

Sentencia T-637/13

ACCION DE TUTELA Y DAÑO CONSUMADO-Casos en que se determina la improcedencia/DAÑO CONSUMADO-Juez debe determinar si la vulneración de derechos fundamentales persiste para adoptar medidas que mitiguen el daño causado

En el presente caso, el peticionario y su cónyuge fueron desalojados de la vivienda que ocupaban. En el presente caso también se podrían adoptar medidas que mitiguen el daño causado. En casos en los cuales se solicitaba la suspensión de una orden de desalojo, este Tribunal Constitucional ha ordenado, por ejemplo que se inscriba a los peticionarios en uno de los programas de vivienda de interés social. En suma, en el caso del peticionario, la tutela no resulta improcedente por daño consumado porque si se demuestra la violación de los derechos fundamentales podrían adoptarse medidas que mitiguen el daño causado.

PROCESO POLICIVO DE RESTITUCION DE BIENES DE USO PUBLICO-Procedencia de la acción de tutela cuando afecta derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional por orden de desalojo

DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA DE GRUPOS VULNERABLES FRENTE A ORDEN DE DESALOJO-Protección en el ámbito internacional

De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales para garantizar el derecho a la vivienda digna cuando se realicen desalojos forzosos es necesario (i) prevenir que las personas que serán desalojadas se queden sin vivienda por lo cual se deben adoptar medidas para garantizarles una vivienda adecuada con posterioridad al desalojo, (ii) garantizar la protección especial de sujetos que están en condiciones de vulnerabilidad como los niños, las mujeres y las personas de la tercera edad.

PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA EN MATERIA DE VIVIENDA-Protección cuando hay orden de desalojo de bienes de uso público o bien fiscal sin la adopción de medidas alternativas a favor de sujetos de especial protección constitucional

RESTITUCION DE ESPACIO PUBLICO Y DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA-Proporcionalidad de las medidas adoptadas mediante orden de desalojo de sujetos de especial protección

constitucional

DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA DE GRUPOS VULNERABLES FRENTE A ORDEN DE DESALOJO-Orden a Alcaldía reubicar a la accionante y a sus hijos en un albergue temporal que garantice los requisitos de habitabilidad, disponibilidad de servicios e inscriba en programas de vivienda de interés social

CONTRATO REALIDAD-Improcedencia de tutela para reconocer contrato verbal en labor de vigilancia y cuidado de bienes del Estado

Referencia: expedientes T-3897350 y 3911819

Acciones de tutela instauradas separadamente por: Elsa Margarita Tordecilla Díaz contra el Municipio de Montería y Fabián Galindez contra la Gobernación del Valle del Cauca.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., trece (13) de septiembre de dos mil trece (2013).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En los dos procesos que se estudian en la presente sentencia la acción de tutela tienen como objeto: (i) que se proteja el derecho a la vivienda de las personas que usan como lugar de habitación un bien fiscal, a quienes se les ha ordenado desalojar el bien en el desarrollo de un proceso policivo; y (ii) que se declare que existió un contrato de trabajo entre las entidades accionadas y los accionantes. Los antecedentes serán ordenados de la siguiente manera. En primer lugar, la Sala se referirá al expediente T-3897350 que tiene como objeto la acción de tutela interpuesta por Elsa Margarita Tordecilla Díaz contra el

municipio de Montería. En segundo lugar, se abordará el expediente 3911819 que se refiere a la acción de tutela interpuesta por el señor Fabián Galindez contra la Gobernación del Valle del Cauca.

1. Expediente T-3897350.

La accionante Elsa Margarita Tordecilla Díaz, quien habita el bien fiscal Parque Didáctico de Tránsito presentó la acción de tutela contra la Alcaldía de Montería con el objeto de que: (i) se suspenda la orden de la Inspección Primera Urbana de Policía de desalojar dicho predio; (ii) se declare que existió un contrato de trabajo por sus labores de cuidado y vigilancia del bien que ocupa.

1.1. Hechos.

1. La accionante Elsa Margarita Tordecilla Díaz afirmó que su esposo Sandalio Valencia se encontraba vinculado mediante contrato de trabajo, con el Parque Didáctico de Tránsito, desde el 2000, hasta la fecha de su muerte el 15 de febrero de 2006. Indicó que “mucho antes” de la muerte de su cónyuge ella ingreso al Parque y allí ha realizado labores de ayudante de celaduría y aseo.

2. Afirmó que desde la muerte de su cónyuge no ha recibido ninguna remuneración por el trabajo realizado, aunque ha estado a cargo del inmueble y permanece viviendo en el parque desde esa fecha, es decir por trece (13) años, y ha habitado allí con sus tres hijos dos de los cuáles son menores de edad y otro que se encuentra en condición de discapacidad, desde su nacimiento han vivido con ella.

3. Indicó que el municipio le ha dado la orden de desocupar el inmueble, sin otorgarle un plazo razonable para buscar un nuevo trabajo y un nuevo lugar para vivir.

4. En la tutela la peticionaria solicitó como medida provisional, en el sentido de que por no tener donde vivir con sus tres (3) hijos, la Inspección Primera Urbana se abstenga de practicar la orden de desalojo programada para el 6 de septiembre de 2012. Además solicitó que al fallar sobre el fondo del asunto, se ordene al municipio de Montería: (i) concederle un plazo razonable para buscar otro empleo; (ii) cancelarle las sumas de dinero correspondientes al cuidado del inmueble; (iii) ubicarla en otro “inmueble digno” en

cualquier otra parte de la ciudad.

1.2. Auto de suspensión provisional.

5. El Juzgado Quinto Civil Municipal de Montería profirió un auto el cinco (5) de septiembre de 2012 (i) corrió traslado a la Alcaldía de Montería; (ii) vinculó al Departamento de Córdoba y a la Inspección Primera Urbana de Policía de Montería; (iii) ordenó a esta última autoridad, como medida provisional que se suspenda la práctica de la medida de desalojo programada para el seis (6) de septiembre de 2012.

1.3. Respuesta de las entidades accionadas

6. El cinco (5) de septiembre de 2012 el Juzgado Quinto Civil Municipal de Montería vinculó además de la alcaldía de Montería, a la Gobernación de Córdoba y a la Inspección Primera de Policía de Montería.

1.3.1. Respuesta de la Inspección Primera de Policía de Montería.

7. El diez (10) de septiembre de 2012, la Inspección Primera de Policía de Montería contestó la acción de tutela interpuesta. El Inspector afirmó que el veintiséis (26) de julio de 2012, el Secretario de Gobierno de Montería comisionó a la Inspección para que inicie el proceso administrativo de desalojo de la señora Tordecilla del Parque Didáctico de Tránsito Departamental. Sostuvo que el quince (15) de agosto de 2012, realizó una inspección ocular al citado Parque, en la cual constató que allí habitaba la señora Tordecilla, quien manifestó que vive en ese lugar desde el 2006, cuando su esposo enfermó y llegó allí para cuidarlo.

8. Indicó que el Parque es un bien de uso público propiedad del Departamento de Córdoba y sus instalaciones están “totalmente abandonadas” y la parte arquitectónica se encuentra en mal estado de conservación. Señaló que las pretensiones de la demandante se deben debatir en un proceso ordinario laboral o ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

1.3.2. Respuesta de la Gobernación de Córdoba.

9. El once (11) de septiembre de 2012, el Gobernador de Córdoba contestó la

acción de tutela. Afirmó que las instalaciones del Parque Didáctico de Tránsito Departamental es un bien de uso público de propiedad del Departamento de Córdoba y sus instalaciones se encuentran deterioradas.

10. Sostuvo que la señora Tordecilla no tiene relación contractual, ni laboral con la Gobernación de Córdoba, ni con la empresa Laborando Ltda., por medio de la cual estaba contratado su esposo, Sandalio Valencia Córdoba.

