El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de segundo grado

Tipo de proceso : Acción Popular - Constitucional

Accionante : Mario A. Restrepo Z.

Accionada : Valentina Castaño V. – Dueña “Amor Real”

Coadyuvante : Cotty Morales C.

Vinculados : Procuraduría General de la Nación y otros

Procedencia : Juzgado 1º Civil del Circuito de Pereira

Radicación : 66001-31-03-001-2022-00035-01 (789)

Mag. Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Aprobada en sesión : 99 DE 07-03-2023

**TEMAS: ACCIÓN POPULAR / PRESUPUESTOS AXIALES / ACCIÓN U OMISIÓN, DAÑO O AMENAZA Y RELACIÓN CAUSAL / PROCEDE ANTE LA POSIBILIDAD DE QUE HAYA VULNERACIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS / LA PROTECCIÓN IMPLICA SOLIDARIDAD / QUE NO JUSTIFICA OBLIGACIONES EXCESIVAS O DESPROPORCIONADAS AL ACCIONADO / EQUILIBRIO DE CARGAS / TAMAÑO EMPRESARIAL.**

Dada la naturaleza de las acciones populares, el examen en segunda instancia no es restrictivo, sino que se extiende a la verificación de la vulneración o amenaza de cualquier derecho colectivo conforme al material probatorio existente (Congruencia flexible) …

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…

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…, 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…

… sostuvo la CC, 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”. (…)

Ya esta Magistratura en diversas decisiones concluyó que, por virtud del principio de solidaridad, todos los ciudadanos que ofrezcan servicios al público deben garantizar el derecho colectivo al acceso de quienes estén en situación de discapacidad…

Empero, también explicó que la solidaridad no puede conllevar la imposición de obligaciones excesivas y desproporcionadas. La acción afirmativa exigida, demanda recursos del destinatario, puesto que atañe a contratar de forma permanente los servicios de profesional intérprete; sin duda, es una carga onerosa, que no todo comerciante está en capacidad de asumir, sin afectar sus derechos.

Entonces, atendida la obligación de zanjar el problema jurídico, esta Sala…, previo entendimiento de la necesidad e idoneidad de la medida, empleó el concepto “tamaño de la empresa”, reglado en las leyes 590, 905 y 1450 y D.957/2019, como criterio objetivo de proporcionalidad (relación afectación - beneficio), para determinar qué 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…



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA UNITARIA CIVIL– FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

D E P A R T A M E N T O D E L R I S A R A L D A

**SP-0046-2023**

**Siete (7) de marzo de dos mil veintitrés (2023).**

## El asunto por decidir

El recurso vertical propuesto por la parte demandada contra la sentencia emitida el día **15-11-2022** (Recibido de reparto el día 19-12-2022), con la que se definió el litigio en primer grado.

## La síntesis de la demanda

* 1. Los hechos relevantes. La accionada carece de convenio con entidad idónea y certificada por el Ministerio de Educación Nacional, para atender a la población sorda y sordo-ciega, en su establecimiento de comercio “Amor Real”, ubicado en el kilómetro 5 de la vía que va de Pereira, R., a Cartago, V. (Cuaderno No.1, pdf.03).
	2. Las pretensiones. **(i)** Ordenar la contratación de entidad idónea; y, **(ii)** Condenar en costas procesales (Sic) (Cuaderno No.1, pdf.03).
1. La defensa de la parte pasiva
	1. El municipio de Pereira. No le constan los hechos, ni tiene vínculo con la accionada y tampoco es responsable de cumplir la Ley 982. Se opuso a las pretensiones y excepcionó: **(i)** Falta de competencia; **(ii)** Ausencia de vulneración o amenaza; **(iii)** Carga de la prueba; y, **(iv)** La genérica (Cuaderno No.1, pdf.16).
	2. Valentina Castaño Vargas. Guardó silencio (Ibidem, pdf.17).
2. El resumen de la decisión apelada

En la parte resolutiva se: **(i)** Negó el amparo; y, **(ii)** Desestimó condenar en costasal accionante.

Con base en precedente de esta Sala explicó que los particulares que tienen establecimientos abiertos al público, están en la obligación de acatar el artículo 8º, Ley 982; sin embargo, como la imposición depende de la capacidad económica, inviable acceder a las pretensiones, porque la accionante tiene un activo de $4.467.000. No condenó en costas, por ausencia de pruebas sobre la temeridad o mala fe.

1. La síntesis de las alzadas

5.1. Los reparos. Mario A. Restrepo Z. (Accionante). **(i)** La aplicación de la norma no es potestativa del juez; y, **(ii)** La intimidad y privacidad del grupo protegido en modo alguno se mengua con la contratación del profesional (Ibidem, pdf.35).

