**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

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

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS

Pereira, dieciséis (16) de julio de dos mil veintiuno (2021)

| | |
|---|---|
| Radicación: | 66001310300420160059601 |
| Acumulados: | 66001310300420160061100 |
| | 66001310300420160060000 |
| Asunto: | Acción popular – Apelación de sentencia |
| Demandante: | Javier Elías Arias |
| Demandado: | Audifarma S.A |

Acta No. 0333 de 16/07/2021
SP-0006-2021

**Asunto**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada, AUDIFARMA S.A., contra la sentencia proferida el día 09 de diciembre de 2019 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, en la acción popular instaurada por el señor Javier Elías Arias Idárraga, donde figura como coadyuvante en el extremo activo, Augusto Becerra.

**Antecedentes**

**1. De la demanda:**

Expresó el actor popular que en un establecimiento donde AUDIFARMA S.A. presta sus servicios, calle 29 carrera 7 de Montería – Córdoba, no cuenta con baños aptos para personas en silla de ruegas, lesionando los derechos colectivos incorporados en los literales “d”, “l” y “m” del artículo 4º de la Ley 472 de 1998.

Deprecó que en un término no mayor a 30 días se ordene a la entidad accionada la construcción en sus instalaciones de un baño para personas que se movilicen en silla de ruedas, teniendo en cuanta las nomas Icontec.

**2. Trámite.**

Admitida la acción constitucional[1], se ordenó la vinculación del Procurador y Defensor del Pueblo; asimismo, concurrió en calidad de coadyuvante el señor Augusto Becerra[2]

Ocurrida la notificación de **AUDIFARMA S.A.,** a través de apoderado judicial dio contestación a la acción popular[3], donde solicitó denegar las pretensiones de la demanda.

Básicamente se arguyó que esa entidad no presta un servicio público, la dispensación de medicamentos que hace parte de su objeto social tiene como causa relaciones contractuales con EPS e IPS; luego, al tenor de la Ley 361 de 1997, no está en la obligación de garantizar en sus instalaciones un baño para personas de movilidad reducida.

Frente a la acusación de lesión de intereses colectivos, se indica que el *"…actor carece de justificación y soporte idóneo que conduzca a inferir que la existencia de un baño para personas en situación de discapacidad, vulnera los derechos contenidos en los literales…[del texto del art. 4º de la Ley 472]"... pretendiendo su protección sin explicar los daños ocasionados a la comunidad que representa, pues no se demostró que la forma como están concebidas las instalaciones donde funciona AUDIFARMA, haya vulnerado o vulnere en la actualidad los derechos e intereses colectivo de las personas discapacitadas",* dando al traste con la carga probatoria señalada en el artículo 30 de la misma ley.

Por su parte, la **Procuradora 31 Judicial II para asuntos Civiles**[4], en ejercicio de funciones de Ministerio Público (Art. 41 Decreto 262 de 2000), solicitó acuciosidad del operador de justicia en el asunto, teniendo en cuenta la naturaleza de los derechos que se pretenden proteger.

Posteriormente, por solicitud que hizo la sociedad demandada en el acto de contestación, se ordenó acumular[5] las acciones populares con número de radicado 66001310300420160060000 y 66001310300420160061100 tramitadas en el mismo

[1] Cuaderno de primera instancia, f. digital 10.
[2] Ib. ff. digitales 78 y 84.
[3] Ib. ff. 24 y ss.
[4] Ib. ff. 21 y ss.
[5] Ib. ff. 43 y ss.

juzgado, por corresponder a las mismos intereses colectivos e integrantes de los extremos de la litis, y soportarse en los mismos hechos, aunque a instalaciones diferentes del ente societario, calle 8 número 11-12 del municipio de Palestina en Caldas, y Carrera 11 número 67 32 de Bogotá D.C., respectivamente.

En ambas acciones populares acumuladas se había pronunciado ya la accionada frente a las aspiraciones del actor popular, en los mismos términos arriba sintetizados.

Luego de no definirse pacto de cumplimiento[6], en providencia de pruebas se tuvieron como tal las documentales allegadas por las partes en el acto introductorio y de réplica[7]. No hubo pronunciamiento en alegatos de conclusión dentro del término establecido en la ley[8].

**3. Sentencia de primera Instancia.**

Se determinó que AUDIFARMA S.A., dada a la empresa que desarrolla (dispensación de medicamentos), involucra a muchos ciudadanos por lo que debe garantizar los intereses colectivos *sub judice* en los términos deprecados. *"…[P]uede decirse que es un servicio público, pues de él se sirven un sinnúmero de personas afiliadas al sistema general de seguridad social en salud."*

Agregó que no existen elementos de juicio que brinden certeza sobre el cumplimiento de la normatividad que impone a la sociedad accionada, garantizar un trato igual y digno a la población que debe desplazarse en silla de ruedas.

