

Sentencia T-008/15

ACTUACION TEMERARIA Y COSA JUZGADA EN MATERIA DE TUTELA-Buscan evitar la presentación sucesiva, además de múltiple de las acciones de tutela

La jurisprudencia de este Tribunal ha sido enfática en establecer que en este tipo de situaciones se debe desvirtuar la presunción de buena fe en la actuación del accionante. Ha señalado que “resulta razonable asumir que la temeridad se configura únicamente si el actor ha obrado con mala fe, deslealtad procesal, o si su actuación infringe el deber de moralidad procesal. Por tanto, las sanciones sólo podrían imponerse una vez se desvirtúe la buena fe del accionante, pues está en principio se presume por mandato de la Constitución (CP art. 83)”. Entonces, si el actor no actuó movido por la mala fe no hay lugar a la configuración de una actuación temeraria.

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Triple identidad

Esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha sido enfática en manifestar que el juez constitucional al momento de establecer si se configura una actuación temeraria, debe valerse de la figura de la tripe identidad, a saber: (i) la identidad de las partes; (ii) la identidad de la causa petendi; y (iii) la identidad del objeto. Adicionalmente, ha hecho alusión a la existencia de un hecho nuevo que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio de la acción.

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-No se presenta por existencia de un hecho nuevo que justifica la presentación de la segunda acción de tutela

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR ACREENCIAS LABORALES-Procedencia excepcional por afectación de derechos fundamentales

Este Tribunal ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela para el cobro de acreencias laborales, cuando se demuestra que el incumplimiento de las mencionadas obligaciones vulnera o amenaza derechos fundamentales como el mínimo vital, la seguridad social o la vida en condiciones dignas.

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR ACREENCIAS LABORALES-Elementos de juicio para establecer si se está en presencia de un perjuicio irremediable

En lo que tiene que ver con la comprobación de la inminencia de un perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la acción de tutela, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, la Corte ha “utilizado criterios como (i) la edad del actor(a) para ser considerado(a) sujeto de especial protección por ser una persona de la tercera edad, (ii) el estado de salud del (la) solicitante y su familia, y (iii) las condiciones económicas del peticionario(a). Adicionalmente, la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado(a).” Entonces, la acción de tutela puede interponerse excepcionalmente para solicitar la cancelación de acreencias laborales siempre que “se logre establecer en cada caso en concreto que los mecanismos ordinarios de defensa no son idóneos o eficaces para la protección de los derechos fundamentales de los actores, cuando lo que se pretende es evitar la consumación de un perjuicio irremediable, o porque el incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador está afectando el derecho al mínimo vital de los trabajadores tutelantes. Lo anterior, por cuanto las dificultades financieras, las prácticas discriminatorias en el pago, los cambios de legislación o la existencia de un aspecto formal que afecte el mínimo vital de un trabajador y su núcleo familiar, no puede constituirse en un obstáculo o requisito adicional para obtener por parte de los trabajadores su legítimo derecho a las cesantías”.

MINIMO VITAL-Concepto

El mínimo vital es un derecho alusivo a la subsistencia de las personas, tanto a nivel individual como familiar, que implican una vida en condiciones dignas y que, en principio, se satisface mediante la remuneración de la actividad laboral desempeñada. Por lo anterior, esta prerrogativa es mucho más amplia que la mera noción de salario, el cual incluye todas las acreencias laborales y prestacionales, que se deriven de la relación laboral y tengan como destino mejorar las condiciones de existencia digna del trabajador y su núcleo familiar.

AUXILIO DE CESANTIA, INTERESES Y SANCION MORATORIA-Naturaleza jurídica

El auxilio de cesantía se erige en una de las prestaciones más importantes para los trabajadores y su núcleo familiar, como también en uno de los fundamentos más relevantes

del bienestar de los mismos, en cuanto se considera el respaldo económico de sus titulares para el acceso a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida de la población asalariada. Aunado a lo anterior, en caso de mora en el pago de este auxilio, así como sus intereses, la entidad responsable de la obligación tiene el deber de reconocer y pagar de sus propios recursos, una sanción moratoria consistente en un día de salario por cada día de retardo, hasta tanto se haga efectivo el pago. Para lo cual, solamente es necesario que el afectado acredite la no cancelación dentro del término previsto en las disposiciones legales.

AUXILIO DE CESANTIA-Derecho irrenunciable de todos los trabajadores que debe asumir el empleador

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR ACREENCIAS LABORALES-Caso en que, por negligencia del empleador, no se afilió al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a docente quien reclama pago de auxilio de cesantía, intereses y sanción moratoria

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR ACREENCIAS LABORALES-Procedencia para pago de cesantías, intereses a las cesantías y sanción moratoria, por afectación del mínimo vital del accionante y su núcleo familiar

Referencia: Expediente T-4.501.911

Acción de tutela instaurada por Fredy Orobio Riascos en contra de la Alcaldía Distrital y la Secretaría de Educación Distrital de Buenaventura.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Martha Victoria Sáchica Méndez y los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo emitido en segunda instancia por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Buenaventura, Valle del Cauca, que revocó la decisión adoptada por el Juzgado Tercero Civil Municipal de esa ciudad, que había rechazado la solicitud de amparo al encontrar que se trataba de una acción temeraria y, en su lugar, concedió la protección de los derechos invocada por el accionante.

I. ANTECEDENTES.

El señor Fredy Orobio Riascos presentó acción de tutela contra la Alcaldía Distrital de Buenaventura, Valle del Cauca, al estimar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la vida en condiciones dignas, toda vez que, en su criterio, por falta de afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio las autoridades distritales le deben reconocer las cesantías junto con los respectivos intereses moratorios correspondientes a los años 2003 y 2004. El accionante expone el siguiente acontecer fáctico.

1. Hechos.

- Señala que es un docente activo, adscrito a la planta educativa del Distrito de Buenaventura y además es responsable del sostenimiento económico de su familia, conformada por una hija menor de edad[1] y su compañera quien realiza actividades de ama de casa.
- Por diferentes medios escritos y verbales ha reclamado la sanción moratoria a las autoridades distritales, correspondiente a los años 2003 y 2004, ya que en esos períodos la administración omitió vincularlo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que existiera una justificación razonable por tal conducta.
- El Fondo de Prestaciones del Magisterio le informó que su responsabilidad se generaba a partir de la fecha de afiliación al Fondo, situación que en su caso ocurrió el 28 de noviembre de 2005, por lo que la carga que existiera respecto de periodos anteriores, es competencia del municipio o entidad territorial.
- La Secretaria de Educación del Distrito a través de oficio del 10 de mayo de 2013, le indicó que el dinero correspondiente a la sanción reclamada se estaba liquidando y que

posteriormente se expediría el respectivo acto administrativo. En concreto en el mencionado oficio se consignó:

“Debo expresarle que los docentes y directivos docentes vinculados al servicio educativo estatal en virtud de lo preceptuado en el decreto 3752 de 2003, deben estar afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en coordinación con lo prescrito en la Ley 91/89, desde este punto de vista, usted en su calidad de docente se encuentra vinculado a dicho Fondo, y en consecuencia sus cesantías son giradas anual y directamente por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduciaria la Previsora SA, encargada de la administración de los recursos del Fondo de su afiliación.

Respecto a las vigencias anteriores a la fecha efectiva de su afiliación (año 2003), igualmente entendemos que las cesantías son de cargo del citado fondo, no obstante los intereses correspondientes a esa vigencia se le están liquidando y se cancelarán, mediante acto administrativo que se motivará oportunamente”.

- A partir de lo anterior, el 30 de julio de 2013, la Oficina de Prestaciones Sociales de la Alcaldía realizó la liquidación de su caso, la que arrojó un valor de \$63'389.323, cifra que incluía para el año 2003 las cesantías (\$63.155.487) y los intereses a las cesantías (\$85.444) y para el año 2004 los intereses a las cesantías (148.392), monto respecto del cual dio su aprobación para que se expidiera el respectivo acto administrativo y se procediera al pago.

- Asegura que a la fecha de interposición de la acción de tutela no ha obtenido una solución definitiva a su problemática, lo que ha terminado por desestabilizarlo económicamente, al punto que en estos momentos tiene diversas deudas con entidades bancarias, cooperativas y personas naturales. En concreto señala que tiene obligaciones vigentes con (i) el Banco Coomeva por \$17'645.029; (ii) el Banco BBVA Sucursal Buenaventura por \$25'136.530.48; (iii) almacenes Éxito a través de una tarjeta de crédito por \$4'973.613.85; y (iv) la Cooperativa privada de préstamos Servipres por \$7'738.000.

- Resalta que tuvo la oportunidad de conocer la Resolución 1903 del 23 de septiembre de 2013, a través de la cual la Administración Distrital reconoció y pagó al señor Edinson Valencia la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías correspondientes a los años 1999, 2000 y 2001, a partir de lo cual considera que se le está

vulnerando su derecho a la igualdad y al debido proceso, toda vez que tanto el señor Valencia Gamboa como él, son docentes activos y no existe una razón que justifique un trato distinto.

Con base en los hechos y fundamentos jurídicos esgrimidos, solicita que se protejan sus derechos fundamentales, ordenando a la Alcaldía Distrital de Buenaventura, que a través de la Secretaría de Educación reconozca, liquide y cancele los valores adeudados por concepto de cesantías, así como la sanción moratoria al no haber reportado su afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL.

1. Trámite procesal. Una vez el Juzgado Tercero Civil Municipal de Buenaventura asumió el conocimiento del asunto, corrió traslado a la parte accionada, vinculó a la Fiduprevisora y citó al accionante para que ampliara los argumentos expuestos en el escrito de amparo.

1.1. Alcaldía Distrital de Buenaventura. Se opuso a las pretensiones elevadas por el actor, por cuanto en su criterio la acción de tutela resultaba improcedente debido a que: (i) existen otros medios de defensa judicial y no se está en presencia de un perjuicio irremediable, en la medida que se trata de un docente vinculado a la planta de cargos del Distrito, por lo que recibe ingresos mensuales para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia de acuerdo con su nivel profesional; (ii) este asunto ya fue resuelto a través de una acción de tutela anterior, por lo que se está ante una actuación temeraria[2]; (iii) finalmente hubo falta de inmediatez debido a que la omisión de la afiliación supuestamente se presentó en el año 2004, por lo que a la fecha de la invocación del amparo han transcurrido 10 años.

En cuanto al fondo del asunto argumentó que en este caso no se estaba vulnerando el derecho a la igualdad del actor dado que la situación del señor Valencia Gamboa es diferente a la suya, ya que se trataba de un empleado del municipio que se encontraba al día en su afiliación a su Fondo de Cesantías y por culpa de la administración, no se le había hecho el deposito correspondiente en su cuenta, mientras el actor pretende que se le reconozca el pago por una sanción, durante un tiempo en el que no estuvo afiliado al Fondo del Magisterio y respecto de lo cual esa entidad ha venido negando su responsabilidad, por cuanto de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 3752 de 2003[3], en el proceso de afiliación

de los docentes al fondo de cesantías intervenían (i) el educador respectivo, (ii) el Ministerio de Educación, (iii) el Fondo del Magisterio y (iv) la administración municipal, por lo que resulta necesario que dentro de un proceso ordinario se establezca la responsabilidad de cada uno de los intervinientes[4].

1.2. Secretaría de Educación Distrital. Advierte que realizó todas y cada una de las acciones que le correspondían hasta agotar lo ordenado en la Ley 91 de 1989, dentro del proceso que debe seguirse para la afiliación de docentes al Fondo de Prestaciones respectivo, por lo que remitió a la Fiduprevisora la documentación requerida para el proceso de afiliación del señor Orobio Riascos, situación que finalmente se cumplió el 28 de noviembre de 2005. Agrega que en este caso se presenta una disyuntiva respecto a los intereses a las cesantías de los años 2003 y 2004 junto con la sanción moratoria por falta de pago, aspecto que debe ser resuelto directamente por la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía Distrital.

1.3. Ampliación de la solicitud de amparo del señor Fredy Orobio Riascos. Expone que el objetivo de esta acción de tutela es el derecho a la igualdad debido a que al señor Edinson Valencia Gamboa, no estaba vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales y aun así la Alcaldía le reconoció el pago de la sanción moratoria, mientras que a él se la negaron, lo que considera un acto discriminatorio. Agrega que en anterior oportunidad presentó otra acción de tutela por violación del derecho al mínimo vital, debido a que se encontraba sin dinero y pretendía que se le reconocieran el monto liquidado a partir de la situación fáctica descrita, monto que ascendía a 63 millones de pesos.

En escrito posterior el actor plantea una serie de observaciones a las contestaciones realizadas por la Alcaldía Distrital de Buenaventura y la Secretaría de Educación Distrital de esa ciudad. En cuanto a la existencia de un perjuicio irremediable expone que se encuentra afectado económicamente como quedó demostrado con las certificaciones aportadas al trámite tutelar. Respecto a la vulneración de su derecho a la igualdad refiere que la Administración Distrital en múltiples oportunidades ha reconocido la sanción moratoria por la no afiliación al fondo de prestaciones sociales del magisterio de los docentes pertenecientes al Distrito de Buenaventura. Ejemplo de ello es la Resolución Núm. 1409 del 1 de agosto de 2012, suscrita por \$1.855'114.086,21, por concepto de cesantías e indemnización por falta de pago de cesantías y retardo en las afiliaciones al Fondo de 30 docentes del Distrito que se encuentran en idéntica situación a la suya, por lo que no existe

ninguna razón ni fáctica ni jurídica que permita negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a la cual tiene derecho.

No obstante lo anterior, en su caso la Administración Distrital le negó su derecho por medio de la Resolución 007 de 2013, en la que estableció que su caso había operado una supuesta prescripción, argumentando que “el peticionario no ha aportado la prueba contraria, acerca de la responsabilidad del Distrito y en este caso los tres (3) años a los que alude la norma transcurrieron sin ser interrumpidos, pues la sanción por el año 2005 prescribió en el año 2009”.

Finalmente, destaca el accionante que en este caso no existe falta de inmediatez, dado que la vulneración de sus derechos fundamentales persiste en el tiempo.

2. Fallo de primera instancia. El Juzgado Tercero Civil Municipal de Buenaventura rechaza la acción de tutela, debido a que en su criterio se configuró una acción temeraria en la medida que cursó ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Buenaventura (primera instancia)[5] y el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Buenaventura (segunda instancia)[6] una acción de tutela promovida por el mismo actor y en contra de las mismas entidades accionadas en esta oportunidad[7].

Existe identidad de causa, toda vez que ambas acciones se fundamentan en el reconocimiento, liquidación y cancelación de unos valores adeudados por no haber reportado la afiliación al fondo de prestaciones respectivo correspondiente a los años 2003 y 2004. Anotó que se configura la identidad de objeto, en la medida que se pretende el reconocimiento, liquidación y pago de una posible sanción moratoria, en procura de alcanzar la protección de los mismos derechos fundamentales como son la igualdad, el debido proceso y la vida en condiciones dignas. Por último, advierte que no existen elementos fácticos que permitan intentar una nueva solicitud de amparo.

3. Impugnación. El señor Orobio Riascos presenta escrito de impugnación al considerar que no se tuvieron en cuenta los hechos y las situaciones nuevas expuestas en esta acción de tutela, lo que termina por afectar sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso. Al respecto, destaca que con posterioridad a la interposición de la acción de tutela inicial (2013-00039-00) conoció dos situaciones idénticas a su caso (Resoluciones Núms. 1903 de 2013 y 1409 de 2012), en donde la Administración Distrital accedió a las

solicitudes elevadas por varios docentes que se encuentran en situaciones similares a la suya, aspecto que no fue valorado por el a quo.

En orden a lo expuesto, refiere que en sus actuaciones no ha mediado la mala fe y menos aún ha tenido una actitud fraudulenta, por lo que no se presenta un abuso del derecho. Destaca que lo único que pretende es la protección de sus garantías fundamentales y las de su familia, ya que tiene una hija menor de edad y el dinero adeudado le serviría para menguar la grave y difícil situación económica por la que atraviesa.

Aunado a lo anterior, aportó copia del periódico Pacífico Siglo XXI que en su edición de mayo y junio de 2014, página 19, hace una extensa entrevista al Director Jurídico de la Alcaldía Distrital, en donde reconoce el error de no haber afiliado a los docentes al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como su compromiso de responder por dichos dineros.

Agrega que contrató los servicios de una Contadora Pública para que determinara el valor de su liquidación por concepto de sanción por la no afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, arrojando una cuantía de \$139'505.207, con corte al 30 de junio de 2014, en el que se destacan los siguientes datos: año 2003 (i) cesantías \$564.199; (ii) intereses a las cesantías \$67.704; (iii) valor total de la sanción por mora \$70'261.582; (iv) total a pagar \$70'893.485. Año 2004 (i) cesantías \$603.693; (ii) intereses a las cesantías 72.443; (iii) valor total de la sanción por mora \$67'935.586; (iv) total a pagar \$68'611.722. Dinero que en caso de que prospere su solicitud de amparo debe ser reconocido en un término no mayor a 48 horas.

4. Fallo de segunda instancia. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Buenaventura, Valle del Cauca, revoca la decisión adoptada y, en su lugar, concede la protección de los derechos fundamentales invocados por el accionante. Como sustento de su decisión expone:

(i) Ausencia de temeridad. El actor en esta oportunidad no alega la falta de reconocimiento de la sanción moratoria por la demora en el pago de las cesantías de los años 2003 y 2004, sino el contenido de la Resolución Núm. 007 del 27 de septiembre de 2013, proferida por la Alcaldía Distrital de Buenaventura, a través de la cual le niega el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de las cesantías de los años 2003 y 2004 por falta de afiliación al

Fondo de Prestaciones Sociales[8].

(ii) Requisito de inmediatez. Entre la emisión de la Resolución 007 del 27 de septiembre de 2013 y la formulación de la presente tutela (28 de abril de 2014), transcurrió un término razonable.

(iii) Requisito de subsidiariedad. Para la fecha en que se formuló la presente acción de tutela (28 de abril de 2014), ya había fenecido el término de cuatro (4) meses consagrado en el artículo 138 de la ley 1437 de 2011 para poder ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la Resolución 007 del 27 de septiembre de 2013, por lo que el accionante carece de un medio alternativo de defensa judicial diferente a la tutela para la defensa de sus derechos fundamentales y de esta manera prevenir un perjuicio irremediable.

En cuanto al fondo del asunto, plantea que la Alcaldía de Buenaventura al declarar la prescripción de la sanción moratoria al no haber reportado la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, tuvo como fundamento legal el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969[9], sin embargo, esta regla opera exclusivamente respecto a las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968[10]. Por su parte, la sanción moratoria por el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía, está consagrada en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006[11], por lo que la sanción moratoria por el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía de los años 2003 y 2004 del señor Orobio Riascos, no puede ser objeto de prescripción y en consecuencia su falta de pago constituye una vulneración a sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana.

Finalmente, estableció que en este caso se estaba otorgando un trato desigual al actor respecto del señor Edinson Valencia Gamboa, a quien la Administración Distrital le reconoció el pago de la sanción moratoria de las cesantías correspondientes a los años 1999, 2000 y 2001.

III. INTERVENCIONES EN SEDE DE REVISIÓN.

En desarrollo del trámite de revisión, la Alcaldía Distrital de Buenaventura y el accionante presentaron diversos escritos que se relacionan a continuación.

1. Alcaldía Distrital de Buenaventura. Comienza por advertir que el actor hace parte de un amplio grupo de docentes que por motivos que actualmente son materia de investigación, no fueron afiliados al Fondo del Magisterio administrado por la Fiduciaria La Previsora. Agrega que lo solicitado en la presente tutela le fue negado a través de la Resolución 007 del 27 de septiembre de 2013, por lo que debe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para resolver la presente controversia. Por último señala que el actor inició incidente de desacato contra el Distrito de Buenaventura[12].

Advierte que el actor no es sujeto que requiera especial protección constitucional por lo que la acción de tutela no resulta procedente. Para el caso, el señor Orobio Riascos contaba con la posibilidad de interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto administrativo que le negó el requerimiento hecho a través de la presente solicitud de amparo, con lo que desconoció la jurisprudencia constitucional alusiva a la imposibilidad de utilizar la tutela para revivir términos judiciales vencidos.

Añade que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado las cesantías sí están sometidas al régimen de prescripción trienal que alegó la administración al peticionario[13], en la medida que el supuesto vacío que se presenta en los Decretos 1848 de 1969 art. 102 y 3135 de 1968 art. 41, se suplen con la prescripción de que tratan los artículos 151 del Código Procesal Laboral y 488 Código Sustantivo del Trabajo (3 años).

Resalta que en este caso no se vulneró el derecho a la igualdad, debido a que el caso del señor Valencia Gamboa es diferente al del accionante. Agrega que incluso en caso de ser iguales, la administración no está obligada a seguir en el error reconociendo derechos que posteriormente entendiera no deben serlo o se deben otorgar de manera diferente, toda vez que se estaría generando un detrimento patrimonial al Estado.

2. Accionante[14]. En términos generales reitera los argumentos expuestos en la solicitud de amparo. Insiste en que es el responsable de velar económicamente por su familia con su escaso salario y que no obstante sus múltiples reclamaciones, hasta el momento no ha recibido respuesta favorable a su solicitud, a pesar de que la Secretaría de Educación le manifestó que se estaba liquidando su reclamación y posteriormente se expediría el respectivo acto administrativo. Refiere que las autoridades distritales le informaron que para dar trámite a su exigencia debía entregar el 50% del valor liquidado, por lo que

presentó queja ante la Procuraduría Provincial de Buenaventura, lo que llevó a la mencionada Secretaría a remitir toda la documentación correspondiente a la Oficina Jurídica de la Alcaldía de Buenaventura.

