



67

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03425-01

Actores: JOSÉ RAMÓN DIAZ VILLA Y OTRA

Demandados: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B Y OTRO

Asunto: Acción de tutela. Fallo de segunda instancia. Contra providencia judicial.

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta por los tutelantes contra el fallo de 12 de abril de 2018, dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, con el que negó el amparo deprecado por estos.

I. ANTECEDENTES

1. La tutela

El señor **JOSÉ RAMÓN DIAZ VILLA** y la señora **EDITH PERDOMO CABEZAS**, promovieron acción de tutela, el 13 de diciembre de 2017,¹ invocando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y la reparación integral, presuntamente vulnerados por la Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado, quien en segunda instancia, declaró de oficio la caducidad de la acción, dentro del medio de control de reparación directa, radicado con el No. 18001-23-31-000-2000-00484-01.

1.1. Hechos

Los supuestos fácticos de la presente acción, en síntesis, son los siguientes:

¹ Fls. 1 – 15.



1.1.1. Los tutelantes demandan por los daños causados a una vivienda de su propiedad con ocasión de la construcción realizada por su vecino en el predio colindante. El vecino, que había obtenido licencia de construcción para remodelar un primer piso y construir (ampliar) un segundo piso, decidió, de facto, levantar una tercera planta y ubicar allí una piscina excediendo el objeto de la licencia otorgada y desencadenando una serie de agrietamientos y fisuras que provocaron graves afectaciones en el inmueble de los demandantes. Éstos deprecian la responsabilidad del Municipio de Florencia por omisión en las funciones de vigilancia y control sobre la licencia de construcción expedida ya que, en su sentir, de haberse efectuado el debido seguimiento por parte de las autoridades municipales, el daño no se hubiera producido.²

1.1.2. El Tribunal Administrativo del Caquetá, con sentencia del 31 de marzo de 2011, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.³

Lo anterior, toda vez que encontró probada la falla del servicio imputable al municipio, por i) omisión del trámite para la expedición de licencias; ii) omisión en la vigilancia y control sobre la construcción y iii) omisión en la imposición de las sanciones urbanísticas previstas en el artículo 104 de la Ley 388 de 1997.

1.1.3. La parte actora inconforme con la anterior decisión la apeló. Señaló que la sentencia impugnada desconoció el principio de reparación integral para dar prelación a la congruencia. Refirió que el *a quo* constató a través de la inspección ocular las afectaciones a la vivienda y el estado de desocupación que imposibilitó la coexistencia familiar, no obstante, nada de esto se vio reflejado en la indemnización concedida.⁴

1.1.4. La Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado, con providencia del 8 de junio de 2017, declaró de oficio la caducidad de la acción y, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.⁵

² Fls. 8 – 15. C. 1 del expediente ordinario allegado en calidad de préstamo (en adelante Exp. Ord.).

³ Fls. 88 - 102. *Idem*.

⁴ Fls. 107 – 108. C. 2. Exp. Ord.

⁵ Fls. 128 - 137. *Idem*.



1.2. Fundamentos de la solicitud

Los tutelantes consideraron que en la anterior providencia se configuraron los siguientes defectos:

1.2.1. Sustantivo. Este defecto los planteó en dos subcargos, así:

1.2.1.1. Toda vez que la autoridad judicial accionada desconoció el artículo 31 de la Constitución, que consagra el principio de la *non reformatio in pejus*, al establecer el inciso segundo que el «*superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único*».

1.2.1.2. Por otro lado, también expresaron que la Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado **incurrió en un defecto sustantivo por dar aplicación errada al cómputo del término de caducidad** del medio de control de reparación directa, en razón a que tomó como punto de partida o hecho generador del daño el día en que los tutelantes pusieron en conocimiento del secretario de planeación del municipio de Florencia, Caquetá, la situación precaria por la que estaba atravesando el inmueble, los problemas con los agrietamientos gestados, sin constatar que efectivamente el deterioro de nuestra casa hubiera sido como consecuencia de la construcción colindante de un inmueble que excedió los parámetros establecidos en la licencia de construcción.

1.2.2. Violación directa de la Constitución. Donde literalmente indicaron que con la decisión del «*Juzgado Primero Administrativo en descongestión y del Tribunal Administrativo del Caquetá*», desconoció la aplicación de los artículos 2º, 29 y 229 de ésta, «*pues al declarar de plano la ocurrencia del fenómeno de la caducidad en el proceso de reparación directa, sin analizar las particularidades del caso*».

