



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A
CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., cinco (5) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

Radicado: 66001-23-33-000-2013-00008-01
Accionante: MARÍA FABIOLA OSORIO ALARCÓN
Accionado: NACIÓN COLOMBIANA-MINISTERIO DE EDUCACIÓN
NACIONAL – FONPREMAG
Interno: 4263-2013
Asunto: Fallo ordinario – Pensión de sobreviviente

La Sección Segunda –Subsección A – de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 4 de septiembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que accedió a las pretensiones de sobrevivencia o sustitución pensional de la demandante **MARÍA FABIOLA OSORIO ALARCÓN**, condenando al pago de las mesadas pensionales causadas a partir noviembre de 2010 y al pago de las costas como parte vencida en el juicio.

Antecedentes.

La señora **MARÍA FABIOLA OSORIO ALARCÓN** convivió por más de quince años como compañera permanente con la señora **EVELIA RAMÍREZ RESTREPO**, hasta el fallecimiento de la última de las mencionadas, el 14 de noviembre de 2010, momento para el cual tenía la condición de pensionada por reconocimiento hecho en su favor mediante la Resolución 00290 del 4 de mayo de 2005 expedida por “EL REPRESENTANTE DEL MINISTRO DE EDUCACIÓN NACIONAL EN EL DEPARTAMENTO DE RISARALDA, en nombre y representación de la Nación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

Con demanda presentada el 03 de febrero de 2011¹ y en la condición mencionada, solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional que le fue negada mediante la Resolución No. 161 del 18 de abril de 2012, contra la cual interpuso recurso de reposición

¹ Folio 4 del expediente.

que fue rechazado tomando en cuenta que quien lo interpuso no acreditó el mandato necesario para representar a la interesada.²

La demanda.³

1º.- La demandante pretende la nulidad de la Resolución No.161 del 18 de abril de 2012, expedida por «EL SECRETARIO DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE PEREIRA, en nombre y representación de la Entidad Territorial - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio», que denegó la pensión de sobrevivientes a la actora por estimar que no existe en Colombia norma legal o de sentencia de unificación para reconocer la prestación a personas del mismo sexo.

2º.- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, pidió que se le reconozca la calidad de compañera permanente con la pensionada fallecida, y que se condene a la demandada al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, a partir del 14 de noviembre de 2010, fecha de su fallecimiento.

Los hechos.

Se mencionan los supuestos fácticos a folios 32 y 33 del expediente, los cuales se sintetizan de la siguiente manera:

1). Las señoras **EVELIA RAMÍREZ RESTREPO** (q.e.p.d.) y **MARÍA FABIOLA OSORIO ALARCÓN** convivieron como compañeras permanentes por más de quince años.

2.) Durante el tiempo de la convivencia, la señora **EVELIA RAMIREZ RESTREPO** obtuvo el reconocimiento de la pensión, que recibió hasta la fecha de su deceso, el 14 de noviembre de 2010.

3). La pensión de jubilación le fue reconocida con la Resolución 00290 del 4 de mayo de 2005, expedida por “EL REPRESENTANTE DEL MINISTRO DE EDUCACIÓN NACIONAL EN EL DEPARTAMENTO DE RISARALDA, en nombre y representación de la Nación Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

² Folio 5 del expediente.

³ Folios 30 a 46 del expediente, presentada el 27 de noviembre de 2012.

Radicación 66001-23-33-000-2013-00008-01
Accionante: MARÍA FABIOLA OSORIO ALARCÓN
Accionado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
Referencia: 4263-2013

4). Con fundamento en la relación de convivencia mencionada, la señora **MARÍA FABIOLA OSORIO ALARCÓN** solicitó la sustitución de la pensión que le fue negada con la Resolución No. 161 del 18 de abril de 2012, por tener el mismo sexo de la jubilada fallecida, atendiendo las consideraciones contenidas en un estudio elaborado por una "entidad fiduciaria", según las cuales la sustitución pensional entre personas del mismo sexo carece de fundamento jurídico, dado que no está contemplada en la ley ni ha sido considerada y aceptada por la jurisprudencia de unificación.

5). Contra esa decisión se interpuso recurso de reposición que fue rechazado porque la persona que lo presentó dijo actuar en nombre de la interesada pero no acreditó la fuente de representación con documento alguno.