11. Argumentó que no es posible que la accionante se quedé en el inmueble porque es un bien de uso público que es inalienables, inembargables e imprescriptibles.

1.3.3. Respuesta de la Alcaldía de Montería.

12. El (12) de septiembre de 2012, la Alcaldía de Montería respondió la acción de tutela. Afirmó que “desconoce los hechos descritos por la accionante”. Señaló que como existe una posible indebida ocupación del Parque, la administración comisionó al Inspector Primero de Policía de Montería.[2] Agregó que el proceso de desalojo se inició por solicitud de la Secretaría de Tránsito y Transporte del Departamento de Córdoba, porque “la Administración Departamental corre con el inminente peligro de verse avocado a responder por la ocurrencia de un suceso (sic) de magnitud incalculable frente a la comunidad del barrio Pasatiempo”. Consideró que su actuación se encuentra amparada por la ley y la Constitución. Le solicitó al juez vincular a la Secretaria de Tránsito y Transporte del Departamento, para que aclare las razones en las que se fundamenta la necesidad de restitución del inmueble de la referencia. Con fundamento en las anteriores consideraciones se opuso a todas las pretensiones de la demandante.

13. La alcaldía del municipio anexó a su respuesta una querella, presentada en representación de la Secretaría de Tránsito y Transporte, en la cual se solicita que se adelante el proceso policivo para recuperar el bien de uso público Parque didáctico de Tránsito. Agregó que, la oscuridad del lugar, en las noches, es utilizada para “perpetrar atracos”.

1.4. Sentencia de primera instancia.

14. El doce (12) de septiembre de 2012, el Juzgado Quinto Municipal del Circuito

decidió declarar improcedente la tutela. Esta conclusión la fundamentó en tres argumentos. En primer lugar, la juez indicó que las actuaciones de la administración como las que discute la peticionaria, pueden ser controvertidas en la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo cual en aplicación del principio de subsidiariedad el amparo debe ser desestimado. Agregó que si bien es cierto que los procesos en la jurisdicción contenciosa son prolongados, también lo es que se puede solicitar la suspensión provisional del acto, al comienzo del proceso.

15. En segundo lugar, el juez de instancia argumentó que la acción no es procedente para solicitar el pago de obligaciones dinerarias, por lo cual las pretensiones de la peticionaria, la cancelación de las sumas de dinero que el municipio pudiera adeudarle por el cuidado del inmueble, deben ser desestimadas. Y en tercer lugar, indicó que en el presente caso no se presentaba un perjuicio irremediable, por lo cual la tutela no debe prosperar como mecanismo transitorio. Al respecto afirmó que de los hechos del caso no se desprende que el perjuicio alegado por la accionante sea grave, ni requiere medidas urgentes de protección.

1.5. Impugnación

16. El dieciocho (18) de septiembre de 2012, la peticionaria apeló el fallo de primera instancia, sin expresar cuales eran los argumentos por los cuales no estaba de acuerdo con el fallo.

1.6. Sentencia de segunda instancia

17. El diecinueve (19) de noviembre de 2012, el Juzgado Primero Civil del Circuito confirmó la sentencia de primera instancia por dos razones. En primer lugar consideró que la peticionaria podía acudir a la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo a controvertir el acto administrativo, mediante el cual se ordenó el desalojo del bien de uso público. Y en segundo lugar señaló que para conceder el amparo “se debe tener certeza de la violación del derecho fundamental y como en este caso no existe esa certeza no le queda otra opción distinta a confirmar lo dicho por el juez ad quo”.

2. Expediente T-3911819.

18. El catorce (14) de diciembre de 2012, el señor Fabián Galindez presentó una acción de tutela contra la Gobernación del Valle del Cauca, con el objeto de: (i) no ser desalojado de la vivienda que habita actualmente y (ii) que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre él y esta entidad. La tutela la fundamenta en los siguientes:

2.1. Hechos.

19. El peticionario afirma que fue contratado por la Cooperativa Coensaval para desempeñarse como vigilante de las casas y lotes del barrio Villa Cristina, en la ciudad de Cali aproximadamente desde 1998 hasta el 2005. A la accionante se le permitió habitar con su familia un lote ubicado en este barrio.

20. Afirmó que una vez liquidada la Cooperativa Coensaval en el 2005, las casas y lotes pasaron a ser propiedad de la Gobernación del Valle y continuó prestando sus servicios como vigilante. Al respecto indica que la señora Julieta Ortiz Ramírez, quien era Subsecretaria de servicios Generales de la Gobernación lo autorizó para que continuara a partir del 2005 como vigilante, sin que hasta la fecha se le haya pagado ninguna suma de dinero por los servicios prestados.

21. El veintidós (22) de agosto de 2012, la Inspección Urbana de Policía de Cali a través de la Resolución 4161.2.9 -016, ordenó a la cónyuge del peticionario desalojar en veinte (20) días el inmueble que habitaba en el barrio Villa Cristina.

2.2. Respuesta de la Gobernación del Valle.

22. El veintisiete (27) de diciembre de 2012, la Gobernación del Valle contestó la acción de tutela interpuesta por el accionante solicitando que se desestimen las pretensiones del peticionario porque: (i) no existió contrato laboral con el peticionario y (ii) es su deber solicitar el desalojo de las personas que habitan bienes fiscales.

23. En cuanto a la solicitud de que declare que existió un contrato de trabajo entre la Gobernación y el peticionario, argumentó que no existió un vínculo contractual entre esta entidad y el accionante. Al respecto indicó que en el Valle del Cauca “la única autoridad competente para contratar los servicios de vigilancia es el Gobernador mediante el cumplimiento del marco normativo establecido en el proceso de contratación”.

24. En relación al desalojo del peticionario del inmueble que habita en el barrio Villa Cristina afirmó que es cierto que la Subsecretaria de Servicios Generales y Recursos Físicos de la Gobernación, solicitó en defensa del patrimonio público la restitución del lote donde se encuentra el accionante. Afirma que éste lote es un bien fiscal de la Gobernación, por lo cual su restitución es un deber constitucional. Al respecto, agrega que el peticionario omitió dirigirse a las autoridades para solicitar un subsidio de vivienda, y pretende trasladar las consecuencias de su inactividad a la administración departamental.

2.3. Sentencia de primera instancia

25. El dos (2) de enero de 2013, el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali amparó los derechos fundamentales a la vida y a la vivienda digna del accionante. En sus consideraciones el juez de instancia consideró que el accionante y su cónyuge eran personas de la tercera edad que se encontraban amparadas por el principio de confianza legítima, porque de conformidad con la resolución 093 del veinticinco (25) de enero de 2005, la Cooperativa Comsalval le adjudicó al peticionario la vivienda que hoy habita y de la que pretenden desalojarlo. En razón de lo anterior consideró que la tutela era procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Ordenó a la Inspección de Policía citada que se abstenga de realizar la diligencia de desalojo, por lo menos durante el periodo de seis meses. Finalmente, le concedió al peticionario tres (3) meses para que acuda a la jurisdicción ordinaria a hacer valer la resolución 093, en la cual, según el juez de instancia, Coemsaval, le otorgó al accionante en dación en pago la vivienda en la cual reside actualmente.

2.4. Impugnación

26. La Gobernación del Valle apeló el fallo de primera instancia con fundamento en tres argumentos. En primer lugar, argumentó que a diferencia de lo que consideró el juzgado de primera instancia, la resolución 093 le transfirió el dominio de la vivienda ocupada por el peticionario a la Gobernación del Valle y no al accionante, tal como se encuentra anotado en el folio de matrícula inmobiliaria del bien. En segundo lugar, indicó que el actor no cumplió con la carga de probar la violación del derecho al mínimo vital. En tercer lugar, alegó que el peticionario conoce que desde hace más de siete meses se adelanta un proceso policivo en su contra, por lo cual no es procedente concederle seis (6)

meses más para que encuentre un lugar donde vivir.

2.5. Sentencia de segunda instancia

27. El diecinueve (19) de febrero de 2013, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, revocó la sentencia del juez de primera instancia. La decisión del Tribunal se fundamentó en tres argumentos. En primer lugar, señaló que a diferencia de lo que indicó el juez de primera instancia, el inmueble que habita el peticionario no le había sido adjudicado como dación en pago por Coemsaval, sino que era propiedad de la Gobernación del Valle. En segundo lugar, advirtió que el peticionario había sido citado en varias ocasiones para defender sus intereses en el proceso posesorio, sin que hubiese comparecido. En tercer lugar, sostuvo que el accionante podría acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para impugnar el acto administrativo que ordenaba su desalojo. En razón de lo anterior, concluyó que a diferencia de lo que señaló la sentencia de primera instancia: (i) no se configuró un perjuicio irremediable y (ii) el actor podía acudir a otros medios de defensa, lo cual hacía improcedente.

II. Actuación adelantada y documentos allegados en sede de revisión

28. La Corte Constitucional en el ejercicio de su función de Revisión de fallos de tutela ha considerado, en diversas oportunidades,[3] que en ocasiones, para lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales resulta pertinente, e incluso necesario, requerir información por vía telefónica a los peticionarios o sus familiares sobre algunos aspectos fácticos puntuales que requieran mayor claridad dentro del trámite de la acción. Esta decisión encuentra pleno sustento en los principios de celeridad, eficacia, oficiosidad e informalidad que guían la actuación del juez de tutela.

29. En este caso, frente a una eventual vulneración al derecho fundamental al mínimo vital de los accionantes, la Corte procedió a comunicarse telefónicamente con éstos, para esclarecer si la orden de desalojo ya se había llevado a cabo. Por un lado, una de las hijas de Elsa Margarita Tordecilla Díaz, indicó que no se había realizado. Por otro lado, el peticionario Fabián Galindez indicó que en su caso la orden de desalojar el bien si se había ejecutado. Estos hechos sobrevinientes serán debidamente valorados, por esta Sala en las consideraciones de este auto.

30. El veinticuatro (24) de julio del año en curso, se solicitó mediante auto a la peticionaria Elsa Margarita Tordecilla que informara si: (i) “ha llegado a algún acuerdo respecto del salario o de la labor a realizar, con algún funcionario de la administración municipal y/o departamental para cuidar el Parque Didáctico de Tránsito” y; (ii) “ha recibido instrucciones o ha presentado algún reporte acerca de la labor de aseo y vigilancia a algún funcionario de la administración municipal y/o departamental”. Igualmente se requirió al Inspector Primero de Policía Urbana de Montería, para que en el término de cinco (5) días “presente una copia de la resolución 022 de 2012, por medio de la cual (...) ordenó el desalojo de la señora Elsa Margarita Tordecilla Díaz y su núcleo familiar del Parque Didáctico de Tránsito Departamental de Montería ubicado en el barrio Costa de Oro de esa ciudad”.

31. El catorce (14) de agosto del año en curso, la Secretaría de la Corte Constitucional informó que el auto había sido comunicado, sin que se hubiese recibido respuesta alguna.

III. Consideraciones y fundamentos

1. Competencia

32. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

33. De conformidad con los antecedentes expuestos la Sala encuentra que los procesos acumulados se refieren en primer lugar al desalojo de bienes fiscales de personas que habitan unos inmuebles, y que serían sujetos de especial protección constitucional. Con relación al primero de éstos asuntos, en el expediente T-3897350, la Sala deberá resolver si la Inspección Primera Urbana violó el derecho a la vivienda y al mínimo vital de Elsa Margarita Tordecilla y su familia al ordenar su desalojo del bien fiscal, Parque Didáctico de Tránsito, que ha ocupado por espacio de trece (13) años como vivienda con sus tres hijos, dos de los cuales son menores de edad y otro en condición de discapacidad.

A su vez, en el expediente T-3911819, la Sala deberá resolver si el desalojo del inmueble del señor Fabián Galindez y su cónyuge de la Inspección Urbana de Policía de Cali viola sus derechos fundamentales a la vivienda y al mínimo vital.

34. Los expedientes acumulados plantean un segundo problema que se refiere a si las personas que cuidaban éstos bienes tenían un contrato realidad de trabajo con las entidades demandadas. En el expediente T-3897350, la Sala deberá resolver si puede considerarse que existía un contrato de trabajo entre la peticionaria y la Alcaldía de Montería, aunque la administración haya realizado ningún tipo de actividad, porque la peticionaria cuidó y vigiló el inmueble que ocupa. A su vez, en el expediente T-3911819, la Sala deberá resolver si puede considerarse que existe un contrato realidad entre el peticionario y la Gobernación del Valle, porque el peticionario asumió las labores de vigilancia del inmueble por autorización de una funcionaria de la

Gobernación, sin que se hayan cumplido los requisitos previstos en la ley para contratar al personal de vigilancia.

35. La Sala observa que a diferencia del caso de la señora Tordecilla, en el caso del señor Galindez la orden de desalojo ya fue llevada a cabo, tal como lo informó telefónicamente al despacho de la Magistrada Ponente. Esta situación llevará a que la Sala reitere la jurisprudencia de esta Corte sobre carencia actual de objeto por daño consumado.

36. De acuerdo con lo anterior, para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala se referirá en primer lugar (3), a su jurisprudencia sobre carencia actual de objeto por daño consumado. En segundo lugar (4), reiterará su jurisprudencia sobre la procedencia de la acción de tutela contra las decisiones adoptadas en el desarrollo de procesos policivos. En tercer lugar (5) resolverá, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte, los problemas jurídicos planteados que se refieren al desalojo de los bienes fiscales. En cuarto lugar (6), se resolverán, con fundamento en la jurisprudencia de esta Corporación, los problemas jurídicos relacionados con la existencia de contratos de trabajo. Y en la quinta parte (7), presentará las órdenes que adoptarán.

3. Cuestiones previas.

3.1. No existe carencia actual de objeto por daño consumado.

37. De acuerdo con la información recibida por vía telefónica el señor Fabián Galindez y su cónyuge ya fueron desalojados de la vivienda que ocupaban en Villa Cristina en la ciudad de Cali. Este hecho podría dar lugar a que a primera vista se considerara que la acción es improcedente, por daño consumado, debido a que la acción de tutela no es como regla general una acción de carácter resarcitorio.

38. De conformidad con el artículo 6 del Decreto 2591[4] la tutela será improcedente “cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho”. Al respecto, éste Tribunal ha sostenido que se presenta carencia actual de objeto por daño consumado cuando “no se reparó la vulneración del derecho, sino por el contrario, a raíz de su falta de garantía se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela”. [5]

39. La razón de ser de la jurisprudencia sobre carencia actual de objeto por daño consumado es el carácter restitutorio de la acción de tutela. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que “[l]a acción de tutela tiene, por regla general, carácter primordialmente restitutorio y no resarcitorio o de indemnización, de manera que cuando el daño ya no pueda precaverse y evitarse y solamente puede recibir como remedio una compensación del perjuicio, ella no es pertinente”. [6]

40. En casos similares al que se estudia, la Corte ha declarado que no existe daño consumado y que procede el análisis de la acción de tutela. En la sentencia T-578A/11, la Sala Segunda de Revisión estudió una acción de tutela interpuesta por un ciudadano al que se le había desalojado del espacio público dónde había establecido su vivienda y su lugar de trabajo. [7] Para decidir, la Sala advirtió “si respecto de cualquiera de los derechos fundamentales invocados el juez constitucional puede definir alguna disposición con la cual anule, evite o mitigue los efectos del daño causado, será relevante la procedencia de la acción de tutela”. Al decidir que no existía daño consumado la Sala estableció “dado que el señor Céspedes obtenía su sustento diario de operar un montallantas en su casa de habitación en el predio ejido del cual fue desalojado, la afectación de los derechos fundamentales del accionante continúa hasta la fecha puesto que la medida lo despojó de su vivienda y del medio del cual obtenía los recursos para sobrevivir”.

