RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO 25 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA - ORAL

Bogotá D.C., trece (13) de julio de dos mil veintidós (2022).

PROCESO No.:	**11001-33-35-025-2022-00236-00**
ACCIONANTE:	**MARIA BERTILDE FLOREZ DE RIVERA**
ACCIONADO:	**FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS CESANTÍAS Y PENSIONES FONCEP**
ACCIÓN:	**TUTELA**

Procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia en la acción de tutela promovida a través de apoderado judicial por la señora **María Bertilde Flórez de Rivera** en contra del **Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y Pensiones FONCEP** por la presunta violación a los derechos fundamentales a la vida digna, salud, mínimo vital, seguridad social y debido proceso.

I. ANTECEDENTES

1.1. Soporte Fáctico de la Solicitud de Amparo

Del escrito de tutela se extraen los siguientes **HECHOS** relevantes:

Indicó la accionante, que el señor Julio Enrique Rivera Calderón, fue pensionado por la Caja de Previsión Social del Distrito por medio de resolución No. 319 de 28 de marzo de 1989, en la cual reconoció una pensión de invalidez con efectividad a partir del 21 de julio de 1988, y que falleció el 23 de agosto de 2020.

Manifestó que, contrajo matrimonio con el señor Rivera Calderón el 2 de febrero de 1957, el cual estaba vigente al momento del fallecimiento del causante y convivieron por más de 35 años hasta el año de 1993.

Señaló que, el 07 de octubre de 2021 aportó los documentos al FONCEP para el trámite de la pensión de sobrevivientes a la cual tiene derecho, resuelta a través de resolución No. SPE GDP 1608 de 29 de octubre de 2021, negando la pensión solicitada, indicando que no existió convivencia los últimos 5 años anteriores al fallecimiento con el causante, contra la misma interpuso recurso de reposición, el cual fue declarado improcedente a través de resolución No. GDP 1608 de 29 de octubre de 2021.

Informó que Mediante Resolución SPE -GDP N° 000215 del 28 de Febrero de 2022 se procedió a dejar en suspenso el 100% del valor de la pensión de sobrevivientes causada hasta tanto la jurisdicción ordinaria defina a quien corresponde el derecho a percibir la prestación en su calidad pretendida y/o en el porcentaje que corresponda; entre la señora MARIA BERTILDE FLOREZ DE RIVERA en su calidad de cónyuge sobreviviente y por otra, la señora BLANCA ISABEL RUIZ GONZALEZ en su calidad de compañera permanente sobreviviente, contra la resolución interpuso recurso de reposición, resuelto mediante resolución SPE GDP 541de 28 de abril de 2022 que la confirmo.

Señaló que, interpuso revocatoria directa contra la resolución No. SPE GDP 1608 de 29 de octubre de 2021, para que el derecho a la pensión de sobrevivientes fuera reconocida en debida forma la cual fue negada a través de resolución No. SPE GDP 422 de 07 de abril de 2022.

Finalmente sostiene que es sujeto de protección especial, teniendo en cuenta que es persona adulto mayor y adicional a ello cuenta con una condición especial de salud, por ello recurre a la acción de tutela como mecanismo transitorio para reclamar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando sea necesaria para evitar un perjuicio irremediable.

1.2. Pretensiones

La tutelante solicitó al Despacho acceder a las siguientes:

> *"1-Que el **FONDO DE PESTACIONES ECONOMICAS CESANTIAS Y PENSIONES FONCEP**, debe impartir reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor JULIO ENRIQUE RIVERA CALDERON (q.e.p.d.) quien en vida se identificó con la cédula de ciudadanía No. 2.851.172, en el porcentaje que corresponda; a la señora MARIA BERTILDE FLOREZ DE RIVERA identificada con la cédula de ciudadanía No. 20.276.675 en su calidad de cónyuge sobreviviente, tal como lo establece la Ley 797 de 2003, por ostentar con registro civil de matrimonio vigente."*

Aporta como pruebas:

- Cedula y cedula del Causante
- Registro Civil de Matrimonio
- Resolución No. SPE GDP 1608 de 29 de octubre de 2021
- Resolución No. SPE GDP 62 del 28 de enero de 2022
- Resolución No. SPE GDP 422 de 07 de abril de 2022
- Resolución No. SPE -GDP 541 de 28 de abril de 2022

- Historia Clínica

1.3. Trámite Procesal y Contestación de la Demanda de Tutela

La demanda de tutela fue admitida por este Despacho mediante auto de fecha cinco (5) de julio de dos mil veintidós (2022), en el que se ordenó notificar por el medio más expedito y eficaz, al representante legal de la Entidad accionada, a quien se le concedió el término de dos (2) días para que rindieran informe sobre los hechos y fundamentos de la acción, ejerciendo su derecho de defensa.

Notificada en debida forma la entidad accionada, y vencido el término concedido para su intervención, contestó la presente acción de tutela de la siguiente forma:

Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y Pensiones – FONCEP.

Allegó contestación el 7 de julio de 2022 vía correo electrónico, suscrita por el doctor Carlos Enrique Fierro Sequera jefe de la oficina asesora jurídica, quien manifiesta estar debidamente legitimado en la causa para emitir el correspondiente pronunciamiento.

Señalo que, la señora María Bertilde Flórez de Rivera en su condición de cónyuge supérstite solicitó al FONCEP mediante oficio con radicado ER-02610-202021022 – SId: 357515 de fecha 09 de octubre de 2020, el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente. El fondo en uso de la facultad otorgada por el artículo 53 de la Ley 100 de 1993, adelantó investigación administrativa, para verificar la convivencia de los últimos cinco años entre la señora María Bertilde Flórez y el señor Julio Enrique Rivera, investigación de campo No.051 de fecha 30 de octubre de 2020, en la que se pudo establecer que durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento del causante "*no existió convivencia bajo el mismo techo".*

Mencionó que, el Subdirector Técnico de Prestaciones Económicas de FONCEP, mediante Resolución SPE–GDPNo.001107 del 27 de noviembre de 2020, procedió a negar la solicitud de pensión de sobreviviente, decisión que fue recurrida por la accionante y confirmada por la Resolución SPE-GDP N° 001107 del 27 de noviembre de 2020.

Posteriormente mediante apoderado judicial la accionante el 21 de julio de 2021 solicito nuevamente el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, la cual fue negada por la resolución SPE-GDO N° 0001608 del 29 de octubre de 2021, decisión que fue apelada, recurso que fue declarado improcedente mediante Resolución SPE-GDP N°00062 del 28 de enero de 2022.

Indicó que, la señora Blanca Isabel Ruiz de González, en su condición de compañera permanente solicito a FONCEP el 19 de octubre de 2020, pensión de sobreviviente, por lo que la entidad a través de investigación de campo N° 051 del 27 de octubre de 2020, concluyo que durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento del causante *"si existió convivencia bajo el mismo techo", por lo anterior* el Subdirector Técnico de Prestaciones Económicas de FONCEP, mediante Resolución SPE–GDP No.00215 del 28 de febrero de 2022 resolvió*: "Dejar en suspenso el 100% del valor de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento del causante JULIO ENRIQUE RIVERA CALDERON (q.e.p.d.) quien en vida se identificó con la cédula de ciudadanía No. 2.851.172, hasta tanto la jurisdicción ordinaria defina a quien corresponde el derecho a percibir la prestación en su calidad pretendida y/o en el porcentaje que corresponda; entre la señora MARIA BERTILDE FLOREZ DE RIVERA identificada con la cédula de ciudadanía No.20.276.675 en su calidad de cónyuge sobreviviente y por otra, la señora BLANCA ISABEL RUIZ GONZALEZ identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.606.487en su calidad de compañera permanente sobreviviente".* Contra la anterior resolución la accionante interpuso presento recurso de reposición, el cual fue resuelto por la Resolución SPE-GDP N°00541 del 28 de abril de 2022.

Sostuvo que, el criterio jurisprudencial, el texto legal contenido en el artículo sexto de la ley 1204 de 2008, y a fin de evitar el reconocimiento de derechos privilegiando al primer cónyuge en detrimento de los demás contrayentes, es necesario que la determinación definitiva del beneficiario de mejor derecho a la pensión de sobrevivientes la efectúe el juez de la Jurisdicción Ordinaria.

Indicó que, la solicitud de la accionante versa sobre derechos de carácter ecónomo, lo cual debe ser resuelto por la Jurisdicción Ordinaria, razón por la cual la presente acción constitucional es improcedente, más si se evidencia que las decisiones administrativas proferidas por la Entidad mediante la cual se resolvió de fondo la solicitud de pensión de sobreviviente goza de total eficacia y legalidad, teniendo en cuenta que a la fecha no han sido anuladas por la Jurisdicción Ordinaria.

Finalmente señala que la accionante no demostró la existencia de un perjuicio irremediable y solicitó se declare improcedente la acción de tutela, toda vez que la entidad no ha desconocido los derechos fundamentales constitucionales de la parte actora.

Aporta como pruebas

- Investigación de campo No.051 de fecha 30 de octubre de 2020.
- Resolución SPE–GDP No.001107 del 27 de noviembre de 2020.
- Resolución SPE–GDP No.0001241 del 29 de diciembre de 2020.
- Resolución SPE-GDP No.0001608 del 29 de octubre de 2021.
- Resolución SPE–GDP No.00062 del 28 de enero de 2022.
- Investigación de campo No.051 de fecha 27 de octubre de 2020.

- Resolución SPE–GDP No.00215 del 28 de febrero de 2022.
- Resolución SPE-GDP No.00541 del 28 de abril de 2022.

II. CONSIDERACIONES

2.1. De la acción de tutela.

La acción de tutela, prevista en el Artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, como mecanismo preferente y sumario, fue concebida como una acción judicial subsidiaria, residual y autónoma, a disposición de los ciudadanos, mediante la cual pueden reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, la protección judicial inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de autoridades públicas y, excepcionalmente, de particulares.

El trámite de esta herramienta jurídica por medio de un procedimiento preferente y sumario supone su prevalencia frente a las demás acciones, y que el fallo que disponga la protección de derechos fundamentales sea de inmediato cumplimiento, empero, puede ser impugnado ante el superior, quien luego debe remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

A la par, se constituye como una acción subsidiaria y residual, de manera que se torna improcedente cuando existen otros mecanismos de defensa judicial a los que puede acudir el interesado para obtener la protección de sus derechos fundamentales. No obstante, a pesar de ello, en el evento de que se acredite la configuración de un perjuicio irremediable, la solicitud de amparo se hace procedente.

Así, aunque la acción de tutela ha sido puesta por la Constitución y la Ley a disposición de todas las personas, ese derecho de acción no es absoluto, en cuanto está limitado por las causales de improcedencia, como la anteriormente mencionada, y las previstas en el Artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, tales como: i) Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus; ii) Cuando se pretenda proteger derechos colectivos; iii) Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho y, iv) Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

Sin embargo, también la norma que creo la acción indica que la acción sólo 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.

2.2 Alcance del principio de subsidiariedad de la acción de tutela

La jurisprudencia constitucional, en armonía con lo dispuesto en los artículos 86 superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, da cuenta que la acción de tutela es un medio de defensa de carácter subsidiario para obtener la protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales, lo que impone su procedencia siempre y cuando en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para el amparo judicial de estos derechos.

Ello pone de presente la competencia subsidiaria y residual del juez de tutela para la protección de los derechos constitucionales. Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión puramente litigioso, desnaturalizándose su finalidad de protección subsidiaria de derechos fundamentales.

En este mismo sentido, cabe hacer alusión a la sentencia T-406 de 2005, en la que la Corte señaló:

> *"(…) 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 como 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 (…)."*

Así las cosas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, la tutela resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, tal regla general encuentra excepción 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; y ii) cuando se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

2.3. De la procedencia de la Acción de Tutela

La acción de tutela se encuentra concebida como un mecanismo ágil y sumario para la protección judicial de los derechos fundamentales (CP art. 86), la cual sólo está llamada a proceder cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial. Al respecto, la Corte Constitucional se pronunció en Sentencia T-347/2016 en los siguientes términos:

> *"Precisamente, a nivel normativo, el artículo 86 del Texto Superior establece que "[e]sta acción* ***solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial****". De igual forma, el Decreto 2591 de 1991, "por el cual se reglamenta la acción de tutela", dispone en el artículo 6 que la misma no procederá "cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales". Esto significa que, como mandato general, la acción de tutela no es procedente cuando quien la interpone cuenta con otra vía de defensa judicial para ventilar el asunto y lograr su protección."*

Así mismo, respecto de la subsidiariedad de la acción de tutela, la Corte Constitucional en Sentencia T- 076 de 2009, ha señalado reiteradamente que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, haciendo énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección.

> *"(...)* ***la acción de tutela no puede convertirse en un instrumento adicional o supletorio al cual se pueda acudir cuando se dejaron de ejercer los medios ordinarios de defensa dentro de la oportunidad legal, o cuando se ejercieron en forma extemporánea, o para tratar de obtener un pronunciamiento más rápido sin el agotamiento de las instancias ordinarias de la respectiva jurisdicción****. Su naturaleza, de conformidad con los artículos 86 de la Carta Política y 6º numeral 1º del Decreto 2591 de 1991, es la de ser un medio de defensa judicial subsidiario y residual* ***que sólo opera cuando no existe otro instrumento de protección judicial****, o cuando a pesar de existir, se invoca como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, de manera que no puede utilizarse para remplazar los procesos judiciales o administrativos, pues su finalidad no es otra que brindar a las personas una protección efectiva, real y eficaz, para la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales.* ***En consecuencia, riñe con la idea de admitirla a procesos administrativos o judiciales en curso o ya terminados, en cuanto unos y otros tienen mecanismos judiciales ordinarios para la protección de derechos de naturaleza constitucional o legal, que por lo tanto la hacen improcedente"***[1]*. Negrillas por el Despacho*

Así pues, la Corte Constitucional ha venido sosteniendo que la acción de tutela resulta improcedente cuando con ella se pretenden sustituir mecanismos ordinarios de defensa, que no fueron utilizados a su debido tiempo o simplemente no han sido utilizados.

Es así como se tiene entonces que, para determinar la procedencia excepcional de la tutela, con el fin de solicitar el cumplimiento de una orden judicial que establezca una obligación de dar, que la Corte Constitucional[2] exige los siguientes requisitos: *(i) que se compruebe la afectación de otros derechos fundamentales del accionante, y (ii) que los mecanismos judiciales ordinarios no sean eficaces o idóneos para el resguardo de los mismos.*

[1] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 076 de 2009.
2 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-454 de 2012

De acuerdo con la anterior pauta jurisprudencial, concluye este Despacho que es imperativo que quien depreca el amparo de un derecho constitucional fundamental, haya agotado todos los mecanismos de defensa judicial previstos en el ordenamiento jurídico. Aunado a lo anterior, la falta de diligencia, renuencia o el uso tardío de los medios ordinarios de defensa previstos en la normativa legal por parte del demandante, establece una causal válida para declarar la improcedencia de la acción constitucional frente al caso particular.

Así mismo, el ejercicio de la presente acción tampoco habilita al juez constitucional para sustituir los procedimientos ordinarios o interferir, a menos que exista un perjuicio irremediable, en la órbita de competencia de los demás operadores judiciales.

3. Caso Concreto

El caso que nos ocupa la accionante pretende a través de esta acción la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida digna, salud, y debido proceso, en consecuencia se ordene a la accionada a:

- Reconocimiento de la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento del señor Julio Enrique Rivera Calderón (q.e.p.d).

En este orden de ideas, una vez analizados los argumentos contenidos en la solicitud de amparo, resulta evidente que la controversia planteada podrá resolverse ante la jurisdicción pertinente ya sea la ordinaria o la contenciosa administrativa.

De acuerdo con lo anterior, en el caso bajo consideración, el ejercicio de la acción de tutela resulta improcedente, en razón a que dicho amparo se encuentra gobernado por el principio de subsidiariedad, según el cual esta no tiene cabida "*Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales…".*

Es decir, si los medios judiciales ordinarios pueden ser utilizados de manera eficaz, la acción de amparo no es procedente, pues la solicitante tiene a su disposición otro medio ordinario idóneo para la defensa judicial de sus derechos.

Así mismo, pese a que agotó debidamente el procedimiento administrativo ante el Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y Pensiones FONCEP para obtener el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, no allegó prueba de que haya iniciado algún proceso ante la jurisdicción competente tendiente a obtener este reconocimiento, por lo que no hay motivos determinados que puedan establecer que dicho mecanismo de defensa judicial no es idóneo y suficiente y que requiera la intervención del juez constitucional.

Igualmente, considera el despacho que las actuaciones realizadas y los actos expedidos por el FONCEP no constituyen una negativa arbitraria de la entidad, pues en efecto existe una verdadera controversia respecto a quien o en qué porcentaje se debe reconocer la pensión de sobreviviente del señor Julio Enrique Rivera Calderón (q.e.p.d), como quedó establecido en la resolución SPE-GDP N°000215 del 28 de febrero de 2022 que dispuso: *"ARTÍCULO PRIMERO: Dejar en suspenso el 100% del valor de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento del causante JULIO ENRIQUE RIVERA CALDERON(q.e.p.d.) quien en vida se identificó con la cédula de ciudadanía No. 2.851.172, hasta tanto la jurisdicción ordinaria defina a quien corresponde el derecho a percibir la prestación en su calidad pretendida y/o en el porcentaje que corresponda; entre la señora MARIA BERTILDE FLOREZ DE RIVERA identificada con la cédula de ciudadanía No.20.276.675 en su calidad de cónyuge sobreviviente y por otra, la señora BLANCA ISABEL RUIZ GONZALEZ identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.606.487en su calidad de compañera permanente sobreviviente, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa el presente acto administrativo."*

Luego, observa el juzgado que no fue allegada prueba alguna que determine que la falta de reconocimiento y pago de la prestación genera una afectación a los derechos fundamentales a la vida digna, salud y debido proceso de la accionante o de su núcleo familiar, pues no especifico alguna situación concreta de necesidad o afectación de sus derechos.

Contrario a lo anterior de las pruebas allegadas por la entidad accionada se establece que la señora María Bertilde Flórez de Rivera, se encuentra afiliada en el Sistema de Seguridad Social en Salud como beneficiaria de una de sus hijas, de lo cual se infiere que cuenta con una persona allegada que se encuentra en la posibilidad de asumir sus gastos mínimos vitales y de la que depende económicamente, en los términos del artículo 163 de la Ley 100 de 1993.

Por otra parte, cabe anotar que la acción de tutela en este caso tampoco procede como mecanismo transitorio dado que no se encuentra demostrado un perjuicio de naturaleza irremediable, pues si bien es cierto que con la demanda se allegó exámenes médicos de la accionante donde se aprecia el difícil estado de salud que padece, debe advertirse que se encuentra afiliada a la EPS COMPENSAR en calidad de beneficiaria, como se verificó en la página web de la Administradora De Los Recursos Del Sistema General De Seguridad Social En Salud – Adres y por lo tanto tiene garantizado el goce efectivo de su derecho fundamental en salud.

A partir de las anteriores consideraciones, encuentra este estrado judicial que la tutelante no acredito la ocurrencia de un perjuicio irremediable que se pretenda evitar, al menos de manera transitoria a través del mecanismo de amparo constitucional. Por lo tanto, en el presente asunto es viable concluir que la tutela

es improcedente lo anterior, porque desconoce el principio de subsidiariedad que gobierna este mecanismo excepcional, ya que la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para hacer efectiva la protección reclamada.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTICINCO (25) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. FALLA:

PRIMERO: **DECLÁRESE IMPROCEDENTE** la acción de tutela, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Comunicar a las partes por el medio más expedito la presente decisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: De no ser impugnada esta decisión, remítase a la H. Corte Constitucional para eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ANTONIO JOSÉ REYES MEDINA
Juez

CLM.

Firmado Por:
Antonio Jose Reyes Medina
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Sala 025 Contencioso Admsección 2
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e82637967ed95a261e7c4db242ad17ba7abd853910f2da069fff862d93cbd9a6**
Documento generado en 13/07/2022 04:10:32 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica