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 Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 11 de julio de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Revoca decisión del a quo y niega por improcedente

Radicación Nro. : 661703104002-2017-00043-01

Accionante: MARÍA ALICIA HURTADO DE LOAIZA

Accionado: COLPENSIONES Y OTRO

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: PAGO DE MESADAS PENSIONALES / CARÁCTER RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA / EXISTE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL / IMPROCEDENCIA.** [L]o que busca la parte accionante es saltarse el debido proceso para este tipo de asuntos, a pesar de que sabe que lo que debe hacer es acudir a la justicia ordinaria laboral a fin de que allí un juez especializado en temas laborales, al realizar el estudio exhaustivo y profundo de su situación defina si es viable o no acceder a la pensión de sobrevivientes compartida, en el régimen de prima media, toda vez que en el término perentorio de esta acción constitucional no es posible hacerse, y finalmente se tornaría en lo que ha llamado la recurrente, una imprecisa valoración probatoria. Finalmente, en lo relacionado con las órdenes que se impartieron a la Chec, encuentra esta Corporación que las mismas resultaron imprecisas, pues lo que se evidenció es que el actuar de esa entidad ha sido diligente, y que si estamos ante la figura de la multiafiliación entre regímenes que son incompatibles entre sí, entrar a emitir órdenes a alguna de las accionadas, sin el estudio juicioso y extenso que ello requiere, podría resultar lesivo para el debido proceso de dichas entidades, al no estar completamente establecido en este punto quién es la llamada a cubrir esos pagos. En conclusión, la presente acción resulta improcedente toda vez que existe otro mecanismo judicial al cual puede acudir la parte accionante para buscar allí la resolución del problema jurídico aquí planteado, razón por la cual la decisión de primera instancia se habrá de revocar.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA**

Aprobado por Acta No. 663 del 11 de julio de 2017. H: 3:40 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación: | 661703104002-2017-00043-01 |
| Procedencia: | Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas |
| Accionante: | María Alicia Hurtado de Loaiza |
| Accionado: | Colpensiones, Chec y Colfondos |
| Decisión: | Revoca y niega por improcedente |

**ASUNTO:**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por la apoderada judicial de la **Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P. CHEC**,contra el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas, mediante el cual decidió tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social de la señora **MARÍA ALICIA HURTADO DE LOAIZA.**

**ANTECEDENTES:**

La señora María Alicia Hurtado de Loaiza, interpuso acción de tutela en contra de las administradoras de pensiones Colpensiones y Colfondos, y la Chec al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna y mínimo vital. Los hechos en los cuales fundamentó su solicitud fueron sintetizados por el Juzgado de conocimiento así:

*“Indica la accionante en el escrito que su difunto esposo FABIÁN LOAIZA SÁNCHEZ, fue jubilado por parte de la CHEC S.A. E.S.P, el 19 de julio de 2009.*

*Que el señor Loaiza cotizó a pensión al Instituto de Seguro Social desde 13 de enero de 1975 al 30 de noviembre de 1999. Que a partir del 01 de diciembre de 1999, se trasladó a COLFONDOS S.A.*

*Refirió que desde el 01 de diciembre de 2007, su esposo fue pensionado por invalidez de origen común por COLFONDOS S.A, con fecha de estructuración de invalidez del 01 de septiembre de 2006. Para el mes de julio de 2016, su difunto esposo cumpliría con el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez con expectativa de compartibilidad pensional, por ello el 8 de julio de 2016 solicitó la anulación de afiliación a COLFONDOS S.A y el traslado de los aportes efectuados, a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES. COLFONDOS S.A en respuesta del 25 de julio de 2016, indicó que COLPENSIONES no realizaba la marcación correspondiente toda vez que se requería de una resolución de compartibilidad entre el empleador, o sea, la CHEC S.A y COLPENSIONES.*

*Luego de varias solicitudes reiteradas a ambos fondos para el traslado de su esposo el 06 de marzo de 2017 se verificó por medio de la página de COLPENSIONES, observando que su esposo aparecía como ACTIVO COTIZANTE.*

*Su esposo falleció el 14 de febrero de 2017, por tal razón el 24 de marzo de 2017 radicó documentación para solicitar reconocimiento de sustitución pensional a su favor, pero la misma fue negada por cuanto el señor Loaiza aparecía con multiafiliación.”*

En vista de lo anterior solicitó que se protejan sus derechos fundamentales invocados, y en consecuencia de ello se ordene a Colpensiones realizar la “marcación o novedad de vinculación” ante el sistema de información de los afiliados a los fondos de pensión “SIAFP” de su difunto esposo Fabián Loaiza Sánchez.

Se ordene a Colfondos enviar la novedad de anulación de la afiliación de su esposo, reversión e inactivación de la cuenta, y que seguidamente realice el traslado de los aportes a Colpensiones.

Posteriormente, y ante el traslado de los aportes, se ordene a Colpensiones que valide y cargue en la historia laboral de su esposo la totalidad de semanas cotizadas al fondo privado.

Ordenar a Colpensiones que una vez realizado lo anterior, adelante el estudio de la pensión de sobreviviente a la que tiene derecho como sustituta de los derechos de su esposo.

Ordenar a la Chec que continúe pagando la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida, y una vez efectuado el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por parte de Colpensiones, proceda a grabar la diferencia pensional y llevar a cabo el reconocimiento y pago de la cuota parte correspondiente.

**TRÁMITE Y SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

La presente acción de tutela fue tramitada por parte del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas, Despacho que avocó el conocimiento de la actuación el día 9 de mayo de 2017, en contra de las administradoras de pensiones Colfondos y Colpensiones, y la Chec. Posteriormente, profirió sentencia el día 22 de febrero, en la cual tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social de la señora María Alicia Hurtado de Loaiza, y por lo tanto dispuso en la parte resolutiva de la sentencia:

*“SEGUNDO: ORDENAR a la CHEC S.A E.S.P, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo de tutela, continúe efectuando el pago de la mesada pensional que le fuera reconocida a la señora María Alicia Hurtado de Loaiza, con ocasión a la pensión de jubilación que le había sido reconocido a su difunto esposo Fabián Loaiza Sánchez esto es (sustitución pensional).*

*TERCERO: NEGAR lo solicitado por la accionante en los numerales (segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto) del acápite de pretensiones de la acción de tutela, por lo motivos ya expuestos.*

*CUARTO: Se le reconoce personería para actuar a la doctora ADRIANA HOYOS MEJÍA, conforme a poder otorgado por el doctor JHON JAIRO GRANADA GIRALDO, para que represente los intereses de la CENTRAL HIDROELECTRICA DE CALDAS- CHEC S.A. ESP.”*

La decisión tomada por el Juez cognoscente estuvo precedida del estudio de procedibilidad de la acción de tutela para las pretensiones que con la misma planteó la accionante; estudio del cual se desprende que la acción de amparo constitucional es improcedente para efectos de un reconocimiento de compartibilidad entre Colpensiones y la Chec para la pensión como sobreviviente de su difunto esposo; tampoco es viable acceder a la pensión de sobreviviente reclamada, pues al igual que la pretensión anterior, éste asunto debe ser resuelto por parte de un juez ordinario laboral.

Sin embargo, en su concepto, la situación de la accionante es muy grave, por cuanto las accionadas lo único que le han dicho es que se presentó el fenómeno de la multiafiliación, pero no le brindan una solución a su problema, con lo que la han dejado desamparada no sólo a ella sino a las personas que están bajo su cuidado.

Así las cosas, concluyó que aunque no puede ordenar por medio de acción de tutela el traslado entre los fondos de pensiones, por ser competencia de otra jurisdicción, si es posible garantizar que a la accionante se le continúe pagando la mesada pensional que le había sido reconocida por parte de la Chec, ello mientras se realiza el trámite correspondiente para el reconocimiento de la compartibilidad pensional a la que tendría derecho el causante.

La anterior decisión fue objeto de impugnación por parte de la apoderada judicial de la Chec, como accionada.

**FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN:**

La apoderada judicial de la Chec manifestó su inconformidad con la decisión de primera instancia, al considerar que existieron incongruencias entre la parte motiva de la decisión y la resolutiva, pues aunque el A quo hizo referencia en varias oportunidades a la negligencia con que las administradoras de pensiones esperaron hasta la muerte del señor Fabián Loaiza Sánchez (esposo de la accionante) sin solucionar su situación jurídica, y trasladándole a su cónyuge la carga que ahora asume, pero a pesar de encontrar acreditada una vulneración a los derechos de la señora Hurtado de Loaiza, no ha emitido un fallo en derecho, trasladándole a esa entidad una carga que corresponde a los mencionados fondos de pensiones.

Considera contradictorio que el Juez haya manifestado que el trámite debe corresponder a la jurisdicción ordinaria, pero a pesar de ello ordena a la Chec asumir el pago de la pensión, sin pronunciarse frente a las otras entidades, y en vez de haber considerado como improcedente la tutela y abstenerse de emitir un fallo, por encontrarse supuestamente ajeno a su competencia.

Por otra parte, explica que la compartibilidad pensional es una figura que opera cuando el jubilado de la empresa accede a la pensión de vejez con el Régimen de Prima Media, administrado por Colpensiones, caso en el cual, si el monto de la pensión es inferior al pagado por la empresa, esta última asumirá el valor de la diferencia, a fin de que el afiliado no perciba una desmejora en sus ingresos.

Así las cosas, como el Juez de primera instancia dejó la brecha abierta para que la accionante acuda a la vía ordinaria, olvida que en ese interregno condenó a la Chec a pagar la mesada pensional, por lo que, para cuando el proceso laboral finalice, la accionante podría haber adquirido una deuda con la empresa, en unos específicos casos: i) si el Juez laboral considera que la señora Hurtado de Loaiza debe permanecer y pensionarse con Colfondos, caso en el que perdería el derecho a la compartibilidad pensional; ii) si el Juez laboral considera que debe permanecer y pensionarse con Colpensiones puede pasar que 1. El monto de la mesada reconocida por Colpensiones sea superior al pagado por la Chec, caso en el cual perdería el beneficio de la compartibilidad pensional, debiendo reintegrar a la empresa todos los dineros que se le llegaren a pagar por ese concepto. Y 2. Que el monto de la mesada reconocida por Colpensiones fuera inferior al pagado por la Chec, aunque gozaría de la compartibilidad, debería reintegrar a la empresa el menor valor pagado por Colpensiones.

Considera que lo anterior podría constituirse en un perjuicio para la actora, que se puede evitar emitiendo un fallo en derecho que vele por la salvaguarda de sus derechos fundamentales, pues el paso del tiempo la desfavorecería y dejaría de lado la situación que atraviesa.

Por otra parte considera que hay un error esencial de derecho, pues lo que solicita la accionante es la protección de su derecho fundamental a la seguridad social, que debe ser asumido por las entidades del Sistema General de Seguridad Social, del cual no hace parte esa empresa.

Resalta que el Juez no valoró de forma íntegra las pruebas que soportaban los hechos de la acción, con los que se puede ver las desavenencias en que han incurrido los fondos de pensiones tanto con el señor Loaiza Sánchez como con su esposa, desatendiendo con ello su papel como Juez Constitucional.

Manifiesta que Colfondos fue desacertado al decir que no es procedente el traslado de fondo, aun cuando se evidenció ya había realizado el traslado de régimen, pues el señor Loaiza Sánchez figura como activo cotizante en la base de datos de Colpensiones. Sin embargo, el fondo privado no ha enviado la respectiva novedad de anulación, con lo que se ha generado la multiafiliación que rodea la situación de la accionante.

Señala que el fallo de primera instancia es producto de una precipitación en la valoración de las pruebas, con lo que se desconocen las consecuencias para la accionante y para la Chec, quien se vería en la obligación de efectuar el pago de una prestación económica que se encuentra en cabeza de Colfondos o Colpensiones.

