

Sentencia T-275/08

DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA-Casos en que es procedente la protección

DERECHO AL MINIMO VITAL-Concepto

VIVIENDA DE INTERES SOCIAL-Inexistencia de regulación legal atinente a las condiciones en las cuales el beneficiario del subsidio de vivienda de interés social, puede dejar de residir en la vivienda, manteniendo la propiedad, como en el evento de un contrato de arrendamiento

DERECHO A LA VIVIENDA DE INTERES SOCIAL-Finalidad

DERECHO A LA VIVIENDA DE INTERES SOCIAL-Desconocimiento de la protección estatal hace que las viviendas adjudicadas puedan ser empleadas con fines lucrativos para el adjudicatario del subsidio

DERECHO A LA VIVIENDA DE INTERES SOCIAL-Necesidad de un diseño de regulación más efectiva, adecuada y precisa de las condiciones en que un adjudicatario de un subsidio de vivienda de interés social puede no residir en ella o arrendarla

ACCION DE TUTELA-Función objetiva

MUJER CABEZA DE FAMILIA-Protección constitucional especial

MUJER CABEZA DE FAMILIA-Protección constitucional para garantizar el acceso definitivo a una vivienda en condiciones dignas

DERECHOS DEL NIÑO-Carácter prevalente

Referencia: expediente T-1691685

Acción de tutela instaurada por Luz Marina Narváez Pérez en su nombre y actuando en representación de sus hijos Gina Paola Tapia Narváez, Marcela Judith Narváez Pérez y David Eduardo Narváez Pérez contra el Personero Municipal de El Carmen de Bolívar y el particular Mariano Asitimbay Zabala.

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., doce (12) de marzo de dos mil ocho (2008).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

La sentencia del cinco (5) de febrero de dos mil siete (2007), proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de El Carmen de Bolívar fue remitida a la Corte Constitucional y seleccionada por la Sala de Selección Número Nueve (9), mediante auto del siete (7) de septiembre de dos mil siete (2007), correspondiendo a la Sala Segunda de Revisión su conocimiento.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Hechos relatados por la demandante

1.1. La tutelante, madre cabeza de familia con seis hijos bajo su cuidado, de los cuales tres son menores de edad, considera que la autoridad demandada y el señor Mariano Asitimbay Zabala han vulnerado los siguientes derechos fundamentales: igualdad, reconocimiento a la personalidad jurídica, petición, libertad, debido proceso, derecho a la familia, derechos fundamentales de los niños, propiedad y vivienda.

1.2. Cuenta la tutelante que El INURBE construyó en “El Carmen de Bolívar” el barrio Vivienda Comunitaria La Victoria. “Es decir viviendas para gente pobre como la suscrita.”<sup>1</sup> Una de esas viviendas, lote 11, manzana 2, es donde la tutelante ha habitado con sus hijos desde su construcción, ha pagado los servicios públicos y aduce ser dueña de la misma.

1.3. En mayo de 2006, el señor Mariano Asitimbay Zabala inició proceso de restitución de inmueble arrendado en contra de la tutelante. Durante el proceso sostuvo que por medio de contrato verbal del 15 de enero de 2002 le arrendó a la tutelante el inmueble ubicado en la calle 37ª No. 63-92 Lote 11 Manzana No. 2 Barrio Junta de Vivienda Comunitaria la Victoria, tercera etapa.

1.4. El señor Asitimbay Zabala argumentó que las partes habían acordado como canón de arrendamiento la suma mensual de 20.000, los cuales debían ser cancelados los primeros 15 días de cada mes en la residencia de la arrendataria. Dice que la tutelante solo canceló los primeros dos meses de arrendamiento y desde esa fecha ha incumplido el contrato. Así, adeuda 4 años y tres meses de arriendo, desde abril de 2002 hasta mayo de 2006.

1.5. El demandante en el proceso de restitución de inmueble aportó al proceso:

- Planilla del Instituto Nacional de Vivienda de interés social y reforma urbana, subgerencia técnica donde aparece él como beneficiario en la relación de cartas de asignación por programa en el barrio La Victoria, el Carmen de Bolívar con fecha del 22 de agosto de 1997.

- El Acto de Adjudicación unidad de vivienda y el lote donde esta construida donde aparece el señor Mariano Asitimbay Zabala como dueño del inmueble de vivienda de interés social y además que éste constituye patrimonio de familia inembargable.

- Poder otorgado el 27 de julio de 2006 por Luz Marina Narváez Pérez a Gerlein Enrique Yépez Romero para que la representara en el proceso de restitución de inmueble arrendado instaurado en su contra.

El 27 de julio de 2006 el apoderado de la tutelante presentó excepción previa de inepta demanda por falta de los requisitos legales argumentando que no existió contrato de arrendamiento “pues de los hechos alegados es fácil deducir que estos no obedecen a la realidad, es casi imposible que un arrendador se soporte más de cuatro años sin recibir los cánones de arrendamiento, este hecho demuestra que el inmueble exigido no fue arrendado, por lado a quien se le ocurre arrendar una casa por 20.000, los cuales son irrisorios comparados con el valor del inmueble.”<sup>5</sup>

El 31 de agosto de 2006 el apoderado del demandante solicitó que la parte demandada no fuera oída sino hasta que se demostrara que hubiese consignado a órdenes del juzgado el valor total o los tres últimos recibos de pago.

1.7. El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de “El Carmen de Bolívar”, mediante sentencia del 20 de noviembre de 2006, reconoció y declaró judicialmente terminado el contrato verbal por falta de pago del canon de arrendamiento del inmueble ubicado en la calle 37ª No. 63-92

del barrio la Victoria 3ra etapa, con nomenclatura interna Lote 11 de la manzana 2. a su vez, ordenó “la desocupación del referido inmueble y entréguese al demandante o a su apoderado.”<sup>6</sup> En caso de que no fuera entregado, ordenó el lanzamiento de la tutelante y comisionó al Inspector Central de Asuntos Policivos para el efecto. De otra parte, ordenó el pago de cánones de arrendamiento desde el 15 de abril de 2002 hasta la entrega del inmueble. Las consideraciones de la sentencia dicen:

“La presente acción está motivada por la falta de pago de los cánones de arrendamiento y se aportó prueba sumaria de la existencia del contrato y de la renuncia a la constitución en mora de la demandada Luz Marina Narváez Pérez.

El carácter del numeral 2 del párrafo 2 del art. 424 del CPC, que trata de la contestación, derecho de retención y consignación, es meramente prohibitivo, es decir la norma solo puede aplicarse en ese solo sentido, no puede desconocerse bajo ningún pretexto, en consecuencia, se exige que si la demanda está fundada en la falta de pago, el demandado no será oído en el proceso sino hasta tanto no demuestre que ha consignado a ordenes del juzgado valor total de los cánones adeudados o cuando presente los recibos de pago expedidos por el arrendador correspondientes a los tres últimos periodos.

La presente acción invoca la falta de pago de varios cánones de arriendo por parte de la accionada y no obstante haberse notificado y propuesto excepciones dentro de la oportunidad legal, por simple mandato de la norma en cita, no se oirá a la demandada, por no aportar la consignación de los cánones adeudados en el Banco Agrario de Colombia de san Jacinto a ordenes de este despacho judicial, ni se han aportado copias de los recibos expedidos por el demandante de los tres últimos periodos, conducta por la norma para entabrar la litis.

Por otra parte, se exige, que en el transcurso de la demanda, el demandado consigne oportunamente a ordenes del juzgado, en la cuenta de depósitos judiciales, los cánones que se causen durante el proceso en ambas instancias y de incumplir con dicha obligación dejará de ser oído hasta tanto presente prueba de no encontrarse moroso.

La parte actora no hizo uso del derecho de retención, por lo que no habrá pronunciamiento al respecto.

Estima el despacho que el asiste la razón a la parte actora, toda vez que dentro del presente asunto la demandada no ha presentado prueba de haber consignado a ordenes del despacho ni recibos de pago expedidos por el arrendador, además no se están realizando los pagos de los cánones que están cursando dentro de la presente demanda, razón por la cual no será escuchada ni se atenderá el desconocimiento de la calidad de arrendador del actor en este asunto, circunstancias que motivan a este despacho a proferir sentencia de lanzamiento.”<sup>7</sup>

1.8. Para verificar el lanzamiento de la tutelante se aportó también un oficio de la Dirección de Asuntos Policivos de “El Carmen de Bolívar”, del 26 de enero de 2007 que dice:

“En atención al oficio de la referencia, de fecha 25 de enero de 2007, me permito enviarle copia de la diligencia que este despacho practicó mediante despacho comisorio no 026 de fecha 28 de noviembre de 2006, haciendo curso al proceso de restitución de inmueble presentado por el Dr. Luís Nicolás Miranda González, contra la señora Luz Marina Narváez Pérez. Dicha diligencia en principio se practicaría el día 20 de diciembre de 2006, fecha en la cual el suscrito director de Asuntos Policivos de este Municipio concedió un plazo a esa familia para que desocupara el inmueble el día 11 de enero de 2007, a fin de no vulnerar los derechos fundamentales de los menores que se encontraban en ese momento en dicha residencia.

El día 11 de enero de 2007, la comisión se trasladó al lugar de la diligencia y se encontró desocupada, por lo que no hubo necesidad de realizar lanzamiento, como consta en el anexo al presente oficio.”<sup>8</sup>

1.9. La tutelante indicó en su escrito de tutela:

“El Estado no ampara a nadie que no habita vivienda que le haya sido adjudicada en los programas de vivienda de interés social o comunitaria, para gente pobre. Es y ha sido el caso del señor Mariana Azitimbay Zabala respecto de esa vivienda.

Fui vencida sin escucharme en juicio, tanto que apenas en la sentencia es que el Juez Primero Promiscuo Municipal en su última parte, numeral sexto, es que se me reconoce como apoderado al Dr. Gerlein Enrique Yépez Romero. Prácticamente con los mismo efectos de falta de defensa técnica.

Por ser vivienda comunitaria, de interés social, para familias pobres no debe quedar vacía, entregársele a un abogado porque simplemente su poderdante no tiene su domicilio en El Carmen de Bolívar ni tampoco su residencia en esta región, ni siquiera tiene el ánimo de vivir por aquí, según me han comentado.

Mírese en que despacho público el señor Mariano Azitimbay Zabala confiere poder al abogado que lo ha representado en el mencionado proceso judicial, prueba evidente de su ausencia, no desarrolla ninguna actividad social, política ni económica en este municipio.

Tan obvios son mis argumentos que un adjudicatario de vivienda comunitaria, de interés social, para pobres, no puede arrendarla si no la ha poseído, no la ha usado, no sabe de sus goteras, jamás ha entrado a verla, nunca ha aparecido como suscriptor de servicios públicos domiciliarios.

Los accionados por omisión han posibilitado la violación de los derechos fundamentales aquí invocados y los artículos constitucionales que armonizan con los mismos.<sup>9</sup>

Finalmente, solicita que “se me amparen los derechos fundamentales invocados. En consecuencia que se ordene a las autoridades competentes el amparo de la posesión que con ánimo de señor y dueño he venido teniendo sobre esa vivienda”.<sup>10</sup>

## 1.2. Contestación de los demandados

El 26 de enero de 2007 el señor Mariano Asitimbay Zabala rindió declaración ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal del Carmen de Bolívar. El demandado sostuvo que vivía en Popayán desde hace tres años. A su vez explicó que desde hacía cuatro o cinco años no habitaba en el inmueble que le fue adjudicado por el INURBE ya que “cuando estaba aquí en el carmen antes de irme para Popayán habitaba en el barrio el prado en la Cra. 49 calle 34.”<sup>11</sup> Explicó que no era dueño de ningún otro inmueble, que los servicios de la vivienda de interés social se encontraban a nombre de la señora Narváez “pero es un convenio con el pago de arriendo que hice yo con ella, no recuerdo exactamente la fecha, fue antes de colocar la energía y el gas, con el compromiso de cancelar los servicios con la plata del arriendo.”<sup>12</sup> Dice que no sabe cuantos meses le canceló con el producto de la instalación del gas y luz “si supiera cuanto se gastó, supiera cuantos meses me pagó, a la larga con el monto que pago me debe todavía, según ella se gastó seiscientos mil pesos en el gas y en la

luz no se la verdad es que no sé.” Explicó que “antes de negociar de vender la casa, eso fue antes de yo irme al señor Carlos Andrade y delante del señor le dije que le iba a dar una bonificación de doscientos mil pesos para que saliera y arrendara en otro lado y ella dijo que si que no había ningún problema yo fui personalmente con el señor Carlos Andrade a decir que me desocupara, creo que este señor es cuñado de ella, no se si todavía vivirán. Y luego antes de venderla mi papá que en paz descansa fue a decirle que le hiciera el favor que desocupara porque la casa la iban a vender, y ella le contestó que si yo no venía no entregan la casa y que yo no venía porque si venía me mataban.”<sup>13</sup>

Lo que a bien conozco del aludido proceso es que la accionante fue representada por el Dr. Gerlein Yepez Romero, defensor público, quien me ha manifestado que el presentó la contestación de la demanda, pero que para que surtiera efectos según la ley de arrendamientos, la señora Luz Marina, debía realizar una consignación de los cánones de arrendamiento que se reclamaban en dicha demanda, lo que le fue advertido a dicha señora por parte del defensor, pero que la misma hizo caso omiso, convirtiéndose esto en uno de los motivos para que la sentencia del proceso fuese fallado en su contra. Para lo que solicito si ha bien se considera citar al dr. Gerlein Yepez Romero, quien se puede localizar en la Carrera 6ª No. 9-13 del municipio de San Juan Nepomuceno, o por intermedio del suscrito”.<sup>14</sup>

## 2. Decisión de primera instancia

El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal del Carmen de Bolívar, mediante providencia del cinco (5) de febrero de dos mil siete (2007) decidió negar los derechos invocados por la tutelante. En el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia se dice que “la accionante debió acogerse a las directrices del abogado que ella misma designó y quien le contestó la demanda y presentó las excepciones. O debió adelantar las acciones civiles para obtener el cumplimiento del negocio de venta que afirma había realizado con el sr. Mariano Asitimbay Zabala o presentar acción penal si considera que se le asaltó su buena fe.”<sup>15</sup>

El Juzgado sostuvo que:

“Invoca la accionante que se le vulneró su derecho a la igualdad, el acceso a la justicia y la defensa técnica pero no dice ni traduce en que consistieron estas por el contrario señala que no se le permitió acceso a la justicia, y sin embargo contestó la demanda a través de un defensor público, que además presentó excepciones en su nombre a las que no le dieron

curso por no haber consignado los cánones que le estaban cobrando y por los que no que se daba a terminar el contrato de arriendo. Y asegura el personero que el defensor le advirtió de la necesidad de consignar los cánones de arriendo que se estaban cobrando. So pena de no ser escuchada.

