta al deber de garantizar la salubridad pública. Las normas reglamentarias del comercio farmacéutico prescriben una restricción a la acción afirmativa pedida.

En decisiones anteriores esta Magistratura explicó que las farmacias como prestadoras de un servicio público tienen la obligación de contar con un baño, sin que sea oponibles las directrices de su funcionamiento, se adujo que, para garantizar el derecho de accesibilidad a aquel sector de la ciudadanía con tales disminuciones físicas, aunado al deber de solidaridad para eliminar cualquier trato discriminatorio (2022)²⁴.

Hoy se recoge ese parecer, habida cuenta de un análisis diverso. En efecto, hay una colisión de derechos inadvertida, que impone un examen diferente. El juicio de igualdad es la herramienta constitucional apta para ponderar la tensión existente y constatar los beneficios y desventajas de la imposición o no de la acción afirmativa [Ley 361, D.1538/2015, parágrafo 3º, art.11, D.2200/2005 y art1.1.3., Resolución 1403/2007] y se empleará por la Sala para zanjar el problema jurídico: (2022-2023)²⁵:

... 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

²⁴ TSP, Sala Civil Familia. Sentencia del (i) 06-04-2022, MP: García B., No.2018-00819-01; (ii) 16-07-2021, MP: García B., No.2016-00596-01 y (iii)

²⁵ TSP, Sala Civil – Familia. SP-0174-2022, SP-002-2023 y SP-003-2023.

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”...

En el presente asunto significativo resulta sopesar la justificación del trato desigual frente a otros particulares con establecimientos abiertos al público, en tanto que la naturaleza del servicio que provee la accionada, exige almacenar y conservar la calidad de los medicamentos [Art.40, Resolución 1403/2007], en síntesis, propender por la salubridad pública.

Establece el parágrafo 3º, artículo 11, D.2200/2005, compilado en el D.780/2016: *“Las Farmacias-Droguerías, Droguerías (...), teniendo en cuenta el volumen de actividades y el número de trabajadores que laboren en estos, deberán tener una estructura acorde con los procesos que realicen; ubicación independiente; área física exclusiva, de circulación restringida y de fácil acceso; iluminación, ventilación, pisos, paredes, cielos rasos, instalaciones sanitarias y eléctricas, que permitan la conservación de la calidad de los medicamentos (...)”* (Sublínea y negrilla a propósito).

Regla consonante con el artículo 1.1.3., capítulo V, de la Resolución 1403/2007 “Modelo de Gestión del Servicio Farmacéutico”, que reza: *“(...) Deberá contar con unidad sanitaria, por sexo, en proporción de una por cada (15) personas que laboren en el sitio (...)”*. Se aprecia que obligatorio que los establecimientos farmacéuticos dispongan de un área restringida y de un sanitario *exclusivo para sus empleados*.

Las reseñadas normas estipulan una limitación legal al derecho colectivo suplicado y como se trata de grupos marginados en condiciones de debilidad manifiesta esta Corporación debe emplear el *test estricto* (2020)²⁶ de razonabilidad dispuesto por la jurisprudencia constitucional como guía

26 CC. C-673 de 2001, reiterada en las C-109 de 2020, C-521 de 2019, C-345 de 2019 y C-129 de 2018.

metodología apta para verificar la legitimidad de la limitación reseñada.

Según la alta colegiatura tres (3) son las etapas para agotar, respecto a la medida o limitación: (i) La legitimidad, importancia e imperiosa aplicación para alcanzar la finalidad reseñada; (ii) La necesidad del mecanismo por inexistencia de otro sustitutivo; y, (iii) Proporcionalidad en el entendido de que los beneficios de adoptar la medida superen con claridad las desventajas de restringir el goce del derecho colectivo (2023)²⁷ y doctrina patria²⁸⁻²⁹.

(i) Es legítimo el cometido de la medida restrictiva, pues: a) Proviene de autoridades adscritas al ente ejecutivo en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales (Presidencia de la República y Ministerio de la Protección Social) [Arts.189-11º, CP y 173, Ley 100]; y, b) Propugna por garantizar la salubridad pública que atañe al Estado y a los particulares que prestan servicios de salud. Sin duda el interés general de la población primó en esta determinación

(ii) Se atiende la necesidad. No se avizora de qué otra forma podría ofrecerse la asepsia perseguida en la conservación y almacenaje de medicamentos. El acceso restringido al baño es útil para disminuir este riesgo, en tanto que, solo empleados con capacitación especial para la manipulación y manejo en condiciones de higiene pueden circular por dichos espacios.

El acceso a la unidad sanitaria existente o la construcción de otra en espacio abierto amenazaría la salubridad pública, ya que la falta de control sobre quienes las utilicen dificultará la limpieza y desinfección del establecimiento y la conservación de los medicamentos almacenados.

(iii) La proporcionalidad. La limitación del derecho colectivo es razonable porque propende por garantizar la salubridad pública, consonante con el

27 CC. Ob. Cit. y también la C-127 de 2023, entre muchas.

28 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, pga.179 y ss.

29 VILA C., Iván. Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo, 1ª edición, Legis Editores SA, Bogotá DC, 2007, pag.265 y ss.

fundamental a la salud. El amparo de los intereses de un grupo de personas con limitaciones no se puede traducir en un riesgo mayor e indiscriminado para la población en general de la que también hacen parte.

También es mínima la afectación del derecho colectivo porque existen, generalmente, baños aptos en los alrededores de estos establecimientos.

Así las cosas, aparece infundado el recurso interpuesto para revocar la sentencia recurrida. Se confirmará, pero por las razones expuestas. Sin costas en esta instancia, pese al fracaso, por falta de pruebas de actuar temerario o de mala del actor popular recurrente [Art.38, Ley 472]

7. LAS DECISIONES FINALES

Se confirmará la sentencia apelada, según lo anotado, sin 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 17-07-2023 por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Pereira, pero por los motivos expuestos en esta providencia.
2. NO CONDENAR en costas en esta instancia.
3. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,

DUBERNEY GRISALES HERRERA
MAGISTRADO

SP-0070-2024

Con impedimento
EDDER JIMMY SÁNCHEZ C.
MAGISTRADO

Con impedimento
JAIME ALBERTO SARAZA N.
MAGISTRADO

CARLOS MAURICIO GARCÍA B.
MAGISTRADO

DGH/ODCD/2024

LA PROVIDENCIA ANTERIOR
SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA

22-04-2024

CÉSAR AUGUSTO GRACIA LONDOÑO
SECRETARIO

Firmado Por:

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

Carlos Mauricio Garcia Barajas
Magistrado
Sala 002 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: 51bd8947e5ed5f009de91eefd8701176eef6e46c9ec748779c6b59de48e23355

Documento generado en 19/04/2024 10:46:21 AM

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