Por lo tanto, planteó su solicitud en el siguiente sentido:

*“PRIMERA: REVOCAR el Fallo de Primera Instancia y en consecuencia se acceda a las Pretensiones SEGUNDA, TERCERA, CUARTA, QUINTA y SEXTA del escrito introductorio, tutelando los derechos fundamentales a la SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIÓN, VIDA DIGNA Y MÍNIMO VITAL de la Sra. MARIA ALICIA HURTADO DE LOAIZA.*

*SEGUNDA: En caso de no acceder a la primera solicitud, se ORDENE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a COLFONDOS S.A. que en un término perentorio realicen todas las acciones tendientes a fin de garantizar el derecho a la pensión a la Sra. MARIA ALICIA HURTADO DE LOAIZA, en tanto dicha carga se ha trasladado al empleador, encaso objeto de análisis entidad jubilante CHEC S.A E.S.P. quien no es el llamado al pago de prestaciones económicas derivadas de las contingencias de invalidez, vejez o muerte, propias de Entidades del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.”*

**CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

En el presente asunto se debe establecer si la decisión tomada por el Juez cognoscente fue acertada al tutelar los derechos fundamentales invocados por la accionante, y en cuanto las órdenes que con el fin de conjurar dicha trasgresión emitió.

Conforme con la Carta Política, Colombia es un Estado social y democrático de derecho, lo que se traduce en la concepción humanista del Estado que procura la promoción y mantenimiento de unas condiciones mínimas de existencia de los asociados, acordes con la dignidad de la persona, por ello, el reconocimiento de la primacía de los derechos y las garantías inalienables del ser humano y el establecimiento de mecanismos efectivos para la protección y aplicación de los mismos.

La tutela es un instrumento confiado por la Carta Política en su artículo 86 a los Jueces cuya justificación se contrae a brindar a quien la reclama la posibilidad de acudir, sin mayores requerimientos, a la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales que estima han sido transgredidos por la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares (de manera excepcional), lográndose así que se cumpla uno de los fines del Estado, cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política colombiana.

Para entrar a analizar el problema jurídico hay que tener en cuenta primero que si bien la acción de tutela es un derecho Constitucional y como tal, puede ser reclamada por cualquier persona en todo momento y lugar ante los jueces de la República para la protección de sus derechos fundamentales; esta facultad no es absoluta, dado que existen unos límites impuestos tanto por el constituyente primario como por la legislación, de tal suerte que no degenere en abuso del derecho.

**Sobre la procedibilidad de la tutela:**

El artículo 86 constitucional indica que la acción de tutela solo procederá cuando *“el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”.* En consonancia con ello el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 indica que son causales de improcedencia de la acción de tutela, las siguientes:

*“ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:*

***1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*** *La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.*

*2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.*

*3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.*

*4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.*

*5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.”*

Así las cosas, se puede apreciar que una de las causales de improcedencia es la verificación de que al accionante le asiste otro medio de defensa judicial, pues ello materializa el carácter subsidiario y residual de esta acción, ya que no en todos los casos es el Juez de tutela el llamado a proteger o pronunciarse sobre la presunta vulneración de unos derechos fundamentales, toda vez que el legislador estableció que este tipo de asuntos pueden y deben ser ventilados ante la justicia ordinaria donde por especialidades están en la capacidad de resolver con más precisión el conflicto propuesto, especialmente en aquellos casos donde se requiere de un análisis probatorio concienzudo para determinar cuál es la norma a aplicar o inaplicar en cada caso concreto; por tanto a la tutela se debe acudir como último recurso o como el primero pero de manera transitoria y cuando a simple vista se puede establecer que de no darse la protección de los derechos de manera inmediata, quien la invoca se vería frente a un perjuicio irremediable.