Advierte que está siendo objeto de discriminación por parte de las autoridades distritales, lo que ha terminado por afectar su salud, situación que se ha manifestado en hipertensión y angustias de todo tipo que no le permiten conciliar el sueño. En consecuencia, pide que en este caso se apliquen los artículos 134A, 134B y 134C incisos 3, 5 y 6 del Código Penal, introducidos a través de la Ley 1482 de 2011[15].

Aunado a lo anterior, aporta copia del periódico Pacífico Siglo XXI, que en su edición de mayo y junio de 2014, hace una extensa entrevista al director jurídico de la alcaldía distrital, en donde reconoce el error de no haber afiliado a los docentes al fondo de prestaciones sociales del magisterio y la obligación de responder por ello, situación que considera injusta en su caso en la medida que a pesar del reconocimiento del mencionado error, solo se le ha cumplido a algunos docentes quienes seguramente no tienen sus necesidades, obligaciones y angustias.

Por su parte el Director Financiero del Distrito de Buenaventura en la misma publicación manifiesta que el Distrito de Buenaventura ha sido certificado con una calificación “W”, lo que quiere decir que es un distrito con capacidad de pago, por lo que puede asumir compromisos para inversión e igualmente están en capacidad de atender las obligaciones y deudas que se tienen. Reconoce el error de la alcaldía de no afiliar a los docentes.

IV. PRUEBAS RELEVANTES.

1. Aportadas en el trámite de instancia.

- Fotocopia del oficio del 10 de mayo de 2013 emitido por la señora Secretaria de Educación Distrital (folio 1 cuaderno de primera instancia).
- Fotocopia de la liquidación del docente Fredy Orobio Riascos correspondiente a las cesantías e intereses de las cesantías del año 2003 y los intereses de las cesantías del año 2004, por valor de \$63'389.323 (folio 2 cuaderno de primera instancia).
- Fotocopia de la Resolución 1903 del 23 de septiembre de 2013, a través de la cual se le

reconoció la señor Edinson Valencia Gamboa la “sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías correspondientes a los años 1999, 2000 y 2001, las cuales no le fueron consignadas en su cuenta individual del fondo de cesantías horizonte donde se encuentra afiliado” (folios 3 a 5 cuaderno de primera instancia).

- Fotocopia del estado de cuenta de la Tarjeta de Crédito de Almacenes Éxito, del 9 de marzo de 2014, donde figura un pago total por valor de \$4'973.613,85 (folio 7 cuaderno de primera instancia).

- Fotocopia de la certificación del Banco Coomeva, del 26 de marzo de 2014, donde figura una deuda por valor de \$17'645.029 (folio 9 cuaderno de primera instancia).

- Fotocopia de la certificación expedida el 1 de abril de 2014 por el Banco BBVA, donde se especifica que el señor Fredy Orobio Riascos se encuentra vinculado con esa institución financiera a través de un crédito de libranza con saldo de \$25'136.530,48 (folio 10 cuaderno de primera instancia).

- Fotocopia de la constancia de la empresa Servipres, del 2 de abril de 2014, en la que se certifica que el actor tiene una deuda con esa empresa por valor de \$7'738.000 (folio 11 cuaderno de primera instancia).

- Fotocopia del oficio del 5 de abril de 2013, a través del cual la Fiduprevisora le informa al señor Fredy Orobio Riascos que “la competencia del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el pago de intereses de las cesantías es a partir de la fecha de afiliación al Fondo, en su caso particular fue afiliado el 28 de noviembre de 2005. Es importante informar que el pago de intereses a las cesantías de los anteriores a la afiliación al Fondo, son competencia del municipio o entidad territorial donde haya laborado el educador” (folio 12 cuaderno de primera instancia).

- Fotocopia de las sentencias de primera y segunda instancia proferidas por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Buenaventura y el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esa misma ciudad, respectivamente, quienes declararon improcedente la acción de tutela identificada con el radicado 2013-00039-01 interpuesta por el señor Fredy Orobio Riascos en contra de la Alcaldía Distrital de Buenaventura y la Secretaría de educación a fin de que se le

reconocieran el pago de las cesantías y los intereses moratorios correspondientes a los años 2003 y 2004, al no haber sido vinculado oportunamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (folios 44 a 66 cuaderno de primera instancia).

- Fotocopia de la Resolución 007 del 27 de septiembre de 2013, por medio de la cual la Oficina Asesora Jurídica de Buenaventura resolvió no acceder a la solicitud de pago de intereses moratorios de cesantías correspondientes a los años 2003 y 2004 por falta de afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del señor Fredy Orobio Riascos. En concreto se consignó:

“Que el señor FREDY OROBIO RIASCOS, presentó acción de tutela para reclamar que la administración no le ha respondido varios escritos de petición tendientes a obtener que se le pague sus intereses moratorios de cesantías por los años 2003 y 2004 por falta de afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales, que en su caso lo fue el de noviembre de 2005.

(...)

Que la administración no reconocerá ningún pago por la solicitud elevada, pues el peticionario no ha aportado la prueba contraria, acerca de la responsabilidad del Distrito y en este caso los tres (3) años a los que alude la norma transcurrieron sin ser interrumpidos, pues la sanción por el año 2005 prescribió en el año 2009.

Que de acuerdo a lo normado en el C. de procedimiento Civil, las partes que alegan la ocurrencia de unos hechos deberán demostrar los mismos, según el artículo 177.

(...)

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: No acceder a la petición elevada por el señor FREDDY OROBIO RIASCOS, por lo dicho en la motiva de esta determinación.

ARTÍCULO SEGUNDO: Comunicar lo aquí resuelto a la señora JUEZ TERCERO PENAL MUNICIPAL CON F. DE GARANTÍAS de la Ciudad y a la Señora SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL.

ARTÍCULO TERCERO: Contra la presente decisión procede el recurso de reposición que podrá presentarse ante este despacho por el peticionario, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación personal y a quien se citará para ello, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de este proveído para que se presente dentro de los cinco (5) días siguientes a esa citación. De no comparecer se le notificará por aviso, conservando el mismo derecho de impugnación mencionado.” (folios 69 a 72 cuaderno de primera instancia).

- Fotocopia de la Resolución 1409 de 2012, a través de la cual el Alcalde Distrital de Buenaventura resolvió liquidar y ordenar el pago a 26 docentes, los dineros correspondientes a cesantías e indemnización por falta de pago de las mismas y el retardo en la afiliación a la Fiduprevisora S.A. (folios 103 a 123 cuaderno de primera instancia).

- Liquidación de sanción por mora en consignación de cesantías elaborada el 27 de mayo de 2014, por una contadora pública al señor Fredy Orobio Riascos, la cual arrojó un monto de \$139'505.207 (folio 11 cuaderno de segunda instancia).

- Periódico Pacifico Siglo XXI de mayo-junio de 2014 en la que se entrevista al Director Jurídico de la Alcaldía Distrital de Buenaventura (folio 12 cuaderno de segunda instancia).

- Copia de algunos apartes de la historia clínica del señor Fredy Orobio Riascos, donde consta que padece síndrome de colon irritable, nefrología y además se le practicó un examen de electrocardiograma.

- Registro civil de nacimiento de la menor de edad María del Mar Orobio Ordóñez nacida el 17 de julio de 2007.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para decidir este asunto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241.9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2. Planteamiento del asunto y determinación del problema jurídico.

2.1. El señor Orobio Riascos, invoca la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al mínimo vital, los cuales estima vulnerados por la Alcaldía Distrital y la Secretaría de Educación Distrital de Buenaventura, dado que se han negado a reconocerle y pagarle la sanción por no haber consignado las cesantías correspondiente a los años 2003 y 2004, así como los intereses moratorios respectivos, bajo el argumento de que no existe claridad sobre la responsabilidad en cuanto a la afiliación del accionante y que en este caso operó la prescripción para hacer tales reclamaciones, máxime cuando en otros casos las autoridades distritales dieron trámite a la misma solicitud (Resoluciones 1409 de 2012 y 903 de 2013).

2.2. En atención a lo expuesto, corresponde a la Corte determinar si es procedente la acción de tutela, de cara a: (i) una eventual acción temeraria; y (ii) la improcedencia del amparo ante la existencia de otros mecanismos judiciales de defensa para reclamar las sumas alegadas y no fungir la tutela como mecanismo para revivir oportunidades procesales concluidas. En caso de ser procedente el amparo, corresponde determinar si la Alcaldía y la Secretaría de Educación del Distrito de Buenaventura vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana y al debido proceso, al dejar de cancelar las supuestas sumas adeudadas alusivas a la sanción correspondiente al pago de cesantías y los intereses moratorios al no haberlo vinculado en su calidad de docente, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio durante los años 2003 y 2004, como sí lo hizo en otros casos.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala previamente analizará la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre: (i) la posibilidad de emitir un pronunciamiento sobre un caso ya resuelto por otros jueces de tutela (temeridad); y (ii) procedencia excepcional de la tutela ante la existencia de medios de defensa judiciales que se muestran idóneos y eficaces. Incluso respecto de oportunidades procesales fenecidas sin que existiera una actuación por parte del accionante. Cumplido lo anterior, se hará alusión a la naturaleza jurídica del auxilio de cesantía, para finalmente adelantar el análisis del caso concreto.

3. Ausencia de temeridad en el caso objeto de examen.

La acción de tutela fue creada como instrumento extraordinario, preferente, breve y sumario para lograr la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas.

En consecuencia, para garantizar el buen funcionamiento de este medio de defensa es necesario que los actores tengan una participación transparente que se materialice en la recta decisión de los jueces. En esta medida, las autoridades correspondientes han previsto para cada escenario procesal los actos que contrarían la adecuada administración de justicia y a su vez han dispuesto los correctivos pertinentes. En relación con este aspecto y de cara al adecuado manejo de la acción de tutela en la sentencia SU-377 de 2014, la Corte señaló:

“Lo primero que debe decirse al respecto, es que la Constitución estatuye como deberes de toda persona y del ciudadano los de no abusar de los propios derechos y de “[c]olaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia” (CP art.95 num. 1 y 7). Estos deberes implican, de acuerdo con la regulación legal de la acción de tutela y la jurisprudencia de esta Corte, el deber de no presentar acciones de tutela sucesivas originadas en los mismos hechos, entre las mismas partes y con idénticas pretensiones. Tal práctica, congestiona injustificadamente los despachos judiciales, y se traduce en un obstáculo para asegurar el cumplimiento de los términos procesales (CP art. 228), en una dificultad para respetar el derecho a una justicia oportuna (CP art. 228), y en obstáculo para que esta Corte ejerza de un mejor modo su competencia de guardar la integridad y supremacía de la Constitución, por la vía de la revisión eventual de los fallos de tutela (CP art. 241 num. 9).”

En desarrollo de tales premisas el Decreto Ley 2591 de 1991 en el artículo 38, hace referencia a la actuación temeraria en la acción de tutela, con el fin de evitar su abuso y alcanzar una relación honesta y transparente entre la administración y los administrados. Señala que se configura la temeridad cuando “sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales”, por lo cual corresponde al juez de tutela rechazarla o decidir desfavorablemente todas las solicitudes.

Esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha sido enfática en manifestar que el juez constitucional al momento de establecer si se configura una actuación temeraria, debe valerse de la figura de la tripe identidad, a saber: (i) la identidad de las partes; (ii) la identidad de la causa petendi; y (iii) la identidad del objeto. Adicionalmente, ha hecho alusión a la existencia de un hecho nuevo que permita convalidar la duplicidad en el

ejercicio de la acción[16].

Por otra parte, la jurisprudencia de este Tribunal ha sido enfática en establecer que en este tipo de situaciones se debe desvirtuar la presunción de buena fe en la actuación del accionante. Ha señalado que “resulta razonable asumir que la temeridad se configura únicamente si el actor ha obrado con mala fe, deslealtad procesal, o si su actuación infringe el deber de moralidad procesal. Por tanto, las sanciones sólo podrían imponerse una vez se desvirtúe la buena fe del accionante, pues está en principio se presume por mandato de la Constitución (CP art. 83)”[17].

Entonces, si el actor no actuó movido por la mala fe no hay lugar a la configuración de una actuación temeraria. Ejemplo de ello es cuando el ejercicio de la acción se funda en: “(i) la condición del actor que lo coloca en estado de ignorancia[18] o indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho y no por mala fe[19]; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho[20]; (iii) en la consideración de eventos nuevos que aparecieron con posterioridad a la interposición de la acción o que se omitieron en el trámite de la misma, o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir la(s) tutela(s) anterior(es) que implique la necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante[21]; y por último (iv) se puede resaltar la posibilidad de interponer una nueva acción de amparo cuando la Corte Constitucional profiere una sentencia de unificación, cuyos efectos hace explícitamente extensivos a un grupo de personas que se consideran en igualdad de condiciones, incluso si con anterioridad a dicha sentencia presentaron acción de tutela por los mismos hechos y con la misma pretensión.[22]”

En ese orden de ideas, el juez tiene la obligación de no declarar la temeridad mientras exista un argumento válido que justifique la duplicidad de acciones. Ahora bien, a pesar de que no se esté ante un caso en que exista una acción temeraria, el ejercicio de acciones de tutela sucesivas conlleva a la improcedencia de la segunda solicitud de amparo, ello en procura de garantizar la efectividad de las decisiones judiciales y la seguridad jurídica de quienes se someten a estas[23].

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que uno de los argumentos esgrimidos por la

Alcaldía de Buenaventura para que no se accediera a la solicitud de amparo, hacía alusión a la interposición de una acción de tutela previa promovida por el accionante en la que se planteaba el mismo debate propuesto en esta oportunidad, procede la Sala a analizar las solicitudes de amparo elevadas por el señor Orobio Riascos, para determinar si en este caso se configuran los elementos constitutivos de la temeridad y si a pesar de presentarse, existen nuevos hechos o falta de consideración de situaciones fácticas relevantes que permitan el estudio de fondo de la solicitud de amparo. Para ello, se tendrá como metodología la realización de un cuadro comparativo a efectos de facilitar el análisis, así:

Primera tutela[24]

Tutela objeto de examen

Partes

Fredy Orobio Riascos en contra de la Alcaldía Distrital de Buenaventura y la de Educación Distrital.	Secretaría
--	------------

Fredy Orobio Riascos en contra de la Alcaldía Distrital de Buenaventura y la de Educación Distrital.	Secretaría
--	------------

Hechos

Expuso que ante la falta de pago de los intereses moratorios de cesantías correspondientes a los años 2003 y 2004, por no haber sido vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio durante dichos años, elevó peticiones tendientes a su reconocimiento.

En cuanto a su situación económica indicó que ha tenido que recurrir a préstamos con altísimos intereses con entidades crediticias como Bancomeva- BBVA-Agiotistas-tarjetas de Crédito- Éxito y Compraventa en casa de empeño.

Por último, refirió que trabaja como docente desde abril de 2003 adscrito a la planta

del sector educativo de la Alcaldía Distrital de Buenaventura, tiene responsabilidad económica y social con su hija menor de edad y su compañera quien es desempleada. Agregó que el sueldo que devenga como docente (\$1'371.565), al cual le debe restarle los conceptos generados por los compromisos adquiridos, no es suficiente para sostener a su familia.

Explicó que es un docente activo, adscrito a la planta educativa del distrito de Buenaventura, responsable del sostenimiento económico de su familia, conformada por una hija menor de edad y su compañera quien solamente realiza actividades de ama de casa.

Manifestó que por diferentes medios escritos y verbales ha reclamado la sanción moratoria a las autoridades distritales correspondientes a los años 2003 y 2004, ya que en esos períodos la administración omitió vincularlo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sin que se le diera una respuesta acorde a sus peticiones.

Afirmó que la Oficina de Prestaciones Sociales de la Alcaldía realizó la liquidación de su caso, por valor de \$63'389.323.

Aseguró que a la fecha de interposición de la acción de tutela no ha obtenido una solución definitiva a su problemática, lo que ha terminado por desestabilizarlo económicamente, al punto que en estos momentos tiene muchas deudas con entidades bancarias, cooperativas y personas naturales.

Destacó que tuvo acceso a la Resolución 1903 del 23 de septiembre de 2013 a través de la cual la Administración Distrital resolvió un derecho petición presentado por el señor Edinson Valencia Gamboa y en consecuencia, procedió a reconocerle y pagarle la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías correspondientes a los años 1999, 2000 y 2001, a partir de lo cual considera que se le está vulnerando su derecho fundamental a la igualdad.

Adicionalmente en el trámite de tutela se anexó copia de la Resolución 007 del 27 de septiembre de 2013, proferida por la Alcaldía Distrital de Buenaventura, a través de la cual se niega al señor Fredy Orobio Riascos el reconocimiento y pago de los intereses

moratorios de las cesantías de los años 2003 y 2004 por falta de afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales.

Pretensiones

Reclama el pago de intereses moratorios de cesantías de los años 2003 y 2004, por no haber sido vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ese periodo.

Pretende que se le reconozca, liquide y cancele los valores adeudados por concepto de cesantías, intereses a las cesantías y la sanción moratoria al no haber reportado su afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, durante los años 2003 y 2004.

En orden a lo expuesto se procede a evaluar la figura de la triple identidad.

- Identidad de partes.

Las acciones de tutela referenciadas fueron interpuestas por el señor Orobio Riascos en contra de la Alcaldía Distrital y la Secretaría de Educación de Buenaventura, con lo cual se cumpliría con este ítem.

- Identidad fáctica.

Estima la Sala que no se configura la identidad fáctica en los casos estudiados, en la medida que se aprecia que existen al menos dos situaciones que hacen diferentes las acciones de tutela: (i) por una parte, el actor ahora alega la vulneración de su derecho fundamental a la igualdad, en la medida que a diferencia de la primera acción de tutela tuvo conocimiento de la Resolución 1903 de 2013 por medio de la cual la Administración Distrital resolvió un derecho petición presentado por el señor Edinson Valencia Gamboa y procedió a reconocerle y pagarle la sanción moratoria, por la no consignación oportuna de las cesantías correspondientes a los años 1999, 2000 y 2001, además señaló que en otro caso a través de la Resolución 1409 de 2012 la Alcaldía Distrital de Buenaventura resolvió liquidar y ordenar el pago a 26 docentes por concepto de cesantías e indemnización por

falta de pago de las mismas; y (ii) por otra parte, la administración resolvió su solicitud a través de la Resolución 007 de 2013, proferida por la Alcaldía Distrital de Buenaventura, negando al señor Fredy Orobio Riascos el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de las cesantías de los años 2003 y 2004 por falta de afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales.

En ese orden de ideas y frente a la noción de hecho nuevo, la Corte ha entendido que no se configura la temeridad a pesar de la identidad de partes y pretensiones, dado que existe una circunstancia que determina un cambio respecto a la situación planteada con anterioridad y es precisamente este cambio el que hace que no se trate de la misma acción, lo que excluye la presencia de la temeridad. Por tanto, no se puede concluir que existe temeridad o cosa juzgada en el presente asunto.

- Identidad de pretensiones.

Finalmente, se destaca que las dos acciones están enfocadas a que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo y en tal medida se reconozca el pago de los intereses moratorios por la afiliación tardía del señor Orobio Riascos al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Desde esta perspectiva y partiendo de la base de la buena fe en las actuaciones de las personas, en este caso no se observa una actitud temeraria por parte del actor, quien en las dos oportunidades si bien pretendía el mismo resultado, existieron situaciones que constituyeron un nuevo elemento que hacían procedente la solicitud de amparo.

4. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el pago de prestaciones laborales[25].

En virtud de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política, complementado por los artículos 6° y 8° del Decreto Ley 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo subsidiario de protección de derechos fundamentales. En virtud de estas disposiciones la jurisprudencia de esta Corporación ha advertido que cuando la acción de tutela se emplea para el reconocimiento de acreencias laborales, por regla general, se torna improcedente, por lo que “en principio, quien pretende la cancelación de obligaciones relacionadas con prestaciones sociales, debe acudir a la jurisdicción ordinaria laboral o a la

jurisdicción contencioso administrativa, según sea el caso”[26].

No obstante, este Tribunal ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela para el cobro de acreencias laborales, cuando se demuestra que el incumplimiento de las mencionadas obligaciones vulnera o amenaza derechos fundamentales como el mínimo vital, la seguridad social o la vida en condiciones dignas. En sentencia T-963 de 2007, se dijo:

“excepcionalmente cuando la falta de pago de las acreencias laborales, vulnera o amenaza los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital, a la seguridad social y/o a la subsistencia, la tutela procede para la reclamación efectiva de aquellas acreencias que constituyan la única fuente de recursos económicos que permiten sufragar las necesidades básicas, personales y familiares de la persona afectada”.

De esta manera, la acción de amparo procede para la reclamación efectiva de aquellas acreencias laborales que constituyan fuente de recursos económicos que permitan sufragar las necesidades básicas, personales y familiares[27].

También la sentencia T-761 de 2010, estableció los lineamientos a tener en cuenta para que la acción de tutela proceda para el pago de acreencias y prestaciones laborales:

“Cuando lo que se alega como perjuicio irremediable es la afectación del mínimo vital, la Corte ha establecido, en esencia, dos presunciones de afectación al mínimo vital. De un lado, cuando se dé un incumplimiento prolongado o indefinido de las prestaciones, estimándose el término de más de dos meses como suficiente para tal efecto; y, de otro, un incumplimiento aún inferior a dos meses, si la prestación es menor a dos salarios mínimos. Si no se dan las condiciones reunidas en estas hipótesis, aunque no se presuma su afectación, todavía puede considerarse vulnerado el derecho al mínimo vital cuando el actor pruebe así sea sumariamente, que su subsistencia digna se ve conculcada por el incumplimiento. No obstante, en general quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de pago de alguna acreencia laboral o pensional, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria, pues la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, los hechos en los que basa sus pretensiones”.

Específicamente, en lo que tiene que ver con la comprobación de la inminencia de un

perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la acción de tutela, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, la Corte ha “utilizado criterios como (i) la edad del actor(a) para ser considerado(a) sujeto de especial protección por ser una persona de la tercera edad, (ii) el estado de salud del (la) solicitante y su familia, y (iii) las condiciones económicas del peticionario(a)[29]. Adicionalmente, la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado(a)[30].”[31]

Entonces, la acción de tutela puede interponerse excepcionalmente para solicitar la cancelación de acreencias laborales siempre que “se logre establecer en cada caso en concreto que los mecanismos ordinarios de defensa no son idóneos o eficaces para la protección de los derechos fundamentales de los actores, cuando lo que se pretende es evitar la consumación de un perjuicio irremediable, o porque el incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador está afectando el derecho al mínimo vital de los trabajadores tutelantes. Lo anterior, por cuanto las dificultades financieras, las prácticas discriminatorias en el pago, los cambios de legislación o la existencia de un aspecto formal que afecte el mínimo vital de un trabajador y su núcleo familiar, no puede constituirse en un obstáculo o requisito adicional para obtener por parte de los trabajadores su legítimo derecho a las cesantías”[32].

De cara a las consideraciones expuestas considera la Sala importante destacar que el mínimo vital es un derecho fundamental protegible por medio de la acción de tutela, consistente en los recursos necesarios que requiere una persona para poder satisfacer sus necesidades básicas, es decir, vivir en condiciones dignas. Así, en sentencia T-772 de 2003 se definió como “un presupuesto básico para el efectivo goce y ejercicio de la totalidad de los derechos fundamentales. Se constituye en una pre-condición para el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales de la persona y en una salvaguarda de las condiciones básicas de subsistencia”[33].

En concordancia con lo anterior, el artículo 53 de la Constitución Política de 1991 contempla el derecho de todo trabajador a percibir una remuneración mínima vital y móvil, en desarrollo del derecho a la subsistencia digna. Acorde con las disposiciones citadas en la sentencia T-053 de 2014, la Corte estableció:

“Así las cosas, se concluye que el mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, el cual se concreta en la posibilidad de contar con una subsistencia digna, en la medida que ‘constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional’[34] y encuentra su materialización en las diferentes acreencias laborales y prestacionales, que se deriven de la relación laboral.”

De lo expuesto se puede concluir que el mínimo vital es un derecho alusivo a la subsistencia de las personas, tanto a nivel individual como familiar, que implican una vida en condiciones dignas y que, en principio, se satisface mediante la remuneración de la actividad laboral desempeñada. Por lo anterior, esta prerrogativa es mucho más amplia que la mera noción de salario, el cual incluye todas las acreencias laborales y prestacionales, que se deriven de la relación laboral y tengan como destino mejorar las condiciones de existencia digna del trabajador y su núcleo familiar.

En igual sentido el artículo 53 Superior, en concordancia con el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 13 y 15 establecen que: (i) en materia laboral solo se pueden transigir y conciliar los derechos inciertos y discutibles y, (ii) los derechos mínimos a favor del trabajador son irrenunciables. Lo anterior, según la Corte “refleja el sentido reivindicatorio y proteccionista que para el empleado tiene el derecho laboral. De suerte que los logros alcanzados en su favor, no pueden ni voluntaria, ni forzosamente, por mandato legal, ser objeto de renuncia obligatoria”[35], pues se busca asegurarle al trabajador un mínimo de bienestar individual y familiar que consulte la dignidad humana, siendo por lo tanto de orden público las disposiciones legales que regulan el trabajo humano y sustraídos de la autonomía de la voluntad privada los derechos y prerrogativas en ellas reconocidos, salvo los casos exceptuados expresamente por la ley (artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo)[36].”[37]

En el área del derecho laboral y de la seguridad social, es preciso señalar que los derechos son, en principio, renunciables en un eventual acuerdo, en razón a que se trata de derechos individuales que solo atienden al interés particular del trabajador. No obstante, tratándose

de derechos ciertos e indiscutibles, la libertad dispositiva está cercenada por mandato directo de la Constitución y de la ley. Respecto a este límite dispositivo en la sentencia T-662 de 2012 se dijo:

“Esta evidente intromisión estatal, cuyo propósito es impedir que las personas renuncien a derechos laborales y de seguridad social ciertos e indiscutibles, aun si consienten voluntariamente en ello, encuentra respaldo en la creencia fundada de que los trabajadores y los afiliados al sistema de seguridad social pueden verse forzados a realizar renunciaciones como respuesta a un estado de necesidad y en la convicción de que, de facto, las relaciones laborales no se desenvuelven en un plano de igualdad entre empleador y trabajador, cuestionando así la vetusta idea de que las relaciones entre privados siempre se desarrollan en un plano de horizontalidad e igualdad y conduciendo a la necesidad de reconocer a los trabajadores una tutela reforzada.”

En consecuencia, no es admisible la conciliación acerca de derechos ciertos e indiscutibles, comoquiera que ellos están comprendidos dentro del derecho imperativo y no dentro del derecho dispositivo. Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 08 de junio de 2011, puntualizó que se entiende por derecho cierto e indiscutible así: “el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra. Por lo tanto, un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad. Lo que hace, entonces, que un derecho sea indiscutible es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, de no ser así, bastaría que el empleador, o a quien se le atribuya esa calidad, niegue o debata la existencia de un derecho para que éste se entienda discutible, lo que desde luego no se correspondería con el objetivo de la restricción, impuesta tanto por el constituyente de 1991 como por el legislador, a la facultad del trabajador de disponer de los derechos causados en su favor; limitación que tiene fundamento en la irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados en las leyes sociales”[38].

En otras palabras, un derecho es cierto en la medida en que hayan operado los supuestos de hecho establecidos en la normatividad, así no se haya configurado la consecuencia jurídica establecida, con lo cual ya se es acreedor a dicha prerrogativa. Este concepto de derecho cierto está ligado con la concepción de derecho adquirido construido a través de la jurisprudencia constitucional[39] y excluye, por lo tanto, las simples expectativas o los derechos en formación.

Por otro lado, la indiscutibilidad de un derecho alude a la certidumbre alrededor de la caracterización del mismo, esto es, a los extremos del derecho y a su quantum, elementos que brillan por su claridad y evidencia, lo cual les entrega el estatus de suficientemente probados. A fin de ejemplificar este asunto, la Corte ha señalado: “cuando se sabe que entre dos personas hubo un contrato laboral de carácter verbal, a raíz del cual se le deben las cesantías al empleado, su derecho a las cesantías es cierto, pues siempre que hay contrato laboral el empleador debe consignarle al trabajador una suma de dinero a título de cesantías, aunque su monto es discutible, puesto que no se sabe desde cuándo hubo contrato, y no es posible determinar el monto debido por concepto de cesantías”[40].

En suma, la certeza de un derecho corresponde a su efectiva incorporación en el patrimonio del trabajador, y la indiscutibilidad hace relación a la seguridad sobre los extremos del derecho.

5. Naturaleza jurídica de la cesantía, intereses y sanción moratoria.

El régimen laboral colombiano consagra unas garantías y beneficios de contenido económico a favor del trabajador vinculado mediante contrato laboral llamadas prestaciones sociales, las cuales si bien no constituyen salario porque no corresponden técnicamente a una remuneración por su trabajo, sí lo complementan y refieren a una contraprestación que debe asumir el empleador con la finalidad de cubrir los riesgos a los que está expuesto el trabajador.

Dentro de las mencionadas prestaciones se encuentra el auxilio de cesantía, el que es asumido por el empleados y actualmente se encuentra reconocido por la legislación laboral en el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que señala: “[t]odo [empleador] está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un

mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año”. Este Tribunal en la sentencia C-823 de 2006, refirió a la naturaleza jurídica, significado e importancia de la cesantía como prestación social, así:

La ley 6ª de 1945, extendió el auxilio de cesantías a los obreros pertenecientes al sector privado, y a todos los trabajadores oficiales de carácter permanente, manteniendo su carácter indemnizatorio.

La Corte Suprema de Justicia así lo entendió, en su momento, al reconocer el correlativo efecto sancionador para el empleador en caso de despido injusto: ‘Su razón de ser – del auxilio de cesantía – era en primer término la de estabilizar al trabajador en su cargo y aparece como una especie de sanción para el patrono que despidiera sin justa razón a su empleador”.

La ley 65 de 1946, replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que éste auxilio debe ser pagado cualquiera que fuese el motivo del retiro. De esta forma se despojó de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una prestación social. Éste es el carácter que le atribuye el Decreto 2663 de 1950, mediante el cual se sancionó el Código Sustantivo del Trabajo, adoptado por la Ley 141 de 1961, que en el capítulo VII regula el auxilio de cesantía, como un aparte del título VIII, relativo a las ‘Prestaciones Patronales Comunes’.

Bajo esta concepción el auxilio de cesantía se erige en una de las prestaciones más importantes para los trabajadores y su núcleo familiar, y en uno de los fundamentos más relevantes del bienestar de los mismos, en cuanto se considera el respaldo económico de sus titulares para el acceso a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida de la población asalariada.”

En tal medida, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el auxilio de cesantía es un derecho irrenunciable de todos los trabajadores que debe asumir el empleador, con el doble fin de que el empleado pueda atender sus necesidades mientras permanece cesante y además pueda, en caso de requerirlo, satisfacer otros requerimientos importantes como vivienda y educación. En la sentencia C-310 de 2007, la Corte señaló que “la cesantía consiste en una prestación que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, estableciéndose un mecanismo que busca,

por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantía-, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda[41]"[42].

Siguiendo con la evolución legislativa, en la sentencia T-705 de 2012, la Corte destacó que el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 modificó el sistema de liquidación, reconocimiento y pago de cesantías en el sector privado, a través de la creación de los fondos de cesantías. Posteriormente, la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998 extendieron este sistema al sector público. Igualmente, el artículo 13[43] de la Ley 344 de 1996 estableció un nuevo régimen de cesantías anualizado y el sistema aplicable a las personas vinculadas con el Estado. Por otra parte, el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998[44] acogió la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

En lo concerniente al pago de intereses sobre este auxilio, se ha establecido que el mismo obedece a que la cesantía ha sido concebida como un patrimonio que se va forjando día a día por el asalariado, y que permanece en poder de los empleadores mientras subsiste el contrato de trabajo. Por tanto, la legislación laboral ha previsto que la empresa pague al trabajador intereses sobre ellas, correspondientes al 12% anual sobre el valor liquidado al 31 diciembre. Ello a fin de compensar la pérdida de valor del dinero por el tiempo transcurrido entre la causación de la prestación y su cancelación al trabajador.

Por otra parte, el artículo 2º de la Ley 244 de 1995[45], establece que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, a partir de la fecha en la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas del servidor público, para pagar esta prestación social.

El párrafo de este artículo señala que en caso de mora en el pago de este auxilio, la entidad responsable de la obligación tendrá que reconocer y pagar de sus propios recursos, una sanción moratoria consistente en un día de salario por cada día de retardo, hasta tanto se haga efectivo el pago del auxilio. Para ello solamente será necesario que el afectado acredite la no cancelación dentro del término previsto en el artículo.

Asimismo, la Ley 1071 de 2006, "Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se

establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.”, estipula lo siguiente:

ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.

ARTÍCULO 2o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.

ARTÍCULO 3o. RETIRO PARCIAL DE CESANTÍAS. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente. (Negrilla fuera del texto original).
2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.

ARTÍCULO 4o. TÉRMINOS. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los petitionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.

Del anterior recuento jurisprudencial y normativo se puede concluir que el auxilio de cesantía se erige en una de las prestaciones más importantes para los trabajadores y su núcleo familiar, como también en uno de los fundamentos más relevantes del bienestar de los mismos, en cuanto se considera el respaldo económico de sus titulares para el acceso a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida de la población asalariada. Aunado a lo anterior, en caso de mora en el pago de este auxilio, así como sus intereses, la entidad responsable de la obligación tiene el deber de reconocer y pagar de sus propios recursos, una sanción moratoria consistente en un día de salario por cada día de retardo, hasta tanto se haga efectivo el pago. Para lo cual, solamente es necesario que el afectado acredite la no cancelación dentro del término previsto en las disposiciones legales.

A partir de las consideraciones normativas y conceptuales expuestas en los capítulos anteriores, todo empleador está en la obligación de consignar el valor de esta prestación social dentro de los términos legalmente establecidos, so pena de incurrir en una sanción moratoria, por desestabilizar las relaciones laborales y consecuentemente desconocer una de las prerrogativas fundamentales que rigen este tipo de vínculo jurídico.

Conforme a lo anterior, todo empleador debe responder por esta obligación, sin que resulte admisible que empleador advierta un problema de afiliación o certeza en cuanto a su obligación, para eludir la responsabilidad que le asiste en cuanto a este auxilio

6. Caso concreto

A partir de las reglas expuestas, esta Sala de Revisión hará el estudio de procedibilidad de la presente acción de tutela y posteriormente procederá al análisis de fondo del asunto bajo examen.

6.1. Procedibilidad de la acción de tutela.

El presente asunto gira en torno al reconocimiento y pago de las cesantías, junto con sus intereses y la sanción moratoria por no haberse cumplido con dicha obligación en los años 2003 y 2004, a favor del señor Fredy Orobio Riascos en calidad de docente adscrito a la planta de personal del Distrito de Buenaventura.

Al respecto debe señalarse que en principio las acciones contencioso administrativas son idóneas para resolver la presente controversia[46]. Por lo anterior, en atención al carácter subsidiario de la acción de tutela, el presente asunto escaparía a la órbita de competencia del juez de tutela, quien es el llamado a proteger los derechos fundamentales, sin entrar a sustituir las instancias previstas por el legislador para la solución de las controversias surgidas con ocasión de relaciones de orden laboral. Así como tampoco la acción de tutela puede servir para revivir oportunidades procesales vencidas.

No obstante, como se estableció en la parte dogmática de esta decisión, la Corte ha establecido la afectación al mínimo vital del accionante o de su familia como uno de los eventos en los cuales se admite de forma excepcional el amparo por vía de tutela con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales en juego por la falta del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, que dadas sus características se tornan irrenunciables al contener derechos ciertos e indiscutibles, en la medida que existe una relación laboral y la consecuente obligación de consignar una suma de dinero a título de cesantías.

El caso sub examine resulta excepcional bajo la indicada perspectiva, dado que por la inoperancia y negligencia de las autoridades distritales accionadas obligadas a cubrir el monto de la prestación solicitada, sin duda ha terminado por afectar el mínimo vital del actor y su núcleo familiar, así como su vida en condiciones dignas, máxime si se tiene en cuenta que se trata de una obligación en cabeza del empleador a favor del trabajador en la que no debe someterse a un interminable recorrido administrativo que implican trabas

a un derecho de reconocimiento automático por la labor desempeñada.

Entonces, el actor ha reclamado en vía gubernativa la satisfacción de sus derechos los que en lugar de ser oídos han sido desatendidos por la administración, a pesar de los constantes reclamos, lo que llevó a presentar acción de tutela respecto a la afrenta de sus derechos fundamentales.

En cuanto a la comprobación de un perjuicio irremediable, se debe tener en cuenta la condición económica del peticionario y de su familia conformada por una hija de 7 años de edad y su compañera quien se dedica a las labores del hogar. Si bien es cierto que el actor es un docente activo, que para el año 2013 contaba con una asignación salarial de \$1'371.515, está atravesando por una situación económica compleja a partir de las distintas obligaciones crediticias adquiridas: (i) el Banco Coomeva \$17'645.029; (ii) el Banco BBVA Sucursal Buenaventura por \$25'136.530.48; (iii) almacenes Éxito a través de una tarjeta de crédito por \$4'973.613.85; y (iv) la Cooperativa privada de préstamos Servipres por \$7'738.000.

Por tanto, a pesar de que las cesantías no están destinadas en sí mismas a satisfacer cualquier tipo de necesidad económica, la sanción por la no consignación a tiempo sí constituye una garantía a favor del trabajador en orden a garantizar su derecho, la cual no puede ser desconocida por la parte empleadora y terminar constituyendo un alivio para la especial condición del actor.

Por otra parte, cabe advertir que esta situación ha terminado por afectar su salud, muestra de ello son los procedimientos médicos a los que se ha sometido por síndrome de colon irritable, nefrología y exámenes de electrocardiograma.

Además, se ha visto sometido por parte de la administración pública a acudir a diferentes medios escritos y verbales en procura de obtener el reconocimiento de las prestaciones a que tendría derecho, siendo remitido de una oficina a otra sin obtener una adecuada respuesta a su reclamación, en una suerte de paseo angustiante en cesantías, máxime si se tiene en cuenta que la Oficina de Prestaciones Sociales de la Alcaldía realizó la liquidación de su caso, la que arrojó un valor de \$63'389.323[47], lo que le generó una falsa expectativa que a la postre no se ha materializado.

Este caso, dadas sus particularidades ofrece relevancia constitucional, debido a que al no determinarse finalmente con la claridad necesaria la existencia de su derecho, toda vez que la administración ha venido negando su responsabilidad advirtiendo que no es clara la razón por la cual no se afilió oportunamente al accionante, menos podría llevarse a cabo la aplicación de la prescripción o la operancia de la caducidad alegada por las autoridades administrativas.

Entonces, en este caso se constata la afectación al mínimo vital, lo que hace procedente el fondo del asunto, en la medida que la subsistencia digna del actor y su familia se está viendo conculcada por el incumplimiento de la administración distrital.

Ahora bien, para la fecha en que se formuló la presente acción de tutela (28 de abril de 2014), ya había fenecido el término de cuatro (4) meses consagrado en el artículo 138 de la ley 1437 de 2011 para poder ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho[48], en contra de la Resolución 007 del 27 de septiembre de 2013, a través de la cual la Alcaldía de Buenaventura resolvió no acceder la solicitud elevada por el accionante.

A pesar de que la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que la acción de amparo no sirve para revivir términos de caducidad agotados, lo que aquí se debate es la reclamación de una prestación social a la que se hizo acreedor el docente por sus servicios prestados al Distrito de Buenaventura, por lo que es su obligación reconocer y pagar dichas prestaciones sociales, ya que de lo contrario se podría estar incurriendo en un enriquecimiento sin causa. Especialmente partiendo de la base que la jurisprudencia constitucional ha considerado que el auxilio de cesantía es un derecho irrenunciable de todos los trabajadores que debe asumir el empleador, máxime cuando el vínculo laboral no se ha roto y simplemente se debió adelantar el trámite respectivo de afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En ese orden de ideas el señor Orobio Riascos no dispone de otros mecanismos judiciales de defensa y feneció la oportunidad procesal para interponer las eventuales acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las que en este caso dada su condición personal y familiar no resultaban idóneas y eficaces para alcanzar la protección del derecho invocado, máxime si se tiene en cuenta que la administración le generó una falsa

expectativa en cuanto a la reclamación elevada y posteriormente le informó que la posibilidad de invocar su derecho había prescrito, sin establecerse finalmente en quién radica la responsabilidad en cuanto a la negligencia de su afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio correspondiente a los años 2003 y 2004.

Por lo anterior, para esta Sala de Revisión resulta procedente el amparo constitucional deprecado por el accionante, en atención a la reiterada jurisprudencia de esta Corporación en lo relativo al mínimo vital y su garantía como derecho inalienable de todo trabajador, el cual está constituido por los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino también en lo referente a salud, educación, vivienda y seguridad social, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano.

El accionante en calidad de docente activo adscrito a la planta educativa del Distrito de Buenaventura, a través de diferentes medios escritos y verbales ha venido reclamando el pago de sus cesantías, intereses a las mismas y la respectiva sanción moratoria a las autoridades distritales correspondientes a los años 2003 y 2004, ya que en esos períodos la administración omitió vincularlo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en consecuencia adelantar el pago respectivo de las prestaciones mencionadas.

El Fondo de Prestaciones del Magisterio ha informado que su responsabilidad nace a partir de la afiliación del docente a dicho fondo, situación que en este caso se dio el 28 de noviembre de 2005, por lo que en lo que respecta a los periodos anteriores le corresponde responder al municipio.

La Secretaria de Educación del Distrito, a través de oficio del 10 de mayo de 2013, le indicó que el dinero correspondiente a la sanción se estaba liquidando y que posteriormente se expediría el respectivo Acto Administrativo, donde específicamente se señaló:

“Debo expresarle que los docentes y directivos docentes vinculados al servicio educativo estatal en virtud de lo preceptuado en el decreto 3752 de 2003, deben estar afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en coordinación con lo prescrito en la Ley 91/89, desde este punto de vista, usted en su calidad de docente se encuentra vinculado a dicho Fondo, y en consecuencia sus cesantías son giradas anual y

directamente por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduciaria la Previsora SA, encargada de la administración de los recursos del Fondo de su afiliación.

Respecto a las vigencias anteriores a la fecha efectiva de su afiliación (año 2003), igualmente entendemos que las cesantías son de cargo del citado fondo, no obstante los intereses correspondientes a esa vigencia se le están liquidando y se cancelarán, mediante acto administrativo que se motivará oportunamente”.

El 30 de julio de 2013, la Oficina de Prestaciones Sociales de la Alcaldía realizó la liquidación de su caso, la que arrojó un valor de \$63'389.323.

El 23 de septiembre de 2013, la Alcaldía Distrital de Buenaventura profirió la Resolución 1903, a través de la cual resolvió un derecho petición presentado por el señor Valencia Gamboa y en consecuencia, se procedió a reconocerle y pagarle la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías correspondientes a los años 1999, 2000 y 2001.

El 27 de septiembre de 2013, por medio de la Resolución 007, la Oficina Asesora Jurídica de Buenaventura resolvió no acceder a la solicitud de pago de intereses moratorios de cesantías correspondientes a los años 2003 y 2004 por falta de afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del señor Fredy Orobio Riascos. En concreto se consignó:

“Que el señor FREDDY OROBIO RIASCOS, presentó acción de tutela para reclamar que la administración no le ha respondido varios escritos de petición tendientes a obtener que se le pague sus intereses moratorios de cesantías por los años 2003 y 2004 por falta de afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales, que en su caso lo fue el de noviembre de 2005.

(...)

Que la administración no reconocerá ningún pago por la solicitud elevada, pues el peticionario no ha aportado la prueba contraria, acerca de la responsabilidad del Distrito y en este caso los tres (3) años a los que alude la norma transcurrieron sin ser interrumpidos, pues la sanción por el año 2005 prescribió en el año 2009.

Que de acuerdo a lo normado en el C. de procedimiento Civil, las partes que alegan la

ocurrencia de unos hechos deberán demostrar los mismos, según el artículo 177.

(...)

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: No acceder a la petición elevada por el señor FREDY OROBIO RIASCOS, por lo dicho en la motiva de esta determinación.

ARTÍCULO SEGUNDO: Comunicar lo aquí resuelto a la señora JUEZ TERCERO PENAL MUNICIPAL CON F. DE GARANTÍAS de la Ciudad y a la Señora SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL.

ARTÍCULO TERCERO: Contra la presente decisión procede el recurso de reposición que podrá presentarse ante este despacho por el peticionario, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación personal y a quien se citará para ello, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de este proveído para que se presente dentro de los cinco (5) días siguientes a esa citación. De no comparecer se le notificará por aviso, conservando el mismo derecho de impugnación mencionado.” (folios 69 a 72 cuaderno de primera instancia).

Al momento de contestar la acción de tutela la Alcaldía de Buenaventura manifestó que de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 3752 de 2003[49], en el proceso de afiliación de los docentes al fondo de cesantías intervenían (i) el educador respectivo, (ii) el Ministerio de Educación, (iii) el Fondo del Magisterio y (iv) la administración municipal, por lo que resulta necesario que dentro de un proceso ordinario se establezca la responsabilidad de cada uno de los intervinientes.

Hecho el anterior recuento se procede a hacer alusión a la normatividad alusiva a la afiliación de los docentes al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como las implicaciones por su retardo en la afiliación, así:

El Decreto 3752 de 2003, establece: Artículo 1. Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el

cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4° y 5° del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1°.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (...)

Artículo 2.- Prestaciones sociales causadas. Se entiende por causación de prestaciones el cumplimiento de los requisitos legales que determinan su exigibilidad. Las prestaciones sociales de los docentes causadas con anterioridad a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones estarán a cargo de la respectiva entidad territorial o de la entidad de previsión social a la cual se hubieren realizado los aportes.

A su vez el Decreto 1582 de 1998, por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996[50] y 5 de la Ley 432 de 1998[51], en relación con los servidores públicos del nivel territorial, señala: Artículo 1. El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998.

Por su parte, la Ley 50 de 1990 en su artículo 99 establece que el régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

De lo expuesto se desprende que los trabajadores, para este caso los docentes, tienen el derecho a ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales respectivo, recibir oportunamente la liquidación de sus cesantías e intereses de las mismas y que en caso de que esta situación no se cumpla, se genera una sanción a cargo del empleador y a favor del trabajador, a fin de resarcir los daños que se puedan causar con dicho incumplimiento.

Está reconocido que el señor Orobio Riascos se desempeñaba como docente del Distrito de Buenaventura para los años 2003 y 2004 y que su afiliación se dio al Fondo de Prestaciones del Magisterio a partir del 28 de noviembre de 2005[52], por lo que corresponde al Distrito responder por el valor de las cesantías de los años anteriores a la afiliación, así como el pago de los intereses de las mismas y la sanción moratoria mencionada en artículo 99 de la Ley 50 de 1990, toda vez que no se evidencia una causa que justifique dicha situación. En consecuencia, no son de recibo los argumentos expuestos por la Alcaldía Distrital al pretender descargar la responsabilidad de este reconocimiento en cabeza del docente, sometiéndolo a un interminable proceso de reclamaciones administrativas tendientes a evadir la responsabilidad que tiene en su condición de empleador, básicamente cuando el vínculo laboral no se ha roto y simplemente se debió adelantar el trámite respectivo de afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se concluye entonces, que en este caso confluyen los presupuestos excepcionales para conceder el amparo constitucional, dado que se halla plenamente demostrado que el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de las cesantías, los intereses de las mismas y la respectiva sanción moratoria por falta de afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales, por lo que, la administración debió cumplir con su obligación de asumir y reconocer sus

prestaciones sociales, mediante procedimientos legalmente contemplados, como las adiciones presupuestales y no evadir su obligación, justificada en una supuesta prescripción de sus derechos, máxime cuando se dio un trato desigual al actor respecto del señor Edinson Valencia Gamboa, a quien la Administración Distrital le reconoció el pago de la sanción moratoria de las cesantías correspondientes a los años 1999, 2000 y 2001.

En consecuencia, la Sala, confirmará, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia del 19 de junio de 2014, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Buenaventura, Valle del Cauca, que revocó la decisión adoptada por el Juzgado Tercero Civil Municipal de esa misma ciudad, el que en su momento había rechazado la solicitud de amparo al encontrar que se trataba de una acción temeraria y, en su lugar, concedió la protección de los derechos fundamentales invocada por el accionante.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- Confirmar la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Buenaventura, Valle del Cauca, el 19 de junio de 2014, a través de la cual concedió el amparo invocado por el señor Fredy Orobio Riascos, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Ordenar a la Alcaldía Distrital de Buenaventura que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a efectuar la liquidación y pago correspondiente a las cesantías, intereses a las cesantías y sanción moratoria del señor Fredy Orobio Riascos, por falta de afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para los años 2003 y 2004.

Tercero.- Líbrese por la Secretaría General de esta Corporación, la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

A LA SENTENCIA T-008/15

CON PONENCIA DEL MAGISTRADO JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, EN LA QUE SE CONCEDE EL AMPARO Y SE ORDENA EFECTUAR LA LIQUIDACIÓN Y PAGO CORRESPONDIENTE A LAS CESANTÍAS, INTERESES A LAS CESANTÍAS Y SANCIÓN MORATORIA DEL ACTOR, POR FALTA DE AFILIACIÓN AL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO PARA LOS AÑOS 2003 Y 2004.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Se debió declarar la improcedencia porque el accionante tenía a su alcance otros medios de defensa (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE ACREENCIAS PENSIONALES-Se debió declarar la improcedencia para ordenar pago de retroactivo pensional, por no existir

perjuicio irremediable ni afectación del mínimo vital (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE ACREENCIAS PENSIONALES-Se omitió el análisis de la supuesta vulneración del derecho a la igualdad (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente T- 4.501.911

Problema jurídico planteado en la sentencia: determinar si es procedente la acción de tutela, de cara a: (i) una eventual acción temeraria; y (ii) la improcedencia del amparo ante la existencia de otros mecanismos judiciales de defensa. En caso de ser procedente, determinar si la Alcaldía y la Secretaría de Educación del Distrito de Buenaventura vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana y al debido proceso, al dejar de cancelar las supuestas sumas adeudadas alusivas a la sanción correspondiente al pago de cesantías y los intereses moratorios al no haberlo vinculado en su calidad de docente, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio durante los años 2003 y 2004, como sí lo hizo en otros casos.

Motivo del Salvamento: (i) la acción de tutela carece de subsidiariedad;(ii)no se evidenció la inminencia de un perjuicio irremediable; (di) no se sustentó la vulneración del derecho a la igualdad.

1. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA T-008 DE 2015

El actor invoca la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al mínimo vital, los cuales estima vulnerados por la Alcaldía Distrital y la Secretaria de Educación Distrital de Buenaventura, dado que se han negado a reconocerle y pagarle la sanción por no haber consignado las cesantías correspondiente a los años 2003 y 2004, así como los intereses moratorios respectivos, bajo el argumento de que no existe claridad sobre la responsabilidad en cuanto a la afiliación del accionante y que en este caso operó la prescripción para hacer tales reclamaciones, máxime cuando en otros casos las autoridades distritales dieron trámite a la misma solicitud (Resoluciones 1409 de 2012 y 903 de 2013).

La Corte Constitucional resuelve:

“Primero.- Confirmar la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de

Buenaventura, Valle del Cauca, el 19 de junio de 2014, a través de la cual concedió el amparo invocado por el señor Fredy Orobio Ríascos, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Ordenar a la Alcaldía Distrital de Buenaventura que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a efectuar la liquidación y pago correspondiente a las cesantías, intereses a las cesantías y sanción moratoria del señor Fredy Orobio Ríascos, por falta de afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para los años 2003 y 2004”.

2. FUNDAMENTOS DEL SALVAMENTO

2.1. La acción de tutela carece de subsidiariedad.

El amparo es improcedente, teniendo en cuenta que el actor no agotó debidamente los recursos ordinarios que tenía a su alcance, esto es, un proceso laboral o contencioso, dependiendo del tipo de vinculación, para lograr el pago de sus cesantías e intereses a las cesantías que no le fueron consignadas en el Fondo del Magisterio ya que dichos rubros son derechos ciertos e indiscutibles que la Administración no podía dejar de pagar.

Además de lo anterior, no se infiere de la sentencia que el actor haya hecho la solicitud ante la Administración de las Cesantías e Intereses a las Cesantías, y que ésta haya emitido Resolución alguna negando su reconocimiento y pago, es más, anteriormente el actor interpuso una acción de tutela solicitando el pago de dichas acreencias y le fue negada por falta de inmediatez y subsidiariedad. Aunado a ello, hasta el año 2013 se dice que la Alcaldía hizo una liquidación en su caso, sobre la cual firmó manifestando su aceptación y no indicó nada sobre la inconformidad acerca del no pago de sanción moratoria.

De otra parte, no se argumenta suficientemente el porqué de la no presentación de recurso alguno, frente a la Resolución que negó el pago de la sanción moratoria por la no afiliación al Fondo del Magisterio, lo cual era necesario para la presentación de la presente acción de tutela, teniendo en cuenta que “ha sostenido la Corte Constitucional en su jurisprudencia sobre la subsidiariedad de la acción de tutela para exigir acreencias laborales. Frente a esto ha establecido que la acción de tutela por regla general, es improcedente para obtener el pago de acreencias laborales, salvo que el actor pruebe (i) que no existe otro medio de

defensa judicial, o que existiendo no es efectivo, por una parte, o por otra, (ii) que existe un perjuicio irremediable al mínimo vital como consecuencia del no pago de lo debido “[53].

2.2. No es inminente un perjuicio irremediable.

Teniendo en cuenta lo anterior, y refiriéndome a la inminencia de un perjuicio irremediable, se tiene que el actor es un docente ACTIVO, quiere decir que es una persona que está recibiendo un monto económico, regular, y que puede suplir su mínimo vital y el de su familia. Además, cabe resaltar que no está comprobado que (i) el monto que recibe como salario no es suficiente para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia, (ii) las deudas que se señalan fueron adquiridas con ocasión del no pago de las acreencias solicitadas o con base en la liquidación que hizo la Alcaldía de la deuda, (iii) como es docente activo, está afiliado a seguridad social, es decir que los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de él y su familia no están siendo vulnerados, por lo tanto la menor de edad está cobijada con el servicio de salud.

2.3. No se analizó de fondo la supuesta vulneración al derecho a la igualdad.

Finalmente, otro aspecto que me lleva a no compartir el sentido del fallo, es que si para desvirtuar la temeridad, se dice que se vulneró el derecho a la igualdad del actor frente a otras personas a quienes sí se le han cancelado las acreencias solicitadas, era necesario ahondar en este derecho, es decir, evaluar los aspectos fácticos de los otros casos con el hoy estudiado, y así verificar la identidad respecto de ellos y determinar que se trataba de las mismas condiciones para haber fallado de igual manera.

De esta manera, expongo las razones que me llevan a salvar el voto con respecto a la decisión que se adoptó en el asunto de la referencia.

Fecha ut supra,

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

[1] De acuerdo con el registro civil se consigna como fecha de nacimiento el 17 de julio de 2007.

[2] El señor Fredy Orobio Riascos interpuso acción de tutela en contra de la Alcaldía de Buenaventura y la Secretaría de Educación Distrital pretendiendo el pago de cesantías e intereses moratorios correspondientes a los años 2003 y 2004, por no haber sido vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, durante esos periodos, peticiones que algunas de ellas no le han sido contestadas. Esta solicitud de amparo fue admitida por auto del 23 de septiembre de 2013. Finalmente, la acción de tutela fue declarada improcedente por haberse interpuesto en forma extemporánea, ya que las acreencias reclamadas se configuraron en los años 2003 y 2004 y, además, existían otros mecanismos judiciales ordinarios de defensa judicial para reclamar las mismas. En la Corte Constitucional fue radicada el 21 de mayo de 2014 y excluida de revisión el 11 de julio siguiente.

[3] Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.

[4] ARTÍCULO 4°.- Requisitos de afiliación del personal docente de las entidades territoriales. Para la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de los docentes vinculados a plantas de personal de entidades territoriales, deberá presentarse por parte de la respectiva entidad territorial la solicitud de afiliación ante la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, de acuerdo con el formato que se elabore para el efecto. En dicha solicitud se indicará, como mínimo, la información básica de cada docente y deberá estar acompañada de los siguientes documentos: 1. Historia laboral de cada uno de los docentes cuya afiliación se pretende, con el soporte documental requerido de acuerdo con el formulario de afiliación que se establezca para tal efecto.//2. Certificado expedido por la respectiva entidad territorial, en el que se incluyan tanto a los docentes con pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial como a aquellos que no presenten pasivo prestacional a cargo de tales entidades, en el cual se indique el régimen prestacional que por ley cubre a cada uno de los docentes cuya afiliación se pretende.//3. Autorización del representante legal de la entidad territorial de conformidad con la Ley 715 de 2001, para que con los recursos propios de esta se cubra todo aquello que no se alcance a cubrir con lo que dispone el FONPET. Así mismo deberá autorizar que sus recursos en el FONPET le sean descontados, luego del cruce contra el cálculo actuarial que refleja su

pasivo y que de los recursos que le corresponden a la entidad territorial de la participación para educación en el Sistema General de Participaciones se realicen los descuentos directos de que trata el parágrafo 1° del artículo 18 de la Ley 715 de 2001. El pago del pasivo que no pueda ser cubierto con los recursos del FONPET se garantizará mediante la entrega de un pagaré a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual se entregará junto con la autorización de que trata el presente numeral.//Parágrafo 1°.- La información de los numerales 1 y 2 deberá ser suficiente, de acuerdo con los parámetros que fije el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la elaboración del cálculo actuarial. La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo para autorizar la afiliación certificará en cada caso que dicha información se encuentra acorde con lo señalado en este inciso.//Parágrafo 2°.- Para cada grupo de docentes que se pretenda afiliar se deberá agotar este procedimiento y el cálculo se adicionará con las novedades que ingresen.

[5] 4 de octubre de 2013.

[6] 12 de noviembre de 2013.

[7] La mencionada solicitud de amparo fue identificada con el radicado 2013-00039-00, admitida por auto del 23 de septiembre de 2013. Finalmente, la acción de tutela fue declarada improcedente por haberse interpuesto en forma extemporánea, ya que las acreencias reclamadas se configuraron en los años 2003 y 2004 y, además, existían otros mecanismos judiciales ordinarios de defensa judicial para reclamar las mismas.

[8] En este documento se consignó: “la administración no reconocerá ningún pago por la solicitud elevada, pues el peticionario no ha aportado la prueba contraria, acerca de la responsabilidad del Distrito y en este caso los tres (3) años a los que alude la norma [art. 102 del Decreto 1848 de 1969] transcurrieron sin ser interrumpidos, pues la sanción por el año 2005 prescribió en el año 2009”.

[9] Reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, norma que señala: “PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible”.

[10] Expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 65 de 1967.

[11] Artículo 10. – Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley. (...) Parágrafo. – En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo (...).

[12] Sobre el particular indica que el Juzgado Tercero Civil Municipal de Buenaventura está tramitando incidente de desacato contra el Alcalde Distrital de Buenaventura y que actualmente no se ha proferido el acto administrativo respectivo conforme a lo ordenado por el a quo debido a que ello requiere unos elementos probatorios que fueron solicitados.

[13] Al respecto cita la sentencia dictada dentro del expediente 470012331000200401511 01, número interno 0371-2009, del 3 de diciembre de 2009.

[14] El señor Orobio Riascos presentó escritos el 10, 15 y 24 de octubre de 2014, así como el 5 de noviembre de la misma anualidad.

[15] Artículo 134 A. Actos de Racismo o discriminación. El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 134 B. Hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología, política, u origen nacional, étnico o cultural. El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a

treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor.

Artículo 134 C. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas previstas en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando: (...) 3. La conducta se realice por servidor público. (...) 5. La conducta se dirija contra niño, niña, adolescente, persona de la tercera edad o adulto mayor. 6. La conducta esté orientada a negar o restringir derechos laborales.

[16] Es decir, mala fe o abuso del derecho de acceso a la administración de justicia.

[17] Ibídem.

[18] Sentencia T-184 de 2005.

[19] Sentencias T-145 de 1995, T-308 de 1995, T-091 de 1996, T-001 de 1997, T-1215 de 2003, T-721 de 2003, T-184 de 2005.

[20] Sentencia T-721/03.

[22] Sentencia SU-388 de 2005.

[23] Ver SU-377 de 2014.

[24] En esta oportunidad el señor Fredy Orobio Riascos interpuso acción de tutela en contra de la Alcaldía de Buenaventura y la Secretaría de Educación Distrital pretendiendo el pago de intereses moratorios de cesantías de los años 2003 y 2004, por no haber sido vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, durante esos periodos, peticiones que algunas de ellas al momento de interponer esta tutela no habían sido resueltas. Esta solicitud de amparo fue admitida por auto del 23 de septiembre de 2013. Finalmente, la acción de tutela fue declarada improcedente por los juzgados Tercero Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Buenaventura (primera instancia -4 de octubre de 2013) y Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Buenaventura (segunda instancia -12 de noviembre de 2013), al haberse interpuesto en forma extemporánea, ya que las acreencias reclamadas se configuraron en los años 2003 y 2004 y, además, existían otros mecanismos judiciales ordinarios de defensa judicial para

reclamar las mismas. En la Corte Constitucional fue radicada el 21 de mayo de 2014 y excluida de revisión el 11 de julio siguiente.

[25] Ver, entre otras, las sentencias T-311 de 1996, T-972 de 2003, T-430 de 2006, T-700 de 2008 y T-053 de 2014.

[26] Sentencia T-776 de 2014.

[27] Ver sentencias T-426 de 1992, T-063 de 1995, T-437 de 1996, T-871 de 2007 y T-053 de 2014.

[28] Sobre estas materias se pueden consultar las sentencias, : T-419 de 1997, C-428 de 1997, T-671 de 1997, T-144 de 1998, T-609 de 1998, T-616 de 1998, T-721 de 1998, T-725 de 1998, T-730 de 1998, T-780 de 1998, T-794 de 1998, T-039 de 1999, T-056 de 1999, T-072 de 1999, T-091 de 1999, T-094 de 1999, T-100 de 1999, T-128 de 1999, T-348 de 1999 T-464 de 1999, T-686 de 1999, T-704 1999, T-804 de 1999, T-836 de 1999, T-063 de 2000, T-1278 de 2000, T-1285 de 2000, T-255 de 2000, T-1296 de 2000, T-1613 de 2000, T-631 de 2001, T-1073 de 2001, T-1244 de 2001, T-970 de 2002, T-098 de 2004, T-130 de 2005, T-761 de 2005, entre muchas otras, respecto del tema de cesantías parciales y el reconocimiento no sujeto a disponibilidad presupuestal.

[29] Ver sentencias T-762-08, T-376-07, T-607-07, T-652-07, T-529-07, T-935-06 y T-229-06, entre otras.

[30] Ibídem.

[31] Cfr. sentencias T-881 de 2010 y T-871 de 2011.

[32] Sentencia T-053 de 2014.

[33] Concepto replicado en las sentencias T-698 de 2009, T-686 de 2010 y T-1007 de 2012, entre otras.

[34] Sentencia SU-995/99.

[35] Ver sentencia C-356 de 1994.

[36] Ver sentencia C-968 de 2003.

[37] Sentencia T-592 de 2009.

[38] Sentencia del 08 de junio de 2011 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Radicado No. 35157.

[39] “Los derechos adquiridos, han sido definidos como aquellos que se consolidan cuando se han cumplido todos los presupuestos normativos exigidos bajo el imperio de una ley, para que se predique el nacimiento de un derecho subjetivo. Configurado el derecho bajo las condiciones fijadas por una norma, su titular puede exigirlo plenamente, porque se entiende jurídicamente garantizado e incorporado al patrimonio de esa persona” Sentencia C-663 de 2007.

[40] Sentencia T-399 de 2013.

[41] Originalmente esta idea fue planteada en la sentencia T-661 de 1997, pero surtió un mayor desarrollo en la sentencia C-310 de 2007 y a principio del presente año fue reiterada en la sentencia T-053 de 2014.

[42] Sentencia T-776 de 2014.

[43] “ARTICULO 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral; (...).” (Resaltado fuera del texto original)

[44] “ARTÍCULO 1º. El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5º y demás

normas pertinentes de la Ley 432 de 1998 (...)."

[45] Subrogado por el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, que reza: "ARTÍCULO 2o. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

[46] Ley 1437 de 2011, "por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo". "Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. || Igualmente conocerá de los siguientes procesos: || [...]4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público. [...]."

[47] De acuerdo con el documento al que hace mención el actor, se tuvieron en cuenta para el año 2003 las cesantías (\$63.155.487) y los intereses a las cesantías (\$85.444) y para el año 2004 los intereses a las cesantías (148.392).

[48] Ley 1437 de 2011. Nulidad y Restablecimiento del Derecho. "Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. //Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel".

[49] Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.

[50] Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones. Artículo 13: Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías: a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral; b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.

[51] Por el cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones. Artículo 5: Afiliación de servidores públicos. A partir de la vigencia de la presente Ley deben afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.// No se aplica lo anterior al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989(...).

[52] Como quedó plasmado en los hechos de la presente sentencia, los cuales no han sido objeto de controversia por parte de las entidades accionadas.

[53] Sentencia T-399 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub