

Honorables

**MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL CAUCA – Reparto -
POPAYAN**

Ref.: Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: JOSE HOMER TOBAR FILIGRANA
Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA.

MANUEL SANTOS VIVEROS, mayor y de esta vecindad, abogado en ejercicio, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.480.091 expedida en López de Micay, Cauca, portador de la Tarjeta Profesional No. 98.186 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado especial del señor JOSE HOMER TOBAR FILIGRANA, igualmente mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.478.830 de Santander de Quilichao, Cauca, según consta en el poder que adjunto, por medio del presente escrito me permito presentar DEMANDA DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO en contra del DEPARTAMENTO DEL CAUCA, o a quien corresponda, para que previos los trámites legales del procedimiento administrativo general, me sean concedidas las pretensiones de esta demanda con fundamento en los siguientes:

HECHOS:

PRIMERO.- La señora GILMA HURTADO VIDAL, identificada con cédula de ciudadanía No. 25.266.440 laboró como docente nacionalizada por un período de 15 años, 5 meses y 13 días, en los siguientes períodos:

16 septiembre 1967 a 15 agosto 1969
16 septiembre 1969 a 28 febrero 1970
1º septiembre 1970 a 30 septiembre 1983.

SEGUNDO.- El señor JOSE HOMER TOBAR FILIGRANA estuvo casado con la señora GILMA HURTADO VIDAL, hasta el día de su muerte, acaecida el 11 de octubre de 1984, contaba con 40 años de edad, siendo ella quien con su trabajo proveía el sustento del hogar.

TERCERO.- La causante en el último año anterior a su fallecimiento cotizó más de 26 semanas a la CAJA DE PREVISION DEL CAUCA, del total de semanas cotizado a esta entidad así:

CUOTA PARTE	FECHA INICIO	FECHA TERMINO
Gobernación del Cauca	16/09/67	10/12/75
Min. Educación Nacional	11/12/75	30/09/83
Min. Educación Nacional	01/10/83	30/08/84

CUARTO.- El 18 DIC 2012 el señor JOSE HOMER TOBAR FILIGRANA, en calidad de cónyuge, radicó en la Oficina del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Secretaría de Educación Departamental del Cauca, solicitud de sustitución pensional, pensión post mortem por el deceso de la docente GILMA HURTADO VIDAL.

QUINTO.- Mediante oficio FPSM – RC 4444 del 24 OCT 2012 el Profesional Universitario del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio informa al señor TOBAR FILIGRANA sobre el estado de la prestación radicada bajo el número 2012-PENS-017551 del 03/10/2012 de la siguiente manera: **"...su expediente ha sido debidamente sustanciado y remitido el proyecto de acto administrativo de reconocimiento para el Vo.Bo. de la Entidad Fiduciaria La Previsora S.A.**

SEXTO.- A través de la resolución No. 1983 del 29/11/2012 la Secretaría de Educación Departamental del Cauca NIEGA al señor JOSE HOMER TOBAR FILIGRANA la solicitud de reconocimiento de una PENSION POST MORTEM causada por el fallecimiento de la docente GILMA HURTADO VIDAL.

SEPTIMO.- Nuevamente en comunicación del 15 de enero de 2013 el señor JOSE HOMER TOBAR FILIGRANA solicita al señor Gobernador del Departamento se sirva ordenar los trámites correspondientes para reconocimiento de pensión post mortem. Petición que fue resuelta desfavorablemente a través de la resolución No. No. 01404-05-2013 del 15 de mayo de 2013, aduciendo que no reúne los requisitos para acceder al derecho.

OCTAVO.- Contra la resolución No. 01404-05-2013 que negó el reconocimiento de la prestación, se interpusieron los recursos de reposición y alzada, los cuales fueron resueltos mediante las resoluciones Nos.: 09870 de 2013 el de reposición y 00803 de 2014 el de apelación, confirmando el contenido de la resolución recurrida.

Con fundamento en los hechos expuestos y previos los trámites del procedimiento administrativo general solicito las siguientes :

PRETENSIONES

1.-Declarar nulo el ARTICULO PRIMERO de la RESOLUCION No. 1983 del 29 NOV 2011 expedida por la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca por medio de la cual se niega la solicitud de reconocimiento de una PENSION POST MORTEM causada por el fallecimiento de la docente GILMA HURTADO VIDAL.

2.- Declarar nulo el ARTICULO PRIMERO de la Resolución No. 01404-05-2013 del 15 MAY 2013 expedida por la Gobernación del Departamento del Cauca la cual resuelve no acceder al reconocimiento de la prestación solicitada por el señor JOSE HOMER TOBAR FILIGRANA, en calidad de cónyuge de la señora GILMA HURTADO VIDAL , de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del acto administrativo.

3.- Declarar nulo el ARTICULO PRIMERO de la resolución No. 09870-10-20123 del 25 de octubre de 2013 por la cual se confirmó la decisión inicial establecida en la resolución No. 01404-05-2013.

4.- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordene al DEPARTAMENTO DEL CAUCA , o a quien corresponda, reconocer y pagar al señor JOSE HOMER TOBAR FILIGRANA , en calidad de cónyuge supérstite , la correspondiente pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su esposa GILMA HURTADO VIDAL .

5.- Que se ordene al DEPARTAMENTO DEL CAUCA , o a quien corresponda, pagar al demandante el retroactivo correspondiente a las mesadas dejadas de percibir y efectuar los reajustes automáticos de ley debidamente indexadas y reliquidadas conforme a las disposiciones vigentes.

6.- Que se ordene al DEPARTAMENTO DEL CAUCA , o a quien corresponda, incluir al señor JOSE HOMER TOBAR FILIGRANA en la nómina de pensionados por sobrevivencia.

7.- Que se ordene al DEPARTAMENTO DEL CAUCA , o a quien corresponda, cumplir el mandato de la sentencia dentro del término establecido por el artículo 176 del CPACA.

8.- En caso de incumplimiento en el pago oportuno de los valores adeudados al demandante, se condene a la demandada a liquidar y pagar intereses comerciales por los valores dejados de cancelar, de conformidad con lo señalado en el artículo 177 del CPACA , por detrimento en el patrimonio económico del pensionado. La condena respectiva será actualizada al tenor de lo previsto en el artículo 178 ibídem, aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha de la causación de la sustitución de pensión hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

DERECHOS FUNDAMENTALES

A.- DEBIDO PROCESO: Al omitirse dar aplicación a la normatividad que para el efecto gobierna la actuación administrativa de reconocimiento de pensión de sobrevivientes.

B.- MINIMO VITAL: Al dejar sin amparo al núcleo familiar de la fallecida.

C.- IGUALDAD: Al desmejorar las condiciones económicas que otorga la ley para liquidar la pensión de sobrevivientes.

D.- SEGURIDAD SOCIAL: Como un derecho irrenunciable que garantizará el Estado.

E.- VIDA DIGNA: El derecho a la vida en condiciones de dignidad en razón de su conexidad con la salud , emerge fundamental cuando su amenaza o vulneración representa peligro o daño al derecho a la vida.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO

Con la expedición de los actos administrativos nugatorios del derecho, se transgredieron disposiciones de rango superior, encaminados a proteger la vida, el derecho irrenunciable a la Seguridad Social y la dignidad humana como principio fundante del Estado de Derecho.

Son diversas las manifestaciones que han hecho las altas cortes en materia jurisprudencial y doctrinal sobre la dimensión constitucional de la pensión de sobrevivientes . La Corte Constitucional específicamente refiriéndose a esta figura ha sostenido que su propósito: " (...) es el de ofrecer un marco de protección a los familiares del afiliado o pensionado fallecido , frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte". " (...) concretamente, la pensión busca (evitar) que ocurrida la muerte de una persona , quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento.

Desde esta perspectiva ha dicho la Corporación: " La sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado o afiliado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria (...)".

De igual forma, en la sentencia C – 081 de 1999 la Corte trajo a colación la sentencia de julio 1 de 1993, del Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, al referirse al tema de la sustitución pensional: " (...) el espíritu que orienta las normas que la rigen , es la de proteger a la persona que en realidad prestó asistencia y compañía al pensionado hasta el momento de su fallecimiento. Además ha desarrollado la Corporación una serie de principios que definen el contenido constitucional de la pensión de sobrevivientes como prestación asistencial, así :

1.- Principio de Estabilidad Económica y Social para los allegados del causante: Desde esta perspectiva , ha dicho la Corte que la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar , en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria. Por ello la Ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartían con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades.

2.- Principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados: En el mismo sentido , la Corte ha concluido que la sustitución pensional busca impedir que sobrevinida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales del insuceso.

3.- Principio Material para la definición del beneficiario: En la sentencia C – 389 de 1996 la Corte concluyó que " (...) la legislación colombiana acoge un criterio material – esto es, la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quién es el beneficiario de la sustitución pensional (...) " .

Con base en todo lo anterior , y teniendo en cuenta que con la pensión de sobrevivientes se garantizan derechos constitucionales de carácter fundamental , para la Corte, las disposiciones destinadas a regular los aspectos relacionados con esta prestación asistencial, de ningún modo, podrán incluir expresa o implícitamente tratos discriminatorios que dificulten el acceso a esta, dada su especial dimensión constitucional.

LAS PERSONAS EN EL PROCESO Y SUS REPRESENTANTES

> Parte demandada: DEPARTAMENTO DEL CAUCA – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUPREVISORA S.A., o a quien corresponda.

> Parte demandante: JOSE HOMER TOBAR FILIGRANA , quien lo hace debidamente representado por su apoderado, conjugándose capacidad jurídica, procesal y de postulación.

> Interviniente: El señor AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO, con quien ha de surtir el trámite del proceso.

MEDIOS DE PRUEBA

Documentales allegadas:

- 1.-Copia de la solicitud de reconocimiento de pensión post mortem presentada ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio , Seccional Cauca, radicación No. 00030698 del 18 JUL 2012 por el señor JOSE HOMER TOBAR FILIGRANA.
- 2.- Informe estado de la prestación de fecha 24 OCT 2012 emitido por el Profesional Universitario del Fondo de Prestaciones del Magisterio Seccional Cauca.
- 3.- Copia de la resolución No. 1983 del 29/11/2012 por la cual se niega la solicitud de reconocimiento de una pensión post mortem.
- 4.- Copia de la solicitud de reconocimiento de pensión post mortem dirigida al señor Gobernador del Departamento del Cauca por el señor JOSE HOMER TOBAR FILIGRANA de fecha 15 ENE 2013.
- 5.- Copia de la Resolución No. 01404-05-2013 del 15 de MAY 2013 expedida por la Gobernación del Cauca por medio de la cual resuelve NEGAR la pensión de sobrevivientes al señor JOSE HOMER TOBAR FILIGRANA.
- 6.- Copia de la Resolución No. 09870-10-2013 del 25 de OCT 2013 expedida por la Gobernación del Departamento del Cauca por medio de la cual se confirma la decisión contenida en la resolución No. 01404-05-2013 del 15 de MAY 2013 .
- 7.- Copia de los recursos de reposición y alzada de fecha 28 de MAY 2013 interpuesto en su oportunidad a través de apoderado contra la Resolución No. 01404-05-2013 de mayo 2013.
- 8.- Copia de la resolución No. 09870-10-2013 por la cual se resuelve un recurso de reposición en el sentido de no reponer para revocar la resolución No. 04104 del 15 de mayo 2013 por la cual se negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor del señor JOSE HOMER TOBAR FILIGRANA.
- 9.- Copia de la resolución No. 00803 del 06 FEB 2014 por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación en el sentido de confirmar la resolución No. 09870 del 25 OCT 2013 .
- 10.- Copia del Registro Civil de Defunción de la causante.
- 11.- Copia del Registro Civil de Matrimonio.
- 12.- Copia del Registro Civil de Nacimiento de la causante.

ANEXOS

>Poder debidamente conferido al suscrito.

>Copias de la demanda con sus respectivos anexos para el archivo del Tribunal y traslados a la entidad demandada , al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

COMPETENCIA Y CUANTIA

Es usted , Honorable Magistrado, competente para conocer del asunto por la naturaleza del acto impugnado, el domicilio de la parte demandada, el lugar donde se prestó el servicio y la cuantía que se deriva de aquélla, al tenor del artículo 152, numeral 2 , del CPACA , por cuanto excede cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como se determinará en seguida:

Estimación razonada:

Hasta la fecha de presentación de esta demanda se pretende una pensión mensual de sobrevivientes equivalente al Grado Séptimo del Escalafón Nacional Docente Decreto 2277 de 1979 en el cual se encontraba la causante al momento de su fallecimiento equivalente a pesos de hoy en UN MILLON CIENTO OCHENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL PESOS (\$ 1.188.666) m/cte., y han transcurrido treinta y seis (36) meses durante los cuales se ha causado a favor del demandante la suma de CUARENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y UN MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$ 42.791.976) m/cte.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Si bien la Ley 1285 de 2009 extendió la Conciliación Prejudicial obligatoria a las acciones administrativas previstas en el CPACA, también es cierto que el legislador determinó “ **cuando los asuntos sean conciliables**”; así entonces , la demanda impetrada informa la pretensión de reconocimiento de pensión de sobrevivientes, asunto que no requiere agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad de este medio de control.

PENSION POST MORTEM- Régimen especial para docentes y régimen general de la Ley 100 de 1993/ PENSION DE SOBREVIVIENTES- Requisitos de semanas cotizadas en la Ley 100 de 1993 / DOCENTES- Pensión Postmortem- APLICACIÓN DE LA LEY MAS FAVORABLE.

El régimen especial que ampara a los beneficiarios de los docentes fallecidos previsto en el Decreto 224 de 1972, es cierto que consagra el derecho a la pensión post mortem solo cuando los profesores hubiesen laborado en planteles oficiales durante un período mínimo de 18 años continuos o discontinuos , caso en el cual se habilita para el cónyuge y los hijos menores, el derecho a una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo desempeñado por el docente al tiempo de su fallecimiento, sin el límite temporal que inicialmente se le dio a dicha prestación, por la derogatoria tácita que surgió al respecto con la expedición de la Ley 33 de 1973.

De esta manera , el legislador frente a la contingencia de muerte del afiliado consagró en los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993 el orden de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los requisitos que éstos deberían acreditar para acceder a ella y la cuantía correspondiente de acuerdo con el número de semanas cotizadas.

De acuerdo con la normatividad tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiese cumplido alguno de los

siguientes requisitos: a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis semanas al momento de la muerte. B) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

Así, de la lectura de los dos regímenes estudiados – norma especial y norma general respectivamente-, se observa que aunque las prestaciones allí consagradas comparten la misma naturaleza y previsión, existe una diferencia ostensible en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, pues mientras el Decreto 224 de 1972 establece un requisito bastante alto como lo es exigir la prestación del servicio del docente por más de 18 años, la Ley 100 de 1993 resulta más beneficiosa al requerirse para su obtención tan solo 26 semanas de cotización.

En este caso , la aplicación preferente del régimen especial contenido en el artículo 7º del Decreto 224 de 1972 sobre el régimen general de la Ley 100 de 1993 que consagra como principios rectores precisamente la universalidad y la solidaridad, conllevaría a una afectación que no se compadece con los dictados de justicia, ni con los criterios de equidad que deben inspirar al Juez en la interpretación de las normas laborales , las cuales en este caso se encuentran encaminadas dentro del marco constitucional vigente a mitigar los efectos de la viudez o la orfandad y fundamentalmente al amparo del grupo familiar inmediato del trabajador afiliado fallecido.

PENSION POST MORTEM- Aplicación de los principios de favorabilidad e igualdad en docentes.

Se tiene que el tiempo de servicios que ostenta la causante , corresponde a 15 años, 5 meses y 13 días , equivalente a más de 700 semanas de cotización , que sin duda alguna y al abrigo del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, le otorga el derecho al beneficiario , cónyuge supérstite , de percibir la pensión de sobrevivientes allí consagrada, en la cuantía correspondiente de conformidad con el artículo 48 ibídem.

En efecto, encontrándose probada la calidad de esposo del señor JOSE HOMER TOBAR FILIGRANA, tiene derecho a la prestación deprecada.

Dice el Consejo de Estado al respecto, que el derecho a la sustitución pensional o en este caso a la pensión de sobrevivientes, surge para los beneficiarios del pensionado o afiliado fallecido a partir del momento de su deceso , independientemente de la fecha en que se reclame o se eleve la solicitud de reconocimiento ante la Administración, con observancia desde luego del fenómeno prescriptivo cuando a ello haya lugar.

En esta dirección por lo tanto, se reitera declarar la nulidad de los actos acusados con el consecuente restablecimiento del derecho, consistente en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor del demandante a partir del día siguiente al fallecimiento de su cónyuge.

SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO FRENTE AL TEMA DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES

>Sección Segunda , Subsección "A" C. P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN Rad. No. 63001-23-31-000-2002-00963-01(2218-07) Actor: CESAR AUGUSTO JIMENEZ MEJIA.

>Sección Segunda , Subsección "B" C. P. ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO , Rad. No. 25000-23-25-000-2004-07471-01 (229-06) Actor: YANETH TRUJILLO ZULUAGA , Demandado : Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

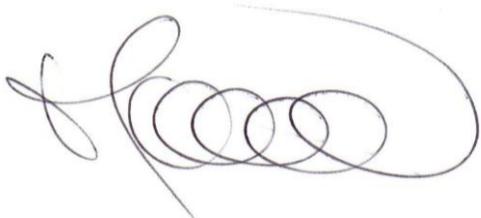
NOTIFICACIONES

DEMANDANTE: Calle 7 No. 6 – 13 Santa Anita Primera Etapa , Santander de Quilichao – Cauca, Cel. 3136570598.

DEMANDADO: Calle 4 Cra. 7 Esquina - Edificio Gobernación , Popayán , Tel. 8243588.

APODERADO DEL DEMANDANTE: Calle 13 A No. 1 E – 25 Urb. Las Ferias , Popayán, Tel. 8224690 Cel. 310 396 81 56. E-mail: manuelsantosviveros@hotmail.com

Del Honorable Magistrado,
Atentamente,

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and curves, likely representing the name Manuel Santos Viveros.

MANUEL SANTOS VIVEROS

C.C: No. 1. 480. 091 López de Micay ©
T.P. No. 98.186 CSJ