1.3. Pretensiones

Como consecuencia del amparo de sus derechos, en la tutela se pidió:

«1.- Nos sean tutelados los derechos fundamentales al Debido Proceso {sic}, Acceso efectivo a la Administración de Justicia {sic} y a la Reparación Integra {sic}.



2.- Se deje sin efecto el numeral segundo de la Sentencia del 31 de marzo de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá, al igual que la Sentencia del 08 de junio de 2017 emitida por el Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección "B" que decidió declarar la caducidad de la acción promovida por nosotros contra el municipio de Florencia y se inhibió de resolver de fondo el motivo del recurso de apelación.

3.- Que en su lugar se ordene al Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección "B", proferir sentencia de fondo, que corresponda en derecho, se ajuste al amparo, garantía real y efectiva protección del derecho fundamental al debido proceso y con ello el derecho de acceso a la administración de justicia y a la reparación integral, analizando integralmente los medios de pruebas aportados al proceso, garantizando el principio de la *Non Refomatio in Pejus* y sobre todo computando de forma correcta el término de caducidad de la acción de reparación directa, teniendo en cuenta la certeza del daño.

4.- Las demás que se consideren pertinentes para la protección y amparo de nuestros derechos fundamentales».

2. Trámite en primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, en auto de 15 de diciembre de 2017,⁶ admitió la tutela y ordenó notificar a los Magistrados de la Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado y a los del Tribunal Administrativo del Caquetá.

Como tercero con interés dispuso notificar al municipio de Florencia, por haber sido parte, en el proceso ordinario.

3. Intervenciones

Remitidos los oficios de rigor,⁷ se recibió la siguiente:

3.1. La Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado

Al contestar solicitó negar el amparo deprecado, para lo cual, explicó que no se configura el supuesto de defecto material por violación del principio de la *non reformatio in pejus*.⁸

⁶ Fl. 18.

⁷ Fls 19 – 25.

⁸ Fls. 26 - 29.



Manifestó que, por virtud del mencionado principio no se puede hacer más gravosa la situación del apelante único; así como también, resulta incuestionable que el juez de segunda instancia queda limitado por aquello que constituye el objeto del recurso puesto a su consideración, tales limitaciones operan a condición de que se haya constituido válidamente la relación jurídico procesal entre las partes, lo cual ocurre cuando se lleva a cabo la verificación de los denominados «*presupuestos procesales de la acción*», dentro de los cuales figura la caducidad.

Si fracasa o no se satisface alguno de estos presupuestos, el derecho de acción y las pretensiones que este envuelve, se relegan del pronunciamiento judicial, por cuanto no se consolida la relación adjetiva entre las partes, necesaria para que el juez asuma el conocimiento de fondo.

También manifestó que no se configura el supuesto defecto material por indebida aplicación del cómputo del término de caducidad. Para los promotores de la tutela el inicio del término de caducidad debió tomarse a partir del 24 de noviembre de 1998, fecha en la cual Planeación Municipal les comunicó que los problemas de la vivienda habían sido ocasionados por la construcción colindante.

No obstante, antes de esa fecha el daño alegado ya se había materializado, pero lo que es más, los demandantes -ahora actores en tutela- tenían pleno conocimiento del mismo y de que aquél estaba relacionado con la construcción aledaña y con el presunto incumplimiento de los requisitos mínimos, tal como ellos mismos se lo pusieron de manifiesto el 5 de noviembre de 1998 a la Oficina de Planeación Municipal.

En este orden de ideas, toda vez que la decisión adoptada por la Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia del 8 de junio de 2017, se adoptó observando plena e irrestrictamente el canon constitucional indicado como desconocido.



4. Decisión de primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado con providencia del 12 de abril de 2018, negó el amparo deprecado.⁹

Para arribar a lo anterior, explicó que revisadas las pruebas obrantes en el proceso, no se puede estimar vulnerado el principio de la *non reformatio in pejus*, si se tiene en cuenta que, si bien la parte actora fungió como único apelante, la demanda interpuesta por los demandantes no se interpuso en tiempo y, por tanto, no es posible dar aplicación a dicho principio.

5. La impugnación

La anterior decisión fue impugnada por la parte accionante, quien la sustentó reiterando los argumentos expuestos en escrito inicial frente al **defecto sustantivo** alegado.¹⁰

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para asumir el conocimiento de la impugnación presentada, según lo establecido por el Decreto No. 2591 de 1991, en concordancia con el Decreto No. 1069 de 2015 modificado por el Decreto No. 1983 de 2017, así como el Acuerdo No. 55 de 2003 de la Sala Plena de la Corporación.

2. Asunto bajo análisis

De conformidad con el fallo de primera instancia y la impugnación presentada, corresponde a la Sala determinar:

- i. La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

⁹ Fls. 37 – 43.

¹⁰ Fls. 51 – 52. El fallo de primera instancia se notificó por correo electrónico el 18 de abril de 2018 (fls. 44 - 49). La impugnación se radicó el día 20 de ese mes y año, es decir, dentro del término establecido por el artículo 31 del Decreto No. 2591 de 1991.

ii. Si el fallo de tutela de primera instancia se debe confirmar, modificar o revocar, a partir de los argumentos dados en la impugnación.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Esta Sección, mayoritariamente,¹¹ venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, eventos estos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado que lesionara el derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012¹² **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas desemejantes sobre el tema.¹³

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.¹⁴

Señaló la Sala Plena en el fallo en mención:

«De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha

¹¹ Sobre el particular, el Consejero Ponente mantuvo una tesis diferente sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se puede consultar en los salvamentos y aclaraciones de voto que se hicieron en todas las acciones de tutela que conoció la Sección. Ver, por ejemplo, salvamento a la sentencia Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001-03-15-000-2011-00546-01, accionante: Oscar Enrique Forero Nontien y accionados: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B Y OTRO.

¹² Sala Plena. Consejo de Estado. Rad. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germanía Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

¹³ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

¹⁴ Se dijo en la mencionada sentencia: «DECLÁRASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia».

sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente**».¹⁵ Énfasis propio.

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente** como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los **«fijados hasta el momento jurisprudencialmente»**.

Al efecto, en virtud de la sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014,¹⁶ la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 de la Constitución Política y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada

¹⁵ Sala Plena. Consejo de Estado. Rad. No. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actores: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.



21

caso deberá probarse y en donde el Actores tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia¹⁷ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, no ha distinguido con claridad cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -improcedencia sustantiva- y cuáles impiden analizar el fondo del asunto -improcedencia adjetiva-.

Por tanto, se debe verificar que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez; iii) subsidiariedad, es decir, el agotamiento de los mecanismos judiciales, ordinarios y extraordinarios de defensa, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión a tomar será declarar **improcedente** el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

Cumplidos esos parámetros, corresponderá adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la **prosperidad** o **negación** del amparo impetrado, se requerirá principalmente: i) que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y ii) que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una «*tercera instancia*» que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

¹⁷ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.

4. Caso concreto

Para la Sala una vez analizados los argumentos planteados en la impugnación, donde reiteró los argumentos frente al defecto sustantivo alegado en el escrito inicial, donde planteó dos subcargos, por un lado, la violación del principio de la *no reformatio in pejus* y, por el otro, la aplicación errada del cómputo de la caducidad.

Procede la Sala a pronunciarse sobre cada uno de estos:

4.1. Defecto sustantivo por violación del principio de la *no reformatio in pejus*

Sobre el particular, se reitera el criterio expuesto en otras ocasiones,¹⁸ pues de conformidad con los argumentos desarrollados, la violación al principio de la *no reformatio in pejus*, es una de las causales de nulidad originada en la sentencia, por lo que contra ella procede el recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 248 de la Ley 1437 de 2011, específicamente, por la causal contenida en el numeral 5° del artículo 250 *ejusdem*,¹⁹ postura que señaló que cuando se alega que el juez actuó por fuera de la *causa petendi*, es decir, sin competencia, procede el recurso extraordinario de revisión.

Al respecto la Corte Constitucional ha establecido que «...el recurso extraordinario de revisión constituye un instrumento viable para proteger el derecho al debido proceso, siendo la instancia propicia para que se examine la pretensión de la parte actora, por lo que no corresponde a esta Corporación decidir si prosperaría o no la pretensión de quien instaura la tutela, porque se entraría al estudio del fondo de lo alegado, lo cual escapa a la competencia de la Corte Constitucional...»²⁰

¹⁸ Consejo de Estado, Sentencia del 21 de julio de 2016. Consejera Ponente. Rocío Araújo Oñate. Rad. 11001-03-15-000-2015-03373-01; Sentencia del 14 de mayo de 2015. Consejero Ponente Alberto Yepes Barreiro. Rad. 11001-03-15-000-2014-02791-00.

¹⁹ Artículo 250, numeral 5: «Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación».

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-291 del 21 de mayo de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Que representa criterio auxiliar para la Sala.



En este orden de ideas, por lo expuesto anteriormente, se advierte que la solicitud de tutela, respecto del argumento relativo a la *no reformatio in pejus* es improcedentes, teniendo en cuenta que la misma no supera el requisito de subsidiariedad, pues el actor tiene la posibilidad de acudir al recurso extraordinario de revisión previsto en los artículos 248 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, para alegar el cargo referido que plantea en el marco de esta acción constitucional.

4.2. Defecto sustantivo por aplicación errada del cómputo de la caducidad de la acción

En la providencia judicial que se cuestiona con la presente acción constitucional la Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado de oficio declaró haber operado el fenómeno jurídico de la **caducidad de la acción**.

La autoridad judicial acá cuestionada, en sus consideraciones inició con el análisis de los requisitos procesales de la acción, para poder abordar el estudio de la apelación presentada por los hoy accionantes, donde analizó los aspectos relacionados con la jurisdicción, la competencia y la acción procedente; también revisó la legitimación en la causa, sin problema alguno, pero al momento de estudiar la caducidad como presupuesto de aquella, no la encontró satisfecha en el caso concreto y la declaró de oficio.

Para tal determinación explicó la jurisprudencia de la Corporación ha establecido diferencias sustanciales, por un lado, entre daño y perjuicio y, por otro, entre el daño que se produce de manera instantánea y el daño continuo o sucesivo.

También indicó que aquella ha señalado que no se deben confundir aquellos eventos que desencadenan una sucesión de daños, con los efectos de un daño que se difieren o agravan con el tiempo. En el primero de los casos se trata de daños que, aunque sucesivos, son independientes. En la segunda hipótesis, se trata de un daño cuyos efectos aumentan o empeoran a medida que transcurre el tiempo. Como evidentemente son circunstancias distintas, deben atenderse al momento de establecer la caducidad. Por lo mismo, en cada caso se debe precisar cuando nació o se consolidó el daño.

A partir de lo anterior, la Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado, en la providencia judicial explicó los que sigue:

«Merced de la diferencia entre daño y perjuicio, de lo anterior se colige, igualmente, que un daño consolidado no se equivale a la fase final de progresión de perjuicios. Siendo esto así, el caso concreto no comporta una especie de daño continuado por el hecho que las grietas y fisuras que afectaron la vivienda de los demandantes se fueran acentuando con el paso del tiempo hasta tornarla inhabitable²¹.

Por las pruebas obrantes²² se conoce que la construcción de la alberca en el tercer piso de la vivienda vecina, produjo sobre la estructura de la vivienda de los accionantes un esfuerzo adicional para el cual no estaba en condiciones de soportar²³, sobre carga que se hizo manifiesta a partir de dilataciones y fisuras, visibles en paredes y pisos²⁴. Es decir, los accionantes pudieron cerciorarse de manera concreta del daño, en el momento que la vivienda empezó a presentar agrietamientos anormales, con independencia de la expansividad progresiva que estas lograran alcanzar con el tiempo.

También se sabe que hacia el 5 de noviembre de 1998, los demandantes ya tenían conocimiento de esa manifestación objetiva del daño, comoquiera que en dicha fecha el señor José Ramón dirigió una comunicación a Planeación Municipal de Florencia (fl. 30 c. 2). En la cual relató:

²¹ «Conforme a las pruebas se indica que la vivienda tuvo que ser desocupada en enero de 1999. Así por ejemplo lo refiere la testimonial trasladada (fls. 49-50, c. 2)».

²² «En particular la prueba trasladada (expediente tramitado ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia bajo el radicado 1999-00045-00, mediante el cual se resolvió la demanda interpuesta por los aquí demandantes en contra del señor Jamel Quintero propietario de la construcción irregular que provocó el daño), la cual se valora, teniendo en cuenta que el arribo de dichas pruebas se produjo por solicitud que hiciera una de las partes -demandada- y fue debidamente decretada por el Tribunal a quo (fl. 50 c, 1). Una vez recaudada, permaneció en el proceso a disposición de las partes para el ejercicio de contradicción (fl. 61, c. 1).

En cuanto a la prueba pericial trasladada, «la premisa jurisprudencial es que las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales no pueden trasladarse a procesos distintos de aquéllos en los que fueron practicados, salvo que lo hayan sido con audiencia de la parte contra la que se aducen». Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección «C», sentencia del 3 de diciembre de 2014, exp. 45433, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, ratificada en la sentencia de la misma subsección y ponente del 16 de febrero de 2017, exp. 33.861. En el presente proceso, quien solicitó la prueba fue la parte demandada para aducirla en contra de la demandante, que a su vez, fue parte dentro del proceso del cual provienen».

²³ «De manera concreta así lo refiere el peritaje trasladado del geólogo Jader Muñoz Ramos (fls. 179-186, c. 3) aparece el dictamen pericial rendido por el geólogo Jader Muñoz En el cual se dice: «La amplitud (separación) de las fisuras en la vivienda de la parte demandante es mayor a medida que se acercan a la vivienda del demandado. (...). La alberca construida en el tercer piso de la casa del demandado está justo encima de las principales fisuras de la casa del demandante (...).

Un asentamiento de la vivienda de la parte demandada favorecida por la colocación de aproximadamente 12 a 15 m³ de agua en su tercer piso, y haciendo presión al muro que sirve de lindero con la parte demandante, podría causar una pérdida de la verticalidad de la vivienda y hacer que esta se recueste sobre la vivienda de la parte demandante y cause las averías que son objeto del proceso en curso.».

²⁴ «Así quedó comprobado en la inspección judicial realizada a instancias del presente proceso el 17 de septiembre de 2002 (fl. 54, c. 2)».



Con el propósito de enterarlo del problema que a mi vivienda ubicada en la dirección Transversal 26 # 7 E-04 Barrio las Américas de este Municipio. La propiedad en mención fue construida en el año 1982 sin presentar ningún daño en su estructura hasta este año en que se construyó en el lote contiguo un edificio de 3 plantas, a raíz de la cual se ha agrietado (sic) las paredes, las puertas (sic) en el momento están selladas y el proceso de agrietamiento continúa, puesto que es un edificio construido a mi parecer sin cumplir con los requisitos mínimos que se deben tener con las propiedades vecinas.

En repetidas ocasiones he acudido a sus oficinas personalmente y muy formalmente los funcionarios inspectores han acudido a realizar varias inspecciones oculares sin obtener ninguna respuesta por escrito, pero en vista en que el problema es tan alarmante cada día pone en peligro la vida de mi familia.

Por lo anterior le ruego el favor de intervenir inmediatamente para poner fin a este grave problema que me está ocasionando.

En respuesta a esta comunicación, el 24 de noviembre de 1998, la oficina de Planeación Municipal de Florencia²⁵ dirigió una comunicación al señor José Ramón Díaz Villa, en la cual le hizo saber: *“En inspección realizada al inmueble de su propiedad, se constató que debido a la construcción del inmueble colindante afectó notoriamente su vivienda, presentando fisuramientos sobre la misma, razón por la cual se hace necesario iniciar acciones legales a través de apoderado por daños en bien ajeno y dentro del proceso que se adelante, a través del dictamen pericial se evaluará detalladamente los daños ocasionados a la vivienda”* (fl. 31, c. 2).

De lo expuesto anteriormente se extrae que, inclusive, **desde antes del 5 de noviembre de 1998 la parte actora ya tenía conocimiento del daño ocasionado a su vivienda con motivo de la construcción aledaña y por el que aquí reclama.** Se insiste en que uno es el daño y otros los perjuicios que de este se derivan y que se pueden prolongar o agravar con el tiempo. **Si bien no se conoce el momento exacto en que los actores se percataron del daño representado en la afectación estructural de la vivienda, lo cierto es que para el 5 de noviembre de 1998 indiscutiblemente ya éste era evidente y ostensiblemente “alarmante”,** a tal punto que los afectados pudieron poner al tanto a la oficina de Planeación Municipal de su ocurrencia como se desprende de la comunicación anteriormente reseñada.

De esta forma, se toma la manifestación expresa del demandante del 5 de noviembre de 1998 como la fecha cierta que, para el caso concreto, constituye el momento de conocimiento del daño. En consecuencia, el plazo fatal empezó a contar a partir del día siguiente 6 de noviembre de 1998. La demanda, por su parte, fue interpuesta el 27 de noviembre de 2000 (fl. 15, c. 1); es decir cuando ya habían transcurrido los dos años con los que contaban los actores para acudir en reparación ante la jurisdicción contenciosa.

