El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Radicación No.: 66001-41-05-004-2021-00079-01

Proceso: Acción de Tutela

Accionante: Blanca Olivia Toro Patiño

Accionado: Departamento de Tolima y otros.

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

Juzgado de origen: Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / PENSIÓN DE JUBILACIÓN / PRINCIPIOS DE INMEDIATEZ Y SUBSIDIARIEDAD / PROTECCIÓN DEFINITIVA O TRANSITORIA / REQUISITOS EN CADA CASO / PAGO DE RETROACTIVO PENSIONAL / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA / REQUISITOS.**

Sobre la inmediatez ha sostenido la Corte Constitucional que, si bien no existe un término de caducidad para la interposición de la acción de tutela, está puede ser interpuesta en cualquier momento siempre que exista un plazo prudencial entre la vulneración de los derechos fundamentales y la interposición de la acción, por lo cual, a efectos de apreciar el cumplimiento de este requisito, se tendrán en cuenta las demás reclamaciones administrativas y judiciales por medio de los cuales la afectada ha propendido por el amparo que solicita, en el entendido que las mismas reflejan una actitud diligente y preocupada por la defesa de sus derechos esenciales. (…)

… la Corte Constitucional en sentencia T-250-2015, adoctrinó que el principio de subsidiariedad, contenido en el artículo 86 de la Constitución Política, implica que, por regla general, no puede utilizarse la acción de tutela para el reconocimiento y pago de derechos pensionales, al existir mecanismos judiciales ordinarios, con los que pueden debatirse los asuntos derivados del litigio pensional…

En concordancia con lo anterior, de los artículos sexto y octavo del Decreto- Ley 2591 de 1991 se infiere que es admisible recurrir a la acción de tutela en busca de un amparo definitivo o transitorio. El primer caso tiene lugar ante la inexistencia de recursos o medio de defensa adicionales al alcance del ciudadano, recursos que deben ser evaluados en concreto, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante, por lo tanto, en ese evento, la tutela procede, bien sea porque no existe una alternativa judicial diferente o porque, a pesar de existir, este instrumento jurídico no es idóneo y eficaz para salvaguardar los derechos fundamentales…

La segunda hipótesis se configura cuando la persona, a pesar de contar con un recurso ordinario disponible, suficiente y eficaz, acude a la acción constitucional para evitar un perjuicio irremediable. En este escenario la orden de tutela permanece vigente «durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado», a condición de que la acción ordinaria se promueva «en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela». (…)

En la sentencia T-722 de 2012, la Corte Constitucional explicó que cuando el conflicto puesto a consideración del juez constitucional versa en torno al reconocimiento de un derecho pensional, éste adquiere competencia para pronunciarse y amparar la pretensión de pago de retroactivo de este derecho. Lo anterior en el entendido que cuando el conflicto de naturaleza legal muta en uno de índole constitucional, es porque los medios ordinarios se tornan ineficaces para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados, lo que a juicio de la Sala ocurre cuando: “a) hay certeza en la configuración del derecho pensional y b) se hace evidente la afectación al mínimo vital, al constatarse que la pensión es la única forma de garantizar la subsistencia de la accionante…”

… mediante la sentencia T-341 de 2015, el máximo órgano de cierre constitucional estableció como requisitos para el reconocimiento y pago del retroactivo pensional por vía de tutela con base en los pronunciamientos anteriores los siguientes:

“i) la certeza de que le asiste el derecho al retroactivo pensional; ii) la afectación directa del derecho al mínimo vital ante el no reconocimiento del mismo; iii) que ha adelantado los recursos en la vía gubernativa con el fin de controvertir los actos que desconocen su derecho y; iv) que ha iniciado el proceso ordinario o contencioso administrativo pertinente, en busca del amparo de sus derechos”.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, primero (1) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra el fallo proferido el 23 de marzo de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela impetrada por la señora **Blanca Olivia Toro Patiño,** en contra de la **Gobernación del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura Fondo de Prestaciones del Magisterio**, por medio de la cual solicita que se amparen sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, debido proceso, vida digna, protección de derechos adquiridos y expectativa legítima.

1. **DEMANDA DE TUTELA**

Expone la accionante que tiene 79 años de edad y padece demencia senil; asimismo, que prestó sus servicios como docente nacionalizada por más de 20 años en las Secretarías de Educación de Córdoba, Casanare y Tolima, y que fue retirada del servicio por cumplir la edad de retiro forzoso mediante el Decreto 0402 del 6 de mayo de 2008. Adiciona que dichos tiempos de servicios se reportan en las respectivas entidades de previsión: Fondo Territorial de Pensiones de Córdoba y el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

Enuncia que le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación en cuantía de $1.9979.726 efectiva a partir del 20 de abril de 2007 por medio de cuotas partes a cargo del Fondo Territorial de Pensiones de Córdoba (39,36%) y el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio (60,64%). Empero, el 26 de enero de 2012 el Fondo de Prestaciones Sociales le envió carta al Fondo Territorial de Pensiones de Córdoba solicitando aclaración respecto del tiempo de servicio prestado. Conforme a lo anterior, el 13 de mayo de 2014 el fondo territorial de pensiones de Córdoba aceptó su cuota parte pensional.