Normas violadas y concepto de violación. Se citan como transgredidos los artículos 4, 13, 25, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, y como fuentes legales los artículos 1.º y 3.º de la Ley 33 de 1973, 1.º y 5.º de la Ley 12 de 1975, 2.º y 3.º de la Ley 44 de 1980, 1.º y 2.º de la Ley 113 de 1985, 3.º de la Ley 71 de 1988, 81 de la Ley 812 de 2003, 13 de la Ley 797 de 2003, las leyes 860 de 2003, 54 de 1990 y 979 de 2005.

No todas las disposiciones normativas enunciadas anteriormente son objeto de análisis en el concepto de violación, como se observará a continuación.

Inicialmente la demanda referencia las normas constitucionales, el contenido de la constitución, el derecho a la igualdad, el concepto de trabajo como derecho y obligación social, los fundamentos de la seguridad social, el mandato sobre el estatuto del trabajo que incorpora al derecho interno los convenios internacionales sobre esta materia laboral, y los principios de irretroactividad de la ley. Igualmente, afirma el carácter incontrovertible de los conceptos que regula el legislador sobre la equidad, la utilidad pública o el interés general, que aplica a la necesidad de la pensión como fuente de una vida digna.

A continuación, transcribe las disposiciones legales citadas anteriormente, además del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y su modificación por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, sobre el requisito de convivencia marital con el causante durante dos años, junto a la sentencia de constitucionalidad C-1176 de 2011, que declaró inexecutable la exigencia de que fuere *con anterioridad a su muerte*.

Radicación 66001-23-33-000-2013-00008-01
Accionante: MARÍA FABIOLA OSORIO ALARCÓN
Accionado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
Referencia: 4263-2013

Luego de analizar muy sintéticamente algunos apartes de las normas, acude a algunos argumentos jurisprudenciales contenidos en las sentencias C-075 de 2007 y C-557 de 2011, con las que la Corte Constitucional precisó las bases sobre las cuales las parejas del mismo sexo tienen derecho a sustituirse mutuamente en la pensión, y los expuestos en el fallo de tutela T-717 de 2011, que advirtió que no existe una tarifa legal para demostrar la unión marital de hecho para las parejas del mismo sexo, unión de hecho comprendida en el concepto *cónyuge* empleada por nuestro ordenamiento positivo.

Contestación de la demanda.

En la contestación de la demanda, el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señaló que no existe norma que autorice el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a personas del mismo sexo, las que corresponden a la Ley 91 de 1989 y los Decretos 196 de 1995, 1848 de 1969 y 1160 de 1989. Agregó que el estudio y el acto de reconocimiento de la pensión es de competencia de la respectiva Secretaría de Educación a la cual presta servicios el docente.

Excepciones.

Propuso como excepciones de mérito las de (i) caducidad de la acción porque al tratarse de negativa al reconocimiento debió presentar la demanda dentro de los 4 meses siguientes *a partir del agotamiento de la vía gubernativa*, la de (ii) prescripción de tres años, anteriores a la solicitud del reconocimiento de pensión de sobrevivientes, la de (iii) inexistencia de la obligación, como se sustentó en el acto administrativo sobre la base legal invocada y la de (vi) falta de legitimidad por la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La sentencia de primera instancia.

El A-quo desestimó la excepción de falta de legitimación por pasiva que propuso la Nación y accedió a las súplicas de la demanda.

Advierte el Tribunal que el fundamento para expedir el acto administrativo es el Decreto 2831 de 2005 que consagra la facultad para los entes territoriales certificados de suscribir, previa cierta actuación administrativa, para cancelar su obligación el Fondo de

Radicación 66001-23-33-000-2013-00008-01
Accionante: MARÍA FABIOLA OSORIO ALARCÓN
Accionado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
Referencia: 4263-2013

Prestaciones, es decir, la Nación, no existiendo duda sobre en quién recae la legitimación por pasiva, esto es, a la demandada en este caso.

En cuanto a la pensión solicitada, el Tribunal consideró que la demandante sí tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en atención a lo considerado y resuelto en las sentencias de constitucionalidad y de tutela mencionadas, en las que se definió que ese derecho corresponde tanto a personas de diferente sexo como a quienes conviven teniendo el mismo sexo, convivencia demostrada en unión libre por más de treinta años de las señoras Evelia Ramírez Restrepo y la demandante María Fabiola Osorio Alarcón.

Finalmente, sin pronunciarse sobre la excepción de prescripción, condenó en costas a la entidad demandada, por ser la vencida en el juicio.

Trámite procesal.