Por lo anterior, amparó el derecho colectivo a la realización de la construcción, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes. Para restablecerlo, ordenó a la entidad accionada que en las instalaciones físicas determinas en cada asunto, construyera un servicio sanitario que permita el ingreso y uso a las personas en situación de discapacidad que se movilicen en silla de ruedas, o preste los servicios que ofrece en un inmueble en el que los garantice. Para el efecto concedió 60 días, conformó el comité de verificación, se abstuvo de fijar caución y condenó en costas

[6] Ib. f. 58.
[7] Ib. f 75.
[8] Aunque el actor presentó alegatos previamente. Ib. ff. 80 y ss.

a la demandada, a favor del actor popular y el coadyuvante.

**4. Reparos concretos[9]**

En tiempo se apeló la decisión de primera instancia; se sostuvo que a través de centros de atención farmacéutica (CAF) AUDIFARMA SA presta sus servicios y éstos cuentan con todos los requisitos de infraestructura y personal establecidos en la ley; hay entonces, concepto de sanidad favorable. Específicamente señala que se cumple la exigencia de la Resolución No. 1403 de Minsalud: una unidad sanitaria, por sexo, por cada 15 personas que laboren en el sitio. Se cuenta además con dispensación de medicamentos a domicilio, para evitar el desplazamiento hasta sus instalaciones por parte de los usuarios, o entrega a terceros autorizados.

Entonces, ni la ley ni los reglamentos (resoluciones) exigen como requisito de funcionamiento la existencia de baños para el público en puntos de dispensación; exigir requisitos adicionales para permitir y autorizar el funcionamiento, constituye un quebranto a la libre competencia y a la participación económica de los mercados (art. 333 de la Constitución Nacional).

Se señala de parca e insuficiente la actividad probatoria desplegada por el actor, aseverando que éste se limitó a nombrar la norma sin aclarar de qué manera AUDIFARMA la infringía.

Se precisa en el mismo acto que no se configura la NECESIDAD de la medida adoptada, porque en los lugares donde se ordenó construir, concurre un porcentaje mínimo de pacientes con discapacidad, habiéndose presentado apenas 3 quejas durante los últimos tres años. El tiempo de espera de sus usuarios en las instalaciones es muy corto, entre 6 a 35 minutos. Entonces, no hay una comunidad o grupo social con ese tipo de discapacidad a quienes se les esté vulnerado los derechos.

Se resalta respecto a las instalaciones ubicadas en Montería Córdoba, cursa acción popular en el Juzgado Tercero Civil de Circuito de Pereira, por los mismos hechos y pretensiones, lo que demuestra que se actúa con mala fe y temeridad.

[9] Ib. ff. 94 y ss.

Por último, que no es posible realizar las construcciones ordenadas como se señala en informes de infraestructura que aporta, más aún cuando los inmuebles no son de su propiedad.

**Actuación en segunda instancia**

En un primer momento fue admitido el recurso de apelación[10], para posteriormente adecuar su trámite al artículo 14 del Decreto 806 de 2020[11], donde se solicitó prueba de oficio al Juez Tercero Civil del Circuito de Pereira, para que rindiera informe sobre la existencia y estado de la acción popular de radicación No. 2016-00245-00, elemento que con posterioridad fue incorporado al plenario[12].

Fue sustentada la alzada por la parte apelante de conformidad al artículo 37 de la Ley 472 de 1998, en idénticos términos que los reparos concretos; advirtiéndose como complemento: por la pandemia actual del Covid-19, y las regulaciones adoptadas por el gobierno nacional, no es posible adelantar las construcciones.

El traslado a los no recurrentes[13] transcurrió en silencio.

**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 jerárquica 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 antedicha, 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.

Respecto a la legitimación del extremo pasivo (art. 9º Ib.) se confirma, pues es la demandada quien, pese a no ser su propietaria, tiene abiertos al público los

[10] Cuaderno de segunda instancia, archivo digital "01. CUADERNO 2 APELACION SENTENCIA"
[11] Ib. archivo digital "02. Providencia del 7-07-2020 Rdo 2016-00596-01"
[12] Ib. carpeta digital "21. Copia acción popular 2016-00245-00", y auto de junio 8 de 2021, documento 49 archivo segunda instancia.
[13] Ib. archivo digital "08. Traslado recurso 2016-00596-01".

establecimientos respecto de los cuales se afirma la amenaza o vulneración de los derechos colectivos cuya protección se invoca, dándoles como destinación prestar el servicio público de salud, en la modalidad de dispensación farmacéutica (art. 23 de la Ley estatutaria 1751 de 2015. Decreto 2200 de 2005 de Minsalud que reglamenta la actividad, art. 3º), imponiendo ello cargas frente a ciertos grupos poblacionales, como las personas en situación de discapacidad.

Como lo ha sostenido esta Corporación, al escogerlos ha debido tener en cuenta la normativa vigente en materia de protección a las personas con discapacidad y prestar sus servicios en uno que los garantice. Sostener que por no ser la propietaria del bien no es la llamada a responder, sería tanto como patrocinar la lesión de los derechos de las personas discapacitadas, por parte de las entidades que a título de tenedores o poseedores ocupan inmuebles abiertos al público, sobre los que ejercen una actividad lucrativa, en sitio al que en su interior y concretamente para usar los servicios sanitarios, no pueden acceder las personas con discapacidad[14].

**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; empero, el despliegue no es taxativo[15].

En cuanto acá interesa, su regulación se encuentra prevista en la Ley 472 de 1998, que 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.

La acción popular, de conformidad con el artículo 9º, 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

[14] En tal sentido se pronunció en sentencia del 23 de noviembre de 2010, expediente 66682-31-03-001-2010-00026-01, M.P. Dra. Claudia María Arcila Ríos. En similar sentido, sentencia de 2 de febrero de 2016, expediente 66045-31-89-001-2015-00101-01, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente 66045-31-89-001-2015-00100-02, ambas de la misma ponente.
[15] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C- 215 de 1999.

c) la relación de causalidad entre esa acción u omisión y el daño, la amenaza o vulneración.

Debe resaltarse además que el juez de la acción popular no está sometido a un principio de congruencia procesal estricto, teniendo en cuenta que el titular de los derechos que se busca proteger no es un individuo en particular sino la comunidad; por lo tanto… *"el sistema dispositivo especial por el que se rigen las acciones populares, implica que el juez puede tener en cuenta hechos distintos a los que aparecen en la demanda, siempre que se trate de la misma acción u omisión que el actor planteó como transgresora de los derechos o intereses colectivos, puesto que la sentencia debe ser coherente con la conducta vulneradora imputada en el escrito de la demanda"*[16]*;* siempre que la entidad accionada haya tenido la oportunidad de ejercitar su derecho de contradicción y defensa[17].

En lo atinente al principio de la carga de la prueba, es claro el artículo 30 de la Ley 472, al establecer que corresponde al actor demostrar el agravio del derecho colectivo, atribuyendo al juez un deber oficioso mayor.

**3.** En cuanto a los esfuerzos del Estado colombiano para lograr la integración de las personas en situación de discapacidad, en cuanto acá resulta pertinente, resulta oportuno destacar los siguientes.

**3.1.** En uso de las facultades legales, y en especial las conferidas por el Artículo 1º Literal a) del título 1º, título 4º y artículo 596 del título XII de la Ley 9 de 1979 (por la cual se dictan Medidas Sanitarias), el Ministerio de Salud expidió la Resolución No. 14861 de 1985, 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. Sus disposiciones, entre otros espacios y ambientes se aplican a "Establecimientos de prestación de Servicios de Salud" (art. 2). En el artículo subsiguiente se propende por una adecuación, diseñó y construcción de esos espacios, de manera que facilite el acceso y tránsito de la población en general y en especial de las personas con movilidad reducida, acorde con el concepto de accesibilidad, entendido como la condición que permite en cualquier espacio o ambiente interior o exterior, el fácil desplazamiento de la población en general y el uso

[16] Corte Constitucional. Sentencia T- 176 de 2016.
[17] Cfr. Tribunal Superior de Pereira. Sala Civil Familia. Sentencia del 13 de noviembre de 2020. Rad. 66001-31-03-002-2015-00262-01. M.P. Dr. DUBERNEY GRISALES HERRERA.

en forma confiable y segura de los servicios instalados en estos ambientes (Art. 6º).

En el artículo 50 se determinan los requisitos que en toda edificación deben tener los servicios sanitarios, incluidos para personas en condiciones de discapacidad, agregando que cuando "las exigencias mínimas de una edificación sean de una unidad sanitaria por sexo, ésta reunirá las condiciones de acceso para minusválidos".

