SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Demandante: Bernardo Abel Hoyos Martínez
Demandado: BBI COLOMBIA SAS
Vinculados: Julio Cesar Foronda Borja
Olga Carolina Uribe Botero
William David Uribe Botero
Radicados: 05001-31-03-004-2019-00050-01
05001-31-03-004-2019-00113-01
M. Ponente: Dr. Ricardo León Carvajal Martínez

Con el debido respeto con los compañeros que integran la Sala de Decisión, me permito salvar el voto parcialmente frente a la decisión de segunda instancia, en cuanto revoca parcialmente la sentencia de primer grado y la adiciona para declarar que los propietarios de los locales comerciales, también vulneran los derechos colectivos y hace extensible la orden frente a ellos para la adecuación de los locales comerciales donde funciona los establecimientos de comercio de la demandada BBI COLOMBIA SAS.

Y considero que el Tribunal oficiosamente no tiene competencia para efectuar este pronunciamiento, porque no fue objeto de apelación. No se puede olvidar que la competencia del superior funcional esta limitada por el recurso de apelación y

oficiosamente, solo puede modificar la sentencia cuando estamos en presencia de una de las excepciones que expresa y taxativamente consagra el Código General del Proceso, antes Código de Procedimiento Civil, normas que también se deben tener en cuenta al resolver el recurso de apelación y que no pueden ser desconocidas con el pretexto de que en las acciones constitucionales el juez de segundo grado tiene competencia y libertad para pronunciarse aún sobre aquellos puntos que no le merecieron reparo a las partes intervinientes.

En este sentido, la jurisprudencia desde vieja data se ha pronunciado en los siguientes términos

"*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 472 de 1998, a los aspectos no regulados en dicha ley les son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil o del Código Contencioso Administrativo, según la jurisdicción a que corresponda, siempre que no se opongan a la naturaleza de las acciones populares.*

"En este asunto como quedó visto, impugnaron tanto la parte demandante como la demandada, ésta para que se la absuelva de pagar el incentivo y las costas y aquella para que se incremente el valor de dicho reconocimiento económico. Nada

dijeron acerca de la decisión de negar las pretensiones de la demanda.

"Por lo tanto, en principio, la Sala debería limitar el estudio a dichos puntos de la sentencia impugnada, por ser lo desfavorable a los recurrentes, conforme lo prevé el inciso 1° del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por remisión del artículo 267 del C.C.A., a su vez aplicable por remisión del artículo 44 de la Ley 472 de 1998.

"Sin embargo el mencionado precepto del C.P.C., señala dos excepciones al límite de la competencia del juez de segunda instancia, pues lo autoriza a reformar la providencia impugnada en lo que no fue objeto del recurso cuando: 1) sea indispensable modificar puntos "íntimamente relacionados con aquella" y 2) cuando ambas partes impugnen, caso en el cual la competencia del superior es ilimitada. Dice la norma:

"ART. 357.- Modificado D.E. 2282/89, art. 1°, num.175. Competencia del superior. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo cuando ambas partes

hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones." (las negrillas y subrayas no son del texto original)" (CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCION PRIMERA. C. P. Dra. Martha Sofia Sanz Tobón; 16 de agosto de 2006, Rdo. 68001-23-15-000-2002-00851-01. Actor: ESEHIR BOHORQUES SUAREZ; Demandado: Municipio de florida Blanca).

Así mismo, la Corte constitucional al revisar una tutela que se suscito en el trámite de una acción de grupo, puntualizó: "*En tal sentido, la* ***competencia*** *que el legislador ha determinado al superior jerárquico para entrar a pronunciarse como juzgador de segunda instancia en virtud del recurso de apelación, constituye un elemento del derecho fundamental del derecho de defensa y del debido proceso, que condiciona la validez jurídica de su actuación, ya que, por mandato del artículo 6 superior, los servidores públicos únicamente pueden hacer aquello que expresamente les esté permitido realizar. Siguiendo a García de Enterría "la competencia es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano, siendo siempre una determinación normativa"*[18].

"Pues bien, una interpretación sistemática de las normas que consagran el trámite de la apelación de los autos y de las

excepciones previas en particular, evidencia que la competencia que al respecto tiene el juez de segunda instancia se encuentra regulada y limitada en las disposiciones propias del Procedimiento Civil. Así, en el trámite de la segunda instancia, un juez no tiene siempre plena competencia para pronunciarse sobre todos los asuntos que tengan alguna relación con la apelación, pues podría estar actuando por fuera del marco de su ***competencia,*** *por ejemplo, cuando profiere decisiones que resuelven de manera directa un asunto que no fue objeto de decisión por parte del a quo"* (Tutela 516 del 19 de mayo del 2005).

Bajo estas circunstancia, el Tribunal en segunda instancia no tiene competencia funcional para pronunciarse sobre la presunta vulneración de derechos colectivos por parte de los propietarios de los locales comerciales que ocupa BBI COLOMBIA SAS como arrendataria, porque no fue objeto de recurso de apelación.

Pero con independencia de la competencia del Tribunal, consideró que en situaciones como la presente, no resulta clara la vulneración de derechos fundamentales por parte de los propietarios de los locales comerciales; pues en realidad es el empresario quien conoce la normatividad que rige la actividad comercial que desarrolla y a la que está dedicado y es el

llamado a cumplirla y, de contera, quien conoce tales requerimientos para cumplir con tal propósito, frente al local donde llevará a cabo esa actividad, es quien conoce los requisitos que debe cumplir, como ocurre con el lugar donde debe estar ubicado, área requerida, servicios que debe tener y demás instalaciones que requiere; de tal manera, que si es necesario reformas o adecuaciones para cumplir con tales cometidos, de antemano se debe poner de acuerdo con el propietario para cumplir con tales requerimientos; salvo circunstancias sobrevinientes durante la vigencia del contrato de arrendamiento.

El solo hecho de tener un inmueble en oferta para ser arrendado, necesariamente no implica que el propietario lo tenga que tener adecuado con rampas de acceso y baños para personas con discapacidad, entre otros requerimientos, pues es posible alguien lo tome en arrendamiento para destinarlo a bodega, oficinas, u otras actividades, sin que necesariamente tenga que estar abierto al público, en cuyo caso, tales adecuaciones resultarían contraproducentes; un ejemplo, lo constituyen inmuebles que por tradición se han destinado para vivienda y que por su ubicación estratégica y área se toman en arrendamiento para ocuparlos con actividades diferentes.

Bajo estas circunstancias, si el empresario es demandado en una acción popular y considera que existe una responsabilidad legal o contractual del propietario del local comercial, lo puede llamar en garantía para que asuma las obligaciones que le compete; siendo incluso, discutible que el juez de primer grado oficiosamente tome la iniciativa de emitir condenas en su contra, máxime cuando no medio llamamiento en garantía y su intervención se suscitó oficiosamente.

En este caso, frente al local comercial de la Calle 30A No. 75-02, se advierte que la demandada BBI COLOMBIA SAS tomó el local en subarriendo, sin precisar quien lo arrendó; pero se deduce que el local que tomó en arrendamiento hace parte del que ocupa "JUSTO Y BUENO", donde si existe una rampa de ingreso, de la que no se estableció si cumple con los requerimientos legales, pero que en todo caso, no se considera idónea porque no puede estar supeditado a los horarios de atención al pública por parte de ésta. En este punto es importante recodar que el art. 523 de la Legislación mercantil autoriza al empresario para subarrendar hasta la mitad de los locales comerciales, sin lesionar los derechos del arrendador, en cuyo caso, se tiene que examinar si la construcción de otra rampa distinta con la que cuenta el local, lesiona esos derechos; con el agravante, que hipotéticamente se puede dar el caso, donde el local se puede subarrendar en ese porcentaje

a varios subarrendatarios para actividades mercantiles, con la posibilidad que se llegue a la conclusión que para cada uno de ellos, se requiere adecuaciones para garantizar los derechos colectivos de todas las personas, como rampas y baños, entre otras; lo que lesionaría gravemente los derechos del arrendador.

Frente al local comercial de la Cra. 52 No. 51A-17, se observa que la rampa que se debe construir cumpliendo el requerimiento legal de una pendiente del 8% tiene una longitud de 4.7 metros, cuando el local solo tiene 3.8 metros y, en este caso, aún con la designación de una arquitecto para que se integre al comité que se conformó y lo asesore, no es garantía de que ese problema técnico se pueda superar y construir la rampa, con lo cual quedaría en vilo la orden emitida en la sentencia.

Medellín (Ant.), 22 de febrero de 2022

Con el debido respeto,

LUIS ENRIQUE GIL MARIN
Magistrado