²⁵ «El escrito fue firmado por el señor Antonio Ruíz Tovar, Jefe de Planeación y Control Urbano».

Todo lo anterior, por demás, sin que se evidencie circunstancia alguna que hubiera suspendido el término de caducidad, o que diera lugar a la aplicación de una excepción a la regla de contabilización, como sucede cuando se debe acudir a criterios de convencionalidad y constitucionalidad que ameriten un tratamiento diverso o diferenciado. Hasta el momento actual de la jurisprudencia, esas excepciones están dadas con fundamento en la protección de bienes constitucionalmente relevantes, como sucede, por ejemplo, con los sujetos de especial protección y vulnerabilidad manifiesta, o con casos que provengan de desplazamiento²⁶, desaparición forzada²⁷ o afectación de bienes y personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario. En todo lo demás, se aplicarán las reglas comunes de contabilización, previstas para la generalidad de los casos.

En virtud de la naturaleza de la caducidad, cuando se ha descartado que por vía de convencionalidad el caso sea tributario de un tratamiento especial, si a la parte actora se le puede enrostrar inequívocamente el acaecimiento de la caducidad, mal puede considerarse aquello como una frustración arbitraria al efectivo acceso a la administración de justicia, antes bien, se trata del respeto y sujeción a las reglas del debido proceso, dentro de las cuales, la caducidad cobra una importancia significativa en razón al interés general que envuelve.

Atendiendo lo dicho y por ser la caducidad un presupuesto de la acción, de orden público, puede ser declarada oficiosamente por el juez en tanto la encuentre acreditada. Como acontecimiento procesal, necesariamente constituye uno de los requisitos mínimos para aperturar la relación jurídico-procesal entre las partes. Sin duda, el condicionamiento del derecho de acción a la existencia de un plazo fatal encuentra su razón de ser en el principio de la seguridad jurídica...».²⁸

Para este juez constitucional en el presente caso no se configura el defecto alegado en la impugnación pues de la lectura de las consideraciones de la autoridad judicial accionada, esta encontró probada de oficio la caducidad de la acción, como presupuesto procesal de ésta, valiéndose de las pruebas allegadas al proceso ordinario, concluyó razonablemente que los accionantes conocieron efectivamente el daño soportado, por el cual, demandaron, desde antes del **5 de noviembre de 1998**, puesto que de esa manera se lo hicieron conocer a la oficina de Planeación Municipal de Florencia y la demanda de reparación directa se radicó el **27 de noviembre del 2000**.²⁹

²⁶ «Al respecto puede verse los lineamientos dados por la Corte Constitucional en la sentencia SU-254 del 24 de abril de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva».

²⁷ «En este evento, teniendo en cuenta, además, lo previsto en la Ley 589 de 2000».

²⁸ Énfasis de la Sala.

²⁹ Fl. 8. Exp. Ord.



Así las cosas, resulta evidente para la Sala que la actividad intelectual que realiza el fallador en materia de apreciación y valoración de pruebas, hace parte de la autonomía e independencia de la que gozan los jueces de la república y, por lo mismo, ni las partes y mucho menos el juez constitucional, puede imponer a toda costa su criterio, interpretación y lógica sobre la del natural, como si se tratara de un juez superior e infalible y con ello, sustituir de manera arbitraria el juicio valorativo de aquel; motivo por el cual, la acción constitucional no puede ser considerada como una «*tercera instancia*» que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Por lo anterior, este juez constitucional confirmará la providencia impugnada, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Confirmar el fallo de tutela de primera instancia, del 12 de abril de 2018, por medio del cual, la Sección Cuarta del Consejo de Estado **negó** el amparo deprecado por el señor **JOSÉ RAMÓN DIAZ VILLA** y la señora **EDITH PERDOMO CABEZAS**, respecto al cargo por defecto sustantivo, por aplicación errada del cómputo de la caducidad de la acción de reparación directa, de conformidad con la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Declarar la **improcedencia** del mecanismos constitucional, por no superar el requisito de procedibilidad adjetiva de la subsidiariedad, frente al al defecto sustantivo por afectación del principio de la *no reformatio in pejus*, de acuerdo a los argumentos dados en este proveído.

TERCERO: Enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo establecido por el artículo 32 del Decreto No. 2591 de 1991.



CUARTO: Notificar a las partes según lo establecido por el artículo 30 del Decreto No. 2591 de 1991.

QUINTO: Devolver el expediente ordinario allegado en calidad de préstamo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