Finalmente, en su artículo 57, se lee que las disposiciones aplican para nuevas construcciones o modificaciones a partir de la vigencia de la normatividad.

**3.2.** A través de la Ley 367 de 1997 el legislador estableció mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad, medidas que tienen germen en el derecho a la igualdad (art. 11 de la Carta Nacional) y en las políticas sociales de integración social de aquellas (art. 47 Ib.), y buscan eliminar barreas arquitectónicas de accesibilidad (art. 47 Ley 367[18]).

Se define la accesibilidad (art. 44) "*…como la condición que permite en cualquier espacio o ambiente interior o exterior, el fácil y seguro desplazamiento de la población en general,* ***y el uso en forma confiable y segura de los servicios instalados en estos ambientes.*** *Por barreras físicas se entiende a todas aquellas trabas, irregularidades y obstáculos físicos que limiten o impidan la libertad o movimiento de las personas. Y por telecomunicaciones, toda emisión, transmisión o recepción de señales, escrituras, imágenes, signos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio u otros sistemas ópticos o electromagnéticos."* (subrayado fuera del texto original).

Se consagra la accesibilidad como un elemento esencial de los servicios públicos a cargo del estado, **debiendo garantizarse por entidades públicas o privadas en la ejecución de éstos** (art. 46 Ib.).

Finalmente, señala en su artículo 47 lo siguiente: *"Las instalaciones y edificios ya existentes se adaptarán de manera progresiva, de acuerdo con las disposiciones previstas en el inciso anterior, de tal manera que deberá además contar con pasamanos al menos en uno de sus dos laterales.".*

[18] *"La construcción, ampliación y reforma de los edificios abiertos al público y especialmente de las instalaciones de carácter sanitario, se efectuarán de manera tal que ellos sean accesibles a todos los destinatarios de la presente ley. Con tal fin, el Gobierno dictará las normas técnicas pertinentes, las cuales deberán contener las condiciones mínimas sobre barreras arquitectónicas a las que deben ajustarse los proyectos, así como los procedimientos de inspección y de sanción en caso de incumplimiento de estas disposiciones."*

La anterior ley fue desarrollada por el Decreto 1538 de 2005, cuyo artículo segundo definió como edificio abierto al público aquel "[I]nmueble de propiedad pública o privada de uso institucional, comercial o de servicios donde se brinda atención al público". En esos espacios, de acuerdo con el numeral 7º del literal c) del artículo 9o, "*se dispondrá de al menos un servicio sanitario accesible.".*

**3.3.** Las anteriores disposiciones no deben entenderse aisladas en el ordenamiento patrio. Hacen parte de un conjunto mayor que desarrollan las obligaciones adquiridas por el Estado sobre la materia, a nivel internacional.

Así, por ejemplo, la Ley 1346 de 2009 que aprueba e incorpora al ordenamiento interno la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, previo control constitucional efectuado en la sentencia C-293 de 2010 de la Corte Constitucional. Su artículo 9º se refiere a la accesibilidad como propósito para que este grupo poblacional pueda "*…vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida*."

La Ley Estatutaria 1618 de 2013, por su parte, estableció disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Tuvo 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*" [19]. Esta norma definió las acciones afirmativas como políticas, medidas y acciones que permiten eliminar o reducir las desigualdades de todo tipo que enfrentan las personas en situación de discapacidad por esa condición; 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*" [20].

[19] Art. 1º.
[20] Art. 2º, Ley 1346.

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.

El modelo social de discapacidad, imperante en la actualidad y bajo el cual deben entenderse las disposiciones tocantes con la materia, "*implica que la discapacidad es concebida "como una realidad, no como una enfermedad que requiere ser superada a toda cosa, en otras palabras, se asume desde el punto de vista de la diversidad, de aceptar la diferencia"… (i) "el modelo social ubica la discapacidad en el entorno social, en tanto considera que son las estructuras sociales, económicas, políticas y culturales opresivas y excluyentes las que generan esta condición", (ii) "para el modelo social se trata únicamente de diferencias que deben ser reconocidas y aceptadas, y que en ningún caso agotan la individualidad de las personas, las cuales tienen una vida más allá de los problemas derivados de la diferencia" y, por último, (iii) "el modelo social propone una aceptación social de la diferencia, y, en su lugar, una intervención, no en los individuos con discapacidad, sino directamente en las estructuras sociales de base, que son aquellas que impiden la realización y el pleno goce de los derechos de todas las personas".*[21]

**4.** Para finalizar este recuento normativo, debe destacar la Sala que la **atención de la salud** se encuentra catalogada como un servicio público a cargo del Estado (Art. 49 CN), que debe garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción,

[21] C.C. Sentencia C- 329 de 2019.

protección y recuperación de la salud. También puede ser prestado por **particulares**, correspondiendo en todo caso a aquel organizar, dirigir y reglamentar su prestación, establecer las políticas y ejercer su vigilancia y control.