Frente al tema ha dicho la Corte Constitucional:

*“Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 2005, la Corte indicó:*

*“****Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales.*** *De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.”*

*Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que:****(i)****los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados;****(ii)****se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y,****(iii)****el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.*

*La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”[[1]](#footnote-1)*

En ese orden de ideas, el juez de tutela debe ser inflexible al exigir el requisito de procedibilidad denominado residualidad, porque el mismo va dirigido a que exista completa armonía y división de las respectivas competencias que se han distribuido dentro de la Rama Judicial, como uno de los poderes públicos. Ha sido doctrina constitucional probable, la siguiente:

*“… cuando se configuren esas circunstancias de carácter excepcional que desplazan el mecanismo judicial ordinario y abren paso a la intervención de la jurisdicción constitucional, se requiere que: i) el asunto debatido tenga relevancia constitucional, es decir, que se trate indiscutiblemente de la protección de un derecho fundamental; ii)* ***que el problema constitucional que se plantea aparezca probado de tal manera que para la verificación de la vulneración del derecho fundamental cuyo amparo se solicita, no se requiera ningún análisis de tipo legal, reglamentario o convencional, que exija del juez constitucional un ejercicio probatorio que supere sus facultades y competencias****; y, iii) que el mecanismo judicial ordinario resulte insuficiente para proteger los derechos fundamentales violados o amenazados. …”.[[2]](#footnote-2)*

Por manera que si estos presupuestos no se satisfacen por la parte demandante, es inviable estudiar de fondo las pretensiones del actor en sede constitucional.

**Deberes probatorios y carga de la prueba en sede de tutela:**

El Decreto 2591 de 1991, nada indica específicamente en cuanto a la formalidad probatoria en la acción de tutela, sin embargo en varios de sus apartes sí indica la necesidad de que se aporten para llevar al Juez al convencimiento de la realidad procesal, por ello es que tanto el accionante como el accionado están en el deber de allegar al proceso todo aquello que consideren pertinente y conducente para demostrar sus dichos, es por ello que el mencionado Decreto establece que si la autoridad o persona contra quien se dirige la tutela no presenta las pruebas que se le solicitan, ni controvierte las allegadas por la contraparte, el Juez tendrá por cierto lo dicho por el actor y como únicas pruebas las aportadas por este, y con base en ellas emitirá su decisión.

En cuanto al tema dijo la Corte Constitucional:

*“2.2 La carga de la prueba en materia de tutela. Reiteración de jurisprudencia.*

*El artículo 3º del Decreto 2591 de 1991 establece como uno de los principios rectores de la acción de tutela “(…) la prevalencia del derecho sustancial (…)”. Por este motivo, una de las características de esta acción es su informalidad.*

*Así, en materia probatoria, es posible demostrar los hechos aludidos por ambas partes mediante cualquier medio que logre convencer a la autoridad judicial, ya que no existe tarifa legal. Esta informalidad probatoria llega hasta el punto de que la autoridad judicial, al momento de analizar los medios probatorios aportados al proceso, pueda - cuando llegue al convencimiento de la verdad procesal - dejar de practicar algunas de las pruebas solicitadas, tal como se dispone en el artículo 22 del Decreto 2591 de 1991.*

*De esta forma, la libertad probatoria en sede de tutela es amplia, pero esto no significa que no exista una carga mínima de la prueba en cabeza de quien alega la vulneración de algún derecho fundamental, ya que las reglas probatorias generales aplican también para la acción de tutela. Es decir, si bien es cierto que basta al juez tener la convicción de la vulneración del derecho constitucional fundamental para ampararlo, también lo es que debe acreditarse en el expediente la transgresión, para que dicha protección constitucional se pueda obtener. Para ello el juez dispone, además, de amplios poderes oficiosos, los cuales a su turno también se encuentran limitados por la idoneidad en su utilización. Así, en principio, quien alude un hecho tiene el deber de aportar los medios para convencer a la autoridad judicial de que en efecto ha sucedido o de aportar los elementos necesarios que sugieran razonablemente al juez la utilización idónea de sus poderes oficiosos en la prueba.”*

En conclusión, aunque en materia de tutela la carga de la prueba no sea tan rigurosa como en otras materias, ello no implica que el Juez pueda entrar a tutelar derechos sin que la afectación se demuestre mínimamente.

**El caso concreto:**

Sería del caso proceder a analizar si en efecto las entidades accionadas incurrieron en una vulneración a los derechos fundamentales que invoca la actora, sin embargo, teniendo en cuenta los requisitos de procedibilidad que se expusieron en párrafos anteriores, es evidente que para este preciso caso se incumple con el de la subsidiariedad, como pasa a explicarse.

De acuerdo a la información obrante en el expediente, se tiene que la señora María Alicia Hurtado de Loaiza pretende que se le sustituyan los derechos pensionales de los cuales gozaba su señor esposo, hoy fallecido.

Resulta que al parecer el causante, en vida, se encontraba recibiendo dos tipos de mesadas, una proveniente de la empresa Chec, como jubilado de la misma desde el año 2000, con una expectativa de compartibilidad con Colpensiones cuando obtuviera requisitos para pensionarse por vejez; a su vez, fue beneficiario de una pensión de invalidez ante el fondo de privado de pensiones Colfondos desde el año 2007. Posteriormente pretendió el difunto esposo de la accionante, a pesar de encontrarse ya pensionado por invalidez en el régimen de ahorro individual, continuar los trámites en Colpensiones para adquirir con esta última la pensión por vejez. Su situación no fue solucionada por ninguno de los fondos pensionales, hasta que finalmente ocurrió su deceso, y hoy en día su esposa desea que se le trasladen los beneficios de los cuales gozaba él.

Del presente asunto surgen múltiples controversias a saber:

En primer lugar, es bien sabido que la figura de la compartibilidad pensional, contemplada en el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, hace parte del régimen de prima media con prestación definida, para algunas personas que han gozado de una jubilación otorgada por determinada empresa, y posteriormente continúan cotizando para las contingencias de invalidez, muerte o vejez, especialmente para esta última, cuando logran obtener los requisitos exigidos por la administradora de pensiones.

Para este caso concreto, se tiene que el señor Fabián Loaiza Sánchez decidió trasladarse voluntariamente al régimen de ahorro individual en el año 1999, sin embargo, más adelante se hizo beneficiario de la jubilación ante la Chec, con expectativas de una futura compartibilidad, que operaba en la época para aquellos cotizantes del ISS, hoy Colpensiones. Frente a lo cual debe decirse que el artículo 5º del Decreto 3995 de 2008 establece que:

*“En virtud de la incompatibilidad de Regímenes prevista en el artículo 16 de la Ley 100 de 1993, cuando un trabajador tenga derecho a una pensión compartida no podrá vincularse al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad (RAIS). En consecuencia, el trabajador se entenderá vinculado al lSS y los aportes efectuados en el RAIS se consideran como cotizaciones erróneas, las cuales deberán ser trasladadas al lSS en los términos del artículo 10 del Decreto 1161 de 1994.”*

No obstante lo anterior, para este especial evento se tiene que el señor Fabián Loaiza Sánchez **se pensionó por invalidez ante un fondo privado**, lo que permite inferir que le asiste razón a Colfondos al afirmar que no es viable a simple vista el traslado pensional, toda vez que sus cotizaciones fueron usadas para financiar la pensión de la que fue beneficiario.

Por otra parte, se tiene también que en algunos eventos específicos se ha considerado que las pensiones de invalidez y vejez son incompatibles entre sí, de acuerdo al literal j del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, tema que también debe analizarse detenidamente a efectos de establecer la prosperidad de las pretensiones de la accionante.

También está pendiente por resolverse un asunto relacionado con la figura de la multiafiliación, toda vez que el señor Fabián Loaiza Sánchez aparece registrado en las bases de datos de Colfondos y Colpensiones como cotizante, para ello el Decreto 3995 de 2008 ha establecido los criterios según los cuales debe darse solución a ese tema de acuerdo a las cotizaciones efectuadas en cada uno de los regímenes, sin embargo, no existe en el encuadernado reporte de cotizaciones hechas por él, por lo que es posible que durante el tiempo en que estuvo afiliado y pensionado en Colfondos hubiera cotizado erróneamente a Colpensiones. De cualquier forma no se logra establecer en el dosier qué fue lo que en ese sentido ocurrió.