41. En el presente caso, al igual que en la sentencia T-578A/11, el peticionario y su esposa fueron desalojados de la vivienda que habitaban en el barrio Villa Cristina de la ciudad de Cali, con lo cual él y su cónyuge fueron desalojados de la vivienda que ocupaban. En el presente caso también se podrían adoptar medidas que mitiguen del daño causado. En casos en los cuales se solicitaba la suspensión de una orden de desalojo, este Tribunal Constitucional ha ordenado, por ejemplo que se inscriba a los peticionarios en uno de los programas de vivienda de interés social.[8]

42. En suma, en el caso del señor Fabián Galindez, la tutela no resulta improcedente por daño consumado porque si se demuestra la violación de los derechos fundamentales podrían adoptarse medidas que mitiguen el daño causado.

4. Procedencia formal de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

43. El Juzgado Quinto Civil Municipal de Montería y el Juzgado Primero Civil Municipal sostuvieron en los fallos de instancia que la acción de tutela interpuesta por la señora Tordecilla era improcedente, porque la peticionaria podía acudir a la jurisdicción de contencioso- administrativo, para controvertir el acto administrativo que ordenaba su desalojo del bien fiscal que ocupa. A igual conclusión llegó la Sala Penal del Tribunal Superior del Valle, en el proceso iniciado por el señor Galindez. Corresponde entonces a la Sala resolver, antes de estudiar el fondo del asunto, si los peticionarios debieron acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso- Administrativo para controvertir las decisiones de desalojar los bienes fiscales adoptadas en el curso de los procesos policivos.

44. La jurisprudencia de esta Corte y del Consejo de Estado han establecido que las decisiones adoptadas en juicios civiles de policía tienen naturaleza jurisdiccional, no administrativa, por lo cual están sustraídas del control de la jurisdicción contencioso administrativa.[9] Al respecto la jurisprudencia de ésta Corte ha establecido de manera reiterada “que cuando se trata de procesos policivos para amparar la posesión, la tenencia o una servidumbre, las autoridades de policía ejercen función jurisdiccional y las providencias que dictan son actos jurisdiccionales”[10]. Esta exclusión fue reiterada en el artículo 105 la Ley 1437 de 2011 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. [11]

45. Sin embargo, los precedentes de este Tribunal Constitucional y del Consejo de

Estado también han precisado que las decisiones que se tomen en el curso de un proceso policivo que se adelanta para solicitar la restitución de un bien fiscal o de un bien de uso público, no son decisiones de carácter jurisdiccional, sino de carácter administrativo que pueden ser controvertidas en la jurisdicción de lo Contencioso- Administrativo. Al respecto el Consejo de Estado ha señalado que en esos casos “no hay conflicto entre dos partes que sea dirimido por la autoridad policiva, como bien puede suceder en los amparos posesorios”.^[12] Y ha establecido que en estos eventos:

“la Administración no actúa en ejercicio de competencias jurisdiccionales, sino como autoridad administrativa en ejercicio del poder de policía; en consecuencia, dichos actos están sometidos a control jurisdiccional, el cual se ejerce por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.^[13]

46. Igualmente, este Tribunal estableció en la sentencia T-210/10,^[14] en la cual estudió una acción de tutela interpuesta contra una orden de desalojar un bien de uso público:

“en los procesos policivos de restitución de bienes de uso público, la autoridad administrativa ejerce funciones administrativas y no jurisdiccionales, razón por la cual las decisiones que expide en dichos procesos son actos administrativos sujetos al control por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

47. Como consecuencia de lo anterior, en la sentencia citada la Sala concluyó “que cuando se trata de solicitudes de amparo relacionadas con actos administrativos adoptados por autoridades administrativas en juicios de policía de restitución de bienes de uso público, la acción de tutela es, por regla general, improcedente, debido a la existencia de otro medio de defensa judicial”^[15].

48. Sin embargo, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional y fue reiterado por la Corte en la sentencia T-210/10 esta regla general admite dos excepciones. En primer lugar, cuando la tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.^[16] O, en segundo lugar, cuando los medios ordinarios de defensa son inadecuados o ineficaces para proteger los derechos del peticionario.^[17]

49. Acerca de la segunda excepción la Corte ha resaltado que la tutela, “sólo tiene

lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley”[18] (subrayado fuera del texto). Esto ha llevado a la doctrina constitucional a afirmar “que la eficacia del otro medio de defensa judicial existente está relacionada con la protección oportuna del derecho, mientras la idoneidad se refiere a la protección adecuada del mismo”. [19]

Expediente T-3897350

50. En el presente caso, la Sala considera que para determinar si la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de la jurisdicción de lo contencioso- administrativo es eficaz se deben valorar las circunstancias personales de los peticionarios. Al respecto, la Sala encuentra que la señora Elsa Margarita Tordecilla es una madre cabeza de familia que se encuentra a cargo de tres hijos, dos de los cuales son menores de edad y el otro es una persona con discapacidad. Estas circunstancias no fueron controvertidas por ninguno de los intervinientes, por lo cual en virtud de los principios de veracidad y de buena fe, la Sala los tiene como ciertos. Al respecto es importante recordar que las madres cabeza de familia,[20] los niños[21] y las personas en condición de discapacidad,[22] son sujetos de especial protección constitucional.

Expediente T-3911819

51. Las circunstancias personales del peticionario Fabián Galindez también demuestran que es un sujeto de especial protección constitucional por ser una persona de la tercera edad.[23] De acuerdo con la copia de ciudadanía aportada al proceso de tutela el peticionario tiene setenta y cuatro años.[24]

52. Teniendo en cuenta que los peticionarios de los dos asuntos bajo análisis son sujetos de especial protección constitucional la Sala considera que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es eficaz y no garantiza una defensa oportuna de los derechos de los peticionarios, porque como lo ha destacado esta Corte con fundamento en investigaciones académicas un proceso ante la jurisdicción de lo contencioso podría tardar aproximadamente cuatro años.[25] De esta manera, por un lado se prolongaría la situación

del señor Galindez quien no tiene una vivienda, y por otro lado se podría concretar el desalojo contra la señora Tordecilla y su familia, quienes no cuentan con un lugar para reubicarse.

53. En suma, la Sala considera que en el presente caso se cumple con la procedibilidad formal de la tutela, porque la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no podría proteger de manera oportuna los derechos fundamentales de los peticionarios, quienes son sujetos de especial protección constitucional.

54. Antes de realizar el análisis de fondo, es necesario establecer si el predio en el cual vivía el actor Fabián Galindez, fue donado por la Cooperativa Comsaval, al peticionario, tal como lo sostuvo el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, en el fallo de primera instancia, proferido el dos de enero del año en curso.