Indica que el 3 de diciembre de 2020 presentó derecho de petición ante la Gobernación del Tolima- Secretaria de Educación y Cultura, Fondo de Prestaciones del Magisterio, con el finde obtener los formatos CLEBS 1,2,3 y copia integral del expediente de la peticionaria, mismo que fue resuelto el 19 de enero de 2021.

Adjuntada la documentación anterior, solicitó nuevamente el 3 de febrero de 2021 el reconocimiento pensional a la Gobernación del Tolima, no obstante, obtuvo respuesta por medio de la cual se expuso que la señora Blanco Olivia no contaba con la documentación requerida.

Con sustento en lo anterior, pretende el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, seguridad social en conexidad con el mínimo vital, debido proceso, vida digna, derechos adquiridos y expectativa legitima y se ordene a la Gobernación del Tolima- Secretaría de Educación y Cultura a reconocer y pagar la pensión de Jubilación, con el retroactivo pensional y los intereses moratorios, previa vinculación de la Gobernación de Córdoba y la Fiduprevisora S.A.

1. **CONTESTACIÓN DEMANDA**

La respectiva acción se admitió por auto del 15 de marzo de 2021, y se corrió traslado por el término de dos (2) días a la Fiduprevisora S.A en calidad de vocera del patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Tolima- Secretaría de Educación y Cultura, y a los vinculados Departamento de Córdoba –Secretaría de Educación, Departamento de Casanare –Secretaría de Educación, Fondo Territorial de Pensiones de Córdoba.

Al día siguiente de su notificación, **la Fiduprevisora S.A** en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, expuso que el fondo que representa fue credo por la ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la nación; refirió que la Fiduprevisora S.A carece de facultad para expedir actos administrativos de reconocimiento de prestaciones económicas, pues su función se limita a aprobar el proyecto del acto administrativo remitido por las secretarias de educación y pagar la prestación económica reconocida. Con base en lo anterior solicitó su desvinculación.

En respuesta a la vinculación, **la Gobernación del Departamento de Córdoba**, por medio del Secretario de Gestión Administrativa informó que mediante Oficio N°001313 del 13 mayo de 2014, aceptó la cuota parte pensional de Jubilación solicitada por la accionante, correspondiente al tiempo servido en la Secretaria de Educación de la Gobernación del Departamento de Córdoba desde el 27 de marzo de 1973 hasta el 26 de febrero de 1979 y del 09 de febrero de 1983 hasta el 24 de enero de 1985, razón por la cual solicitó la desvinculación de la presente acción.

Por su parte, la accionada **Gobernación del Departamento del Tolima**, a través del secretario de Educación y Cultura de dicho Departamento, refirió como ciertos los hechos del primero al octavo y aclaró que dentro del término legal dio respuesta a la peticionaria informando que su solicitud no cumplía con la documentación requerida, sin que se satisficieran las falencias dentro del término de ley, por lo que la entidad no tiene ninguna solicitud pendiente de resolver en favor de la accionante, indicando que la presente acción no suple los requisitos de subsidiariedad.

Por último, la vinculada **Gobernación de Casanare,** por medio del Jefe de Oficina de Defensa Judicial, se opuso a las pretensiones de la acción de tutela, por considerar que no existe vulneración a los derechos fundamentales de los cuales solicita su amparo, indicando que su defendida no es la entidad llamada a otorgar la pensión, pues este trámite le compete a la ultima entidad en la que haya laborado la actora.

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Por medio de providencia del 23 de marzo de 2021, la jueza de primera instancia tuteló los derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y al mínimo vital de la accionante en forma transitoria. Concluyó que la señora Blanca Olivia Toro Patiño acumulaba un total de 1.028,54 semanas, por lo que bajo la egida de la Ley 33 de 1985 la actora cumplía los requisitos para pensionarse por vejez al tener más de 55 años y más de 20 años de servicios. Expuso que la entidad encargada del reconocimiento y pago de la pensión correspondiente es la última entidad ante la cual se cotizó, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra los demás fondos en los que haya efectuado aportes. Refirió que el Departamento de Córdoba ya había aceptado su cuota parte, razón por la cual ordenó a la secretaría de Educación del Tolima que en el término perentorio de 15 días efectuara todos los trámites administrativos necesarios para expedir el proyecto de acto administrativo reconociendo la pensión de jubilación a la señora Blanca Olivia Toro Patiño y una vez elaborado debía enviarlo a la Caja de Previsión Social del Magisterio, para que dentro del término de diez (10) días siguientes a la recepción del referido acto administrativo reconociera la pensión de jubilación de manera transitoria por el término de cuatro (4) meses, término en el cual la actora debe iniciar la correspondiente acción judicial, so pena de que el amparo constitucional pierda su vigencia.