La Ley Estatutaria 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones, confirma que de conformidad con el artículo 49 superior, la prestación del servicio de salud se cataloga como servicio público esencial obligatorio, y se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado. Similar calificativo se encuentra el artículo 4º de la Ley 100 de 1993, normativa que a partir de su artículo 152 y ss., crea un entramado institucional para la satisfacción de la necesidad, **a través de entidades tanto públicas como privadas**, estando todas ellas reguladas por Minsalud y la Supersalud.

La dispensación, según lo define el artículo 3 del Decreto 2200 de 2005 por el cual se reglamenta el servicio farmacéutico y se dictan otras disposiciones, consiste en la entrega de uno o más medicamentos y dispositivos médicos a un paciente y la información sobre su uso adecuado realizada por el Químico Farmacéutico y el Tecnólogo en Regencia de Farmacia. Los establecimientos farmacéuticos minoristas como las Farmacias-Droguerías y las Droguerías, están autorizados para la labor de dispensación, que se enmarca en el servicio farmacéutico. Éste, a su vez, integra el servicio de atención en salud siendo el responsable de las actividades, procedimientos e intervenciones de carácter técnico, científico y administrativo, relacionados con los medicamentos y los dispositivos médicos utilizados en la promoción de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, con el fin de contribuir en forma armónica e integral al mejoramiento de la calidad de vida individual y colectiva (Artículo 4, Decreto 2200/2005).

En el anterior contexto, resulta plausible concluir que la actividad desarrollada por la accionada se enmarca en la prestación de un servicio público, o cuando menos la actividad que desarrolla está ligada con dicho servicio, sin perjuicio de su naturaleza jurídica como sociedad anónima de derecho privado.

Dentro de ese campo de la prestación de los servicios de salud, los establecimientos farmacéuticos no escapan al control de las autoridades, y viene al caso destacar que, conforme al capítulo quinto, numerales 1.1.3 (farmacias-droguerías) y 2.1 (droguerías), de la Resolución 1403 de 2007 del Ministerio de Salud, dentro de sus requisitos de

infraestructura física se encuentra el de "contar con unidad sanitaria, por sexo, en proporción de una por cada quince (15) personas que laboren en el sitio".

Ahora, que el número de personas que laboran en el sitio sirva de parámetro para determinar la cantidad de unidades sanitarias que se deben tener no implica, per se, que éstas sean para uso exclusivo del personal que allí trabaja, máxime cuando, incluso, puede activarse la obligación de facilitar el servicio de baño a personas que ni siquiera tengan la calidad de clientes del establecimiento (Ley 1081 de 2016, artículo 88, declarado condicionalmente exequible, "en el entendido de que también incluye a las personas en situación de discapacidad o con movilidad reducida". C.C. Sentencia C-329 de 2019).

**5. Caso en concreto.**

**5.1** Más allá de la herramienta jurídica de interrelación con los usuarios, sea directa o indirecta, contractual o no, la entidad demandada con ánimo de lucro, a través de un establecimiento abierto al público, explota una actividad que se subsume en el campo del servicio público de salud (art. 2º Decreto 1538 de 2005). Entonces, el modelo empresarial de AUDIFARMA no es ajeno a garantizar y velar por la integración social de las personas en situación de discapacidad, más allá de su naturaleza privada[22].

Comparte esta Sala las consideraciones que en ese sentido explayó el despacho *a quo*; correspondiendo en lo siguiente, determinar si la medida adoptada es proporcional, o por el contrario, si los argumentos de alzada tienen el alcance revocarla o modificarla.

**5.2.** Parten estas elucubraciones, de lo expresado en el escrito de reparos concretos y sustentación del recurso de apelación: *"Pese a lo controvertido en los centros de atención farmacéutica se cuenta con baños para uso del personal, los cuales están a disposición de los niños, mujeres en evidente estado de embarazo y adultos mayores cuando así lo soliciten".*

Luego, se parte del hecho que en los sitios señalados por el actor popular funcionan centros de atención farmacéutica de la accionada, y en ellos sí existen servicios sanitarios, pues expresamente se advierte que ellos tienen una doble finalidad: se usan

[22] Cfr. artículo 14, Ley 1618 de 2013.

(i) para el personal que allí labora, y (ii) para niños, mujeres embarazadas y adultos mayores.

En la sentencia C-329 de 2019 de la Corte Constitucional, ya citada, se señaló frente al examen de constitucional del artículo 88 del Código Nacional de Policía y la omisión de incluir en su texto, a las personas en situación de discapacidad:

> *"La falta de inclusión de los referidos sujetos genera discriminación en su contra. Esto es así, dado que, como lo advirtieron el demandante y los intervinientes, al no ser incluidas dentro del supuesto de hecho del artículo sub examine, las personas en situación de discapacidad no hacen parte del grupo de sujetos en cuyo favor se instituyó la obligación de prestar el baño que el legislador le impuso a los establecimientos de comercio abiertos al público. Al tenor de lo dispuesto por el artículo demandado, a diferencia de los grupos incluidos, esto es, de los "niños, mujeres en evidente estado de embarazo y adultos de la tercera edad", las personas en situación de discapacidad o con movilidad reducida no tienen derecho a exigir a los establecimientos de comercio abiertos al público el cumplimiento de la referida obligación, esto es, que se les preste el servicio de baño. Este tratamiento genera, sin duda alguna, una situación de discriminación en contra de las personas en situación de discapacidad o con movilidad reducida, en la medida en que las priva, injustificadamente, del trato especial al que tienen derecho. En otros términos, la no inclusión de este grupo de sujetos en la norma demandada los deja expuestos al arbitrio de los propietarios, administradores y empleados de los establecimientos de comercio abiertos al público, quienes pueden libremente decidir si prestan o no el baño a tales personas. En estos términos, la no inclusión de este grupo de sujetos en la norma demandada claramente da lugar a una situación de desigualdad negativa en su contra."*

En esa medida, **está debidamente probado** que en las oficinas de AUDIFARMA donde se ordenó la construcción de servicio sanitario apto para personas que se movilicen en silla de ruedas, no cuentan con instalaciones que satisfagan esa necesidad de igualdad; es decir, existe una barrera física de acceso que impide la integración de las personas con movilidad reducida; recuérdese que la accesibilidad también implica el uso en forma confiable y segura de los servicios instalados dentro de los espacios internos de sitio abiertos al público.

**5.3.** La superación de esa barrera sí es exigible a la entidad privada accionada.

De acuerdo con las normas mencionadas en acápites anteriores, en especial desde la Ley 361 de 1997 y su decreto reglamentario, se atribuyó a la sociedad en general, tanto a entidades públicas como a privadas que presten servicios públicos o al público, esa responsabilidad de propender por una adaptación progresiva de las instalaciones y edificaciones ya construidas. Así, no puede acogerse el planteamiento de la censura en cuanto señala que la sentencia apelada impone el cumplimiento de un requisito no establecido en la ley, o desconoce que cuenta con los permisos de funcionamiento expedidos por las autoridades sanitarias competentes pues, aunque esto fuera cierto, que no está demostrado, es evidente que no se garantiza el acceso a los servicios ofrecidos en condiciones de igualdad, bien porque no se desarrolla su objeto social "*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 en razón de su discapacidad*" (se destaca), y no se han adoptado las medidas necesarias para adaptar las instalaciones y edificios ya existentes, de manera progresiva, al nuevo esquema social, económico, político y cultural que garantice la igualdad material y excluya aquellas barreras que generan discriminación.

Se determinó en sentencia C-765 de 2012, donde se examinó la conformidad con la Constitución del proyecto de ley estatutaria por medio de la cual se establecen disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad:

> *"Cuatro razones principales conducen a considerar que pese al elevado alcance que en la mayoría de los casos tienen tales compromisos y obligaciones,* ***no resulta contrario a la Constitución que el Estado los adquiera y los imponga, esto último en lo que atañe a los particulares****. La primera de ellas es que estas medidas no serían otra cosa que la plena realización de los mandatos que se derivan del hecho de ser Colombia un Estado social de derecho. La segunda es la autonomía del legislador, que dentro del marco de sus competencias, ha considerado y decidido que esta es la forma adecuada en la que deben llevarse a efecto tales mandatos. La tercera serían los conceptos de ajustes razonables y progresividad, protagónicos dentro del articulado de la Convención, y también frecuentemente citados a lo largo del proyecto de ley. Y la última, la razonable*

*conducencia de las medidas propuestas, lo que en la generalidad de los casos permite tener por cumplido el criterio de proporcionalidad de las mismas.*