55. Al respecto el juez de primera instancia dio por probado que al accionante le había sido adjudicado el predio donde habitaba en el barrio Villa Cristina de Cali, por parte de la liquidada Cooperativa especializada en Ahorro y Crédito COMSAVAL, mediante resolución 093 de 2005.[26] En razón de lo anterior, el ad quo, argumentó que “en aplicación del principio de confianza legítima, el ciudadano puede y debe tener esa resolución como garantizadora de sus derechos sobre esa propiedad”.[27] Como consecuencia de lo anterior, ordenó la suspensión de la diligencia de desalojo y le concedió al peticionario, el término de tres (3) meses “a partir de la comunicación de lo aquí resuelto, para que acudiendo a un profesional del derecho (...) presente demandas administrativas o civiles que correspondan para hacer cumplir la resolución 093 enero 25 de 2005”.[28]

56. Al respecto la Sala observa que a diferencia de lo que sostuvo el juez de instancia, de la Resolución Número 093 del veinticinco (25) de enero de 2005,[29] proferida por la Coemsaval, no se desprende que el bien objeto del litigio haya sido donado al accionante.[30] Por el contrario los lotes de terreno que corresponden al barrio Villa Cristina, donde vivía el señor Galindez, fueron adjudicados a la Gobernación del Valle, tal como se puede constatar en la citada resolución.[31]

6. Primer problema jurídico: El derecho a la vivienda de los peticionarios. Reiteración de jurisprudencia.

57. En esta sección la Sala resolverá sí: (i) la resolución que ordenó el desalojo de Elsa Margarita Tordecilla y de sus dos hijos, menores de edad, y en condición de discapacidad del bien fiscal que ocupa violó su derecho a la vivienda; (ii) el desalojo del señor Fabián Galindez de setenta y cuatro años de edad y de su cónyuge, del bien, sin ofrecerle un albergue temporal que ocupaban violó sus derecho a la vivienda digna. Como se expondrá en las siguientes consideraciones, la Sala considera que la respuesta a ambos problemas es afirmativa, por dos razones. En primer lugar, porque las órdenes de desalojo como se llevaron a cabo en el presente caso son contrarias a las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, las cuales han sido consideradas de manera reiterada en su jurisprudencia. Y en segundo lugar, porque en casos con hechos similares al que se examina este Tribunal Constitucional ha decidido que se presenta una violación del derecho a la vivienda.

6.1. Los desalojos forzosos en el derecho internacional

58. El primer argumento por el cual resulta necesario concluir en el presente caso que se presentó una violación del derecho a la vivienda digna previsto en el artículo 51 de la Constitución, es que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se encuentran prohibidos los desalojos forzosos de poblaciones vulnerables, cuando no se les otorgan alternativas para su reasentamiento.

59. Diferentes tratados internacionales ratificados por Colombia consagran el derecho a la vivienda digna. La Convención Americana sobre Derechos Humanos realiza en su artículo 26 un reenvío a la Carta de la Organización de Estados Americanos que establece en su artículo 34 k), la obligación de los Estados partes de garantizar “vivienda adecuada para todos los sectores de la población”. De igual manera, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce en su artículo 12 el derecho de toda persona a una vivienda adecuada. Éste derecho también se encuentra previsto en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25) y en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (art. XI).

60. Una de las maneras en que el derecho internacional de los derechos humanos ha protegido el derecho a la vivienda digna, es a través de las garantías que se deben ofrecer en desarrollo de los desalojos forzosos. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos

Sociales y Culturales, encargado de vigilar el cumplimiento del Pacto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha establecido los estándares que deben seguir los Estados partes, cuando adelantan desalojos forzosos, en su jurisdicción. Observación General Número 7, sobre la cual es preciso destacar tres aspectos. En primer lugar, cuando se realice un desalojo forzoso los Estados deben respetar las siguientes garantías procesales.

“a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales”.

61. En segundo lugar, de conformidad con la Observación General citada, los desalojos forzosos no pueden dar lugar a que existan personas que se queden sin vivienda. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales señaló:

“Los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a otras tierras productivas, según proceda.

62. En tercer lugar, el Comité constata en su Observación General No. 7 que “las mujeres, los niños, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, así como otros individuos y grupos vulnerables, se ven afectados en medida desproporcionada por la práctica de los desalojos forzosos”, por lo cual se deben adoptar medidas especiales para proteger a éstos grupos.[32]

63. La Observación General No 7 ha sido aplicada por este Tribunal de manera

consistente en casos en los cuales se debatía el desalojo forzoso de sujetos de especial protección constitucional a los que no se les había ofrecido una alternativa de reasentamiento. Así por ejemplo en la sentencia T-075/12, en la cual se debatía el desalojo forzoso de los peticionarios de un bien de uso público estableció con fundamento, en dicho documento que para resolver el caso se debía tener en cuenta: (i) el respeto de todas las garantías procesales previstas ya citada; (ii) garantizar una vivienda adecuada con posterioridad al desalojo; y (iii) proteger especialmente a la población que se encuentra en condición de vulnerabilidad.[33]

64. En síntesis de acuerdo con el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales para garantizar el derecho a la vivienda digna cuando se realicen desalojos forzosos es necesario (i) prevenir que las personas que serán desalojadas se queden sin vivienda por lo cual se deben adoptar medidas para garantizarles una vivienda adecuada con posterioridad al desalojo, (ii) garantizar la protección especial de sujetos que están en condiciones de vulnerabilidad como los niños, las mujeres y las personas de la tercera edad.

6.2. La protección del derecho a la vivienda y a la confianza legítima en casos análogos.

65. El segundo argumento por el cual esta Sala considera que se ha violado el derecho a la vivienda de los peticionarios, se fundamenta en la aplicación de los precedentes de este Tribunal. En casos similares, en los cuales una autoridad de policía ha ordenado el desalojo de bienes que son de uso público o de carácter fiscal y que son habitados por personas que no tienen recursos para acceder una solución de vivienda, se ha establecido que existe una violación del derecho a la vivienda.

66. En algunos casos en los cuales la Corte protegió a los peticionarios a quienes se ordenaba el desalojo de bienes estatales que utilizaban como vivienda, por violación del principio de confianza legítima. Al respecto es importante recordar que éste principio “consiste en que la administración no puede repentinamente cambiar unas condiciones que directa o indirectamente permitía a los administrados, sin que se otorgue un período razonable de transición o una solución para los problemas derivados de su acción u omisión”. [34]

67. La Corte encontró una violación al de confianza legítima en la sentencia T-472/09,[35] en la que estudió el desalojo de un peticionario de 52 años de una escuela pública, donde vivía con su esposa, su hija de 17 años y su nieto de dos años, sin que se les subiese ofrecido ningún tipo de reubicación o alternativa a su ausencia de vivienda.

68. La Sala Novena de Revisión analizó en la sentencia T-282/11[36] la orden de desalojo que se encontraba asentado en un bien fiscal proferida contra un grupo indígena en situación de desplazamiento. Al resolver el caso la Sala aplicó un test de proporcionalidad compuesto de cuatro elementos para establecer si el desalojo afectaba de manera desproporcionada a la comunidad indígena. En primer lugar, la Corte estableció que el desalojo de la comunidad garantizaba el fin legítimo de proteger el patrimonio público. En segundo lugar, determinó que el desalojo era un medio adecuado para proteger los bienes del Estado. En tercer lugar, al estudiar la necesidad, estableció que existían medios que sacrificaban en menor medida los derechos fundamentales del pueblo indígena, porque de manera previa al desalojo se deban agotar previamente etapas de acuerdo y consulta, destinadas a evaluar alternativas al desalojo.

69. En sentido similar también se puede ver la sentencia T-528/11[37] en la que se estudió una acción de tutela interpuesta por una comunidad indígena, que se encontraba asentada en un bien fiscal. Como en el proceso se probó la intención de la Inspección de Policía de Cali de desalojar a los peticionarios, la Sala estableció que aunque la medida de desalojo era legítima para preservar el patrimonio público, ésta solo se debía llevar a cabo si era estrictamente necesaria y antes de practicarla se debía intentar el abandono voluntario del bien.

70. En cuarto lugar, para decidir si el desalojo respetaba el principio de proporcionalidad en sentido estricto, la Sala consideró: a) el peso abstracto de los principios en conflicto; b) la gravedad de la afectación de los dos grupos de principios en juego y c) el grado de certeza de ésta afectación. Con relación al peso abstracto, la Sala determinó que la protección de la diversidad étnica, de la población desplazada y de personas en situación de vulnerabilidad,[38] tenía prima facie un peso mayor a los principios del interés general y protección de la propiedad pública que se buscaban proteger con el desalojo.

71. Al establecer el grado de afectación de estos principios consideró por un lado que

el desalojo afectaría de manera intensa la situación de los sujetos de especial protección constitucional que se encontraban en el predio, y por otro lado, señaló como intermedia la afectación del interés general y del patrimonio público porque antes de la ocupación el predio no tenía un uso socialmente adecuado. Finalmente, la Sala determinó que existía una afectación cierta, de los intereses de los peticionarios si el desalojo no se llevaba a cabo, y que también existía certeza de la afectación al patrimonio público, si los indígenas permanecían en el predio. En razón del mayor peso abstracto y la mayor gravedad de la afectación de los principios que protegían a los peticionarios, la Sala decidió que la tutela debía ser concedida.

72. En la sentencia T-556 de 2011,[39] la Sala Primera de Revisión de éste Tribunal Constitucional estudió una acción de tutela interpuesta por un ciudadano de sesenta y siete (67) de edad, que no contaba con ingresos fijos, para que no se ejecutara la orden de desalojar un predio de propiedad estatal, que ocupaba como vivienda desde hace treinta años.

73. En la sentencia citada, la Corte concedió el amparo por la violación del derecho a la vivienda, porque el peticionario tenía derecho a no ser conducido a la indigencia. Para llegar a esta conclusión, la Sala consideró que si bien no se le podría exigir al Estado que satisficiera todos los elementos prestacionales del derecho a la vivienda digna, de conformidad con la jurisprudencia de ésta Corte, la doctrina internacional más autorizada y el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, si habían obligaciones de cumplimiento inmediato, como la protección de las personas en condición de vulnerabilidad. Al respecto la Sala concluyó respecto del peticionario: “que su derecho a la vivienda digna es desconocido cada vez que el municipio le exige que desaloje el espacio que ha habitado durante todo este tiempo, sin ofrecerle a una persona en sus condiciones una alternativa viable de vivienda, que le garantice condiciones dignas”. Con fundamento en éstas consideraciones éste Tribunal le ordenó a la alcaldía del municipio que se abstuviera de desalojar al peticionario del lugar dónde ha vivido, hasta que pueda proveerse una vivienda con similares o mejores condiciones de la que tiene.

74. En la sentencia T-527/11,[40] la Corte estudió una acción de tutela de un grupo de personas a las que se les había ordenado desalojar de manera inmediata un bien de uso público, en el que habitaban desde hace diez (10) años. Este Tribunal reiteró que si bien era

un deber del Estado recuperar el espacio público, en aplicación del principio de confianza legítima, los ocupantes del predio tenían derecho a que se les otorgue un tiempo para que se mitiguen los efectos del desalojo y a que se les ofrezcan alternativas para su reubicación.

75. En la sentencia T-075/12,[41] la Sala Séptima de Revisión estudió la acción de tutela interpuesta, para que se suspendiera una orden de desalojo, proferida contra el peticionario de 63 años, que se había asentado en un espacio público, con el conocimiento de la administración. En la sentencia al concluir que se había desconocido el derecho a la vivienda y el principio de confianza legítima la Sala advirtió:

“la ejecución de la orden de desalojo inmediata y sin la adopción de medidas alternativas para la reubicación definitiva del accionante que ocupa el bien objeto de debate, implicaría la afectación directa de su derecho a la vivienda digna. Esta situación sería especialmente lesiva, pues el actor goza de una especial protección constitucional, en tanto actualmente cuenta con 63 años de edad”.

76. En la sentencia T-284A/12,[42] la Sala Primera de Revisión estudió una acción de tutela interpuesta por una madre cabeza de familia, madre de dos niños, por el inicio de un proceso, para que restituyera el bien de propiedad del Estado donde habitaba desde hace más de 31 años. La Sala al encontrar que había personas que habitaban el predio objeto del litigio le otorgó efecto inter comunis a la sentencia y concluyó:

“la Sala considera que la Caja de Vivienda Popular y la Secretaría de Hábitat de la Alcaldía Mayor de Bogotá desconocieron a la accionante y su familia y a todas las personas que ocupan el inmueble ubicado en el barrio Guacamayas el derecho a una vivienda digna al iniciar las acciones legales tendientes a obtener la restitución de la posesión del predio y el consecuente desalojo del mismo sin la adopción de medidas alternativas previas para la reubicación definitiva de las personas que ocupan el inmueble. Esta situación se torna especialmente lesiva pues en el grupo de personas afectadas se encuentran menores de edad, como los dos hijos de la accionante, quienes son sujetos de especial protección constitucional.

77. La Sala Tercera de Revisión estudió en la sentencia T-437/12,[43] una tutela acerca de una orden de desalojo dirigida a un peticionario en condición de discapacidad,

que vivía con sus hijos en un bien ubicado en el espacio público. Después de encontrar una violación al principio de confianza legítima concluyó:

“en razón de la condición de discapacidad del accionante, la situación de vulnerabilidad de éste y su familia y por el desconocimiento del principio de confianza legítima, se ordenará a la Administración que le otorgue al accionante y a su familia una medida transitoria de reubicación de vivienda, entre tanto esta familia obtenga la reubicación de vivienda definitiva, ya sea por medio de un subsidio de arriendo o por medio de los planes de reubicación temporal con los que cuente la Alcaldía”.

78. De los precedentes citados aplicables al presente caso se puede concluir que se viola el derecho a la vivienda de los sujetos de especial protección constitucional que habitan un bien de uso público o de carácter fiscal, cuando se ordena su desalojo, sin la adopción de medidas alternativas a favor del accionante.

6.3. Caso concreto.

79. Con relación al expediente T-3897350, la señora Elsa Margarita Tordecilla es una madre cabeza de familia de quien dependen su hijo en estado de discapacidad y sus dos hijos menores de edad que ocupa desde hace aproximadamente trece (13) años un bien fiscal de propiedad del Departamento de Córdoba, denominado Parque Didáctico de Tránsito. Como se señaló en la sección de antecedentes del presente fallo, después de adelantar un proceso policivo, la Inspección Primera Urbana de Policía de Montería le notificó a la peticionaria el veintinueve (29) de agosto de 2012 que debía desalojar del Parque Didáctico de Tránsito y que para tal fin se programó una diligencia de desalojo para el día seis (6) de septiembre. Esta orden aún no se ha ejecutado.

80. Con relación al expediente T-3911819 se encuentra probado que el peticionario Fabián Galindez tiene 74 años,[44] y que desde 1998 habitaba con su cónyuge, un predio ubicado en el barrio Villa Cristina en la ciudad de Cali, que era propiedad de la Cooperativa Coemsaval, pero una vez ésta fue liquidada, en el 2005, pasó a ser un bien fiscal de la Gobernación del Valle. El veintidós (22) de agosto de 2012, la Inspección Primera Urbana de Policía de Cali ordenó a través de la Resolución 4161.2.9 -016 desalojar, en veinte (20) días el inmueble que habitaba en el barrio Villa Cristina. Como se señaló con anterioridad, se pudo establecer a través de comunicación telefónica que el peticionario y su cónyuge

fueron desalojados efectivamente del bien que ocupaban, y se encuentran viviendo en la casa de unos amigos.

81. En las respuestas de las entidades que fueron demandadas en el proceso de tutela, y de las que fueron vinculadas en los procesos de instancia se puede advertir que el principal argumento de defensa de las ordenes de desalojo son la protección al patrimonio público y el carácter inalienable, inembargable e imprescriptible de los bienes de uso público que ocupan u ocupaban los peticionarios.

6.3.1. Análisis de fondo.

82. De acuerdo con lo anterior, para resolver el presente caso, la Sala considera que debe aplicar un test de proporcionalidad, en el cual se pondere, por un lado, la protección del patrimonio público a través del desalojo de los bienes que ocupan los peticionarios, y por otro lado el derecho a la vivienda de los sujetos de especial protección constitucional.

84. En segundo lugar, el desalojo es una medida es idónea para garantizar el patrimonio público y el interés general, porque le permite a la administración departamental disponer de un bien que se encontraba parcialmente ocupado por los particulares.

85. En tercer lugar, en cuanto la necesidad de la medida de desalojo, la Sala debe establecer si existen medios menos onerosos diferentes al desalojo inmediato, para recuperar el predio que ocupan los peticionarios. La Corte analizó el cumplimiento del sub principio de necesidad en la sentencia T-282/11,[45] en la cual se estudió la proporcionalidad de la medida de desalojo de un bien fiscal en el que se encontraba asentado un grupo indígena. En aquella oportunidad la Corte concluyó que el desalojo no cumplía con el sub principio de necesidad. Al respecto estableció:

“el análisis del asunto desde sub principio de necesidad lleva a considerar que la actuación es desproporcionada si no se agotan previamente etapas de acuerdo y consulta con los peticionarios, destinadas a evaluar posibles alternativas al desalojo, pues cualquier acuerdo sobre la restitución del inmueble lesionaría en menor medida los derechos de los accionantes, en comparación con un desalojo forzoso”.[46]

86. En aplicación del precedente citado, la Sala considera que si existen medios alternativos para garantizar la recuperación de los bienes fiscales. La administración municipal puede diferir el desalojo hasta que se garantice el alojamiento temporal de las personas que ocupan los bienes fiscales máxime tratándose de dos menores y de una persona con discapacidad. De esta manera se podría garantizar, la protección del interés general y el patrimonio público, pero sujeto a que se garantice la protección del derecho fundamental a la vivienda, que forman parte del núcleo familiar de la señora Tordecilla. En consecuencia, la Sala concluye que se violó el derecho a la vivienda de la señora Tordecilla, porque ni la Gobernación de Córdoba, ni la Alcaldía de Montería han adoptado medidas, para garantizar como lo establece el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que al grupo familiar compuesto entre otros, por niños, se garantice una vivienda digna.

87. A igual conclusión se debe llegar respecto del señor Fabián Galindez, quien como se estableció con anterioridad, fue desalojado sin que la Gobernación del Valle, le ofreciera ningún tipo de medida alternativa, para acceder a una vivienda digna.

5.3.4. Órdenes.

88. Teniendo en cuenta que en el presente caso existe una tensión entre principios constitucionales, lo que corresponde en las órdenes que se han de emitir es armonizar los principios de protección del patrimonio público y el interés general, con el principio de confianza legítima y el derecho a la vivienda de los peticionarios del presente caso.

5.3.4.1. Expediente T-3911819

Albergue temporal

90. En razón de lo anterior, se ordenará en el expediente T-3897350 en el que es peticionaria la señora Tordecilla que se suspenda la diligencia de desalojo, hasta que no se garantice que ella sea reasentada en un albergue temporal o en un programa de reasentamiento de la Gobernación o de la Alcaldía Municipal en la que se garanticen las condiciones establecidas en la Observación General Número 4, del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales que resulten aplicables a los albergues temporales.[47]

91. Se deberá garantizar que durante el tiempo que permanezca en el albergue no sea

desalojada nuevamente a no ser que sea necesario para garantizar su derecho a la vida y a la integridad personal.

92. En aplicación del requisito de disponibilidad de servicios materiales, facilidades e infraestructura deberá: tener “acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

93. Respecto del requisito de habitabilidad, deberá “ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes”.

Programa de vivienda.

94. Para garantizar el reasentamiento se deberá realizar un estudio detallado de la situación de la peticionaria y su grupo familiar, con el fin de establecer que programa estatal de vivienda es aplicable a su caso, ya sea a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas competentes, para que la actora sea inscrita en este.[48]

5.3.4.2. Expediente T-3911819

95. En el expediente T-3911819, el daño que se pretendía evitar con la acción de tutela ya se consumó. En consecuencia, la Corte hará un llamado a prevención, para que no vuelva a desalojar de bienes fiscales a sujetos de especial protección constitucional, como personas de la tercera edad, sin otorgarles alternativas para su reasentamiento, porque de ésta manera se desconoce la obligación de garantizar su derecho fundamental a la vivienda digna.

96. Como se ha ordenado en las sentencia T-472/09,[49] en la que la Corte estudió una orden de desalojo de un bien fiscal que ya se había llevado a cabo, se ordenará a la Gobernación del Valle, para que verifique la situación personal del actor y su núcleo familiar, con el fin de establecer el tipo de programa estatal de vivienda aplicable a su caso.

Adicionalmente, deberá adelantar en coordinación con las autoridades locales y municipales, la inscripción en los programas de vivienda de interés social que se considere pertinente, previa verificación de los requisitos exigidos y observando el debido proceso en la asignación de los recursos disponibles.

7. Segundo problema jurídico: Existencia de un contrato de trabajo.

97. Según lo afirma la señora Tordecilla desde el 2006, cuando murió su cónyuge, ha cuidado y realizado labores de vigilancia en el Parque Didáctico de Tránsito, y no ha recibido ninguna remuneración por éstas labores. En razón de lo anterior, solicita: (i) que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre ella y la Alcaldía de Montería y (ii) que se le ordene a ésta entidad pagarle los salarios que le adeuda. Al respecto la Gobernación de Córdoba ha afirmado que la peticionaria “no tiene relación contractual ni laboral alguna” con ésta entidad.[50] La alcaldía del municipio guardó silencio respecto de este alegato.[51]

98. El señor Galindez (expediente T-3911819) también solicitó que se le pagaran las sumas adeudadas por la labor de vigilancia que había ejercido desde el 2006, cuando las casas y lotes existentes en el barrio Villa Cristina de Cali pasaron a ser propiedad de la Gobernación del Valle. Al respecto indicó el señor Marco Antonio Suárez que laboraba en la Subsecretaría de Servicios Generales y Recursos Físicos de la Gobernación del Valle, lo autorizó verbalmente para que continuara como vigilante.[52] Como se señaló en los antecedentes, la Gobernación del Valle, argumentó respecto de éste punto que “la única autoridad competente para contratar los servicios de vigilancia es el Gobernador mediante el cumplimiento del marco normativo establecido en el proceso de contratación”.

99. Al igual que en la sentencia citada en el presente caso no existe claridad sobre la presunta existencia de contratos verbales, que puedan ser declarados como contratos realidad, ya que no se aportaron pruebas al respecto por ninguno de los dos actores. Por lo cual, tal como se estableció en la sentencia citada, se le recordará a los peticionarios que si lo consideran pertinente pueden acudir a la jurisdicción que corresponda para que determine el tipo de vinculación que tenía con las entidades demandadas y alleguen los argumentos y pruebas que consideren pertinentes.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Montería el diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012), que a su vez confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Montería el (12) de septiembre de 2012, en la cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela presentada por la señora Elsa Margarita Tordecilla contra el Municipio de Montería. En su lugar, AMPARAR el derecho fundamental a la vivienda digna de la accionante y sus hijos.

Segundo.- ORDENAR a la Alcaldía de Montería que en un término no mayor a (06) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a reubicar a la señora Elsa Margarita Tordecilla y a sus hijos, quienes habitan en un inmueble ubicado en el Parque Didáctico de Tránsito, en un albergue temporal que garantice los requisitos de habitabilidad, disponibilidad de servicios materiales, facilidades e infraestructura y seguridad jurídica en la tenencia.

Tercero.- ORDENAR a la Alcaldía de Montería que en un término no mayor a quince (15) días contados a partir de la notificación de esta sentencia, adelante la inscripción de la señora Elsa Margarita Tordecilla y sus hijos, en los programas de vivienda de interés social que sean aplicables, previa verificación de los requisitos exigidos y observando el debido proceso en la asignación de los recursos disponibles.

Cuarto.- REVOCAR el fallo de segunda instancia proferido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el diecinueve (19) de febrero de dos mil trece (2013), que a su vez revocó la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali el dos (02) de enero de dos mil trece (2013), en la cual se amparó el derecho fundamental a la vida y a la vivienda digna del señor Fabián Galindez, en su proceso de tutela contra la Gobernación del Valle del Cauca. No obstante, se advierte que en el caso concreto se presentó un daño consumado.

Quinto.- ORDENAR a la Gobernación del Valle que en un término no mayor a quince (15)

días contados a partir de la notificación de esta sentencia, adelante, en coordinación con las autoridades municipales, la inscripción del señor Fabián Galindez en los programas de vivienda de interés social que sean aplicables, previa verificación de los requisitos exigidos y observando el debido proceso en la asignación de los recursos disponibles.

Sexto.- SOLICITAR a la Defensoría del Pueblo, y a la Procuraduría General de la Nación apoyar, acompañar y vigilar el pleno cumplimiento de lo determinado en el presente fallo, con el fin de garantizar el goce efectivo de los derechos aquí protegidos.

Séptimo.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

[1] Los expedientes de la referencia fueron escogidos para revisión por medio del Auto del veintiocho (28) de mayo de dos mil trece (2013), proferido por la Sala de Selección Número Cinco.

[2] Se refirió al artículo 132 el cual dispone: “Cuando se trate de la restitución de bienes de uso público, como vías públicas urbanas o rurales o zona para el paso de trenes, los alcaldes, una vez establecido, por los medios que estén a su alcance, el carácter de uso público de la zona o vía ocupada, procederán a dictar la correspondiente resolución de

restitución que deberá cumplirse en un plazo no mayor de treinta días. Contra esta resolución procede recurso de reposición y también de apelación para ante el respectivo gobernador”. Decreto 1355 de 1970, agosto 4, “Por el cual se dictan normas sobre Policía”.

[3] Al respecto véanse, entre otras decisiones, las sentencias T-603 de 2001 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-476 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-341 de 2003 (MP. Jaime Araujo Rentería), T-643 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-219 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño) y T-726 de 2007 (MP. Catalina Botero Marino).

[4]”Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

[5] Sentencia SU-225/13 (MP. Alexei Julio Estrada).

[6] Sentencia T-578A/11 (Mauricio González Cuervo).

[7] Ibídem.

[8] Sentencias: T-284A/12 (MP. María Victoria Calle) y T-527/11 (Mauricio González Cuervo).

[9]Sentencias dictadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado de 3 de mayo de 1990; Exp. 5.911; de 5 de mayo de 1995, Exp. 3130 y de 5 de septiembre de 1996, Exp. 3960 de 1996.

[10]Al respecto ver las sentencias: T-149/98 (MP. Antonio Barrera Carbonell), T-091/03 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-1104/08 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto. AV. Jaime Araujo Rentería), T-423/10 (MP. María Victoria Calle Correa).

[11] Esta disposición establece: “Artículo 105. Excepciones. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos: (...) 3. Las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley”.

[12] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 25 de Julio de 2002, Rad. 7904, Actores Mariluz Gómez Castillo y Héctor Maestre. C. P. Olga

Inés Navarrete Barrero. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 30 de Octubre de 1997, Rad. ACU-042, Actor Marco Aurelio Torres Rincón, C. P. Daniel Suárez Hernández.

[13] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 8 de marzo de 2013, Actor: Roberto Chahn, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

[14] MP. Juan Carlos Henao Pérez. En igual sentido se puede ver la sentencia T-437/12 (MP. Adriana María Guillén Arango).

[15] Sentencia T-210/10 (MP. Juan Carlos Henao Pérez).

[16] Al respecto el art. 6 del Decreto 2591 de 1991 “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política” establece: “La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Sobre el particular pueden consultarse, entre otras, las sentencias: T-257 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1017 de 2006 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-404 de 2008 (MP. Jaime Córdoba Triviño), y T-472 de 2008 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

[17] Sentencias: T-106/93 (MP: Antonio Barrera Carbonell), T-514/03 (MP. Eduardo Montealegre Lynett); T-480/11 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

[18] Ibídem.

[19] Catalina Botero Marino, La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano, Consejo Superior de la Judicatura, 2006, p.108.

[20] Al respecto ver entre otras: Sentencia T-740/12 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), Sentencia T-275/08, (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

[21] Ver entre otras: Sentencia T-1077/12 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), sentencia T-275/08 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), Auto 251/08 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

[22] Al respecto ver entre otras: Sentencia T-207 de 1999 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), Auto 006/11 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), sentencia T-022/13 (MP. María Victoria Calle Correa).

[24] De acuerdo con la copia de éste documento el peticionario nació el quince (15) de abril de 1939, folio 27.

[25] Sentencia T-210/10 (MP. Juan Carlos Henao Pérez), en la cual se cita: Manuel-Alberto Restrepo. Estudio regional de la congestión en la jurisdicción administrativa. Revista Estudios Socio-Jurídicos. Universidad del Rosario. 2010, 12, (1), pp. 263-283. Disponible en:

<http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1192/1128>.

[26] Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, sentencia de dos (2) de enero de 2013, accionante: Fabián Galindez Ojeda, demandado: Gobernación del Valle, folio 51.

[27] Ibídem.

[28] Ibídem, punto resolutivo tercero, folio 52.

[29] “por medio de la cual se ordena la séptima y la última restitución parcial de acreencias a los acreedores de la NO MASA, de acuerdo a las disponibilidades de la intervenida en dinero en efectivo, bienes muebles, inmuebles de propiedad plena y derechos de copropiedad en bienes inmuebles, derechos fiduciarios y acciones”.

[30] Folios 66 a 104.

[31] Folios 72 a 75.

[32] Al respecto la Observación General 4 del Comité establece: “Los Estados Partes deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial”.

[33] MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[34] Sentencia T-472/09 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

[35]Ibídem.

[36] MP. Luis Ernesto Vargas Silva, SPV. Mauricio González Cuervo.

[37] MP. Mauricio González Cuervo.

[38] En el grupo indígena había niños, mujeres embarazadas y personas de la tercera edad.

[39] MP. María Victoria Calle Correa.

[40] MP. Mauricio González Cuervo.

[41] MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[42] MP. María Victoria Calle Correa.

[43] MP. Adriana María Guillén Arango.

[44] De acuerdo con la copia de la cédula de ciudadanía el peticionario nació el quince (15) de abril de 1939, folio 27.

[45] MP. Luis Ernesto Vargas Silva, SPV. Mauricio González Cuervo.

[46] Fundamento jurídico 19.2.

[47] MP. María Victoria Calle Correa.

[48] MP. Adriana María Guillen Arango.

[49] MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

[50] Gobernación de Córdoba, escrito de contestación a la tutela interpuesta por Elsa Margarita Tordecilla Díaz, folio 16.

[51] Alcaldía de Montería, Escrito de contestación a la tutela interpuesta por Elsa Margarita Tordecilla Díaz, folios 19 a 21.

[52] Folio 3.