- El Juzgado Cuarto Administrativo de Pereira, el 12 de diciembre de 2012 se declaró incompetente, por razón de la cuantía, y remitió la demanda al Tribunal Administrativo de Risaralda (fls. 51 y 51).
- El Tribunal Administrativo de Risaralda, inadmitió la demanda que estaba dirigida contra el municipio de Pereira, por extrañar el requisito del concepto de violación de las normas y por no demandar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 57 y 58).
- La parte demandante hizo la corrección y subsanó la demanda, tal como se había ordenado, demandando a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y agregando el concepto de violación de las normas previamente indicadas como vulneradas (fls. 60 a 68).
- Mediante auto de 14 de febrero de 2013 se admitió la demanda, reconoció personería a la apoderada, ordenó los traslados de ley y requirió a la demandada para entregar como prueba el expediente administrativo correspondiente (fls. 74 y 75).

Radicación 66001-23-33-000-2013-00008-01
Accionante: MARÍA FABIOLA OSORIO ALARCÓN
Accionado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
Referencia: 4263-2013

- Mediante escrito presentado el 15 de mayo de 2013 (fls. 106 y 107), la demandada dio contestación a la demanda, se opuso a las pretensiones de ella y alegó como excepciones la caducidad, la prescripción trienal de las mesadas pensionales, la inexistencia de la obligación y la falta de legitimación por pasiva.
- Se corrió traslado de las excepciones y la parte demandante presentó escrito de oposición a las mismas (fls. 112 a 116).
- El magistrado conductor del proceso en el Tribunal Administrativo de Risaralda, con providencia de 20 de junio de 2013, citó a las partes a la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, para el 11 de julio de 2013. (fl. 119).
- En desarrollo de la audiencia inicial (fls. 123 a 126) se evacuó la etapa de saneamiento del proceso, se decidió la excepción previa de caducidad, se manifestó sobre la inoportunidad para resolver la excepción de prescripción trienal de las mesadas pensionales, que dejó para decidir en la sentencia, se fijó el litigio, consistente en determinar si la demandante tenía derecho a que se reconozca la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente de la señora Evelia Ramírez Restrepo y decretó pruebas testimoniales que fueron practicadas en su oportunidad (fls. 128 a 131 y CD a fl. 132).
- Durante el plazo de ley, concedido para presentar los alegatos de conclusión, la parte demandante se pronunció, mientras la demandada y el Ministerio Público guardaron silencio. Una vez cumplido lo anterior, la Sala tomó la decisión de primera instancia.

El recurso.

La entidad demandada interpuso recurso de apelación contra el proveído que puso fin al litigio en la primera instancia (fl. 161). Manifestó su inconformidad diciendo que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos de exigibilidad (Ley 91/89 y art. 2.º del Decreto 3752 de 2003) y sobre la base de las cotizaciones acreditadas (art. 3.º del Decreto 3752 de 2003).

Radicación 66001-23-33-000-2013-00008-01
Accionante: MARÍA FABIOLA OSORIO ALARCÓN
Accionado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
Referencia: 4263-2013

Igualmente señala que al momento de su fallecimiento, a los docentes afiliados al **FONPREMAG** se les aplica la Ley 91/89 y los Decretos 1848 de 1969 y 1160 de 1989, que reconocen la pensión *post mortem* a los beneficiarios del docente que haya cumplido 20 años o más de servicios.

También expresa que en este caso la docente es nacionalizada y por ello no procede el reconocimiento de pensión de sobrevivientes por no estar previsto en las normas que le son aplicables, es decir, las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Alegatos de conclusión.

Las partes y el agente del Ministerio Público guardaron silencio.

Procede la Sala a decidir el litigio, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Antes de asumir el estudio del problema de fondo, es necesario verificar que no exista causal de nulidad que invalide lo actuado, pues esta sala advierte dos irregularidades que se analizarán a continuación, una sobre la condición del apoderado de la demandada y otra sobre la falta de decisión de la excepción previa de falta de legitimación por pasiva en la audiencia inicial.

La condición de abogado inscrito.

Para aceptar que alguien actúe en representación⁴ de otra persona, es necesario encontrarse facultado por ley o por convenio, y si se trata de la representación en trámite judicial, esta debe realizarse por medio de un abogado inscrito, lo que no aparece en los documentos recibidos en secretaría, toda vez que el poder otorgado y el escrito de contestación a la demanda en nombre de la Nación, fueron entregados al Tribunal por persona distinta.