*(…)*

*En torno a lo primero, y en desarrollo de la perspectiva constitucional que conforme se explicó debe aplicarse al estudio de las llamadas acciones afirmativas, encuentra la Corte que la generalidad de las medidas desarrolladas en estos artículos 7° a 26 sin duda encajan dentro del marco trazado por el texto superior. Esto por cuanto, se insiste, todas ellas tienen el propósito de 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 de la carta; están directamente ligadas al cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 47 que ordena adelantar "una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos";* ***buscan la efectividad de derechos específicos reconocidos por la Constitución, unos con el carácter de fundamentales y otros como económicos, sociales y culturales, pero todos garantizados por el texto superior; y en cuanto implican cargas y deberes adicionales para los particulares y las autoridades, constituyen una clara y efectiva materialización del principio de solidaridad****, al que aluden los artículos 1° y 95 de ese mismo texto. Enumeración que no podrá considerarse taxativa sino enunciativa, pues este tipo de medidas también encuentran apoyo en varios otros preceptos constitucionales.* (En negrilla fuera del texto original).

Es claro entonces que la Carta Nacional consagra la libertad de empresa en los términos de su articulado 333, como lo pregona la recurrente; empero, no puede desconocerse el principio de solidaridad que irradia no solamente el ordenamiento jurídico, sino también el sistema económico, postulado final contenido desde el preámbulo de la Carta, que consagra como valor la búsqueda de un orden político, económico y social justo, en el modelo de Estado Social de Derecho (art. 1º Ib.)[23].

No resulta, por lo tanto, la decisión adoptada en primera instancia, una medida desproporcionada para la entidad accionada, que amerite un ajuste razonable para la satisfacción del interés colectivo deprecado.

[23] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T 406 de 1992.

Agréguese que la prestación del servicio como se reseña por la recurrente, con tiempos de espera cortos, poca concurrencia de personas en situación de discapacidad, y opciones adicionales como el servicio a domicilio o a terceros autorizados, no resultan ser una forma eficaz de la superación de las barreras físicas para la integración social; máxime cuando la finalidad de la batería sanitaria que no permite el acceso a las personas con movilidad reducida, amenaza incluso derechos laborales de esa población sujeto de especial protección, pues su contratación puede resultar condicionada por el difícil acceso al servicio sanitario. No puede olvidarse que el escenario de integración laboral también es contemplado y protegido por las leyes, jurisprudencia y convenciones internacionales ya citadas[24].

**5.4.** En suma, no encuentra esta Sala suficientes razones para modificar la decisión adoptada en primera instancia, por lo que la misma debe ser confirmada, con la advertencia de que se adicionará en el sentido de ordenar a la entidad accionada que de conformidad con lo previsto por el artículo 42 de la Ley 472 de 1998, en el término de cinco (5) días preste garantía bancaria o póliza de seguros, por la suma de $5.000.000 para garantizar su cumplimiento.

**6. Temeridad**

Ahora bien, califica el extremo pasivo de temerario y de mala fe el actuar del actor, teniendo en cuenta que en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de la ciudad cursa acción popular bajo la radicación No. 2016-00245-00, cuya pretensión es la construcción de un servicio sanitario para personas en situación de discapacidad que se desplacen en silla de ruedas, en instalaciones de AUDIFARMA ubicadas en la Calle 29 carrera 7 de Montería – Córdoba, expediente que fue obtenido por informe solicitado a ese despacho en esta instancia.

Esa acción constitucional fue radicada el 10 de junio de 2016, siendo actor el señor CRISTIAN VASQUEZ; empero, fue presentada en la oficina correspondiente personalmente por JAVIER ELIAS ARIAS, así se otea en el folio 2 de ese expediente[25]; en junio 24 de 2016 (f. 12 ib.) éste solicitó ser tenido como coadyuvante en el extremo activo dentro de esa causa, condición que le fue reconocida en auto del 22 de noviembre

[24] Cfr. (i) Tribunal Superior de Pereira. Sala Civil –Familia. (i) Sentencia del 02 de febrero de 2016. Expediente 66045318900120150010101. M.P Dra. Claudia María Arcila Ríos. (ii) Sentencia del 27 del 22 de enero del 2021. Expediente 66001310300320160062601. M.P Dr. Jaime Alberto Saraza Naranjo.
[25] Archivo 02 denominado cuaderno principal.

de ese mismo año (f. 13 ib).

El 17 de noviembre de ese mismo año, el señor JAVIER ARIAS presentó la acción popular que ahora nos ocupa, con idéntica pretensión a la blandida en el asunto que conoce el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira.

Salga avante o no la pretensión popular, siempre que se compruebe mala fe de alguna de las partes, puede imponerse multa de hasta veinte (20) salarios mínimos legales mensuales, destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos[26], regla que se contiene en el aparte final del artículo 38 de la Ley 472 de 1998.

En armonía con el artículo 79 del CGP, norma aplicable en virtud de la remisión incluida en la anterior disposición, se presume que ha existido temeridad o mala fe cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.

En el presente caso el señor JAVIER ARIAS presentó la nueva acción popular, aun sabiendo que, por la misma causa, con el mismo objeto y contra la misma accionada ya existía otra actuación judicial idéntica, incluso por él coadyuvada con antelación en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de la ciudad. No obstante, con total negligencia e incurriendo en una actuación totalmente superflua, sin siquiera advertirlo promovió nueva acción, lo que demuestra el ejercicio arbitrario de la acción popular y permite concluir que el demandante actuó de forma temeraria.

La mala fe se configura a partir de ese conocimiento, pues no se encuentra causa que justifique por qué impulsa una nueva acción popular por los mismos hechos y contra la misma entidad; relievándose además que, JAVIER ARIAS en un actor consumado en acciones populares y de tutela en este distrito judicial.[27]

Corolario de lo expuesto, se impondrá Multa de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, y se ordenará remitir copia de esta providencia al juzgado que en la

[26] Cfr. Consejo de Estado. Decisión del 06 de agosto de 2019. Radicación número: 15001-33-33-007-2017-00036-01(AP)REV-SU. C.P Dra. ROCÍO ARAÚJO OÑATE
[27] Cfr. (i) Tribunal Superior de Pereira. Sala Civil Familia. Sentencia ST1-0150-2021. M.P Dr. Carlos Mauricio García Barajas. (ii) Sentencia. ST1. 0038-2021. M.P Dr. Jaime Alberto Saraza Naranjo.

actualidad, conoce la otra acción popular que, según lo acá demostrado, aún no ha sido decidida.

**7. Costas**

De conformidad con el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso, no se impondrá condena en costas en esta instancia a la parte accionada, a favor del actor popular. Lo anterior porque, no obstante la ausencia de prosperidad de su recurso, lo cierto es que no brota en el expediente que con ocasión de él, el actor popular haya generado alguna actuación de su parte, luego ellas no aparecen causadas.

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 Cuarto Civil del Circuito de Pereira, el 09 de diciembre de 2019, según lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO: ORDENAR** a la entidad accionada que de conformidad con lo previsto por el artículo 42 de la Ley 472 de 1998, en el término de cinco (5) días preste garantía bancaria o póliza de seguros, por la suma de $5.000.000 para garantizar el cumplimiento de la sentencia.

**TERCERO**: Sin condena en costas en esta instancia, por lo anotado.

**CUARTO: REMITIR** copia del presente fallo a la Defensoría del Pueblo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

**QUINTO:** Sancionar con multa de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes al señor JAVIER ELIAS ARIAS, según lo expuesto en la parte motiva de este proveído. Dinero que deberá ser consignado dentro de los cinco (05) días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, en la cuenta No. 220-009-0095-07 del Banco Popular, a nombre del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos - Defensoría del Pueblo,

NIT. 800186061-1.

En caso de incumplir dicha orden en el plazo concedido, se remitirá copia de esta providencia con sus respectivas constancias a la Defensoría del Pueblo, con el fin de que se inicie el proceso de cobro coactivo (art. 7º Resolución 1504 de 2020 de la Defensoría del Pueblo).

**SEXTO:** Devuélvase el asunto a su lugar de origen.

**NOTIFÍQUESE**

Los Magistrados ,

**CARLOS MAURICIO GARCIA BARAJAS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**
**(Con impedimento aceptado)**

La firma electrónica puede ser validada en https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica/ValidarDocumento Igualmente, el contenido de esta providencia y el estado en el cual aparece notificada, pueden ser consultados en el link https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-pereira-sala-civil-familia

**Firmado Por:**

**CARLOS MAURICIO GARCIA BARAJAS**
**MAGISTRADO**
**MAGISTRADO - TRIBUNAL 002 SUPERIOR SALA CIVIL FAMILIA DE LA CIUDAD DE PEREIRA-RISARALDA**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**
**MAGISTRADO**
**SALA 001 CIVIL FAMILIA TRIBUNAL SUPERIOR DE 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:
**1f28dfc9fb4cad4ec4297066a13799d07ff2af5ee93492f9487c95117fc6ee35**
Documento generado en 16/07/2021 10:34:55 AM