Todo lo dicho anteriormente permite ver que no se cumple la regla jurisprudencial expuesta en precedencia según la cual deberá verificarse: “*que el problema constitucional que se plantea aparezca probado de tal manera que para la verificación de la vulneración del derecho fundamental cuyo amparo se solicita, no se requiera ningún análisis de tipo legal, reglamentario o convencional, que exija del juez constitucional un ejercicio probatorio que supere sus facultades y competencias”.*

Ello por cuanto surge evidente que la circunstancia puesta en conocimiento del Juez constitucional se ha convertido en una especie de bola de nieve, con múltiples problemas jurídicos a resolver que requieren del análisis del juez natural, que es el ordinario laboral, quien deberá determinar qué norma corresponde aplicar o inaplicar, y cuál es el régimen en el que finalmente gozaría del beneficio de la sustitución pensional la señora María Alicia Hurtado de Loaiza.

Ello tiene su fundamento en que, como se dijo en párrafos anteriores, por regla general la acción de tutela no es la vía para que las personas obtengan el reconocimiento y pago de derechos prestacionales, ni acudir a esta suplantando o evadiendo medios judiciales existentes y ordinarios establecidos por el legislador, máxime cuando en el presente caso no existe prueba de esa urgencia y necesidad de que el juez constitucional se inmiscuya en asuntos que deben ser debatidos ante la justicia ordinaria dada la complejidad de los mismos, pues no se evidencia una situación de riesgo que demuestre la afectación a su mínimo vital, especialmente cuando puso en conocimiento que actualmente su hijo está sufragando sus gastos, y los de su otra hija, por lo que no encuentra la Colegiatura razón para que omita acudir ante el juez natural, ni hay nada que indique que para ella ser parte en un proceso ordinario laboral en contra de las entidades que aquí acciona, sea una carga inllevable y que por tanto no pueda esperar los resultados del mismo.

En ese orden de ideas, se hace palmario que lo que busca la parte accionante es saltarse el debido proceso para este tipo de asuntos, a pesar de que sabe que lo que debe hacer es acudir a la justicia ordinaria laboral a fin de que allí un juez especializado en temas laborales, al realizar el estudio exhaustivo y profundo de su situación defina si es viable o no acceder a la pensión de sobrevivientes compartida, en el régimen de prima media, toda vez que en el término perentorio de esta acción constitucional no es posible hacerse, y finalmente se tornaría en lo que ha llamado la recurrente, una imprecisa valoración probatoria.

Finalmente, en lo relacionado con las órdenes que se impartieron a la Chec, encuentra esta Corporación que las mismas resultaron imprecisas, pues lo que se evidenció es que el actuar de esa entidad ha sido diligente, y que si estamos ante la figura de la multiafiliación entre regímenes que son incompatibles entre sí, entrar a emitir órdenes a alguna de las accionadas, sin el estudio juicioso y extenso que ello requiere, podría resultar lesivo para el debido proceso de dichas entidades, al no estar completamente establecido en este punto quién es la llamada a cubrir esos pagos.

En conclusión, la presente acción resulta improcedente toda vez que existe otro mecanismo judicial al cual puede acudir la parte accionante para buscar allí la resolución del problema jurídico aquí planteado, razón por la cual la decisión de primera instancia se habrá de revocar.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala Dual de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** el fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas el 22 de mayo de 2017, y en su lugar **NEGAR POR IMPROCEDENTE** la acción de tutela instaurada por la señora **MARÍA ALICIA HURTADO DE LOAIZA.**

**SEGUNDO: NOTIFICAR** a las partes por el medio más expedito posible y remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

# CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**WILSON FREDY LÓPEZ**

Secretario

1. Corte Constitucional, sentencia T-177 de 2011, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-097 del 16 de febrero de 2006, MP: Alfredo Beltrán Sierra. [↑](#footnote-ref-2)