Así las cosas no se vislumbra de las pruebas recaudadas que se haya violado los derechos fundamentales invocados por la accionante, por el contrario las pruebas apuntan a que se le notificó la demanda contestó en tiempo y presentó excepciones, a las que no se les dio traslado por no haber consignado los pagos del arriendo que se le cobraban conforme lo expresa el art. 424 del CPC se aplicarán las normas para el proceso de restitución de inmueble arrendado, que está regulado actualmente por la Ley 820 del 2003, art. 424 párrafo segundo, numerales 2, 3, 4 y 5 que claramente señala que si el demandado desea ser escuchado consignará los meses que se le cobran y los futuros y estos se irán entregando a menos que la parte demandada como en este caso desconozca la calidad de arrendador, caso en el cual se retendrán hasta que en la sentencia se decida (numeral 5 párrafo segundo)

En cuanto a la intervención del Ministerio Público, la accionante debía solicitar su intervención o la vigilancia en el proceso que ella adelantaba, para que este fuera notificado, pues en estos procesos no es obligatoria su notificación, a menos que hayan solicitado su intervención. Y al rendir el informe el Personero es claro en señalar que no se solicitó la vigilancia del proceso.

No se violó el acceso a la accionante, porque ella actuó por apoderado judicial, de la defensoría pública, quien le contestó y presentó las excepciones de ley, lo que ocurre es que la ley dispone que para escuchar al arrendatario ella debe cancelar las sumas que por arriendo le están cobrando y si ella desconocía la calidad de arrendador, los títulos se conservarían hasta que la sentencia decidiera si en verdad era arrendataria o si por el contrario se le reconocía su calidad de poseedora, pero para ello debía consignar como lo indica la norma.

(...)

En relación al particular contra quien se adelantó la acción, no ejercía estas funciones públicas, ni prestaba servicios públicos, ni se acreditó que la accionante estuviera en

indefensión en relación con el particular contra quien adelanta la acción, pues difícil que él pudiera violarle los derechos fundamentales que ella invoca en su acción de tutela.”<sup>16</sup>

### 3. Decisión de segunda instancia

El juzgado promiscuo del Circuito del Carmen de Bolívar, mediante sentencia del veintiuno de junio de dos mil siete, confirmó la decisión de instancia. Sostuvo el Juzgado que:

Se tiene que los hechos que vinculan al Personero Municipal de El Carmen de Bolívar como accionado dentro de esta acción, son precisamente la omisión de su parte de acudir a un proceso de restitución de inmueble arrendado seguido en contra de la accionante ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de El Carmel de Bolívar, en defensa de los intereses de la demandada. Tratando lo referente a este punto, estima este administrador judicial, que en la medida en que el señor personero de esta localidad sea notificado de la existencia de un proceso de esta índole, este se encontraría en la obligación de acudir a los estrados judiciales, a atender el llamado de la comunidad en la medida en que sea solicitada su intervención. En el caso sub examine, no se observa en el auto admisorio de la demanda de restitución de inmueble arrendado, que se haya ordenado la notificación del personero municipal, y tampoco en la contestación de la demanda, el apoderado de la parte demandada lo solicita, en este orden de ideas, se estima que como puede actuar el señor personero dentro de determinado proceso, si no tiene conocimiento de la existencia del mismo. Distinto sería que se haya ordenado su notificación y este haya omitido el llamado. Teniendo en cuenta lo anteriormente planteado se concluye que el Personero Municipal de El carne de Bolívar, no ha vulnerado ninguno de los derechos invocados por la accionante.

Por otra parte, refiriéndonos al otro accionado, señor Mariano Asitimbay Zabala, considera el despacho someramente que no se encuentra prueba dentro del expediente que demuestre que este haya vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, habida cuenta que su actuar dentro del proceso de restitución de inmueble arrendado, estuvo encaminada a defender sus derechos de adjudicatario del inmueble objeto del litigio, calidad que se encuentra plenamente demostrada dentro del expediente, gracias a las pruebas que se encuentra plenamente demostrada dentro del expediente, gracias a las pruebas recaudadas por el juez de primera instancia, en este sentido, lo que le correspondía a la accionante en se proceso, era defender sus intereses, mediante buen ejercicio de su derecho de defensa que

en efecto fue otorgado por el juez de conocimiento del proceso mediante el correspondiente traslado y ejercido por la accionante a través de apoderado judicial lo cual se encuentra plenamente establecido dentro del expediente, lastimosamente para la accionante dentro de la presente acción, la legislación colombiana cuenta con unas exigencias que nos parezcan ilegales y desproporcionadas, no lo son y por lo tanto debemos acatarlas y dar estricto cumplimiento; tal es el caso en el proceso de restitución de inmueble arrendado que curso contra ella en el Juzgado primero Promiscuo municipal, donde no se le corrió traslado a la parte demandada de las excepciones propuestas por su apoderado, por no haber consignado los pagos del arriendo que se le cobraron como lo establece el artículo 424 del Código de Procedimiento Civil par poder ser escuchada en juicio.”<sup>17</sup>

A su vez, estableció que aun cuando la tutela no se dirigía contra el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de El Carmen Bolívar, éste había sido vinculado como tercero con interés y aportado todo el expediente dentro del proceso ordinario. Al verificarlo, el Juzgado estableció que éste no había incurrido en vulneración alguna de los derechos de la tutelante y que había seguido todo el trámite procesal como lo dictan las normas.

#### 4. Pruebas solicitadas por la Corte

Mediante auto del diecinueve (19) de noviembre de dos mil siete (2007) se comisionó al juez de primera instancia, Juzgado Segundo Promiscuo Municipal del Carmen de Bolívar, para que se sirva verificar:

1. Si el inmueble ubicado en la calle 37ª No. 63-92 Lote 11 Manzana N° 2 barrio junta de vivienda comunitaria la Victoria tercera etapa se encuentra habitado en este momento. De encontrarse habitado también deberá verificar quién o quienes lo habitan y en que calidad, es decir, si como dueños, arrendatarios, o sencillamente ostentan la tenencia del mismo;

También se ofició al INURBE para que informara:

1. Las condiciones de adjudicación (requisitos y si se contemplaba la posibilidad del arrendamiento de este tipo de viviendas) del programa de vivienda de interés social de la Victoria, el Carmen de Bolívar de 1997 donde le fue adjudicado el predio ubicado en la calle 37ª No. 63-92 Lote 11 Manzana No. 2 barrio junta de vivienda comunitaria la Victoria tercera etapa al señor Asitimbay Zabala.

Finalmente, se ofició al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial que informara:

1. El régimen aplicable a las viviendas de interés social sobre las condiciones de adjudicación de este tipo de vivienda; si es posible que una vivienda de este tipo no sea habitada por el dueño y éste pueda dársela a otro o arrendarla; si es posible que el dueño no la habite nunca o que la habite por un corto lapso de tiempo y después dársela a otra persona; y si existe un proceso de control de las condiciones en que se puede arrendar (de ser posible el arrendamiento) y dar en tenencia a terceros dicha vivienda.

Mediante escrito del 30 de noviembre de 2007 el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo territorial manifestó:

El régimen aplicable a la Vivienda Familiar de interés social es el contenido en el Decreto 975 de 2004 expedido el 31 de marzo de 2004, decreto mediante el cual se reglamentaron parcialmente las leyes 49 de 1990, 3 de 1991, 388 de 1997, 546 de 1999, 789 de 2002 y 812 de 2003.

Ahora bien, indaga también sobre “si es posible que una vivienda de este tipo no sea habitada por el dueño y éste pueda dársela a otro o arrendarla; si es posible que el dueño no la habite nunca o que la habite por un corto lapso de tiempo y después dársela a otra persona.” Al respecto establece el artículo 8 de la ley 3 de 1991 que el Subsidio Familiar de Vivienda será restituible al Estado cuando el beneficiario transfiera el dominio de la solución de vivienda o deje de residir en ella antes de haber transcurrido cinco años desde la fecha de su asignación, sin mediar permiso específico fundado en razones de fuerza mayor definidas por el reglamento.

En el mismo sentido establece el Decreto 975 de 2004 en el artículo 52: Artículo 52. Autorización para enajenación de viviendas de interés social adquiridas con subsidio. No habrá lugar a la restitución del subsidio cuando la entidad otorgante autorice la venta de una vivienda adquirida o construida con éste, cuando se acrediten razones de fuerza mayor o caso fortuito que justifiquen la necesidad del cambio de vivienda, bajo la condición que el producto de esa enajenación se destine a la adquisición de una vivienda de interés social.

También se solicita se le informe “... si existe un proceso de control de las condiciones en

que se puede arrendar (de ser posible el arrendamiento) y dar en tenencia a terceros dicha vivienda.”

Al respecto, el procedimiento que se sigue en estos casos, es que el propietario de vivienda adquirida con el Subsidio Familiar de Vivienda, eleve al Fondo Nacional de Vivienda FONVIVIENDA la solicitud acreditando razones de fuerza mayor o caso fortuito, y sobre el caso puntual y de acuerdo a las razones invocadas se resuelve el caso puntual.

Finalmente, no puede perderse de vista que antes de que se causen los cinco (5) años de que hablan tanto la Ley 3 de 1991 como el Decreto 975 de 2004, las operaciones referidas sobre estas soluciones de vivienda deben ser precedidas de una autorización por parte de FONVIVIENDA.”<sup>18</sup>

A su vez, el 30 de noviembre de 2007 el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana en Liquidación manifestó:

Sea lo primero manifestar que respecto de la posibilidad de arrendamiento referente a la vivienda asignada por la Entidad al señor Asitimbay Zabala, es importante mencionar que cuando un grupo familiar es beneficiario de un Subsidio Familiar de Vivienda, en la Escritura Pública de transferencia se deja expresa la Condición Resolutoria en virtud de la disposición del artículo 8 de la Ley 3 de 1991 que a su tenor expresa:

“Artículo 8: El subsidio Familiar de Vivienda será restituible al Estado cuando el beneficiario transfiera el dominio de la solución de vivienda o deje de residir en ella antes de haber transcurrido cinco años desde la fecha de su asignación, sin mediar permiso específico fundamentado en razones de fuerza mayor definidas por el reglamento.”

Así las cosas, es claro que el legislador no hace un pronunciamiento expreso frente al contrato de arrendamiento.

Seguidamente, una vez revisada la base de datos de la entidad, se logró determinar que la señora Luz Marina Narváez Pérez identificada con cédula de ciudadanía No. 45.582.054, no aparece reportada en la base de datos de la Entidad en calidad de beneficiaria de un Subsidio Familiar de Vivienda, no obstante figura reportada en calidad de Postulante a un Subsidio en un Proyecto Individual de Vivienda, tal como lo certifica el Administrador de la

base de datos, según oficio de fecha noviembre 28 de 2007, del cual anexo copia.”<sup>19</sup>

Mediante diligencias de inspección judicial efectuadas por el juzgado Segundo Promiscuo de El Carmen de Bolívar, el pasado 29 de Noviembre de 2007, se ha podido comprobar que la accionante y sus hijos ya no habitan el inmueble referido en el correspondiente proceso. En efecto, el inmueble mencionado se encuentra habitado por nuevos ocupantes y la tutelante, después de varios desplazamientos fue obligada a separarse de sus hijos, entre ellos 3 menores de edad y a viajar a Barranquilla a trabajar. Actualmente, los niños viven solos en una vivienda arrendada en El Carmen de Bolívar y su madre va cada dos meses a verlos según consta en la diligencia de inspección referida en el folio 5 del cuarto cuaderno del expediente.

## II. Consideraciones y Fundamentos

### 1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso tercero, y 241, numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Procedibilidad de la acción de tutela entre particulares

La presente acción de tutela ha sido instaurada contra un particular que inició proceso de restitución de un inmueble destinado a vivienda de interés social sin existir prueba escrita de la celebración del respectivo contrato de arrendamiento. La tutelante invoca su derecho a la vivienda digna, entre otros derechos, argumentando que posee las calidades para vivir en el inmueble debido a su precaria situación económica y que el adjudicatario nunca tuvo necesidad ni interés real en vivir en dicho inmueble.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución y el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 declarado parcialmente exequible por la sentencia C-134 de 1994 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), procede la acción de tutela contra particulares para proteger los derechos constitucionales fundamentales cuando se amenazan o vulneran en ejecución de un servicio público, cuando la persona afectada se encuentra en circunstancias de indefensión o subordinación y cuando se pretende proteger un interés colectivo.<sup>20</sup>

La presente acción de tutela ha sido interpuesta contra el Personero Municipal de El Carmen de Bolívar por no haber intervenido en el proceso de restitución y contra el adjudicatario de una vivienda de interés social.

El Personero Municipal no puede ser parte en el presente proceso porque no se cumplieron los presupuestos legales para exigir su participación en el correspondiente juicio de restitución del inmueble de interés social que ocupó la tutelante. En efecto, el personero no fue notificado judicialmente ni hubo delegación del Procurador General de la Nación para obrar ante la autoridad judicial según consta en el expediente. Al respecto, el artículo 178 Num 5 de la Ley 136 de 1994 relativa a los Municipios dispone:

“ARTICULO 178. FUNCIONES: El Personero ejercerá en el municipio, bajo la dirección suprema del Procurador General de la Nación, las funciones de Ministerio Público, además de las que determinen la Constitución, la Ley, los Acuerdos y las siguientes:

“5. Intervenir eventualmente y por delegación del Procurador General de la Nación en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales”.

Por otra parte, en lo que respecta a la demanda contra el particular adjudicatario, las diligencias de inspección judicial practicadas por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de El Carmen de Bolívar, llevadas a cabo el pasado 29 de Noviembre de 2007, demuestran que la accionante ya no reside en el inmueble que pretendía conservar y que dicha vivienda tiene hoy en día nuevos habitantes.

La situación de indefensión de los hijos de la tutelante, cuya familia se encuentra disuelta es bastante notoria. Después de haber abandonado la vivienda presionados por la orden judicial de restitución, los menores han tenido varios domicilios; entre los cuales se encuentra el de un familiar que asumió el cuidado de ellos.

La madre se vio obligada a trabajar en otra ciudad y por este motivo debió separarse de sus hijos. Actualmente, según consta en la diligencia de inspección judicial anexa al cuaderno cuarto del expediente, los menores de edad se encuentran al cuidado de un hermano mayor, privados de vivir con su madre.

Puede apreciarse que la tutelante y sus hijos fueron obligados a abandonar un inmueble destinado a vivienda de interés social, a pesar de reunir realmente las calidades para acceder a ella. La tutelante y sus hijos se encuentran ahora en una situación de indefensión. Tanto ella como sus hijos son sujetos de especial protección constitucional.

La causa de la violación a los derechos mencionados se atribuye en parte a la incertidumbre resultante de la insuficiencia de regulación de las situaciones de hecho en las cuales el adjudicatario de una vivienda de interés social deja de residir en ella, permitiendo la ocupación del inmueble sin contrato escrito a familias de escasos recursos. La situación fáctica genera sin duda incertidumbre en cuanto a las condiciones en que la familia ocupante puede conservar efectivamente una vivienda digna sin ser desalojada de ella.

