

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO

Manizales, Caldas, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO:	1700140030022023-00040-02
PROCESO:	ACCIÓN DE TUTELA
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No.	32
ORIGEN:	JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE MANIZALES-CALDAS
ACCIONANTE:	JOSE NOE FRANCO MARIN
ACCIONADO:	SECRETARIA DE PLANEACION DEPARTAMENTAL, ALCALDIA MUNICIPAL DE PACORA CALDAS SECRETARIA DE PLANEACION MUNICIPAL PERSONERIA MUNICIPAL DE PACORA CALDAS FABIO LOPEZ ANGEL MARIO ALBERTO LOPEZ ANGEL

OBJETO DE DECISIÓN

Procede el despacho a resolver la impugnación formulada por el accionante, contra la providencia calendada 7 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Manizales.

ANTECEDENTES

HECHOS

Expuso el accionante, que aproximadamente hace cinco años, su núcleo familiar y vecinos, se encuentran en peligro por una construcción vecina que carece de licencia de construcción, estudio de suelos y normas técnicas.

Que se han agotado todas las instancias ante las autoridades territoriales sin obtener solución, lo que pone en peligro inminente la vida de los vecinos del sector. Adujo que en el año 2018 se dio orden de suspender y demoler la construcción por el peligro que representaba, pero se ha hecho caso omiso y contrario a ello se sigue construyendo sin que las autoridades tomen medidas frente a ello.

PRETENSIONES

Por lo expuesto solicitó que se tutelaran sus derechos fundamentales a la vivienda digna, propiedad privada y vida; se realice una inspección ocular al inmueble ubicado en la carrera 6 No. 4-38 del municipio de Pacora, Caldas, con el fin de verificar que el mismo representa peligro al colapsar causaría un desastre. Y se ordene a las entidades competentes realizar la demolición del inmueble al no contar con licencia de construcción ni cumplir normas técnicas.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Manizales el 25 de enero de 2023 admitió la tutela, y en el mismo proveído les otorgó a las accionadas el término de dos días para dar contestación a los cargos endilgados en la acción de amparo. Posteriormente ordenó la vinculación de la Secretaría de Planeación Departamental, Personería Municipal de Pacora Caldas, los señores Fabio López Ángel, Mario Alberto López Ángel, Unidad Departamental de Gestión del Riesgo de Caldas, a quienes se les concedió el término para emitir pronunciamiento al interior de la presente causa.

RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS

ALCALDIA MUNICIPAL DE PÁCORA, CALDAS. Indicó que dio inicio al procedimiento del Art. 223 de la Ley 1801 de 2016 que regula el trámite policivo para esta clase de actuaciones. Prueba de ello y que se presentó dentro de las pruebas y anexos de la tutela, es el acta del 22 de octubre donde concurrió el querellante y donde se fijó fecha y hora para la diligencia del 15 de marzo de 2023 con el acompañamiento de otras autoridades de gestión del riesgo.

SECRETARIA DE MEDIO AMBIENTE DEPARTAMENTAL: Manifestó que no se ha violado ningún derecho fundamental y en resumen, respecto de sus competencias señaló con ocasión a un eventual riesgo de colapso estructural en atención a la solicitud realizada mediante el oficio S.P.P. 172040-500-042 del 16 de febrero de 2022 por la Secretaria de Planeación y Obras públicas del Municipio de Pacora, que desplazó personal técnico para realizar visita técnica al inmueble aludido, emitiendo el informe de dicha visita con fecha del 10 de marzo de 2022 en el que se incluyen las recomendaciones que deberá adoptar la administración municipal en virtud de sus competencias.

LA INSPECCIÓN DE POLICIA (adscrita) SECRETARIA DE GOBIERNO MUNICIPAL DE PÁCORA, CALDAS: Adujo que en virtud a la queja presentada por el accionante, se dio inicio al procedimiento contemplado en el artículo 223 de la ley 1801 de 2016. Que en diligencia del 25/10/2022 se fijó fecha para realizar la inspección al inmueble la cual se ha debido reprogramar en varias ocasiones debido a que no ha sido posible la concurrencia de todos los interesados. Y que para tal fin se encuentra programada la diligencia para el 15 de marzo de 2023 con acompañamiento de las autoridades locales.

Los Vinculados no hicieron ninguna manifestación.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* denegó la acción de tutela, tras concluir que no se acreditó la trasgresión de los derechos fundamentales alegados lo que deviene la improsperidad de acción tuitiva, aunado a que no se cumple el requisito de subsidiariedad.

LA IMPUGNACIÓN

El accionante, inconforme con la determinación del Juez de primera instancia presentó recurso de impugnación. Expuso que la decisión no se ajusta a los hechos y antecedentes que motivaron la tutela ni al derecho impetrado, por error de hecho y de derecho, en el examen y consideración de su petición, se niega a cumplir el mandato legal de garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, como lo establece la ley y se funda en consideraciones inexactas cuando no totalmente erróneas; y que si el principio de subsidiariedad es

determinar si hay un perjuicio irremediable como se compraba (sic) en el informe del 10 de marzo de 2022 de la secretaria de medio ambiente (visita técnica) firmada por los funcionarios donde textualmente resaltan el avance constructivo que ha tenido la vivienda desde el 2013 sin contar con la respectiva licencia urbanística de construcción y que excede el índice de construcción permitido y la altura máxima autorizada que tiene el municipio en la zona residencial que corresponde a dos pisos (en la actualidad cuenta con tres pisos y proyección al cuarto en proceso de construcción), lo más grave que se afirma utilizan su sistema empírico de construcción y mezcla(sic) de diferentes materiales que conduce a que el inmueble presente diversa falencia en su comportamiento como unidad estructural, carece de las secciones mínimas que requieren las columnas y vigas exigidas por el reglamento colombiano de construcción sismo resistente NSR-10 máxime cuando el municipio de Pacora se encuentra en zona sísmica alta según clasificación establecida en el título A de dicho reglamento. Y que si continua describiendo lo que textualmente dice el informe, la construcción incumple todas las normas habidas y por haber. Y que no acepta el argumento del juez de instancia al indicar que no se aportaron pruebas donde hay un peligro inminente, como tampoco el caso concreto indicado sin tener en cuenta las recomendaciones en el informe que expresa *Evacuar de manera preveniva (sic) la vivienda del señor Fabio López Dadas las patologías expuestas en el informe las cuales representan un factor de riesgo de colapso parcial o total ante un evento sísmico o un deterioro acelerado de sus materiales.* Por lo que solicita se revoque la decisión de primera instancia y en consecuencia ordene se aporte la licencia de construcción actualizada con sus respectivos planos, se detenga la construcción que se lleva adelante, se adopten las recomendaciones impartidas en el informe de visita técnica del 10 de marzo de 2022 o en su efecto la demolición del inmueble y por último se haga un seguimiento al cumplimiento del fallo.

CONSIDERACIONES

Competencia

Este despacho tiene la competencia en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política, 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, para conocer de la impugnación formulada contra el fallo de tutela proferido el 7 de febrero de 2023, por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Manizales, Caldas.

PROBLEMA JURÍDICO

Se limita a determinar si la decisión adoptada en primera instancia se ajusta a los lineamientos jurisprudenciales en torno a la procedencia excepcional de la acción de tutela, que devino en denegar la guarda constitucional al no acreditarse la procedencia del amparo para evitar un perjuicio irremediable.

LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela fue reglamentada por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, en los que se señala el trámite que a la misma debe imprimirse con arreglo a los principios de publicidad y prevalencia del derecho sustancial invocado, economía procesal, celeridad y eficacia.

Sus características más destacadas son las siguientes: 1) La violación o amenaza de un derecho fundamental; 2) su trámite preferente, se debe atender con prelación a cualquier otro asunto a despacho del juez competente; 3) la subsidiariedad, porque sólo se puede acudir a ella cuando el afectado no disponga de otro recurso o vía judicial, bien sea creado por la constitución o la ley, salvo que se ejercite como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y, 4) la inmediatez, porque como lo ha dicho la Corte Constitucional ¹ “la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza.”

Además de constituirse la acción de tutela como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por una autoridad pública o por particulares en casos legales previstos en la Constitución, se ha dicho reiteradamente por la Jurisprudencia que cuando a ella se recurre debe ser como mecanismo residual, esto es, que no se trata de una vía alterna a las acciones judiciales previstas por el ordenamiento jurídico.

CASO CONCRETO

¹ T-01 /1992.

De los motivos de inconformidad expuestos en la impugnación por parte del señor José Noe Franco Marín, se desprende que lo buscado es que se le conceda el amparo de sus derechos fundamentales y en consecuencia se ordene hacer cumplir con la demolición de la construcción ubicada en la K 6 No. 4-38 del Municipio de Pácora, Caldas, tal como fue ordenado por la Oficina de Planeación Municipal y ante todo cumpliendo las normas de construcción que ordena la demolición de construcciones que no cumplen con las normas técnicas ordenadas por el Gobierno Nacional.

Se procede a resolver el problema jurídico que se planteó el Despacho y para ello ha de recordarse que el Tribunal Constitucional ha enseñado acorde con lo preceptuado con el artículo 86 de la Carta Política de 1991, que por regla general las controversias suscitadas contra los derechos de las personas deben ser resueltos por las vías usuales, reposando entonces en cabeza del interesado la obligación de agotar los medios ordinarios que a su alcance pone el ordenamiento jurídico y es en ello que consiste el concepto de subsidiariedad de la acción:

"(...) Por su propia naturaleza la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección". Así las cosas, este carácter residual obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política a las diferentes autoridades judiciales, lo cual tiene apoyo en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial. (...)"

Así pues, la acción de tutela consagrada en el artículo 86 constitucional fue instituida para la protección de derechos fundamentales ante la ausencia de otros mecanismos de defensa judicial, o cuando existiendo, se requiera a fin de evitar la configuración de un perjuicio irremediable caso en el cual se concederá como mecanismo transitorio.

En esta hipótesis no debe perderse de vista que la protección se otorga temporalmente entre tanto el asunto es definido en su sede natural, siempre y cuando, se insiste, se acredite en el trámite las características de actualidad, urgencia e inminencia con las que debe estar dotado el perjuicio del que, con la acción tuitiva, se quiere evitar su realización.

En palabras de la alta Corporación en la providencia previamente citada:

“(...) Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio de este Tribunal, deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de ser inminente, es decir, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes; (iii) el perjuicio debe ser grave, esto es, susceptible de generar un daño transcendente en el haber jurídico de una persona; y (iv) exige una respuesta impostergable para asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.

En desarrollo de lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008, se consideró que cuando el accionante pretende la protección de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, en búsqueda de un amparo transitorio, tiene la carga de “presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela.” (...)

Todo lo anterior para significar, que la creación del amparo en el texto suprallegal estableció su carácter subsidiario y residual como requisitos para su procedibilidad, de manera tal que siempre que se advierta la vulneración de un derecho, deberá acudirse a los medios ordinarios de defensa previstos por el legislador, en la medida que la Carta Política en su canon 86 no los derogó. Por lo que el Tribunal Constitucional precisa respecto de la subsidiariedad que:

*(...)La acción de tutela no es, por tanto, un medio **alternativo**, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el **último** recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de **único** medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales.*

*Se comprende, en consecuencia, que cuando se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y, más aún, cuando ese medio se ha agotado y se ha adelantado un proceso, no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido una acción de tutela, pues al tenor del artículo 86 de la Constitución, dicho mecanismo es improcedente por la sola existencia de otra posibilidad judicial de protección, aún sin que ella haya culminado en un pronunciamiento definitorio del derecho. Bien puede afirmarse que, tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el **proceso**, tal como lo acreditan sus remotos orígenes. En el sentir de esta Corte, nadie puede alegar que careció de medios de defensa si gozó de la oportunidad de un proceso y menos todavía si tomó parte en él hasta su conclusión y ejerció los recursos de que disponía. Pero, claro está, si pese a las ocasiones de defensa dentro del proceso y a las posibilidades de impugnación del fallo que le otorgaba el sistema jurídico en obediencia a claros principios constitucionales (artículos 29 y 31 de la Carta), el interesado se abstuvo de utilizar los mecanismos a su disposición, tampoco puede acudir a la institución de la tutela como última tabla de salvación de sus pretensiones, por cuanto ello*

implica el alegato de su propia incuria contra el principio universalmente aceptado y desvirtúa el carácter subsidiario de la acción²...".

Así pues, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, señala como causales de improcedencia de la tutela, la existencia de otros "recursos o medios de defensa judiciales"; sin que la existencia de otro mecanismo de defensa judicial descarte *per sé* la procedencia del amparo superior, en la medida que debe analizarse la eficacia del mismo de cara al caso concreto: *"La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante..."*.

En el caso objeto de estudio lo que se pretende por parte del accionante es que se ordene a las autoridades competentes hacer cumplir con la demolición de la construcción ubicada en la K 6 No. 4-38 del Municipio de Pácora, Caldas, tal como fue ordenado por la Oficina de Planeación Municipal. Es decir, se pretende que a través de este mecanismo tuitivo se resuelva la controversia planteada por el accionante y lo dispuesto en el informe de visita técnica de la vivienda en la carrera 6 No. 4-26 del municipio de Pácora y elaborado por el profesional Universitario Secretaria de Medio Ambiente, Arquitecta, Secretaría de Despacho y la Jefe de Oficina de la Secretaría de Medio Ambientes y Gestión del Riesgo de la Gobernación de Caldas.

Respecto del perjuicio irremediable, ha manifestado la Alta Corporación Constitucional que la sola existencia de otra vía judicial no siempre es revelador de improcedencia, pues deben otearse sí es posible que se configure un perjuicio irremediable.

En el presente asunto, no quedó acreditado un perjuicio irremediable, ni se advierte el grado de urgencia, gravedad e inminencia que hagan procedente la intervención del Juez de tutela. Y es que aun cuando el accionante manifiesta que sí se configura un perjuicio en razón del peligro que representa la vivienda ubicada en la carrera 6 No, 4-26 al indicar que la misma no tiene licencia de construcción, no existe circunstancia alguna que permita concluir que el actor se encuentra en estado de debilidad manifiesta, entendida aquella como *"la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la*

² C-543 DE 1992

carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros" (Sentencia T-172/13), pues la sola manifestación que se pone de presente, no es circunstancia suficiente, para entender en un caso como el presente, que el accionante se encuentra dentro de esa población. Además, según el propio actor, el inmueble ha venido presentando los cambios y ampliaciones desde hace 5 años, lo que implica un largo período desde el hecho generador de la pretendida vulneración, lo que desdibuja la urgencia de una orden por el juez de tutela.

Como tampoco logró evidenciar que la intervención del juez Constitucional debe ser inmediata y que las condiciones en las que se encuentra la construcción no permita dar espera a la decisión que se tome en la querella promovida por el actor constitucional y la cual se encuentra en trámite ante la Inspección de Policía adscrita a la Secretaría de Gobierno del municipio de Pacora Caldas.

Lo anterior denota que la presunta configuración de perjuicio irremediable no fue probada, ni el trámite de primera instancia ni aún con la impugnación, y que por el contrario hay evidencias que permiten concluir que el perjuicio irremediable no tiene lugar en el presente caso. Toda vez que el informe de visita técnica del 10 de marzo de 2022 que hace referencia el promotor y que si bien en el mismo se establecen unas conclusiones y recomendaciones, también se indicó que *el presente informe constituye el reporte de una inspección meramente ocular, y no constituye estudio técnico, geotécnico o estructural detallado, además, no exime de las responsabilidad y compromisos del propietario de legalizar las obras que se pretendan adelantar en el inmueble objeto de visita técnica*. Así las cosas al no evidenciarse un perjuicio irremediable y no aportarse las pruebas que lo acrediten deviene a confirmar la necesidad de decretar la improcedencia de la acción, como bien lo hizo el juez de primer grado.

Así las cosas, no son de recibo los argumentos del accionante en la medida que la Corte ha establecido que la acción de tutela cabe únicamente cuando existe el hecho cierto, indiscutible y probado de una vulneración al derecho fundamental alegado por quien la ejerce, o una amenaza contra el mismo, fehaciente y concreta, cuya configuración también debe acreditarse.

No es dable conceder la protección pedida basándose tan solo en las afirmaciones del promotor. Por el contrario, si los hechos alegados no se prueban de modo claro y convincente, su deber es negarla, por cuanto, así planteadas las cosas, no tiene lugar ni justificación.

De allí que tenga tan señalada importancia la oportunidad probatoria dentro del trámite de la tutela y la valoración que en la sentencia realice el Juez.

Al punto se ha referido la Corte en la Sentencia T-264 del 7 de julio de 1993, en la cual se afirma:

"Para esta Corte resulta inadmisibile que el juez niegue o conceda la tutela de antemano, sin verificar ni sopesar a conciencia lo afirmado y lo acreditado por las partes. No puede resolver el fallador sin llegar a una persuación racional y fundada sobre el trato que merece el asunto sometido a juicio, pues la decisión carece de sustento si no se la pone en relación con los hechos probados, tanto como si se la adopta de espaldas a la normativa aplicable.

Tampoco puede aceptarse que el juez, basado en prejuicios o prevenciones, asuma una posición absoluta y general de rechazo o aceptación de las acciones de tutela propuestas, sin verificar su propia competencia, prescindiendo de la ponderación específica que cada caso requiere, o haciendo total abstracción de las circunstancias que lo rodean y de la confrontación material de la situación concreta con los mandatos generales de la Constitución y de la ley.

Dispone el artículo 3º del Decreto 2591 de 1991, obligatorio para el juez, que el trámite de la acción de tutela se desarrollará con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia.

El artículo 18 eiusdem establece que el juez podrá tutelar el derecho "...siempre y cuando el fallo se funde en un medio de prueba del cual se pueda deducir una grave e inminente violación o amenaza del derecho". El 19 lo faculta para requerir informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud y pedir el expediente administrativo o la documentación donde consten los antecedentes del asunto. En tal evento,

el juez únicamente puede resolver de plano, tomando por ciertos los hechos, si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente; aún así, el fallador puede estimar necesaria otra averiguación previa (art. 20).

El artículo 21 señala que si del informe resultare que no son ciertos los hechos, podrá ordenarse de inmediato información adicional que deberá rendirse dentro de tres días con las pruebas que sean indispensables. "Si fuere necesario -agrega el precepto- se oirá en forma verbal al solicitante y a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud, de todo lo cual se levantará el acta correspondiente de manera sumaria".

Bien es cierto que, al tenor del artículo 22 del mencionado decreto, "el juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas". Pero esta disposición no puede entenderse como una autorización legal para que el juez resuelva sin que los hechos alegados o relevantes para conceder o negar la protección hayan sido probados, cuando menos en forma sumaria dadas las características de este procedimiento. Su determinación no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela. A esa conclusión únicamente puede arribar el fallador mediante la evaluación de los hechos por él establecidos con arreglo a la ley y sin desconocer el derecho de defensa de las partes".

Por lo expuesto, no le asiste razón al actor al estimar vulnerados sus derechos bajo el argumento de un perjuicio irremediable porque aparte de las afirmaciones que el promotor realiza, no existen elementos de juicio a partir de los cuales se pueda inferir que él y su familia se encuentran en una situación de perjuicio irremediable que permita la procedencia de la acción tutela.

En ese orden, se confirmará la decisión de primera instancia.

DECISIÓN:

Por lo anterior, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Manizales, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de febrero de 2023 por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Manizales, Caldas, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor **JOSE NOE FRANCO MARIN** en contra de **SECRETARIA DE PLANEACION DEPARTAMENTAL, ALCALDIA MUNICIPAL DE PACORA CALDAS, SECRETARIA DE PLANEACION MUNICIPAL, PERSONERIA MUNICIPAL DE PACORA.**

SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión a las partes por el medio más expedito, al igual que al juez de primera instancia.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JULIANA SALAZAR LONDOÑO
Jueza