1. La fundamentación jurídica para decidir
	1. La competencia en segundo grado*.* Esta Sala es competente, según el artículo 16 de Ley 472, al ser superiora jerárquica del despacho cognoscente.
	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).
	3. La legitimación en la causa. En forma repetida se ha dicho que este estudio es oficioso[[1]](#footnote-1). Diferente es el análisis de prosperidad de la súplica. En este evento se satisface en ambos extremos.

Se cumple por activa, porque la acción popular puede ser ejercida por cualquier persona natural o jurídica. Prescribe el artículo 12º, Ley 472, establece: *“(…) Podrán ejercitar las acciones populares: 1. Toda persona natural o jurídica (…)”*, y el 13º que: *“(…) Los legitimados para ejercer acciones populares pueden hacerlo por sí mismos o por quien actúe en su nombre* (…)”.

La CC en sede de constitucionalidad, de forma pacífica y consistente, comparte aquel razonamiento*[[2]](#footnote-2)*. También la Sala Civil de la CSJ[[3]](#footnote-3) en sede de tutela (Criterio auxiliar). De igual forma el CE (Criterio auxiliar), incluso, la denominó como legitimación *“universal”*[[4]](#footnote-4), *“general”*[[5]](#footnote-5) o *“por sustitución”[[6]](#footnote-6)*.

Y, por pasiva la señora Valentina Castaño Vargas porque se le imputa una omisión en la prestación de servicios de intérprete y guía intérprete en su establecimiento de comercio que, supuestamente, “*amenaza*” los derechos colectivos de los usuarios con limitaciones visuales y/o auditivas (Art.14, Ley 472).

* 1. El problema jurídico. ¿Se debe revocar la sentencia desestimatoria proferida por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Pereira, según el razonamiento del recurrente?
	2. 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, sino que 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 CE[[7]](#footnote-7) (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 decir, que haya podido ejercer su derecho de defensa (…)”.* En el mismo sentido la CC[[8]](#footnote-8). Cabe señalar que el Magistrado ponente, en este caso, había salvado voto acogiendo esta tesis en una providencia de otra Sala (2017)[[9]](#footnote-9), mas la postura es pacífica para esta época (2022)[[10]](#footnote-10).

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 objeto[[11]](#footnote-11) es amparar los derechos colectivos, caracterizados porque su titularidad la tiene la comunidad en general, son transindividuales e indivisibles. En este sentido la CC[[12]](#footnote-12).

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 (Que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal 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 CC[[13]](#footnote-13), en providencia que estudió los cargos de inconstitucionalidad contra la Ley 472, determinó que este tipo de acciones tiene un carácter público *“(…) 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 CC[[14]](#footnote-14), 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.[[15]](#footnote-15) y en el contexto foráneo la brasileña Ivo Pires[[16]](#footnote-16), quien cita al maestro argentino Mosset Iturraspe, refiriendo a los sistemas belgas, francés e italiano.

6.5.3. La sustentación de Mario A. Restrepo Z. (Accionante). Los reparos se subsumen, así: **(i)** La Ley 982 es de obligatorio cumplimiento, sin excepciones, por manera que la condición de pequeño comerciante no habilita su inobservancia; y, **(ii)** La presencia de los profesionales, tampoco supone la trasgresión de la intimidad del grupo protegido porque *“se puede dar antes del ingreso al cuarto, o despues (Sic) de que salgan o se retiren (…)”* (Ibidem, pdf.35).

6.5.4. La resolución. ***Infundados***. Los razonamientos jurídicos del fallo de primer nivel son compartidos, porque se acompasan con el criterio jurisprudencial de esta Colegiatura, como a continuación se explicará.

Los reparos serefutan indicando que la labor del juez, no se circunscribe a la simple aplicación de la norma. En ejercicio de la jurisdicción, está facultado para determinar el alcance e implementación de las disposiciones legales, conforme a las pautas de la hermenéutica judicial, sin perjuicio de observar los límites interpretativos expuestos por la CC en ejercicio del control de constitucionalidad y el precedente vinculante existente; por lo tanto, en casos complejos como el presente, razonable que la primera sede desestimará las pretensiones porque, desde el punto de vista objetivo, la medida deviene excesiva para conjurar la amenaza del derecho colectivo.

La carga del artículo 8º, Ley 982, no es absoluta. Ya esta Magistratura en diversas decisiones concluyó que, por virtud del principio de solidaridad, todos los ciudadanos que ofrezcan servicios al público deben garantizar el derecho colectivo al acceso de quienes estén en situación de discapacidad, mediante la implementación de herramientas idóneas que faciliten su interacción con el entorno y así, equiparar sus oportunidades a las que tiene la población sin limitaciones cognitivas, físicas, etc. (2022)[[17]](#footnote-17).

Es un deber que, en principio, recae en el Estado, mas, como es imposible que por su propia cuenta pueda garantizarlo plenamente en el territorio nacional, es necesario que los asociados ayuden en la eliminación de toda barrera existente, especialmente, en los espacios y servicios que libremente brinden al público.

Empero, también explicó que la solidaridad no puede conllevar la imposición de obligaciones excesivas y desproporcionadas. La acción afirmativa exigida, demanda recursos del destinatario, puesto que atañe a contratar de forma permanente los servicios de profesional intérprete; sin duda, es una carga onerosa, que no todo comerciante está en capacidad de asumir, sin afectar sus derechos.

Claramente, hay un conflicto entre derechos que, a tono con los principios de razonabilidad y proporcionalidad[[18]](#footnote-18), demandó de esta Corporación ponderar 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; en síntesis, evitar que el beneficio del colectivo cause una desmejora financiera intolerable para el destinario.

Entonces, atendida la obligación de zanjar el problema jurídico, esta Sala (2023)[[19]](#footnote-19), previo entendimiento de la necesidad e idoneidad de la medida, empleó el concepto *“tamaño de la empresa”*, reglado en las leyes 590, 905 y 1450 y D.957/2019, como criterio objetivo de proporcionalidad (relación afectación - beneficio), para determinar qué 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).

Así las cosas, no cabe duda de que acertó la juzgadora de conocimiento al desestimar los pedimentos, por la potísima de que la propietaria del establecimiento de comercio “Amor real”, es una **microempresaria**; conforme al artículo 85, CGP, como acredita el registro mercantil del portal web de la Cámara de Comercio[[20]](#footnote-20), que reza: “(…) **activo total**: 4,467,000.00 (…)” y “(…) **grupo niif**: grupo iii – microempresas (…)” (Cuaderno No.2, pdf.10). Claro es que devendría desmedido, en razón a su capacidad económica, obligar a la accionada a cumplir el artículo 8º, Ley 982.

1. Las decisiones finales

Se confirmará la decisión confutada; y, pese al fracaso de la alzada, no se condenará al accionante recurrente en las costas de esta instancia, por carecer de pruebas sobre actuar temerario o de mala fe (Art.38, ley 472).

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,

F A L L A,

1. CONFIRMAR el fallo proferido el 15-11-2022 por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Pereira.
2. SIN COSTAS en costas en esta instancia, según lo anotado.
3. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese,

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME A. SARAZA Naranjo**

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

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. **(iv)** TS. Pereira, Sala Civil – Familia. Fallo del 29-03-2017; MP: Grisales H., No.2012-00101-01. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. C-215 de 1999, C-377 de 2002, citada en la C-230 de 2011 [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ, Sala Civil. STC14393-2015, entre otras. [↑](#footnote-ref-3)
4. 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). [↑](#footnote-ref-4)
5. CE, Sección Primera. Sentencia del 04-09-2003; CP: María N. Hernández P., expediente No.25000-23-26-000-2000-0112-01(AP). Refiere la sentencia: *“(…) El legislador ordinario pretendió con ella crear un instrumento de defensa de los derechos e intereses colectivos al que pudiera acceder cualquier persona; es decir, que otorgó una legitimación de carácter general, sin que se vislumbre la exigencia de condición alguna, como probar el interés para ejercerla, ser residente o vecino del lugar donde posiblemente se están transgrediendo esos derechos u otra situación semejante”.* [↑](#footnote-ref-5)
6. 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”.* [↑](#footnote-ref-6)
7. 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). [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-004-2019. [↑](#footnote-ref-8)
9. TSP, Civil – Familia. Salvamento del voto del 21-09-2017, MP: Grisales H., No.2012-00465-03. [↑](#footnote-ref-9)
10. TSP, Civil – Familia. SP-0058-2022 y SP-0006-2022, entre muchas otras. [↑](#footnote-ref-10)
11. 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. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. C-569 de 2004. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. C-215 de 1999. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-176 de 2016. [↑](#footnote-ref-14)
15. 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. [↑](#footnote-ref-15)
16. 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. [↑](#footnote-ref-16)
17. TSP, Sala Civil – Familia. SP-0019-2022 y SP-0087-2022. [↑](#footnote-ref-17)
18. CC. C-022 de 2020 y C-022 de 1996, entre otras. [↑](#footnote-ref-18)
19. TSP, Sala Civil – Familia. SP-0023-2023, SP-0029-2023 y SP-036-2023. [↑](#footnote-ref-19)
20. https://www.rues.org.co/ [↑](#footnote-ref-20)