Puede apreciarse que en el presente caso no existe claridad sobre la naturaleza y sobre la definición de los elementos constitutivos del negocio jurídico celebrado entre la tutelante y el adjudicatario de la vivienda de interés social. Al respecto se evidencia de manera clara que el adjudicatario adquirió el inmueble sin la intención inicial o posterior de vivir en él, lo cual distorsiona la finalidad del régimen legal de adjudicación de viviendas destinadas a planes de interés social.

En el presente proceso no van a discutirse aspectos relacionados con el régimen privado de los contratos. Por el contrario, se hará énfasis en la especialidad constitucional de la materia objeto de debate.

### 3. Problema jurídico a resolver

La Corte procederá a analizar el siguiente problema jurídico ¿Se desconocieron los derechos fundamentales de una mujer así como de sus seis hijos quien al expirar el plazo concedido en el proceso civil de restitución de inmueble, desocupa la vivienda de interés social donde habitaba sin contrato formal con el adjudicatario de dicha vivienda?

Para resolver el problema jurídico, la Corte en primer lugar, procederá a definir el contenido esencial del derecho a la vivienda digna y su relación con la protección de las dignas condiciones de existencia, dada la situación particular de la tutelante. En segundo lugar, el análisis constitucional comprenderá el tema de la vulneración desproporcionada de los derechos fundamentales de la tutelante y sus hijos causada por los efectos de una ausencia

de regulación. Finalmente, con el fin de proteger otras personas cuyos derechos se encuentren amenazados en circunstancias similares, la Corte dará aplicación a la función objetiva de la acción de tutela.

#### 4. La protección del derecho a la vivienda digna de la tutelante y de sus hijos

El derecho a la vivienda digna se protege según las circunstancias particulares de debilidad manifiesta en que se encuentra una persona y en conexidad con algún derecho fundamental. Para estos efectos es necesario tener en cuenta la situación particular de la tutelante, quien siendo madre cabeza de familia y con escasos recursos económicos ocupó en condición al parecer de arrendataria un inmueble de interés social a pesar de no ostentar la calidad legal de adjudicataria. Adicionalmente, la tutelante fue obligada por los efectos de una orden judicial de restitución a abandonar la vivienda, e incluso a trasladarse a otra ciudad separándose de sus hijos, afectándose de esta manera la unión familiar.

Sobre el derecho a la vivienda digna esta Corporación ha manifestado que: “El derecho a la vivienda puede ser protegido por el juez de tutela, cuando dadas las circunstancias particulares de debilidad manifiesta en que se encuentra quien la posee, es o puede ser injustamente despojado de ella y con ello se afecta su mínimo vital o el de su familia, o cuando adquiere el rango de fundamental por el factor de conexidad con otro derecho fundamental. Las anteriores circunstancias pueden ser consideradas por el juez de tutela, para otorgar una protección bien definitivamente o de manera transitoria, aún tratándose de relaciones contractuales entre particulares, cuando por la acción o la omisión de quien abusando de su posición dominante y vulnerando el principio de confianza legítima, coloca a quien se encuentra en estado de debilidad manifiesta en condiciones de poder la propiedad de la vivienda en la que habita.<sup>21</sup>”

Esta Corporación en la sentencia T-262 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), resuelve las pretensiones de una acción de tutela interpuesta contra sentencia judicial en el trámite procesal de restitución de un inmueble arrendado en el que han operado contratos sucesivos de compraventa donde se involucraron menores de edad con cédulas de ciudadanía de las cuales no eran titulares con el propósito de actuar como si fueran mayores de edad. A nombre de los menores en dicho proceso se solicitó la suspensión y cesación del trámite de restitución del inmueble de propiedad de los menores y una de las pretensiones era procurar

el amparo del derecho a la vivienda digna de estos.

Al existir otros mecanismos de defensa judicial que deberían ser agotados previamente como requisito fundamental de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales, en su oportunidad el amparo interpuesto resultó improcedente puesto que en los argumentos de la sentencia se declaró que esta vía procesal constitucional no suple los mecanismos ordinarios alternos que existen ante la jurisdicción.

Sobre el derecho a la vivienda digna en conexidad con el principio de dignidad, en la sentencia referida esta Corporación manifestó que: “El derecho de las personas a tener una vivienda digna ha sido considerado como aquel que les otorga la posibilidad de tener un espacio físico en dónde poderse resguardar y protegerse de amenazas externas. En múltiples oportunidades, la Corte Constitucional ha estudiado este derecho<sup>22</sup> y ha aclarado que no constituye per se, un derecho fundamental, a no ser que se pueda demostrar que adquiere ese carácter por estar ligado a un derecho que sí lo tiene. En el caso en que se pretenda la garantía de este derecho a favor de los menores y a pesar de la prevalencia de los derechos de éstos, en el orden jurídico colombiano por mandato expreso de la Constitución, la garantía del derecho a la vivienda se encuentra supeditado a que se demuestre conexidad con un derecho fundamental. Así lo hace ver la sentencia T-373/03, M.P. Rodrigo Escobar Gil.”

Respecto al mínimo vital, la jurisprudencia constitucional ha definido dicho derecho en la sentencia T-907 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) como “el conjunto de elementos necesarios e insustituibles para que una persona supla sus necesidades básicas en condiciones de dignidad”. En circunstancias de indefensión extrema como aquellas en las cuales se encuentran la tutelante y sus hijos, acceder a una vivienda permite que aún en condiciones de penuria, la familia pueda vivir sin estar expuesta a riesgos asociados con la falta de un domicilio fijo. En tales circunstancias, acceso a la vivienda y mínimo vital están estrechamente relacionados.

Así en este caso, los derechos de la madre cabeza de familia y sus hijos menores de edad han de ser amparados.

Sin embargo, ha verificado la Corte que la tutelante salió con su familia de la vivienda, que sus hijos habitan en un lugar y ella en otro, y que el inmueble donde vivían se encuentra a nombre de otro adjudicatario y ahora residen unas personas también de escasos recursos. En

las siguientes afirmaciones de uno de los nuevos ocupantes se describe la nueva situación; (folio 7 del cuaderno 4 del expediente) “Habitamos desde el 26 de enero de 2006, hablamos con el dueño de la casa, con el señor Gustavo Puello Rodríguez que es quien aparece en el recibo de energía.... “El señor Leonardo Luna manifiesta que el señor Gustavo Puello Rodríguez...le entregó esta vivienda para que la habitara con su compañera y sus tres hijos... a cambio del pago de los servicios. No se firmó ningún documento... “Después de que la Señora Luz Marina se fue, nosotros somos los únicos que hemos habitado esta residencia”.

En esta nueva situación el remedio apropiado para amparar los derechos de la tutelante y sus hijos no puede ser ordenar el desalojo de quienes habitan en la vivienda de interés social. En efecto, se dejarían desprotegidas a familias con necesidades básicas insatisfechas que requieren de manera urgente estabilizarse en una vivienda fija, se desconocería la ocupación que ha habido de los inmuebles de interés social con el ánimo de permanecer en ellos con el propósito de suplir una necesidad, sin derivar consecuencias para el adjudicatario que no destinó dicho inmueble a las finalidades previstas en la ley. Tampoco se está ante un hecho superado, pues la familia en el presente caso se encuentra actualmente disgregada y sin derecho a una vivienda fija donde todos sus miembros puedan permanecer unidos sin temor a ser desalojados. La situación de la tutelante sigue siendo crítica y sus derechos así como los de sus hijos continúan siendo gravemente afectados.

Esto plantea la cuestión de cuál es el remedio judicial idóneo en este caso. Para responder este interrogante es importante analizar una de las causas por las cuales la tutelante no pudo seguir habitando el inmueble destinado a vivienda de interés social.

En el proceso de restitución del inmueble que llevó a que la tutelante tuviera que irse de la vivienda con sus hijos, se aplicaron las normas generales sin que pudiera la supuestamente arrendataria hacer valer regulaciones especiales atinentes a las condiciones en las cuales el propietario que ha arrendado una vivienda de interés social puede lograr el desalojo de una familia pobre que habita en ella con su autorización previa.

La violación de los derechos fundamentales señalados en este proceso, a raíz de la crítica situación que existe para que la tutelante y sus hijos puedan acceder y conservar una vivienda en conformidad con el principio constitucional de dignidad, es un problema causado por una regulación incompleta. En el presente caso, existen imprecisiones en el artículo 8 de

la Ley 3 de 1991 y en el artículo 52 del Decreto 975 de 2004 relacionadas con las condiciones en que se debe autorizar al adjudicatario a celebrar contratos de arrendamiento de inmuebles destinados a planes de vivienda de interés social que provocan que el marco regulatorio existente no se ocupe de asegurar plenamente a las personas de escasos recursos económicos, el goce efectivo de una vivienda digna cuando acceden a ella, no a título de propietarios, sino en otra condición, como por ejemplo la de arrendatarios. Surge entonces como consecuencia de la ausencia de regulación, un efecto nocivo que deja desprotegidos a la tutelante y a sus hijos menores, como se pudo constatar en este caso puesto que en el proceso de restitución del inmueble se aplicaron reglas generales en lugar de marcos regulatorios específicos sobre las condiciones y las garantías en las que una familia puede permanecer en una vivienda de interés social que no es la propia pero cuyo propietario no habita ni habitará.

La Corte deberá ocuparse ahora de la vulneración y amenaza de los derechos fundamentales que han ocurrido como consecuencia de una regulación insuficiente. Este aspecto se tendrá en cuenta a continuación, para determinar cuál es el remedio judicial idóneo en este caso.

Al analizar la regulación legal en materia de planes de vivienda de interés social se evidencia que la relación entre los particulares fue afectada por una ausencia de regulación en materia de destinación de inmuebles de interés social. En efecto, el artículo 8 de la Ley 3 de 1991<sup>23</sup> dispone que “el Subsidio Familiar de Vivienda será restituible al Estado cuando el beneficiario transfiera el dominio de la solución de vivienda o deje de residir en ella antes de haber transcurrido cinco años desde la fecha de su asignación, sin mediar permiso específico fundado en razones de fuerza mayor definidas por el reglamento” (subrayado agregado al texto)

El párrafo primero del artículo 52 del Decreto 975 de 2004 prevé una autorización para la enajenación de viviendas de interés social adquiridas con subsidio: “No habrá lugar a la restitución del subsidio cuando la entidad otorgante autorice la venta de una vivienda adquirida o construida con éste, cuando se acrediten razones de fuerza mayor o caso fortuito que justifiquen la necesidad del cambio de vivienda, bajo la condición que el producto de esa enajenación se destine a la adquisición de una vivienda de interés social”. Sin embargo, no existe una regulación atinente a las condiciones en las cuales el beneficiario del subsidio puede dejar de residir en la vivienda correspondiente, manteniendo la propiedad, como

sucede en el evento de un contrato de arrendamiento.

La regulación existente no asegura de manera efectiva mecanismos idóneos tendientes a garantizar la destinación de las viviendas de interés social de conformidad con los fines constitucionales puesto que el vacío mencionado ha generado incertidumbre sobre los derechos de las familias que viven, por ejemplo en arriendo, en una vivienda de interés social.

En el caso que se analiza actualmente, la privación de una vivienda coloca a la tutelante y a sus hijos menores en situación crítica, dada la carencia de otros ingresos o recursos suficientes, que les permitan asegurar su subsistencia en condiciones de dignidad. Los afectados son sujetos de especial protección constitucional, de escasos recursos. La madre ostenta la calidad de postulante a un Subsidio en un proyecto individual de vivienda de interés social, según consta en el correspondiente oficio<sup>24</sup> y en la respectiva comunicación del Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana en liquidación, anexos al expediente. Tratándose de menores de edad cuya protección es preferencial en el artículo 44 la Constitución, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho que permiten revelar la situación precaria actual de la tutelante, quien carece de una vivienda en la cual pueda vivir de manera permanente con sus hijos, es procedente amparar el derecho afectado por las insuficiencias de regulación que se presentan a nivel del deber de protección institucional,<sup>25</sup> lo cual es una de las causas principales de la situación crítica en que ahora se encuentran la tutelante y sus hijos.

La protección de las madres cabeza de familia (artículo 43 de la Constitución), la protección de los derechos de los niños (artículo 44), la protección del derecho a la unidad familiar (artículo 42 de la Constitución), debe ser asegurada por el Estado, lo cual ha de traducirse en medidas de diverso orden, dentro de las cuales se destaca la adopción de regulaciones idóneas para materializar los fines constitucionales de manera efectiva.

La ausencia de regulación de las situaciones en las cuales el adjudicatario de un inmueble destinado a programas de vivienda de interés social no reside en él, porque afirma que lo ha arrendado, ha generado en este caso la situación fáctica de la ocupación de dicho inmueble por una familia de escasos recursos que posteriormente resultó afectada por los efectos concretos de una orden judicial de desalojo. En efecto se trata de una madre cabeza de

familia y de sus hijos -tres de los cuales son menores de edad- quienes debieron desocupar la vivienda donde vivían a pesar del contrato celebrado entre la tutelante y el adjudicatario. La familia tuvo que dividirse y mutar varias veces de domicilio. Así consta en la diligencia de inspección judicial practicada por el juzgado Segundo Promiscuo Municipal del Carmen de Bolívar como parte de las pruebas decretadas por esta Corporación.

La tutelante en este caso es una madre cabeza de familia que celebró un contrato informal con el adjudicatario de una vivienda de interés social. El adjudicatario ha manifestado haber celebrado contrato de arrendamiento con la tutelante sin que exista prueba escrita de ello. Hasta el inicio del proceso de restitución, se observa en los hechos descritos en el expediente que dicho adjudicatario no ha necesitado vivir en el inmueble que le fue adjudicado.

Al respecto es procedente tener en cuenta la siguiente afirmación de la tutelante en el folio 4 del acápite de hechos que motivan la presente acción de tutela: “Jamás el señor MARIANO AZITIMBAY ZABALA ha habitado dicha vivienda...” En el mismo sentido: “El Señor MARIANO AZITIMBAY ZABALA ni siquiera reside en el Carmen de Bolívar, por lo tanto eso hace más evidente que no ha habitado nunca esa vivienda.”

Debe tenerse en cuenta que la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre las partes no es clara, pues la tutelante manifiesta haber celebrado una compra-venta y no un arriendo. Las pruebas aportadas al expediente muestran que actualmente el inmueble pertenece a otra persona, la cual, ha dejado la tenencia del mismo a otros ocupantes. Tiende a repetirse entonces la situación de adjudicatarios de inmuebles en programas de vivienda de interés social que no residen en ellos y que han celebrado contratos informales para conceder la ocupación de los mismos a familias de escasos recursos que se comprometen verbalmente a pagar alguna contraprestación por poder vivir en ellos sin que se garantice a estos estabilidad en el acceso a una vivienda ni mucho menos la posibilidad de adquirirla.

La finalidad perseguida por el legislador en la Ley 3 de 1991 es garantizar que las personas pobres tengan acceso a un subsidio destinado exclusivamente a una vivienda. Existe, sin embargo, un desconocimiento de la protección mínima que el Estado debería asegurar a las personas menos favorecidas, por cuanto los inmuebles adquiridos con los correspondientes subsidios (que fueron previstos con la finalidad de ayudar a quienes carecen de una vivienda), no están siendo destinados a satisfacer necesidades de vivienda de los

beneficiarios del subsidio. Las viviendas adjudicadas pueden a ser empleadas con fines lucrativos mediante contratos verbales que aseguran al adjudicatario una rentabilidad mensual y ponen en riesgo el derecho de las personas de escasos recursos de permanecer en dicha vivienda sin perturbación alguna, cuando el adjudicatario decide arrendársela a otras personas o venderlo.

El párrafo primero del artículo 52 del Decreto 975 de 2004 se limita a establecer la pérdida del subsidio cuando el inmueble adjudicado se ha vendido sin autorización o cuando el adjudicatario no ha residido en el por un lapso no inferior a 5 años. La devolución de dicho subsidio no garantiza suficientemente la destinación de las viviendas para suplir necesidades insatisfechas de personas de escasos recursos.

Como sucedió en este caso, la desviación de la destinación del inmueble de interés social adjudicado, no asegura los fines legítimos del legislador tendientes a amparar a las personas pobres desprovistas de una vivienda. La celebración de contratos de arrendamiento o de negocios atípicos relacionados con la tenencia de inmuebles de interés social sin la debida autorización administrativa de la entidad que concedió el subsidio de vivienda, cambia la destinación de los recursos previstos para cumplir las finalidades que estableció el legislador. Esta circunstancia debe ser regulada para garantizar el derecho a acceder a la vivienda digna, en un contexto de recursos públicos escasos y de déficit de vivienda de interés social.

Puede observarse que la carencia de regulación afecta en este caso los derechos fundamentales de la tutelante y de sus hijos, cuando la finalidad de la Ley 3 de 1991 es garantizar el acceso a la vivienda a las familias con necesidades básicas insatisfechas. Según las pruebas aportadas al expediente, es posible apreciar que la misma situación tiende a repetirse porque en la actualidad el inmueble que ha sido adjudicado al particular demandado en el presente proceso, pertenece a otro titular, quien ha procedido de manera muy similar a dicho adjudicatario, por no residir en el inmueble y por haber permitido la ocupación del mismo a una nueva familia de escasos recursos que paga solamente los servicios públicos. Estas familias de escasos recursos se encuentran entonces en circunstancias de indefensión al ocupar inmuebles que muy probablemente algún día deberán ser restituidos a adjudicatarios que no destinaron inicialmente dichas viviendas para residir en ellas.

Debe entonces instarse al Viceministro de Vivienda y Desarrollo Territorial<sup>26</sup> para que en desarrollo de sus competencias, proponga el diseño de una regulación más efectiva, adecuada y precisa de las condiciones en que un adjudicatario de un subsidio de vivienda de interés social puede no residir en ella o arrendarla. Esto con el fin de llenar los vacíos que existen en materia dentro de los parámetros y fines constitucionalmente legítimos desarrollados por la ley.

En caso de que no exista fundamento legal para la regulación, el ejecutivo puede sugerir presentación de proyectos de ley en relación con la materia objeto de análisis.

En la sentencia T-165 de 2008 esta Corporación aludió recientemente la función objetiva de la tutela ante la presencia de un riesgo cierto de daño grave en el que puedan resultar vulneradas varias personas de manera sucesiva con fundamento en el interés general del Estado en la protección de los derechos fundamentales de todos. En dicha ocasión se amparó a la tutelante afectada por los efectos de un procedimiento cosmetológico a quien no se le suministró información técnica sobre el producto y el procedimiento aplicados por un profesional en cosmetología y se previno la vulneración de los derechos a la salud y la integridad física de otras personas (que podrían resultar afectadas por la aplicación del mismo producto no identificado) a través de una comunicación al INVIMA para que dicha entidad ejerza sus competencias de vigilancia y control.

En el presente caso, existe al igual que en el caso anteriormente citado, un riesgo cierto de daño grave a otras familias de escasos recursos que se encuentren en iguales circunstancias de indefensión, ante la ausencia de regulación idónea para el cumplimiento de los objetivos de protección de las familias menos favorecidas que acuden, sin ser adjudicatarios, a viviendas de interés social, en calidad de no propietarios. Con el objeto de evitar futuras violaciones a los derechos, debe llenarse el vacío regulatorio con medidas idóneas que permitan cumplir los objetivos constitucionales del Estado para suplir las necesidades de vivienda en condiciones de dignidad para quienes se encuentren en situaciones de mayor vulnerabilidad. Por eso, se impartirá la orden anteriormente mencionada al Viceministro de Vivienda y Desarrollo Territorial, para que en ejercicio de sus competencias mencionadas en el numeral 2 del artículo 15 del mismo Decreto, asesore al Ministro del respectivo sector para que en la mayor brevedad diseñe una nueva regulación.

De otra parte, es importante recordar que las mujeres cabeza de familia son acreedoras de un trato especial para promover su acceso a la vivienda. De conformidad con el artículo 14 de la Ley 82 de 1993, “El Gobierno Nacional promoverá, y los departamentos, los municipios y el Distrito Capital podrán promover programas y planes sociales de vivienda que le otorguen oportunidades de acceso a las mujeres cabeza de familia”. En el presente caso, esta norma no se ha traducido en beneficios concretos para una madre cabeza de familia que tuvo que separarse de sus hijos y aún espera que su postulación para acceder a un subsidio de vivienda le permita alcanzar no solo un techo digno, sino la reunificación familiar.

Como remedio procesal adecuado ante las nuevas circunstancias de indefensión en las cuales se encuentran la tutelante y sus hijos ha de concederse la acción de tutela para garantizarles el acceso definitivo a una vivienda en condiciones de dignidad.

Al encontrarse la tutelante regularmente inscrita en calidad de postulante a un subsidio en un proyecto individual de vivienda, el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana en Liquidación, deberá tener en cuenta las calidades específicas de la tutelante, como madre cabeza de familia, cuya unión familiar se encuentra actualmente vulnerada. Esto deberá determinar la prioridad en la asignación del correspondiente subsidio de vivienda a la tutelante. Igualmente debe garantizarse la prioridad a la tutelante, para acceder con sus hijos a una vivienda, a partir del momento en que haya disponibilidad en el lugar más propicio para satisfacer las necesidades de subsistencia y familiares de la tutelante, según lo que ella misma indique.

No obstante, la Corte también ha constado que en este caso existen menores de edad que no viven con su madre cabeza de familia. Por eso, cabe analizar si hay un fundamento para que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar intervenga en ejercicio de sus competencias para amparar a los menores y propiciar la unión de la familia.

6. Los menores de edad como sujetos de especial protección ante cualquier situación de conflicto entre los derechos fundamentales.

En el artículo noveno de la Ley 1098 de 2006 se contempla el principio de prevalencia de los derechos de los niños en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, niñas o adolescentes, en desarrollo del principio constitucional contemplado en el artículo 44 de la Constitución, el cual dispone

que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, así como de los tratados internacionales pertinentes que exigen a todas las autoridades promover el interés superior del menor.<sup>27</sup>

En el presente caso una madre cabeza de familia y sus hijos, algunos de ellos menores de edad, fueron forzados a desocupar una vivienda ante la pretensión de restitución de un propietario que nunca necesitó la vivienda con la intención de vivir o permanecer en ella. Aunque la ley no dispone la sanción de pérdida de la propiedad del inmueble destinado a planes de vivienda de interés social cuando este no ha sido habitado por su respectivo adjudicatario, no puede dejarse de lado por esta Corporación la situación de indefensión en la cual se encuentran particularmente los hijos de la tutelante como consecuencia de la pérdida de la vivienda que ocupaban. Si bien no puede reconocerse a la tutelante y a sus hijos, el derecho de propiedad sobre la misma vivienda que se pretendió reivindicar por quien ha sido demandado en el presente proceso, si puede ampararse a la tutelante y a los menores en su situación fáctica actual, garantizándoles, además de la prioridad en el acceso a una vivienda de interés social, la protección especial a los menores que puede otorgar, de conformidad con sus competencias legales, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el fin de suplir sus necesidades básicas actuales.

El artículo 22 de la Ley 1098 de 2006, garantiza a los niños el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella: “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella.

“Los niños, las niñas y los adolescentes solo podrán ser separados de la familia cuando ésta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este Código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”.

La intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a pesar de no haber sido parte en el correspondiente proceso, sería entonces pertinente, no solo para verificar las condiciones actuales en las que se encuentran los menores de edad con el fin de prestar la asistencia a la cual haya lugar de conformidad con los planes y programas de la entidad para la ejecución de las políticas públicas de protección de la niñez, sino también para realizar las tareas respectivas tendientes a restablecer la unión de la familia que actualmente se

encuentra dividida.

Por eso, se ordenará comunicar la presente sentencia al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que realice una inspección de las condiciones en las cuales se encuentran los menores de edad representados por su Madre Luz Marina Narváez Pérez, quienes actualmente residen solos al cuidado de su hermano mayor de 19 años en la carrera 56 calle 32-110 Barrio primero de Mayo del Sector Cuatro Bocas el Sector cuatro bocas de El Carmen de Bolívar. Esto con el fin de suministrarles la ayuda a la que tienen derecho según las circunstancias en que se encuentren, de conformidad con los planes y programas de protección integral de la familia y en especial de la niñez.

En mérito de lo anterior, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

Primero.- LEVANTAR la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto.

Segundo.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de "El Carmen de Bolívar", del 5 de febrero de 2007, y la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Carmen de Bolívar, del veintiuno de junio de 2007, y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos a la vivienda digna y a la unión familiar, de la tutelante Luz Marina Narváez Pérez y a sus hijos menores de edad, en conexidad con su derecho al mínimo vital.

Tercero.- Ordenar al Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana en Liquidación que reconozca prioridad en la adjudicación de una vivienda de interés social, una vez exista un inmueble disponible en el lugar más conveniente, según lo que manifieste la tutelante, para la señora Luz Marina Narváez Pérez, actualmente inscrita en las bases de datos de la entidad como postulante a un subsidio.

Cuarto.- Instar al Viceministro de Vivienda y Desarrollo Territorial, para que en ejercicio de sus competencias relacionadas con los programas de vivienda de interés social, promueva una nueva regulación especial que asegure a las familias de escasos recursos la estabilidad en el acceso a una vivienda digna, en los casos en que ha existido una ocupación de inmuebles de interés social, por medio de contratos celebrados con adjudicatarios que no destinan dichos inmuebles para residir en ellos.

Quinto.- Comuníquese la presente sentencia al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que realice una inspección de las condiciones en las cuales se encuentran los menores de edad representados por su Madre Luz Marina Narváez Pérez, quienes actualmente residen solos al cuidado de su hermano mayor de 19 años en la carrera 56 calle 32-110 Barrio primero de Mayo del Sector Cuatro Bocas el Sector cuatro bocas de El Carmen de Bolívar; con el fin de suministrarles la ayuda a la que tienen derecho según las circunstancias en que se encuentren, de conformidad con los planes y programas de protección integral de la familia y en especial de la niñez.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Folio 1, C.1.

3 Folio 44, C.1.

4 Folio 15, C.1.

5 Folio 49, C.1.

6 Folio 53, C.1.

7 Folios 51-52, C.1.

8 Folio 62, C.1.

9 Folio 5, C.1.

10 Folio 5, C.1.

11 Folio 58, C.1.

12 Folio 58, C.1.

13 Folios 58-59, C.1.

14 Folio 61, C.1.

15 Folio 73, C.1.

16 Folios 71-72, C.1.

17 Folios 9-10, C.2.

18 Cuaderno 1, Folio 22.

19 Cuaderno 1, folio 25.

20 La Corte Constitucional declaró "EXEQUIBLE el numeral 1o. del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, salvo la expresión "para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución", que se declara INEXEQUIBLE. Debe entenderse que la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el numeral 2o. del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, salvo la expresión "para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía", que se declara INEXEQUIBLE. Debe entenderse que la acción de tutela procede

siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental.

Tercero.- Declarar EXEQUIBLE el numeral 9o. del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, salvo la expresión “la vida o la integridad de”.

21 Sentencia T-1091/05.

22 Al respecto se pueden examinar las sentencias C-700/99 y C-747/99 (derecho a la vivienda en general), T-373/03, T-722/04, T-586/06 (derecho a la vivienda de los menores), entre otras. La sentencia T-262 de 2007 declaró improcedente la acción de tutela con fundamento en los siguientes argumentos: “De conformidad con lo analizado en el caso concreto, la Sala encuentra que la presente acción resulta improcedente contra providencia judicial dictada con el fin de que se lleve a cabo la restitución del inmueble arrendado en donde habitan los menores.

Además, la Sala encuentra que no existe un perjuicio que pueda tener el carácter de irremediable porque los menores no han hecho uso de los mecanismos ordinarios con que cuentan para controvertir el derecho de propiedad que se pretende”.

23 Artículo 8 “ El subsidio familiar de vivienda será restituible al Estado cuando el beneficiario transfiera el dominio de la solución de vivienda o deje de residir en ella antes de haber transcurrido cinco años desde la fecha de su asignación, sin mediar permiso específico fundamentado en razones de fuerza mayor definidas por el reglamento”.

24 Oficio del 28 de Noviembre emitido por el Administrador de la base de Datos del Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana en Liquidación en respuesta al oficio emanado de la Secretaría de la Corte Constitucional del 22 de Noviembre de 2007.

25 Robert ALEXY, “Teoría de los Derechos Fundamentales”.Traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

26 El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial, tiene dentro de sus objetivos señalados en el artículo 1º del Decreto 216 de 2003, “contribuir y promover el desarrollo sostenible a través de la formulación y adopción de las políticas, planes, programas, proyectos y regulación en materia ambiental, recursos naturales renovables, uso del suelo,

ordenamiento territorial, agua potable y saneamiento básico y ambiental, desarrollo territorial y urbano, así como en materia habitacional integral.” Corresponde al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, “Identificar y reglamentar, cuando sea del caso, el monto de los subsidios que otorgará la Nación para vivienda, agua potable y saneamiento básico y establecer los criterios para su asignación”. Esta función específica se encuentra regulada en el numeral noveno del mismo Decreto. En este contexto, es función del Viceministro de Vivienda y Desarrollo Territorial, “Asesorar al Ministro en la formulación de las políticas, planes, programas y proyectos en materia de desarrollo territorial y de financiamiento de vivienda”, de conformidad con el numeral 2 del artículo 15 del mismo Decreto.

Decreto 216 de 2003, Ley 790 de 2002.

27 El artículo 44 de la Constitución dispone: “Son derechos fundamentales de los niños, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.”. En el mismo sentido, el numeral primero del artículo tercero de la Convención de los Derechos del Niño ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1.991 estipula: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.” De igual manera el numeral primero del artículo noveno de la misma Convención dispone lo siguiente: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.”