#### IMPUGNACIÓN

La accionante recurrió la decisión proferida, bajo el argumento que el amparo transitorio resulta ineficaz al caso concreto, pues es un sujeto de especial protección debido a su edad y padecimientos de salud, que se encuentra por encima del promedio respecto de la esperanza de vida por lo que no soportaría el sometimiento a un proceso ordinario. Asimismo, advirtió que la jueza de primera instancia no se pronunció respecto del reconocimiento y pago del retroactivo pensional, pese a que el mismo hace parte integral de los derechos fundamentales que se buscan proteger con la acción, aunado a la respuesta tardía de la administración si se tiene en cuenta que desde 2009 la accionante ha solicitado por vía administrativa el reconocimiento de los derechos adquiridos que le asisten, en el entendido que se retiró forzosamente del servicio por edad en el 2007 y para dicha calenda ya cotaba con más de 1000 semanas como servidora pública.

1. **PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a esta Sala previo al análisis de procedencia de la acción de tutela evaluar el régimen legal aplicable a la actora para el reconocimiento y pago del derecho pensional y con base en lo anterior:

Primero, determinar si el mecanismo jurisdiccional de la justicia contencioso administrativa, resulta ineficaz al caso concreto, y;

Segundo, si es posible acceder al retroactivo pensional que le asiste a la actora por medio de la presente acción constitucional, así como al pago de intereses moratorios o en su defecto la indexación de las sumas adeudadas.

#### CONSIDERACIONES

**6.1 Requisitos de procedencia de la acción de tutela.**

**6.1.1. Competencia.**

Esta Sala es competente para conocer de la presente acción de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 reglamentario del artículo 86 de la Constitución Política.

**6.1.2. Legitimación en la causa por activa.**

El artículo 86 de la Constitución política y el artículo 10 del decreto 2591 de 1991 consagran que “*La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante”.* En este sentido se acredita la señora **Blanca Olivia Toro Patiño** por medio de apoderada judicial acude a este mecanismo constitucional en defensa de sus derechos fundamentales vulnerados por **la Fiduprevisora S.A en calidad de vocera del patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura.**

**6.1.3. Legitimación en la Causa por pasiva.**

Aduce la actora que la **Fiduprevisora S.A en calidad de vocera del patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento del Tolima- Secretaría de Educación y Cultura,** además de las vinculados **Departamento de Córdoba –Secretaría de Educación, Departamento de Casanare – Secretaría de Educación, Fondo Territorial de Pensiones de Córdoba**, son las entidades que están vulnerando sus derechos fundamentales, por lo que en atención de los artículos 5 y 42 del Decreto 2591 de 1991 la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas y particulares encargados de prestar un servicio público que hayan violado, violen o amenacen cualquiera de los derechos fundamentales, para el caso concreto el derecho fundamental a la seguridad social, mínimo vital, debido proceso, vida digna, protección de derechos adquiridos y expectativa legitima.

**6.2. Presupuestos Generales de procedencia.**

**6.2.1. Inmediatez.**

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia establece que las personas tendrán la acción de tutela para reclamar, en todo momento y lugar, la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

Sobre la inmediatez ha sostenido la Corte Constitucional que, si bien no existe un término de caducidad para la interposición de la acción de tutela, está puede ser interpuesta en cualquier momento siempre que exista un plazo prudencial entre la vulneración de los derechos fundamentales y la interposición de la acción, por lo cual, a efectos de apreciar el cumplimiento de este requisito, se tendrán en cuenta las demás reclamaciones administrativas y judiciales por medio de los cuales la afectada ha propendido por el amparo que solicita, en el entendido que las mismas reflejan una actitud diligente y preocupada por la defesa de sus derechos esenciales.

En el caso objeto de estudio el origen de la presunta vulneración de los derechos fundamentales es la decisión de la Secretaría de Educación del Tolima de negar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la accionante en primera oportunidad a través de la resolución 5872 del 27 de septiembre de 2017, calenda para la cual dio respuesta a la acción administrativa iniciada por la señora Blanca Olivia el 13 de agosto de 2009 bajo el radicado NURF I 2009-PENS-011380, es decir 8 años después, entre otras razones porque solo hasta el 26 de enero de 2012 la Gobernación del Tolima requirió a la Gobernación de Córdoba con fines de aclaración sobre los tiempos de servicios prestados por la actora, y dos años después, esto es el 28 de mayo de 2014 remitió el proyecto de resolución a la Gobernación de Córdoba con el fin de que aceptara o rechazara la cuota parte correspondiente a 39.36% por los periodos comprendidos entre el 27-03-1973 al 26-02-1979 y el 9-02-1983 al 24-01-1985, mismos que fueron aceptados por esta ultima el 13 de mayo de 2014, pese a que en virtud del artículo 11 del Decreto 2709 de 1994, si transcurrido el termino de 15 días del traslado la entidad obligada a la cuota parte pensional no ha contestado se entenderá que se acepta el proyecto y se debe proceder a expedir la resolución definitiva de reconocimiento de la pensión. Aunado a lo anterior, la peticionaria radicó nuevamente la solicitud pensional el 3 de febrero de 2021, sin embargo, pese a que indica que radicó la solicitud con los anexos necesarios para dicho trámite, la entidad indicó que la petición no contaba con la documentación requerida.

Por lo anterior, se evidencia que la peticionaria acudió en reiteradas ocasiones a la administración, sin que a la fecha se le haya dado una respuesta de fondo debido a las trabas administrativas entre las entidades que deben concurrir al pago de la prestación económica, en atención a que el derecho pensional salvaguarda el mínimo vital de la actora y que, por tratarse de una prestación sucesiva, la vulneración del derecho no ha cesado.

**6.2.2. Subsidiariedad.**

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia T-250-2015, adoctrinó que el principio de subsidiariedad, contenido en el artículo 86 de la Constitución Política, implica que, por regla general, no puede utilizarse la acción de tutela para el reconocimiento y pago de derechos pensionales, al existir mecanismos judiciales ordinarios, con los que pueden debatirse los asuntos derivados del litigio pensional. Sin embargo y como regla exceptiva, la procedencia de la acción de tutela, cuando existen otros medios de defensa judicial, se sujeta a las siguientes reglas: “*i) procede como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario; ii) procede la tutela como mecanismo definitivo: cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia (…)”.*

En concordancia con lo anterior, de los artículos sexto y octavo del Decreto- Ley 2591 de 1991 se infiere que es admisible recurrir a la acción de tutela en busca de un amparo definitivo o transitorio. El primer caso tiene lugar ante la inexistencia de recursos o medio de defensa adicionales al alcance del ciudadano, recursos que deben ser evaluados en concreto, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante, por lo tanto, en ese evento, la tutela procede, bien sea porque no existe una alternativa judicial diferente o porque, a pesar de existir, este instrumento jurídico no es idóneo y eficaz para salvaguardar los derechos fundamentales, en función de la situación objetiva y particular que rodea al accionante, en el entendido que el fallo emitido por el juez constitucional de forma definitiva hace tránsito a cosa juzgada, lo que impide que la jurisdicción ordinaria vuelva a tratar y decidir un asunto definido en sede constitucional.

Queda a salvo, desde luego, la posibilidad de enervar la cosa juzgada a través de la acción de revisión prevista en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 frente a providencias judiciales –en su sentido amplio– que *“hayan decretado o decreten reconocimiento que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza”.*

La segunda hipótesis se configura cuando la persona, a pesar de contar con un recurso ordinario disponible, suficiente y eficaz, acude a la acción constitucional para evitar un perjuicio irremediable. En este escenario la orden de tutela permanece vigente *«durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado»,* a condición de que la acción ordinaria se promueva *«en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela».*

Expuesto lo anterior, aduce la apoderada de la accionante, que el fallo transitorio tutelado por la a-quo somete a su prohijada a un proceso judicial que resulta ineficaz al caso concreto, pues la accionante es un sujeto de especial protección debido a su edad y la enfermedad de demencia senil que padece, además de que se encuentra por encima del promedio respecto de la esperanza de vida por lo que no soportaría el sometimiento a un proceso ordinario.

En este orden de ideas, y dadas las condiciones especiales de la actora seria procedente emitir un fallo con carácter definitivo, razón por la cual se hace necesario evaluar si previo al análisis probatorio, a la actora le asiste el derecho pensional, junto con las demás pretensiones, por ser un adulto mayor que como se expuso en apartados anteriores a actuado diligentemente en aras del reconocimiento de la prestación económica desde el año 2009.

* 1. **Régimen pensional Docente.**

El artículo 17 de la Ley 6 de 1945 estableció los parámetros en materia de reconocimiento de pensión de jubilación para los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, a quienes tuvieran 50 años de edad, después de veinte años de servicio continuo o discontinuo. Inicialmente dicha disposición aplicó a los empleados del sector nacional, no obstante, la aplicación para los empleados estatales solo tuvo lugar hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968 y sus decretos reglamentarios, por medio de cual se modificó la edad a 55 años para los hombres y 50 para las mujeres.

Con la expedición de la Ley 33 de 1985, se unificaron las prestaciones sociales del sector público sin distingo de la entidad territorial a la que pertenecieran, es decir, no se hizo la discriminación de sector público nacional y territorial, por lo que, a partir de su expedición la Ley 6 de 1945 dejó de tener aplicación para los empleados del sector territorial excepto para quienes cumplieran uno se los tres supuestos siguientes:

*“Los empleados públicos que trabajen en actividades de alto riesgo y que la ley hubiera consagrado su excepción y los cobijados por un régimen especial de pensiones[[1]](#footnote-1),*

*Los que a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 hubieran completado 15 años continuos o discontinuos de servicio[[2]](#footnote-2), y*

*Quienes a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 ya hubieren cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación con base en las disposiciones anteriores[[3]](#footnote-3)”.*

En cuanto a los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación, la Ley 33 de 1985 en el artículo 1, aumentó la edad para acceder al derecho, a 55 años indistintamente si se trataba de un hombre o una mujer.

En lo que respecta al ordinal 1 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 *“Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, es dable indicar que solo es aplicable al personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990, por lo cual, para los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, se les aplica el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes, previsión que se mantuvo en el inciso 4 del artículo 6 de la Ley 60 de 1993.

Ahora bien, con posterioridad en materia pensional se expidió la Ley 100 de 1993, empero el artículo 279 excluyó de su ámbito de aplicación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, disposición que se mantuvo para los docentes nacionales y nacionalizados territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003 calenda para la cual entró en vigencia la Ley 812 de 2003.

* 1. **Procedencia del reconocimiento de retroactivo pensional por vía de tutela.**

En la sentencia T-722 de 2012, la Corte Constitucional explicó que cuando el conflicto puesto a consideración del juez constitucional versa en torno al reconocimiento de un derecho pensional, éste adquiere competencia para pronunciarse y amparar la pretensión de pago de retroactivo de este derecho. Lo anterior en el entendido que cuando el conflicto de naturaleza legal muta en uno de índole constitucional, es porque los medios ordinarios se tornan ineficaces para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados, lo que a juicio de la Sala ocurre cuando:*“a) hay certeza en la configuración del derecho pensional y b) se hace evidente la afectación al mínimo vital, al constatarse que la pensión es la única forma de garantizar la subsistencia de la accionante y que por una conducta antijurídica de la entidad demandada, los medios económicos para vivir han estado ausentes desde el momento en que se causó el derecho hasta la fecha de concesión definitiva del amparo[[4]](#footnote-4).”*

Además de la acreditación de condiciones que exigen una protección especial, el accionante debe acreditar el agotamiento de la vía gubernativa y haber iniciado el proceso ordinario o contencioso administrativo según corresponda.

No obstante, si en el caso objeto de estudio no se demuestran los presupuestos anteriores, la Corte constitucional ha señalado que la acción de tutela no puede entrar a dirimir los conflictos de rango legal desplazando los medios ordinarios[[5]](#footnote-5).

En conclusión, mediante la sentencia T-341 de 2015, el máximo órgano de cierre constitucional estableció como requisitos para el reconocimiento y pago del retroactivo pensional por vía de tutela con base en los pronunciamientos anteriores los siguientes:

*“i) la certeza de que le asiste el derecho al retroactivo pensional; ii) la afectación directa del derecho al mínimo vital ante el no reconocimiento del mismo; iii) que ha adelantado los recursos en la vía gubernativa con el fin de controvertir los actos que desconocen su derecho y; iv) que ha iniciado el proceso ordinario o contencioso administrativo pertinente, en busca del amparo de sus derechos”*

1. **Caso concreto**

Preceptúa el Decreto número 726 de 2018, por medio del cual se modificó el capítulo segundo del título 9 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1833 de 2016 que, a afectos de certificar el tiempo laborado o cotizado con destino a la emisión de bonos pensiones o para el reconocimiento de pensiones, se creó el Sistema de Certificación electrónica de tiempos Laborados (CETIL), por medio del cual, en atención con el artículo 2.2.9.2.2.1 se deben expedir todas las certificaciones de tiempos laborados y salarios por parte de las entidades públicas y privadas que ejerzan funciones públicas a través del diligenciamiento de un formulario único electrónico, a partir del primer semestre del año 2018.

En virtud de lo anterior, y pese a que lo que busca el Decreto en mención es establecer un tipo de prueba tarifada, lo cierto es que, si bien dicho mecanismo es el idóneo para probar el tiempo público, no se puede cercenar la posibilidad de acceder al reconocimiento pensional por la falta de aquel; en ese sentido, en caso de que con las pruebas aportadas no se pueda establecer con certeza el tiempo laborado por el servidor público, la misma no debe ser desechada sino valorarse como un principio de prueba en aras de evitar un perjuicio irremediable como ocurre en el caso concreto.

En este sentido, si bien solo obra en el plenario la Certificación electrónica de tiempos Laborados (CETIL) emitida por la Gobernación de Tolima, que da fe del periodo servido por la accionante desde el 13 de mayo de 2005 hasta el 15 de junio de 2008 sin interrupciones, con la misma certeza no se pueden establecer los demás tiempos públicos, por las siguientes razones:

1. De conformidad con el oficio del 13 de mayo de 2014, emitido por el Departamento de Córdoba[[6]](#footnote-6) la actora se desempeñó en dicha entidad territorial entre el 27 de marzo de 1973 hasta el 26 de febrero de 1979 y del 9 de febrero de 1983 hasta el 24 de enero de 1985. Asimismo, del formato único para la expedición de certificados de historia laboral expuesto por la Fiduprevisora S.A.[[7]](#footnote-7) se extrae que en dicho fondo la actora registra los siguientes aportes: del 5 de febrero de 1973 al 28 de febrero de 1975 por el tiempo laborado en la Institución Nuestra Señora del Carmen Chinú- Córdoba; del 1 de marzo de 1975 al 8 de febrero de 1976 por el tiempo servido en la Institución el Rosario de Montería Córdoba; desde el 09 de febrero de 1976 hasta el 26 de febrero de 1979 por el tiempo laborado en la Institución el Rosario de Pueblo nuevo Córdoba; del 1 de febrero de 1983 hasta 24 de enero de 1985 y desde el 18 de enero de 1994 hasta el 23 de febrero de 1994 nuevamente en la Institución Nuestra Señora del Carmen Chinú- Córdoba. Del mismo modo, obra una certificación laboral[[8]](#footnote-8) expedida el 23 de mayo de 1994 por la Directora de Núcleo 64 “A” del Departamento de Córdoba, en la que se evidencia que la accionante se encontraba laborando para dicha calenda en la institución “Nuestra Señora del Carmen” de Chinú, Córdoba en el cargo de Rectora desde el 1 de febrero de 1994 y posteriormente consta acta de posesión[[9]](#footnote-9) en la misma institución a partir del 24 de febrero de 1994. Sin embargo, a través de Decreto 000172 de 1998[[10]](#footnote-10) la Gobernación de Córdoba, aceptó la renuncia presentada por la accionante el 30 de enero de 1998.

Empero lo anterior, no es claro, si la accionante inició la relación laboral el **27 de marzo de 1973**, como se indica en la contestación de la Gobernación de Córdoba o el **5 de febrero de 1973** como obra en la historia laboral de la Fiduprevisora S.A.; tampoco concuerda el inicio de la relación fechada del 9 de febrero de 1983 con ninguna de las ya mencionadas obrantes en la historia laboral; tampoco concurre la fecha de la renuncia que presentó la señora Blanca Olivia, con ninguna de las datas obrantes ni en la historia laboral, ni en contestación de la Gobernación de Córdoba. Por lo anterior, si bien existe un indicio de que la actora prestó sus servicios para la Gobernación de Córdoba, no es posible determinar en qué interregnos se surtió, aunado a que se desconoce para dichas calendas el régimen salarial y prestacional del docente.

1. Con posterioridad a las calendas enunciadas se extrae del escrito de tutela, que la accionante laboró en la Institución Educativa de Manare, adscrita a la Secretaria de Educación de Casanare desde el **1 de junio de 1999 hasta el 22 de marzo de 2002**, sin embargo, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio certificó, que la señora Blanca Olivia laboró en esa calenda para dicha Secretaría, pero desde el **21 de enero de 2002 al 22 de marzo de 2002** gozó de licencia no remunerada; por tal razón sin que obre otro medio de prueba para ratificar la información referida, la consigna solo es un indicio del servicio de la accionante en dicha calenda, pero no otorga certeza sobre los tiempos efectivamente laborados.
2. En lo que atañe al periodo laborado entre el **1 de febrero de 2002 y el 11 de mayo de 2005** para la secretaría de educación de Córdoba, si bien, en la historia laboral establece que dicha relación culminó el **12 de mayo de 2005**, tal inconsistencia no es de gran trascendencia, ya que contrario a los tiempos anteriormente referidos obra en el expediente digital Resolución N°.003 del 1 de febrero de 2002[[11]](#footnote-11) del Ministerio de Educación Nacional, a través de la cual se nombró en propiedad a Sor Blanca Olivia Toro Patiño para desempeñarse como Coordinadora en el Colegio Diocesano El Rosario de Montelíbano, Córdoba, asimismo, mediante Decreto 0198 del 11 de mayo de 2005 emitido por el Gobernador del Tolima, se trasladó a la accionante sin solución de continuidad a la Institución Educativa Nuestra Señora del Rosario del Municipio de Cajamarca, relación que concuerda con el inicio de los tiempos públicos debidamente certificados por la Gobernación del Departamento del Tolima, entre el **13 de mayo de 2005 y el 15 de junio de 2008**.

Con base en lo anterior, del proyecto de resolución elaborado por la Gobernación del Tolima[[12]](#footnote-12) y de los Formatos únicos para la expedición de certificados de historia laboral[[13]](#footnote-13), emitido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se puede establecer que la actora registra los siguientes tiempos públicos laborados:

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **ENTIDAD** | **TIEMPO DE SERVICIOS HISTORIA LABORAL FIDUPREVISORA S.A.** | **TOTAL, DIAS** | **ENTIDAD** | **TIEMPO DE SERVICIOS SEGÚN PROYECTO DE RESOLUCIÓN Y CERTIFICACIÓN GOBERNACIÓN DEL TOLIMA** | **TOTAL DIAS** |
| Nuestra señora del Carmen- Chinú- Córdoba | 05-02-1973 al 28-02-1975 | 753 | Secretaría de Educación de Córdoba | 27-03-1973 al 26-02-1979 | 2162 |
| El rosario- Montería- Córdoba | 01-03-1975 al 08-02-1976 | 344 |
| El Rosario- Pueblo nuevo- Córdoba | 09-02-1976 al 26-02-1979 | 1113 |
| Nuestra señora del Carmen- Chinú- Córdoba | 01-02-1983 al 24-01-1985 | 723 | 09-02-1983 al 24-01-1985 | 715 |
| Nuestra señora del Carmen- Chinú- Córdoba | 18-01-1994 al 23-02-1994 | 36 | 16-01-1994 al 25-02-1998 | 1500 |
| I.E Nuestra Señora de Manare- Secretaría de Educación de Casanare | 01-06-1999 al 22-03-2002 | 949 | Secretaría de Educación de Casanare | 01-06-1999 al 22-03-2002 | 1011 |
| Licencia no remunerada |
| 21-01-2002 al 22-03-2002 |
| El Rosario Montelíbano- Córdoba- Secretaría de Educación de Córdoba | 01-02-2002 al 12-05-2005 | 1081 | Secretaría de Educación de Córdoba | 01-02-2002 al 11-05-2005 | 1180 |
|
| El Rosario- Cajamarca- Secretaría de Educación de Tolima | 13-05-2005 al 13-05-2005 | 1112 | Secretaría de Educación de Tolima | 13-05-2005 al 15-06-2008 | 1112 |
|
| Secretaría de Educación del Tolima | 13-05-2005 al 15-06-2008 |
|
| **TOTAL DIAS** | 6111 | |  | 7680 | |
| **TOTAL AÑOS** | **16 años, 10 meses, 11días** | |  | **21 años 2 meses** | |

Sin otras pruebas por valorar, se puede establecer que la actora por medio de los tiempos plasmados en el proyecto de Resolución acredita **21 años y 2 meses** de servicios, en tanto que con la información obrante en la Fiduprevisora S.A. solo tiene **16 años, 10 meses y 11 días;** sin embargo, se observa que la mayor diferencia entre una y otra sumatoria es el servicio prestado para la Institución Nuestra señora del Carmen -Chinú- Córdoba en el año 1994, pues en la historia laboral dicha relación fenece en el mismo año, mientras que en el proyecto de resolución de la gobernación del Tolima finaliza el 25 de febrero de 1998, calenda que concurre con el Decreto 000172 de 1998 de la Gobernación de Córdoba, por medio del cual se aceptó la renuncia presentada por la accionante el 30 de enero de 1998, por lo cual se infiere que por lo menos hasta el 30 de enero de 1998 la actora laboró al servicio de dicha institución, por no demostrarse desde que data efectivamente dejó de prestar sus servicios.

Con base en lo anteriormente expuesto, si bien no existe claridad sobre los interregnos exactos en los cuales la accionante prestó sus servicios, se acredita que inició sus servicios en el año 1973, antes del 1 de enero de 1990 fecha para la cual entró en vigencia la Ley 91 de 1989, por lo que goza del régimen prestacional anterior, esto es la Ley 33 de 1985; en este sentido, al 5 de diciembre de 1997 la señora Blanca Olivia Patiño cumplió 55 años de edad y obra en el plenario múltiples pruebas que permiten inferir que laboró más de 20 años, suficientes para acceder a la tutela de los derechos incoados, no obstante, solo ante la certeza de los tiempos efectivamente laborados, es posible determinar desde que calenda arribó a su estatus pensional, razón por la cual no hay lugar al reconocimiento definitivo, pero si a la tutela transitoria en aras de impedir la causación de un perjuicio irremediable hasta que la jurisdicción contencioso administrativa defina en efecto los derechos que le asisten a la señora Blanca Olivia Patiño Toro, razón por la cual se confirmara el fallo impugnado.

En cuanto al segundo punto objeto de impugnación, esto es si a la accionante le asiste el reconocimiento y pago del retroactivo pensional por vía de tutela, la Sala verificará si en el presente asunto se cumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia Constitucional por ser un sujeto de especial protección al tratarse de una persona de la tercera edad que refiere padecer demencia senil.

Se debe enunciar de entrada que, según los criterios fijados por esta Corporación, respecto a utilizar la acción de tutela para obtener el pago de retroactivos, la apoderada de la demandante no demuestra los aspectos fundamentales para su procedencia, esto es: *i) la certeza de que el retroactivo pensional corresponde a la accionante; ii) la afectación al mínimo vital; iii) el agotamiento de los recursos de la vía gubernativa y; iv) el haber acudido ante la jurisdicción contencioso administrativa a instaurar el medio de control pertinente*.

Respecto al primer requisito (certeza del retroactivo), no existe certeza sobre los tiempos públicos laborados, ya que, si bien hay principios de prueba que dan cuenta que la actora laboró mas de 20 años de servicio, lo cierto es que no se tiene claridad respecto de los tiempos que le asisten a cada entidad, imposibilitándose de esta forma, la condena por el monto correspondiente a cada entidad pagadora y la determinación del estatus pensional de la accionante, pues si bien la actora arribó al requisito de la edad el 5 de diciembre de 1997 al cumplir 55 años, no hay certeza del momento exacto en el que acreditó los 20 años de servicio de conformidad con la Ley 33 de 1985.

El segundo requisito (afectación mínimo vital) se encuentra acreditado, tal como lo adujo la accionante en el escrito de tutela, por cuanto desde que fue retirada forzosamente del servicio a tenido que acudir a la caridad de la congregación a la cual pertenece, para su congrua subsistencia, pues en reiteradas ocasiones por las demoras y trabas administrativas que ha sufrido desde el año 2009 no ha podido acceder al único medio de sustento propio derivado de la prestación económica de vejez, como resultado directo de los años de trabajo que sirvió a la comunidad educativa y del cual se retiró en razón de una disposición legal, no por el capricho de sustraer su único medio de subsistencia.

El tercero (agotamiento vía gubernativa), demostrado se encuentra tanto con la solicitud elevada el 13 de agosto de 2009 bajo el radicado NURF I 2009-PENS-011380, como el 3 de febrero de 2021, pues pese a que este último no finiquitó con la resolución correspondiente, a juicio de la actora la entidad al requerir documentos que ya obraban en la solicitud radicada, la sometía a dilaciones injustificadas, hecho que dio origen a la presente acción.

En lo que atañe al último requisito (acudir a la jurisdicción contenciosa), no hay prueba alguna que dé cuenta del inició de un proceso judicial por medio del que se pretenda el reconocimiento y pago de la pensión de vejez o sus derivados como retroactivos pensionales, intereses, indexación como lo solicita la actora en esta oportunidad.

Con todo lo anterior, cabe aclarar que si bien la accionante aduce que los mecanismos judiciales la someten a una espera injustificada, máxime cuando de conformidad con las estadísticas aportadas desborda la expectativa de vida, como ya se explicó en esta oportunidad el retroactivo pensional pretendido por la demandante no está llamado a prosperar por tutela, ya que la Corte Constitucional, ha reiterado en diversas oportunidades que el mecanismo de amparo no es el instrumento procesal adecuado para reclamar prestaciones sociales, salvo que se cumplan los requisitos anteriores, hecho que no concurre en el presente proceso, entre otros por el carácter incierto de la prestación que se reclama. Empero la presente acción si es procedente en el caso objeto de estudio para tutelar el mínimo vital tal como lo hizo en primera oportunidad la *a-quo.*

Por último, se negará también, el pago de los intereses moratorios, toda vez que las sumas pretendidas por la señora Blanca Olivia Patiño deben ser definidas por el juez natural.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral Número 1 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO:** **ADICIONAR** el fallo de tutela de primera instancia, en el sentido de negar el retroactivo pensional y los intereses moratorios reclamados conforme a las razones ampliamente expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la providencia impugnada.

**TERCERO:** Notifíquese la decisión por el medio más eficaz**.**

**CUARTO:** Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

**Notifíquese y Cúmplase**

La Magistrada ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

La Magistrada y el Magistrado,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

1. Según lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985. [↑](#footnote-ref-1)
2. Según el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985. [↑](#footnote-ref-2)
3. Según el parágrafo 3º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia T-482 de 2010 [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencias T-1419 de 2000, T-056 de 2002, T-765 de 2002, T-628 de 2004, T-1132 de 2005 y, recientemente en la T-628 de 2013 [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 6 Expediente digital bajo el denominativo “02.1 Pruebas” [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 76 a 83 Expediente digital bajo el denominativo “8.1AnexosRespuesta” [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 87 Expediente digital bajo el denominativo “02.1 Pruebas” [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 94 Expediente digital bajo el denominativo “02.1 Pruebas” [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 95 Expediente digital bajo el denominativo “02.1 Pruebas” [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 98 Expediente Digital bajo el denominativo “02.1 Pruebas” [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 43 a 46 del Expediente Digital bajo el denominativo “8.1AnexosRespuesta” [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 76 a 82 del Expediente Digital bajo el denominativo “8.1AnexosRespuesta” [↑](#footnote-ref-13)