⁴ Art. 1505 del C. C.

No obstante, esta Sala hizo verificación en la página web del Consejo Superior de la Judicatura, en donde encontró el número de la tarjeta profesional señalado en los escritos en mención, como asignada al apoderado a quien el Tribunal Administrativo de Risaralda reconoció personería, con lo cual ningún efecto ilegítimo produjo tal omisión, lo que unido al silencio de la parte accionante, lo constituye en un yerro inane.

La excepción de falta de legitimación por pasiva.

Está prevista, en el numeral 6° del artículo 180 del CPACA, la falta de legitimación por pasiva como un motivo de excepción previa para ser resuelta dentro de la audiencia inicial, pese a lo cual no hubo pronunciamiento sobre ese aspecto procesal. El *a quo* decidió la excepción en la sentencia, la misma que es objeto de impugnación por razones completamente diferentes.

Como la irregularidad no afectó interés de la parte interesada, como quiera que se le decidió en providencia contra la cual no se expresó inconformidad en ese aspecto, no se detendrá la Sala sobre el particular, y se limitará a señalar que comparte el juicio realizado por el *a quo*, que a su vez se ciñe estrictamente a los lineamientos constitucionales y legales sobre los conceptos de descentralización, desconcentración y delegación.⁵

Finalmente, sobre las dos irregularidades analizadas, se resalta que ni las partes ni la agencia del Ministerio Público las advirtieron, debiendo tenerse por saneadas, desde el momento en que se guarda silencio y se avanza a una nueva etapa del proceso, conforme se prevé en los artículos 207 del CPACA y 132 del CGP.

Dilucidado lo anterior, como no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir de fondo el litigio, como aparece:

Problema Jurídico.

Deberá la Sala determinar si erró el Tribunal Administrativo de Risaralda al reconocer pensión de sobrevivientes a la demandante, en calidad de compañera permanente de la fallecida docente EVELIA RAMÍREZ RESTREPO, por tratarse de una comunidad marital del mismo sexo.

⁵ Sobre el particular ver entre otras las sentencias C-372 de 2002, C-561 de 1999, C-496 de 1998.

Radicación 66001-23-33-000-2013-00008-01
Accionante: MARÍA FABIOLA OSORIO ALARCÓN
Accionado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
Referencia: 4263-2013

Se señala por la Sala como problema jurídico el indicado, al encontrar que la parte recurrente no centra los argumentos de su inconformidad con el debate jurídico planteado en la decisión del *a quo*, que motivó su decisión en la identidad del sexo de la demandante y de la docente pensionada fallecida, en tanto que el recurso de apelación se refiere a generalidades sobre el incumplimiento de los requisitos legales sin expresar verdaderas razones de impugnación sobre lo decidido y los fundamentos expuestos para resolverlo, que son razones suficientes para que la Sala fije el litigio y concentre el debate en los fundamentos aquí esgrimidos.

El acto Acusado.

Se trata de la Resolución No. 161 de 18 de abril de 2012, expedida por «EL SECRETARIO DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE PEREIRA, en nombre y representación de la Entidad Territorial - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio», que negó la petición de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes presentada por la demandante el 3 de febrero de 2011 (fl. 4).

En cuanto a la resolución que rechazó el recurso de reposición, que no era de forzosa interposición, carece de efecto sobre el derecho deprecado, además de que no se expresó concepto de violación alguno, por lo que la Sala confirmará la providencia de primera instancia en este aspecto.

De lo probado en el proceso.

1) A folios 9 y 10 del expediente obra copia de la Resolución 290 de mayo 4 de 2002, por medio de la cual le reconoce pensión de jubilación vitalicia a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a la señora Evelia Ramírez Restrepo, en calidad de docente nacionalizada, en la que se citan como fundamento legal las Leyes 6 de 1965, 33 de 1985, 71 de 1988 y 91 de 1989.

2) A folio 8 obra la copia del registro civil de fallecimiento de la señora Evelia Ramírez Restrepo el 14 de noviembre de 2010.

Radicación 66001-23-33-000-2013-00008-01
Accionante: MARÍA FABIOLA OSORIO ALARCÓN
Accionado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
Referencia: 4263-2013

3) Consta a folio 4 la solicitud de pensión de sobrevivientes presentada por la demandante el 3 de febrero de 2011.

4) Se aportó la Resolución 161 de abril 18 de 2012 (fls. 4, 102 y 103) que resolvió negativamente la solicitud, y se señala que solo es susceptible del recurso de reposición.

5) Se presentó recurso de reposición, que fue rechazado con la Resolución 1928 de mayo 29/12, por falta de prueba sobre el mandato para ejercer la representación (fl. 5 y 104).

6) En la audiencia de pruebas (fls. 128 a 131 y CD a fl. 132), se recibieron los testimonios de Bertha Ramírez Restrepo y Santiago Quintero Salazar, quienes, por conocer a las señoras EVELIA RAMÍREZ R. y MARÍA FABIOLA OSORIO A., vertieron sus declaraciones concordantes, precisas e informadas, acreditaron los hechos relevantes para dirimir el litigio, consistentes en la convivencia de estas señoras a partir del año 1978, sin interrupción, hasta el deceso de la primera de ellas, comprendiendo la etapa de su enfermedad y el fallecimiento, explicando que la señora demandante se dedicaba a las labores propias del hogar y dependía económicamente de su compañera Evelia Ramírez Restrepo.

Análisis de la Sala.

Invocando lo previsto por las Leyes 962 de 2005, 91 de 1989 y por el Decreto 2831 de 2005, la Resolución 161 de 2012, aquí demandada, estima que se hace necesario negar la solicitud de sustitución pensional por la siguiente razón, que fundamenta lo decidido:

«Que la entidad fiduciaria mediante HOJA DE REVISIÓN con fecha de estudio 25-01-2012 e identificador No. 1039247 señaló: "Se revisó el caso en concreto, no existiendo norma que autorice el reconocimiento de esta prestación a parejas del mismo sexo. De otra parte es necesario aclarar que si bien es cierto existen sentencias para casos particulares sobre el tema en mención, también es cierto que no existe jurisprudencia unificada al respecto, razón por la cual la corte constitucional fijó plazo de un (1) año al Congreso de la República para que se pronuncie o legisle sobre este tema».

Según lo expresado, esta fue la única razón para negar la *sustitución pensional* solicitada, hoy pensión de sobrevivencia, consistente en que la pareja que sostuvo la convivencia estuvo conformada por personas del mismo sexo.

Siendo este tema trascendente para la vida nacional por implicar unos aspectos sociales, culturales, personales y económicos alrededor de derechos fundamentales de las personas, la Sala estima necesario plantear sus consideraciones dentro del marco del ordenamiento internacional.

Control de convencionalidad.

El control de convencionalidad se creó en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos con el propósito de contar con un instrumento efectivo para la defensa de los derechos y los principios democráticos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos, a los que resultan sujetas todas las autoridades de los estados que la ratifican, incluidos los jueces en cumplimiento del mandato constitucional de sometimiento al imperio de la Constitución y de la ley.

La Constitución Política colombiana estableció la integración de las normas sobre derechos fundamentales que pacte nuestro Estado y se ratifiquen por ley a su texto como derecho interno, conformando un todo conocido como **bloque de constitucionalidad**. En efecto, se ha afirmado:

«La interrelación de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos y los tribunales nacionales es lo que se ha venido a denominar control de convencionalidad, surgido a partir del aporte de la jurisprudencia interamericana, e "implica valorar los actos de la autoridad interna a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos, expresado en tratados o convenciones", aunque no ha logrado llegar a la "periferia" del derecho: los jueces de menor jerarquía.

El control de convencionalidad puede darse a nivel tanto internacional como interno y, cuando se utiliza bien, contribuye a que las fuentes internas e internacionales del derecho vigente en cada Estado puedan aplicarse por todas las autoridades de manera ordenada, lógica, armónica y coherente. Así, entonces, la premisa del control de convencionalidad "reside en la idea -que rige el comportamiento del Estado parte en un tratado internacional- de que la norma de este carácter obliga al Estado en su conjunto. Es éste, y no sólo algunos órganos o agentes, quien asume los compromisos y los deberes de carácter internacional. Así las cosas, ningún sector del Estado -nacional o regional, federal o local- podría sustraerse al cumplimiento de esos deberes; en consecuencia, los tribunales internos deberían analizar la observancia de aquéllos y ajustar sus decisiones a estos imperativos. De ahí que ejerzan un control de convencionalidad que se extiende tanto a la actuación de órganos no jurisdiccionales como a la de órganos

Radicación 66001-23-33-000-2013-00008-01
Accionante: MARÍA FABIOLA OSORIO ALARCÓN
Accionado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
Referencia: 4263-2013

jurisdiccionales, cuando esta actuación queda sujeta a revisión por parte del tribunal que ejerce el control».⁶

En el ámbito del bloque de constitucionalidad, en el derecho colombiano, se encuentran incorporadas las normas sobre derechos fundamentales y desde esa perspectiva la Sala encuentra que esa decisión de la administración es lesiva de algunos de esos derechos, como se dispuso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso similar al que se resuelve aquí, como lo hizo con la sentencia de 26 de febrero de 2016⁷, de Ángel Alberto Duque contra el Estado colombiano.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció en esa ocasión la violación al derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación en perjuicio de Ángel Alberto Duque *por no haberle permitido acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia, luego de la defunción de su pareja*, con base en la normatividad que consagraba el derecho para los cónyuges o compañeros pero de diferente sexo. En ella recordó que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual y explica que el Estado reconoció la existencia de ese hecho ilícito internacional pero que lo había superado con la expedición de la sentencia de la Corte Constitucional C-366 de 16 de abril de 2008 que ha tenido aplicación concreta.

Efectivamente, en la sentencia de constitucionalidad C-366 de 2008, la Corte Constitucional colombiana analizó el tema, revisó las reglas que limitan la potestad de configuración del legislador y el efecto económico de la extensión del derecho a las parejas del mismo sexo, justificando su decisión así:

«Como consecuencia lógica del respeto por la dignidad de la persona se encuentra el de libre desarrollo de la personalidad, cuyo núcleo esencial protege la libertad general de acción, involucrando el derecho a la propia imagen y la libertad sexual, entre otras manifestaciones de la personalidad merecedoras de protección. ...

Así, para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras

⁶ TEORÍA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, artículo publicado por la Universidad de la Sabana, en versión On-line sobre Estudios constitucionales, vol. 14 no. 1, julio 2106, OLANO GARCÍA Hernán Alejandro.

⁷ Su resumen fue publicado en la prensa colombiana, ver El Espectador del domingo 18 de diciembre de 2016.

Radicación 66001-23-33-000-2013-00008-01
Accionante: MARÍA FABIOLA OSORIO ALARCÓN
Accionado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
Referencia: 4263-2013

personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado.

La pensión de sobrevivientes, antes denominado derecho a la sustitución pensional, ha sido definida como una de las expresiones del derecho a la seguridad social siendo una prestación que se genera a favor de las personas que dependían económicamente de otra que fallece, y corresponde a una garantía propia del sistema de seguridad social fundada en varios principios constitucionales, entre ellos el de solidaridad que lleva a brindar estabilidad económica y social a los allegados al causante; el de reciprocidad, por cuanto de esta manera el legislador reconoce en favor de ciertas personas una prestación derivada de la relación afectiva, personal y de apoyo que mantuvieron con el causante; y el de universalidad del servicio público de la seguridad social, toda vez que con la pensión de sobrevivientes se amplía la órbita de protección a favor de quienes probablemente estarán en incapacidad de mantener las condiciones de vida que llevaban antes del fallecimiento del causante. Asimismo, es uno de los mecanismos establecidos por el legislador para realizar los derechos de previsión social; su finalidad es la de crear un marco de protección para las personas que dependían afectiva y económicamente del causante, permitiendo que puedan atender las necesidades propias de su subsistencia y hacer frente a las contingencias derivadas de la muerte del pensionado o afiliado.

(...)

A la luz de las disposiciones superiores, no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales.

Con el fin de remover el trato discriminatorio hacia las parejas homosexuales en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género.»⁸

Concluye la Corte que, al ser extensivos los efectos de las normas sobre la pensión de sobrevivientes a las parejas integradas con personas, compañeros o compañeras del mismo sexo, a los (as) interesados (as) les corresponde acreditar su condición de pareja, que permite predicar la existencia de una relación afectiva y económica responsable, en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales.

⁸ La sentencia C-336 de 16 de abril de 2008 resolvió Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º (parcial) de la ley 54 de 1990; 47 (parcial), 74 (parcial) y 163 (parcial) de la ley 100 de 1993. Actor: Rodrigo Uprimy Yepes y Otros, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Radicación 66001-23-33-000-2013-00008-01
Accionante: MARÍA FABIOLA OSORIO ALARCÓN
Accionado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
Referencia: 4263-2013

Dijo la Corte Constitucional, en la sentencia C-521 de 2007 que «La condición de compañero (a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto; por lo tanto, el fraude o la ausencia de veracidad en las afirmaciones hechas durante esta diligencia acarrearán las consecuencias previstas en la legislación penal y en el resto del ordenamiento jurídico.»⁹

Y más recientemente, en la sentencia T-357 de 2013, para evitar la obstrucción del derecho por exigencias inapropiadas, señaló que las «Autoridades administrativas, judiciales y Administradoras de Fondos de Pensiones no podrán negar reconocimiento con base en trabas injustificadas.»¹⁰ La Corte Constitucional reiteró:

«Por lo tanto, los procesos administrativos se deben cumplir atendiendo los requerimientos de agilidad, rapidez y flexibilidad, con el fin de garantizar una eficaz y oportuna realización de la función pública cumpliendo estrictamente con el respeto por los derechos de la personas sin distinción de su orientación sexual.

(...)

Es razonable exigirles a las parejas del mismo sexo un **medio probatorio** igual a las parejas heterosexuales, las cuales disponen de **cinco alternativas** para ello en el caso de la adjudicación de efectos jurídicos en materia de pensiones, valga decir, (i) escritura pública ante notario, (ii) acta de conciliación, (iii) sentencia judicial, (iv) inscripción del causante de su compañero(a) en la respectiva entidad administradora de pensiones y (v) **cualquier medio probatorio previsto en la ley.**» (Negrillas ajenas al original)

Por su parte, el Consejo de Estado, en la misma línea de pensamiento en torno de la necesidad e importancia del reconocimiento y protección material de los derechos fundamentales y del fenómeno de la constitucionalización del derecho administrativo y con él de la función judicial, ha sostenido:

«Es decir, el juez administrativo no solo debe ejercer un control de legalidad sobre las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares que cumplan funciones públicas, sino que, además y preferentemente, se convierte en un “Garante de la tutela efectiva de los derechos de los administrados”»

⁹ M. P. Clara Inés Vargas Hernández, 11 de julio de 2007.

¹⁰ M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 20 de junio de 2013.

Radicación 66001-23-33-000-2013-00008-01
Accionante: MARÍA FABIOLA OSORIO ALARCÓN
Accionado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
Referencia: 4263-2013

Para el control de legalidad de la actividad de la administración la jurisdicción debe tener presente siempre el mandado general impuesto por el artículo 1º de la Ley 1437 de 2011, que incorpora principios de la **constitucionalización** del derecho administrativo...¹¹

La doctrina ha hecho igualmente su aporte, como se aprecia con lo expresado por el profesor Héctor Santaella Quintero, entre otros:

«El artículo 1.º CPACA es, sin duda, una de las mayores innovaciones y de las piezas centrales de la regulación del procedimiento administrativo en el nuevo Código.

...
Así, de la adecuada comprensión del paso dado en este sentido por el legislador depende que esta disposición despliegue todo su potencial transformador del ordenamiento jurídico administrativo y del accionar de la Administración. »¹²

...
En línea con el propósito declarado por el legislador de “constitucionalizar” el orden jurídico administrativo (exposición de motivos del proyecto de ley 198 de 2009, Senado, apdo. 1-2), su texto permite apreciar la influencia directa de los fines esenciales del artículo 2.º C.P., de los principios fundamentales consagrados por los artículos 1.º a 6.º, 13 y 209 C.P., así como disposiciones como el artículo 89 C.P. y garantías como el debido proceso administrativo (art. 29 C.P.).»¹³

Se considera para el caso suficiente fundamento para desvirtuar la legalidad presunta del acto administrativo por medio del cual se ha desconocido el derecho de la demandante a la pensión de sobrevivientes por tener el mismo sexo de la titular de la pensión que falleció.

En cuanto al orden de beneficiarios, es evidente que se llaman en primer lugar a cónyuges o compañeros, que mediante las pruebas recaudadas se demostró ese vínculo, como la dedicación a los oficios del hogar por parte de la demandante y la dependencia económica de esta respecto de la fallecida Evelia Ramírez Restrepo, la solicitud y la decisión negativa por motivo del sexo, lo que es discriminación inaceptable en el derecho colombiano vigente.

¹¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), Universidad Externado de Colombia, editor José Luis Benavides, 2ª ed., Pág. 38 de LAFONT PIANETA Rafael Enrique Ostau de

¹² Ob. Cit., págs. 51, 52

¹³ Ob. Cit., págs. 51, 52

Radicación 66001-23-33-000-2013-00008-01
Accionante: MARÍA FABIOLA OSORIO ALARCÓN
Accionado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
Referencia: 4263-2013

Así las cosas, si bien la normatividad citada establece el reconocimiento de una pensión a favor de los beneficiarios y en su época la condición de compañero o compañera, lo mismo que la de cónyuge, correspondían a personas de diferente sexo, es criterio revaluado en sentencia de constitucionalidad, obligatoria a funcionarios y particulares, conforme lo previsto por el artículo 48 de la Ley 270 de 1996.

Encontrándose acreditado que Evelia Ramírez Restrepo y María Fabiola Osorio Alarcón, convivieron como pareja durante más de 30 años, que ésta dependía económicamente de aquella y la acompañó durante su enfermedad hasta la fecha de su deceso ocurrido el 14 de noviembre de 2010, tal situación le concede el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

La excepción de prescripción extintiva.

El Tribunal Administrativo de Risaralda, dentro de la audiencia inicial, expresó que resolvería la excepción de prescripción en la sentencia, pese a lo cual guardó silencio en ella sobre ese importante aspecto procesal, motivo por el cual la Sala lo decidirá, atendiendo el carácter oficioso que tiene.

Los derechos laborales tienen la prescripción general de tres años, lo que significa que en caso presentarse la demanda antes del cumplimiento de ese plazo, no opera dicho fenómeno.

En el presente caso existe la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes presentada el día 3 de febrero de 2011, esto es, menos de tres meses después del óbito de la señora Evelia Ramírez, y la demanda se presentó el 27 de noviembre de 2012, es decir, poco tiempo después de cumplir dos años de ocurrido el fallecimiento, lo que evidencia que en el caso que ocupa a la Sala no se configuró la prescripción extintiva del derecho sustancial a la percepción de las mesadas causadas.

En estas condiciones el fallo apelado que accedió a las súplicas de la demanda, en cuanto reconoce a favor del demandante la pensión de sobrevivientes será confirmado y adicionado en lo concerniente a la decisión sobre la excepción de prescripción extintiva propuesta por la parte demandada en este proceso.

De la condena en costas.

En cuanto a la condena en costas a la parte vencida, debido al criterio que sobre este tema ha adoptado esta Sala en recientes pronunciamientos, se confirmará esa parte de la decisión del a quo y no se condenará en las costas de segunda instancia en la medida en que la parte favorecida no actuó en esta instancia.

Pues bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Subsección A¹⁴ sostiene que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera “automática” u “objetiva”, frente a aquel que resultara vencido en el litigio y que, por tanto, el juez debe ponderar las circunstancias y sustentar la decisión, para imponer o no la condena, sin tener que evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe).

En materia de costas, el concepto de agencias en derecho se debe valorar y establecer de acuerdo con las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura, atendiendo límites mínimo y máximo, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales.

En el caso, por lo previsto en el artículo 365, No. 3 del Código General del Proceso, en *«la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda instancia»*, lo que no resulta aquí aplicable pues no se acreditó oposición de la demandante en la segunda instancia al recurso interpuesto por la parte demandada.

Asimismo, se advierte que la liquidación y ejecución se adelanta por el juez de primera instancia y se rigen por lo dispuesto en el Código de procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, artículo 365.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

¹⁴ Concordante con la Corte Constitucional en sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013

Radicación 66001-23-33-000-2013-00008-01
Accionante: MARÍA FABIOLA OSORIO ALARCÓN
Accionado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
Referencia: 4263-2013

FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE INFUNDADA la excepción de prescripción extintiva de mesadas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

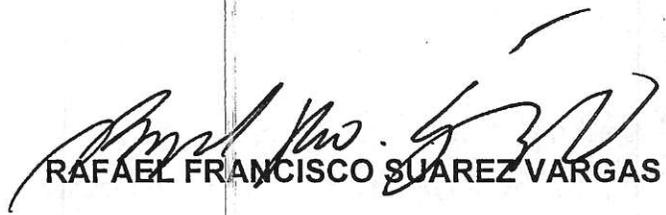
SEGUNDO: CONFIRMASE, en lo demás, la sentencia de 04 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que accedió a las súplicas de la demanda incoada por MARÍA FABIOLA OSORIO ALARCÓN, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: NO condenar en costas de esta instancia. Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen

Discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
En comisión


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