

SUSTITUCIÓN PENSIONAL PAREJA DEL MISMO SEXO / DERECHO A LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS SEXUALMENTE DIVERSAS / RÉGIMEN APLICABLE A LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL / PRESTACIONES A CARGO DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTARIO / SUSTITUCIÓN PENSIONAL - Requisito de la convivencia / PENSIÓN GRACIA Y PENSIÓN DE JUBILACIÓN - Compatibilidad

[...] Las normas que gobiernan la sustitución pensional son las vigentes a la fecha del deceso del causante (...) toda vez que este es el momento a partir del cual surge el derecho de los beneficiarios del pensionado [...] [E]l señor (...) obtuvo el reconocimiento de su pensión de jubilación en calidad de docente (en) diciembre de 2001 proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (...), motivo por el cual le resulta aplicable el régimen de sustitución pensional contenido Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988. Lo anterior teniendo en cuenta que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa de la aplicación del régimen general de pensiones a aquellos docentes cuyas prestaciones se encuentren a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989 y para el asunto en discusión la pensión cuya sustitución se pretende está totalmente a cargo de dicho Fondo que fue quien reconoció el derecho prestacional a favor del causante. [...] [L]a sustitución pensional es una institución legal creada para brindar de protección a los familiares de la persona fallecida con el fin de mantener las condiciones económicas y garantizar al núcleo familiar la estabilidad necesaria para continuar viviendo en circunstancias dignas, en otras palabras, su objetivo es mantener la seguridad económica de los beneficiarios del pensionado fallecido. Al respecto, la citada Ley 71 de 1988 recogió los derechos mínimos en materia de sustituciones pensionales en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las Entidades de Previsión Social del Sector Público en todos sus niveles. [...] [E]n su artículo 3 extendió las previsiones sobre sustitución pensional de las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 44 de 1980 y 113 de 1985, en forma vitalicia al conyugue supérstite, al compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado fallecido. [E]l Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988, precisó los casos en los que resulta procedente la sustitución del derecho pensional, los beneficiarios de la misma, la cuantía y porcentaje correspondiente de acuerdo al orden sucesoral, y la forma de probar la calidad bajo la cual se acude. [...] [S]i el compañero permanente pretende acceder a la sustitución pensional deberá acreditar su calidad, esto es, que hizo vida marital con el causante un año antes de su muerte y que dependía económicamente de él. Sobre el derecho a la sustitución pensional entre parejas del mismo sexo, la Sala de Subsección advierte que mediante sentencia de constitucionalidad C-336 de 2008 (...) la Corte Constitucional (...) indicar que no existe en el ordenamiento jurídico norma que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes. [...] En ese orden de ideas (...) la Sala estima que las parejas del mismo sexo tienen igual derecho a la sustitución pensional que las parejas heterosexuales por cuanto no existe justificación constitucional o legal en el ordenamiento jurídico colombiano que avale el trato diferenciado hacia las personas que, por ejercer su libre desarrollo de la personalidad y la libertad de opción sexual se decidan por conformar una pareja homosexual como sucede en el caso en concreto. [...] En cuanto a la compatibilidad de la pensión gracia con la pensión de jubilación, el ordinal a) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, dispuso: «Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión gracia,

se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar a cargo total o parcial de la Nación.» [...] [L]a pensión gracia sí es compatible con la pensión de jubilación por expresa disposición legal, de modo que es una excepción al artículo 128 de la Constitución Política que se extiende a los beneficiarios de la sustitución pensional pues no existe norma que prescriba lo contrario, posición que ha sido consistente en esta Corporación en reiterada jurisprudencia. [...]

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS SEXUALMENTE DIVERSAS / DISCRIMINACIÓN / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD / BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD / GARANTÍA DE NO REPETICIÓN / OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE PREVENIR LAS GRAVES VIOLACIONES DE LOS DDHH / GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS SEXUALMENTE DIVERSAS

[L]a Subsección considera que la sustitución pensional es un derecho que se causa constantemente, que no existe un término para solicitarlo y que para el caso resulta válida la respuesta de la testigo quien asegura que el demandante tenía temor de reclamar su derecho por el rechazo al ser una pareja homosexual, como efectivamente sucedió cuando el Fondo se negó a reconocerlo por el simple hecho de su condición sexual. [...] [E]l Fondo interpretó mal la norma aplicable y con ello vulneró los derechos fundamentales a la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, libertad sexual y seguridad social (...) toda vez que, en lugar de estudiar si cumplía o no con los requisitos para acceder a la sustitución pensional pretendida decidió descartar su solicitud en razón a su condición sexual. [...] [S]obre la evidente transgresión a los derechos fundamentales del demandante con sustento en un argumento manifiestamente inconstitucional y discriminatorio, la Subsección recuerda que 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. En el ámbito del bloque de constitucionalidad, en el derecho colombiano se encuentran incorporadas las normas sobre derechos fundamentales y desde esa perspectiva en el contexto de la reparación integral a las víctimas, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 63.1. dispone la reparación integral. [...] [L]a garantía de no repetición está conformada por las acciones orientadas a impedir que se vuelvan a realizar las conductas que afectaron los derechos de las víctimas, las cuales se deben adecuar a la magnitud y naturaleza de la ofensa. Igualmente, se ha establecido que tal garantía está relacionada con la obligación del Estado de prevenir las graves violaciones de los DDHH a través de medidas jurídicas, políticas, administrativas y culturales que permitan la protección de los derechos. En las garantías de no repetición, el Estado debe adoptar proyectos y programas que comprendan acciones afirmativas, económicas y políticas, cuando las violaciones graves y manifiestas a las normas Internacionales de Derechos Humanos ya se han consumado, con el fin de que las víctimas no vuelvan a sufrir estas violaciones. Estas medidas están encaminadas también a definitivamente modificar dispositivos y conductas que promuevan tales violaciones, al cese de los grupos armados ilegales, y al desarrollo de políticas de protección y promoción de los derechos humanos. [L]a Sala de Subsección rechaza cualquier acto discriminatorio contra la población vulnerable LGTBI y particularmente la discriminación ejercida por la entidad

demandada (...) por lo tanto, como garantía de no repetición a estos hechos, se ordenará a la entidad demandada que en un término no mayor a 30 días siguientes a la notificación de la presente providencia, capacite a sus empleados sobre diversidad sexual y protección de los derechos de la población LGTBI frente al acceso de los derechos pensionales. Lo anterior con el propósito de no incurrir nuevamente en los hechos que dieron origen al presente proceso, el cual dilata de forma flagrante la justicia al justificar la negativa a una sustitución pensional por una razón que claramente es inconstitucional y contraria al artículo 24 de la Convención. [...] Lo expuesto en precedencia pone de manifiesto la necesidad de avanzar en la garantía de los derechos fundamentales de las personas sexualmente diversas, más aún cuando la misma Carta Política de 1991 estableció un régimen jurídico esencialmente inclusivo, en el cual debemos caber todos los habitantes del territorio nacional.

FUENTE FORMAL: LEY 71 DE 1988 / LEY 91 DE 1989 - ARTÍCULO 15 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 279 Decreto 1160 de 1989 / CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTÍCULO 24 / CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTÍCULO 63.1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., Dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 54001-23-33-000-2017-00168-01(6177-18)

Actor: JORGE EDGAR RODRÍGUEZ SALAS

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y OTROS

Referencia: SUSTITUCIÓN PENSIONAL PAREJA DEL MISMO SEXO. PERSPECTIVA DE GÉNERO. DERECHO A LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS SEXUALMENTE DIVERSAS. GARANTÍA DE NO REPETICIÓN

ASUNTO

Conoce la Sala de Subsección del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia del 6 de julio de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1. El señor Jorge Edgar Rodríguez Salas, actuando por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a la FIDUPREVISORA S.A. y al Municipio de San José de Cúcuta – Secretaría de Educación Municipal de Cúcuta, el reconocimiento de las siguientes declaraciones y condenas:

2. Pretensiones¹

2. La nulidad del acto administrativo de fecha 12 de diciembre de 2013 expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual se le negó el reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de compañero permanente del causante Manuel Rodolfo Álvarez quien en vida percibía una pensión de jubilación.

3. A título de restablecimiento del derecho solicitó condenar a las entidades demandadas a lo siguiente:

- a. Reconocer y pagar la sustitución pensional a su favor de forma vitalicia en calidad de compañero permanente del señor Manuel Rodolfo Álvarez Portilla (q.e.p.d), cuya pensión se hizo efectiva a partir del 24 de agosto de 2003, en cuantía de \$1.522.071.00 mensual.
- b. Pagar las mesadas pensionales dejadas de percibir desde el 24 de agosto de 2003, fecha en la cual adquirió su condición de beneficiario, con el reajuste de Ley y los intereses hasta el día de hoy.
- c. Pagar los perjuicios morales ocasionados en razón a la negativa de reconocimiento pensional.
- d. Indexar los valores que se reconozcan desde el fallecimiento del causante hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

3. Fundamentos fácticos²

La demanda se fundamentó en los siguientes hechos:

4. El causante de la pensión, Manuel Rodolfo Álvarez Portilla (q.e.p.d.), fue nombrado mediante Resolución No. 903 del 23 de abril de 1971 como docente en la Institución Educativa «Instituto de Enseñanza Medida Diversificada INEM José Eusebio Caro» de la ciudad de Cúcuta y luego, el 31 de julio de 1975, fue promovido a Director de ese Instituto a través de la Resolución No. 3041 de 1975.

5. El 4 de junio de 2001, el señor Manuel Rodolfo Álvarez Portilla solicitó la pensión de jubilación ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien resolvió reconocerle la prestación social mediante Resolución No. 0993 del 10 de diciembre de 2001 en cuantía de \$1.522. 071.00, a partir del 20 de mayo de 2001.

6. El 13 de enero de 2003, el señor Manuel Rodolfo Álvarez Portilla presentó renuncia al cargo que fue aceptada desde el 17 de enero de 2003 mediante el Decreto 00268 del 3 de marzo de 2003 expedido por el Gobernador del Departamento de Norte de Santander.

¹ Folio 2 a 5 del expediente.

² Folios 5 a 6 del expediente.

7. El señor Manuel Rodolfo Álvarez Portilla sostuvo una relación sentimental con el demandante, Jorge Edgar Rodríguez Salas, por 14 años y 3 meses, desde diciembre de 1989.

8. El 24 de agosto de 2003, el señor Manuel Rodolfo Álvarez Portilla falleció después de una larga enfermedad, motivo por el cual el señor Jorge Edgar Rodríguez Salas solicitó la pensión de sobreviviente en calidad de compañero permanente.

9. Ante la petición anterior, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de acto administrativo del 12 de diciembre de 2013, resolvió negar la sustitución pensional con sustento en que esta no resultaba procedente entre compañeros del mismo sexo. Además, no le indicó los recursos procedentes contra esa decisión.

10. El señor Jorge Edgar Rodríguez Salas dependía económicamente de su compañero permanente el fallecido Manuel Rodolfo Álvarez Portilla, y sufre del síndrome de inmunodeficiencia adquirida, por consiguiente, es un sujeto de especial protección por el riesgo inminente de su muerte.

4. Normas violadas y concepto de violación³

11. Se invocó en la demanda la violación de las siguientes disposiciones normativas: los artículos 5, 6, 7, 8, 9 y subsiguientes de la Constitución Política, el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y normas que lo reglamentan, y los artículos 1, 2, 7, 12, 32 y 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

12. Aunado a lo anterior, se alegó el desconocimiento de las sentencias C-336 de 2008, T-051 de 2010, T-860 de 2011 proferidas por la Corte Constitucional y la sentencia en el caso **Duque vs Colombia del 26 de febrero de 2016 expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos**.

13. Como concepto de violación el demandante adujo, en primer lugar, que el acto administrativo reprochado no señaló los recursos procedentes según lo consagrado en el artículo 69 del CPACA, lo cual, afirma, invalidó la notificación, restó eficacia a la decisión y vulneró sus derechos de defensa y de contradicción.

14. Seguidamente, sostuvo que el acto administrativo demandado violó el régimen legal aplicable y el derecho que le asiste a la sustitución pensional porque se abstuvo de analizar el cumplimiento de los requisitos dispuestos en el Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988, aplicable al caso, por tratarse de un régimen exceptuado de la Ley 100 de 1993, bajo el argumento de su condición homosexual.

15. En ese sentido, advirtió que sí cumple con las exigencias de la norma arriba citada puesto que en su calidad de compañero permanente se encuentra dentro del primer grado de beneficiarios de dicha prestación social y está acreditado que sostuvo una relación sentimental y de convivencia con el causante por más de 14 años continuos anteriores a su muerte.

16. Congruente con lo anterior, expresó que CAJANAL mediante Resolución UGM 055933 del 17 de septiembre de 2012 le reconoció la pensión gracia como beneficiario del señor Manuel Rodolfo Álvarez Portilla y que esta no es incompatible con la pensión de jubilación requerida de conformidad con la

³ Folios 6 a 16 del expediente.

jurisprudencia del Consejo de Estado.

17. Por otra parte, manifestó que el acto administrativo increpado transgredió las garantías constitucionales que le asisten a los compañeros permanentes del mismo sexo, en el entendido que la Corte Constitucional en sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007, C-336 de 2008 y T-051 de 2008, reconoció que las parejas homosexuales tienen derecho a percibir la pensión de sobrevivientes en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales y que no existe fundamento jurídico para obstaculizar el goce de esta prerrogativa imponiendo pruebas innecesarias relacionadas con la demostración de la convivencia.

18. Sumado a lo expuesto, resaltó que la decisión aquí discutida es eminentemente discriminatoria y le ha ocasionado graves perjuicios morales como sujeto de especial protección por cuanto ha tenido que soportar por 4 años la negativa de sus derechos, los señalamientos por su orientación sexual y los costos que ha implicado acudir a esta vía judicial.

19. Finalmente indicó que el medio de control presentado se encuentra exceptuado del término de caducidad por tratarse del derecho a la pensión como prestación periódica.

5. Contestación de la demanda

20. La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁴ se opuso a las pretensiones y los hechos de la demanda y manifestó que se atiene a lo que resulte probado dentro del proceso.

21. Como sustento de su posición explicó, de forma general, los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes de acuerdo con la Ley 100 de 1993, esto es, la calidad de beneficiario, tener más de 30 años y hacer vida marital con el causante durante un lapso no inferior a 5 años continuos con anterioridad al fallecimiento del causante.

22. Lo mismo sucedió en relación con la pensión *post-mortem*, precisó las exigencias contempladas en la Ley 91 de 1989, 12 de 1975, 71 de 1988 y los Decretos 3752 de 2003 y 3552 de 2008, pero no precisó las razones por las cuales negó la solicitud prestacional del demandante.

23. Formuló las excepciones de (i) vinculación del litisconsorte refiriéndose a la Fiduprevisora S.A. por ser quien administra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Municipio de San José de Cúcuta, (ii) falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que no es la entidad encargada de tramitar ni de pagar la prestación social requerida, (iii) prescripción relacionada con las mesadas causadas en los últimos tres años en caso que prosperen las pretensiones, y, (iv) genérica o innominada en cuanto a declarar cualquiera que resultara probada.

24. El Municipio de San José de Cúcuta⁵ se opuso a la prosperidad del medio de control pues afirmó que no tiene injerencia alguna en la decisiones que adopta el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ya que, en cumplimiento de la normatividad, no es más que un gestor en el trámite de la pensión solicitada.

25. De acuerdo con lo anterior, aseguró que ha cumplido con los fines esenciales del Estado, ha promovido la igualdad entre los administrados y ha garantizado los

⁴ Folios 69 a 86 del expediente.

⁵ Folios 91 a 96 del expediente.

derechos laborales de sus empleados, especialmente los del magisterio quienes tienen un régimen especial administrado por el precitado Fondo.

26. Formuló las excepciones de (i) falta de legitimación en la causa por pasiva por cuanto la entidad llamada a responder por el reconocimiento de la sustitución pensional que le fue negada al demandante no es la entidad territorial sino el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y (ii) genérica referida a que se declare cualquier otra excepción que resulte probada.

6. Audiencia Inicial

27. El 24 de octubre de 2017, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander celebró audiencia inicial⁶ en la que resolvió (i) declarar fallida la conciliación, (ii) declarar no probadas las excepciones previas formuladas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de vinculación al litisconsorte, toda vez que la Fiduprevisora S.A. y el Municipio de San José de Cúcuta ya se encuentran vinculadas al proceso y dentro de sus funciones está el reconocimiento de las prestaciones de sus afiliados, (ii) declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio de San José de Cúcuta porque a través de su Secretaría de Educación elabora y remite el proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo, (iii) resolver la excepciones de prescripción y genérica en la sentencia, (iv) fijar el litigio en los siguientes términos:

« ¿Si hay lugar a declarar la nulidad del oficio del 12 de diciembre de 2013, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por medio de cual le informó al accionante que su sustitución de la pensión de jubilación ha sido negada por la Fiduprevisora, ya que conforme a la ley 91 de 1989 y el Decreto 1160 de 1989 **el Fondo no reconoce sustitución pensional a compañeros permanente del mismo sexo**, y en consecuencia ordenarse el reconocimiento y pago de la sustitución pensional en favor del señor Jorge Edgar Rodríguez Salas, a partir del 24 de agosto de 2003, no obstante que la Nación Ministerio de Educación -FOMAG y el Municipio de San José de Cúcuta se oponen a las pretensiones de la demanda? »⁷ **Destacado de la Sala.**

28. Igualmente resolvió (v) dar valor probatorio a los documentos allegados al expediente, y (vi) convocar a audiencia de pruebas luego de decretar las pedidas por las partes y otras de oficio.

7. La sentencia de primera instancia

29. El 6 de julio de 2018, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander⁸ profirió sentencia de primera instancia mediante la cual resolvió (i) declarar la nulidad del acto administrativo demandado, (ii) ordenar a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer la pensión de sobrevivientes al demandante, efectiva a partir del 25 de agosto de 2003, (iii) pagar las mesadas pensionales a partir del 6 de agosto de 2010 por prescripción trienal, (iv) absolver al Municipio de San José de Cúcuta, (v) negar las demás pretensiones de la demanda, y (vi) abstenerse de condenar en costas.

30. Como fundamento de la decisión, aseguró que el acto administrativo demandado se encuentra viciado de las causales de nulidad de **violación de las normas superiores y de falsa motivación** al negarle al accionante la solicitud de sustitución pensional porque no existe una justificación jurídica para concluir que

⁶ Folios 139 a 143 del expediente

⁷ Folio 141v del expediente.

⁸ Folios 305 a 312 del expediente.

las personas del mismo sexo no tienen derecho a la sustitución pensional de su pareja fallecida.

31. Al respecto, indicó que la decisión de la administración desconoció la vinculatoriedad de las **sentencias C-075 de 2007, C-521 de 2007 y C-366 de 2008** proferidas por la Corte Constitucional las cuales se encontraban vigentes a la fecha de ejecución del acto demandado y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y personas según lo dispuesto en los artículos 243 de la Constitución Política y 48 de la Ley 270 de 1996.

32. En esa línea de ideas, advirtió que en el proceso se encuentran acreditados los elementos necesarios para reconocerle el derecho a la sustitución pensional pretendida por el señor Jorge Edgar Rodríguez Salas puesto que de los testimonios recaudados (rendidos por los señores Maylia Rodríguez Salazar y Pedro Alfonso Suárez Suescún) y las declaraciones extra juicio (rendidas por los señores Francisco Alfredo Tarazona Montañez, Carmen Colombia Contreras Cáceres y del propio demandante) se logró demostrar que él era pareja del señor Manuel Rodolfo Álvarez Portilla desde el año 1988, vivían bajo un mismo techo en un apartamento de uno de los bloques del barrio Zulima de la ciudad de Cúcuta y asistían a eventos sociales y familiares por un periodo cercano a los 15 años, desde 1988 hasta el momento de la muerte del causante cuando lo acompañó en el sufrimiento de una enfermedad que lo obligó a recibir tratamiento de diálisis durante sus últimos años de vida.

33. Igualmente se probó, del material probatorio precitado, que el causante asumía los gastos económicos del señor Jorge Edgar Rodríguez Salas, quien no laboraba para la época, de modo que dependía económicamente del señor Manuel Rodolfo Álvarez Portilla.

34. Por otra parte, señaló que el Municipio de San José de Cúcuta no es el llamado a responder por el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas por los docentes puesto que, si bien el acto demandado fue proferido por la Secretaría de Educación Municipal, ello lo fue en cumplimiento de lo previsto en el Decreto 2831 de 2005 que le asigna a la entidad territorial el deber de recibir las solicitudes de los afiliados, sin embargo, es a la Nación a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien le corresponde su reconocimiento y pago, motivo por el cual resolvió negar las solicitudes respecto a esta parte procesal.

35. En cuanto a la prescripción de las mesadas pensionales decidió declarar la configuración de esta excepción en relación con las mesadas causadas con anterioridad al 6 de agosto de 2010 en el entendido que la solicitud de sustitución pensional se presentó el 6 de julio de 2013 y la demanda solo se interpuso en el año 2017.

36. Por último, sobre los perjuicios morales solicitados sostuvo que no se encontraban probados en el proceso, en consecuencia, no accedió a estas pretensiones.

8. El recurso de apelación

37. La **Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**⁹ presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por los siguientes motivos:

⁹ Folios 315 a 327 del expediente.

38. La sustitución pensional se reconoce siempre y cuando se cumplan los requisitos legales, sin embargo, en el presente caso, el demandante no logró demostrar la convivencia requerida para acceder a ella, adicionalmente se cuestiona por qué el interesado tardó 13 años en solicitarla.

39. El reconocimiento de la sustitución pensional al compañero o compañera permanente en relaciones homosexuales puede generar para el Fondo un desequilibrio financiero que impida la sostenibilidad económica del sistema porque ampliar la protección a estas personas es introducir una variante al orden de prelación establecido por la Ley.

40. El derecho a la igualdad no se encuentra afectado por el acto administrativo demandado toda vez que según la Corte Constitucional en sentencia SU-623 de 2001, la decisión de no incluir a grupos homosexuales como beneficiarios del sistema de seguridad social en pensiones no resulta violatoria de esa garantía fundamental pues la situación de marginación o de rechazo que generan estos grupos no significan la obligación estatal de compensarlos mediante la asignación de beneficios sociales.

41. El Fondo no interviene en el trámite del reconocimiento y pago de la prestación social pretendida, sino que es al Municipio de San José de Cúcuta a quien le corresponde su reconocimiento y a la Fiduprevisora S.A. su pago, de modo que está probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de esa Entidad.

42. De acuerdo con el artículo 128 de la Constitución Política nadie puede recibir dos asignaciones del Tesoro Público y aunque algunos docentes estaban exceptuados de esta regla como el causante, lo cierto es que esta excepción no es aplicable a los beneficiarios de la sustitución pensional, teniendo en cuenta, además, que los recursos del Fondo son recursos públicos y que la causa de la sustitución son los mismos hechos tratándose de la pensión gracia y la pensión de jubilación: el fallecimiento del causante.

43. El docente fallecido estaba vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales y a la UGPP, de tal manera que se deben trasladar los recursos al FOMAG para que reconozca la prestación social requerida.

9.

Alegatos de segunda instancia

44. La **parte demandante** señaló que los argumentos expuestos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el recurso de apelación no fueron objeto de controversia porque no los expresó en la contestación de la demanda, en la que solo se alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva de esa Entidad; tampoco en el acto administrativo reprochado donde no se indicaron las razones jurídicas para negar la solicitud de sustitución.

43. De igual forma, afirmó que es indiscutible la inconstitucionalidad del acto demandado porque negó el derecho con fundamento en razones discriminatorias relacionadas con su condición sexual.

44. Resaltó que cumple con los requisitos establecidos por el Decreto 1160 de 1989 para tener derecho a la sustitución pensional en calidad de compañero permanente como se demostró a partir de los testimonios rendidos en el proceso.

45. Reiteró que la pensión gracia reconocida por CAJANAL es compatible con la pensión requerida pues a pesar de provenir de la relación laboral, su objeto y naturaleza son totalmente distintas.

46. Advirtió que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es

responsable por el reconocimiento de la prestación pedida porque fue quien expidió el acto demandado y quien tiene a cargo dicha obligación teniendo en cuenta que el causante trabajó durante toda su vida laboral al servicio del Magisterio.

9.2. La parte demandada, guardó silencio como consta en folio 367 del expediente.

10. Concepto del Ministerio Público

47. El representante del Ministerio Público ante esta Corporación guardó silencio de acuerdo con el informe secretarial visible en folio 367 del expediente.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

48. De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto y según lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante. No obstante, en caso de que ambas partes hayan apelado la sentencia, el superior resolverá sin limitaciones.

49. Por tanto, como quiera que en el presente asunto apeló solo una de las partes, la Sala de Subsección podrá conocer únicamente lo referente a los motivos que sustentaron la alzada presentada por la entidad demandada.

2. Aspecto preliminar

50. Previo a plantear el problema jurídico que se resolverá en esta instancia, se advierte que en el recurso de apelación la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio argumentó **que carecía de legitimación por pasiva** para responder por las pretensiones planteadas en la demanda.

51. A propósito, la Subsección evidencia que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva fue formulada por la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda y resuelta desfavorablemente por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander en la audiencia inicial que se llevó a cabo el 24 de octubre de 2017 (fls. 139 a 143), en el siguiente sentido:

«... conforme al ordenamiento legal vigente, especialmente, la Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, las decisiones sobre el reconocimiento de prestaciones sociales de afiliados al Fondo, le corresponde a la Nación- Ministerio de Educación - Fondo. Igualmente, le corresponde al Fondo efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado al mismo» (fol. 140).

52. En consecuencia, toda vez que la excepción de falta de legitimación reiterada por la entidad apelante ya fue decidida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, la Sala no se pronunciará nuevamente sobre este asunto en el sentido que se trata de un aspecto previamente definido en el proceso que goza de firmeza y ejecutoriedad y que por lo tanto resulta vinculante para las partes.

3. Problema jurídico

53. De acuerdo con los planteamientos del recurso de apelación presentado por la entidad demandada, le corresponde a la Sala establecer ¿si el señor Jorge Edgar Rodríguez Salas cumple con los requisitos de convivencia y dependencia económica previstos en el Decreto 1160 de 1989 para acceder a la sustitución de la pensión de jubilación con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente el señor Manuel Rodolfo Álvarez Portilla?

54. Para resolver el problema jurídico, la Subsección desarrollará el siguiente orden metodológico (i) marco normativo y jurisprudencial aplicable a la sustitución pensional de docentes, (ii) el requisito de convivencia exigido para el reconocimiento de la sustitución pensional, (iii) la sustitución pensional entre parejas del mismo sexo, (iv) compatibilidad entre la pensión gracia y la pensión de jubilación, y, (vi) análisis sustancial del caso concreto.

4. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso.

4.1. Régimen aplicable a la sustitución pensional de docentes.

55. En primer lugar, la Sala debe precisar que las normas que gobiernan la sustitución pensional son las vigentes a la fecha del deceso del causante, esto es, a 24 de agosto de 2003, según el registro civil de defunción visible en el folio 179 del expediente, toda vez que este es el momento a partir del cual surge el derecho de los beneficiarios del pensionado, como lo ha sostenido esta Subsección en oportunidades anteriores.

56. En efecto, para la precitada fecha encontrándose vigente el Régimen General consagrado en la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, las disposiciones contenidas en materia de sustitución pensional tanto en la Ley 91 de 1989 y en el Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988 aun continuaron produciendo efectos para aquellos regímenes que por exclusión no quedaron comprendidos dentro del ámbito de aplicación del nuevo Sistema de Seguridad Social que por disposición expresa en su artículo 279 consagró:

«ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente Ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de Seguridad Social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes, con posterioridad a la vigencia de la presente Ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos-Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de Seguridad Social de la misma, mediante la

celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.

[...]»

57. En ese entendido, bajo el ámbito de aplicación del anterior régimen de sustitución pensional como del contenido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, en relación con los trabajadores y servidores excluidos de éste último, esta Sección mediante sentencia del 10 de octubre de 1996¹⁰ realizó el estudio de legalidad del artículo 6 del Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988¹¹, y lo delimitó así:

«2.2. Ámbito de aplicación de la norma acusada.

No obstante, lo anterior ha de precisar la Sala que la Ley 71 de 1988 y por ende su Decreto Reglamentario 1660 (sic) de 1989 continuaron vigentes en cuanto a aquellos regímenes que por exclusión no quedaron comprendidos dentro de la Ley 100 de 1993, según lo dispuesto en el Artículo 279.

A estas conclusiones de derogatoria tácita parcial de la legislación anterior sobre pensiones y aplicación para algunos destinatarios llega la Sala, primero, porque como ya se dijo, la comparación de las disposiciones anteriores a la vigencia de la Ley 100 con el régimen que ella contiene, permiten afirmar que la preceptiva demandada se encuentra derogada en cuanto a los regímenes que deben gobernarse por la Ley 100 de 1993 y, segundo, **porque los exceptuados en el Artículo 279 ibídem, al no estar comprendidos dentro del ámbito de aplicación del nuevo sistema, deben regirse por la legislación anterior en cuanto sea compatible con cada régimen especial y mientras, como es obvio, el Legislador no expida un sistema de pensiones para tales destinatarios.» Destacado fuera del texto.**

58. Ahora bien, tratándose del *sub judice* la Sala de Decisión advierte que el señor Manuel Rodolfo Álvarez Portilla obtuvo el reconocimiento de su pensión de jubilación en calidad de docente a través de Resolución No. 0993 del 10 de diciembre de 2001 proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fol. 26 a 28), motivo por el cual le resulta aplicable el régimen de sustitución pensional contenido Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988.

59. Lo anterior teniendo en cuenta que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa de la aplicación del régimen general de pensiones a aquellos docentes cuyas prestaciones se encuentren a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989 y para el asunto en discusión la pensión cuya sustitución se pretende está totalmente a cargo de dicho Fondo que fue quien reconoció el derecho prestacional a favor del causante.¹²

60. Aclarado lo expuesto, no se debe perder de vista que la sustitución pensional es una institución legal creada para brindar de protección a los familiares de la persona fallecida con el fin de mantener las condiciones económicas y garantizar al núcleo familiar la estabilidad necesaria para continuar viviendo en

¹⁰ C.P.: Dolly Pedraza de Arenas.

¹¹ «por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones»

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". Sentencia del 2 de octubre de 2008. Radicación número: 25000-23-25-000-2000-05959-01(0757-04).

circunstancias dignas, en otras palabras, su objetivo es mantener la seguridad económica de los beneficiarios del pensionado fallecido.¹³

61. Al respecto, la citada Ley 71 de 1988 recogió los derechos mínimos en materia de sustituciones pensionales en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las Entidades de Previsión Social del Sector Público en todos sus niveles.

62. De igual forma, en su artículo 3 extendió las previsiones sobre sustitución pensional de las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 44 de 1980 y 113 de 1985, en forma vitalicia al conyugue supérstite, **al compañero o compañera permanente**, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado fallecido.

63. Por su parte, el Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988, precisó los casos en los que resulta procedente la sustitución del derecho pensional, los beneficiarios de la misma, la cuantía y porcentaje correspondiente de acuerdo al orden sucesoral, y la forma de probar la calidad bajo la cual se acude, prescripciones que se formularon en los siguientes términos:

«Artículo 5º.- Sustitución pensional. Hay sustitución pensional en los siguientes casos:

- a) **Cuando fallece una persona pensionada** o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez;
- b) Cuando fallece un trabajador particular o un empleado o trabajador del sector público después de haber completado el tiempo de servicios requerido por la ley, convenciones o pactos colectivos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación.

Artículo 6º.- Beneficiarios de la sustitución pensional. Extiéndanse las previsiones sobre sustitución pensional:

1. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, **al compañero o a la compañera permanente del causante**.

Se entiende que falta el cónyuge:

- a) Por muerte real o presunta;
- b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;
- c) Por divorcio del matrimonio civil.

2. A los hijos menores de 18 años, inválidos de cualquier edad y estudiantes de 18 años o más de edad, que dependan económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez o estudios.

3. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente o hijos con derecho, en forma vitalicia a los padres legítimos, naturales o adoptantes del causante, que dependan económicamente de éste.

4. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente hijos y padres con derecho, a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante hasta cuando cese la invalidez.

Parágrafo- Los órdenes de sustitución consagrados en el presente artículo, se aplicarán a la pensión especial establecida en el artículo 1o. de la Ley 126 de 1985

¹³ La Subsección "B" de esta Sección, en sentencia de 5 de febrero de 2009; radicación número: 08001-23-31-000-1998-0158-01(3084- 01); C.P.: Bertha Lucia Ramírez de Páez, lo manifestó en los siguientes términos: «[...]

La finalidad de la sustitución pensional, es precisamente garantizarles a los beneficiarios del pensionado la posibilidad de su congrua subsistencia, en otras palabras, que la esposa o esposo, o compañero permanente, y los hijos menores de edad o que continúen sus estudios hasta los 25 años, tengan la seguridad, al menos económica, que recibían del pensionado fallecido quien aportaba al sostenimiento del hogar.

[...]»

en favor de los beneficiarios de los funcionarios o empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, conforme al artículo 4 de la Ley 71 de 1988.

Artículo 8°.- Distribución entre beneficiarios de la sustitución pensional. La sustitución pensional se distribuirá entre los beneficiarios así:

1. El 50% para el cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente del causante y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.

2. A falta de hijos con derecho, se sustituirá la totalidad de la pensión, al cónyuge Sobreviviente o al compañero o compañera permanente del causante.

3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá a los hijos con derecho, por partes iguales.

4. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos con derecho, se sustituirá la totalidad de la pensión a los padres con derecho.

5. Si no hubiere cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, hijos o padres con derecho, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos del causante.

Parágrafo- Cuando falte alguno de los beneficiarios del respectivo orden por extinción o pérdida del derecho, la parte de su pensión acrecerá a la de los demás en forma proporcional.

[...]

Artículo 12. <Aparte tachado declarado NULO> **Compañero permanente.** Para efectos de la sustitución pensional, **se admitirá la calidad de compañero o compañera permanente a quien ostente el estado civil de soltero(a) y haya hecho vida marital con el causante durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento de éste o en el lapso establecido en regímenes especiales.**

PARAGRAFO. El compañero o compañera permanente pierde el derecho a la sustitución pensional que esté disfrutando cuando contraiga nupcias o haga vida marital.

Artículo 13°.- Prueba de la calidad de compañero permanente. Se acreditará la calidad de compañero o compañera permanente, con la inscripción efectuada por el causante en la respectiva entidad de previsión social o patronal. **Igualmente se podrá establecer con dos (2) declaraciones de terceros rendidas ante cualquier autoridad política o judicial del lugar.**

Artículo 17.- Dependencia económica. Para efecto de la sustitución pensional se entiende que **una persona es dependiente económicamente, cuando no tenga ingresos o medios necesarios para su subsistencia.**

Este hecho se acreditará con declaración juramentada que al respecto rinda el interesado ante la entidad que deba reconocer y pagar la sustitución pensional o con los demás medios probatorios establecidos en la ley. La dependencia económica del menor de edad se presume salvo que se demuestre lo contrario.»

64. De las normas transcritas aplicables en el *sub examine*, se infiere que hay lugar a la sustitución pensional cuando fallece una persona pensionada, derecho que surge para sus beneficiarios en cada orden, entre ellos, el compañero permanente, en los porcentajes arriba señalados, con la posibilidad de acrecer la cuantía respectiva en ausencia de alguno de ellos o en el evento en que acaezca para éstos la pérdida del derecho.

4.2. Sobre el requisito de convivencia exigido para el reconocimiento de la sustitución pensional.

65. Sobre el factor de convivencia efectiva entre parejas la Corte Constitucional en sentencia C-081 del 17 de febrero de 1999 precisó:

«[...] Dadas estas circunstancias, por razones de orden constitucional y de los principio propios del derecho de la seguridad social, los cuales puede el Legislador configurar libremente, según el artículo 48 superior en aplicación, en cuanto a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, éste en el artículo 47 literal a) de la Ley 100 de 1993, toma más en cuenta factores sociológicos, reales o materiales, en el entendido de lo que es una relación material de pareja, como quiera que se trata de una prestación de previsión, con lo cual procura aliviar la condición de precariedad económica en que queda la familia al desaparecer su cabeza, vale decir, el titular de la pensión, independientemente, de que alguno de los miembros de la pareja goce de la condición de cónyuge o de compañera o compañero permanente.[...]

La Corte Constitucional, comparte la tesis sostenida, tanto por el señor Procurador General de la Nación como por la mayoría de los interventores en este proceso, en cuanto a que la doctrina y jurisprudencia nacionales, han aceptado en acoger como factor determinante en la aplicación del literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional, en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente, el hecho del compromiso efectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja, al momento de la muerte de uno de sus integrantes. [...]

De lo anterior se concluye que, al contrario de lo sostenido por la demandante y con arreglo a las consideraciones anteriores, de índole jurisprudencial, es apropiado entonces afirmar que la convivencia afectiva al momento de la muerte del titular de la pensión, constituye el hecho que legitima la sustitución pensional y que, por lo tanto, es conforme a la Carta Política, el hecho de que la disposición cuestionada exija, tanto para los cónyuges como para los compañeras o compañeros permanentes, acreditar los supuestos de hecho previstos por el Legislador para que se proceda al pago de la prestación, con lo cual se busca, por parte del Congreso de la República, dentro de su amplia libertad de configuración legal, impedir (sic), que sobrevinida la muerte del pensionado, el otro miembro de la pareja cuente con los recursos económicos indispensables para satisfacer sus necesidades. [...]

66. En punto al **criterio material de convivencia efectiva**, esta Subsección indicó que «esta expresión se ubica fundamentalmente en los requisitos exigidos al cónyuge o compañero permanente para acceder a la pensión, es entonces una herramienta legal de protección a la familia bajo el marco constitucional inicialmente esbozado y constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación, que busca además favorecer económicamente a aquellos matrimonios o uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real con vocación de continuidad o permanencia, como también el amparo del patrimonio del pensionado, en cuanto a posibles maniobras fraudulentas de personas que a partir de la constitución de convivencias de última hora, pretendan obtener el beneficio económico derivado de la transmisión pensional, razón por la cual debe existir en cada caso la comprobación fehaciente de los requisitos consagrados en la Ley para tal efecto.»¹⁴

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". Sentencia del 2 de octubre de 2008. Radicación número: 25000-23-25-000-2000-05959-01(0757-04).

67. De tal manera que si el compañero permanente pretende acceder a la sustitución pensional deberá acreditar su calidad, esto es, que hizo vida marital con el causante un año antes de su muerte y que dependía económicamente de él.

4.2. Derecho a la sustitución pensional entre parejas del mismo sexo.

68. Sobre el derecho a la sustitución pensional entre parejas del mismo sexo, la Sala de Subsección advierte que mediante **sentencia de constitucionalidad C-336 de 2008**, proferida con posterioridad al fallo mencionado por la entidad demandada¹⁵, la Corte Constitucional cambió su postura en el sentido de indicar que no existe en el ordenamiento jurídico norma que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes. Así lo determinó:

«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 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

¹⁵ Sentencia SU-623 de 2001.

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»¹⁶. Destacado fuera del texto original.

69. En la aludida sentencia, concluyó 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.

70. Dijo la Corte Constitucional, en 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.»¹⁷

71. Luego, en **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.»¹⁸ 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 las 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).

72. Esta Subsección, en una oportunidad anterior, al resolver un caso similar al objeto de estudio, en sentencia del 5 de octubre de 2017 dentro del expediente

¹⁶ 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.

¹⁷ M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 11 de julio de 2007.

¹⁸ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 20 de junio de 2013.

radicado 66001-23-33-000-2013-00008-01(4263-13), **reconoció el derecho a la pensión de sobrevivientes entre parejas del mismo sexo** por encontrar que la parte demandante cumplió con los requisitos para acceder a ella¹⁹.

73. En ese orden de ideas, con fundamento en los razonamientos expuestos, la Sala estima que **las parejas del mismo sexo tienen igual derecho a la sustitución pensional que las parejas heterosexuales por cuanto no existe justificación constitucional o legal en el ordenamiento jurídico colombiano que avale el trato diferenciado hacia las personas que, por ejercer su libre desarrollo de la personalidad y la libertad de opción sexual se decidan por conformar una pareja homosexual como sucede en el caso en concreto.**

4.3. Compatibilidad entre la pensión gracia y la pensión de jubilación.

74. El artículo 1º de la ley 114 de 1913 creó la pensión gracia en favor de los maestros de las escuelas primarias oficiales que hubieren servido en el Magisterio por un término no menor de 20 años respecto de los cuales consagró que tienen derecho a una pensión vitalicia de conformidad con las prescripciones de dicha ley, que establece condiciones especiales en materia pensional sobre la cuantía, la posibilidad de acumular servicios prestados en diversas épocas, los requisitos que deben acreditar y ante quién deben comprobarse.

75. Posteriormente, el artículo 6º de la Ley 116 de 1928 estableció que «Los empleados y profesores de las escuelas normales y los inspectores de instrucción pública tienen derecho a la pensión de jubilación en los términos que contempla la ley 114 de 1913 y demás que a esta complementan. Para el cómputo de los años de servicio se sumarán los prestados en diversas épocas tanto en el campo de la enseñanza primaria como normalista, pudiéndose contar en aquella la que implica la inspección.»

76. Luego, el artículo 3º, inciso segundo, de la ley 37 de 1933 extendió este beneficio a los maestros «que hayan completado los años de servicio señalados en la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria»

77. Por último, el literal a) del numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 señaló:

«Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubiere desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aun en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación»

78. En cuanto a la compatibilidad de la pensión gracia con la pensión de jubilación, el ordinal a) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, dispuso:

«Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 5 de octubre de 2017. Núm. Rad. 66001-23-33-000-2013-00008-01(4263-13).

pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar a cargo total o parcial de la Nación.»

79. Quiere decir lo anterior que, a diferencia de lo interpretado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el recurso de apelación, **la pensión gracia sí es compatible con la pensión de jubilación por expresa disposición legal**, de modo que es una excepción al artículo 128 de la Constitución Política que se extiende a los beneficiarios de la sustitución pensional pues no existe norma que prescriba lo contrario, posición que ha sido consistente en esta Corporación en reiterada jurisprudencia²⁰.

80. Bajo tal entendimiento, procede la Sala a verificar si el demandante reúne los requisitos señalados en la norma para ser acreedor de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente, el señor Manuel Rodolfo Álvarez Portilla.

5. Análisis del caso concreto.

81. Como **motivo de censura** el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio planteó que la decisión de primera instancia debe ser revocada puesto que (i) la pensión de jubilación requerida no es compatible con la pensión gracia que ya le fue sustituida, (ii) el demandante no cumple con los requisitos para acceder a la sustitución pensional solicitada, específicamente no acreditó las exigencias de convivencia y dependencia económicas fijadas por el legislador y (iii) tampoco es susceptible de que se le reconozca este derecho por su condición homosexual.

82. Por su parte, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander accedió a las pretensiones del demandante porque encontró probados los requisitos legales para acceder a la sustitución solicitada y dado que no existe sustento normativo para negar el derecho reclamado por su condición sexual teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre el asunto.

83. En ese sentido, a continuación, y con el propósito de resolver los cuestionamientos formulados, se establecerá en primer lugar los hechos que se encuentran probados en el proceso, para luego proceder al análisis sustancial del asunto.

6. Hechos probados.

84. La Sala tendrá en cuenta el acervo probatorio allegado al proceso, cuya autenticidad no fue controvertida por las partes, el cual le permite tener por acreditados los siguientes hechos relevantes para resolver la controversia planteada en esta instancia:

a). Fecha de nacimiento del señor Jorge Edgar Rodríguez Salas. De acuerdo con el registro civil de nacimiento del señor Jorge Edgar Rodríguez Salas visible en folio 18 del expediente, nació el 8 de noviembre de 1965 en el municipio de Cúcuta (Norte de Santander).

b). Fecha de nacimiento del señor Manuel Rodolfo Álvarez Portilla. Según el registro civil de nacimiento que consta en folio 19 del expediente, el causante

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 28 de febrero de 2008. Rad. Núm. 73001-23-31-000-2005-02072-01(0292-07); Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 1 de febrero de 2018. Rad. Núm. 25000-23-42-000-2013-06884-01(3857-14), entre otras.

Manuel Rodolfo Álvarez Portilla nació el 19 de mayo de 1946 en el municipio de Silos (Norte de Santander).

c). Tiempo de servicios cotizados. De acuerdo con los certificados visibles en folios 21 a 24 expedidos por la Fiduprevisora S.A. y la constancia en folio 25 suscrita por el rector del Instituto Nacional de Enseñanza Media Diversificada INEM «José Eusebio Caro», el señor Manuel Rodolfo Álvarez Portilla (q.e.p.d.) trabajó como profesor adscrito al departamento de idiomas de esa Institución desde el 3 de mayo de 1971 y luego como director de unidad docente hasta el 17 de enero de 2003.

d). Reconocimiento de la pensión de jubilación del señor Manuel Rodolfo Álvarez Portilla. Mediante **Resolución número 0993 del 10 de diciembre de 2001**, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció la pensión de jubilación al señor Manuel Rodolfo Álvarez Portilla en cuantía de \$1.522.071.00 a partir del 20 de mayo de 2001, con fundamento en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988 (fols. 27 a 28).

e). Fecha de fallecimiento del causante. De conformidad con el registro civil de defunción obrante en folio 20 del expediente, el señor Manuel Rodolfo Álvarez Portilla falleció el 24 de agosto de 2003 a la edad de 57 años.

f). Acto administrativo demandado. A través del acto administrativo del 12 de diciembre de 2013 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio decidió negar el reconocimiento de la sustitución pensional solicitada por el señor Jorge Edgar Rodríguez Salas en su calidad de compañero permanente del fallecido Manuel Rodolfo Álvarez Portilla (fol. 34).

g). Reconocimiento de la sustitución de la pensión gracia. Mediante **Resolución UGM 055933 del 17 de septiembre de 2012**, CAJANAL EICE en Liquidación le reconoció al demandante la sustitución de la pensión gracia causada por el fallecido Manuel Rodolfo Álvarez en un 100% en cumplimiento de la sentencia del 4 de julio de 2012 proferida por el Juzgado 41 Penal del Circuito de Bogotá que así lo ordenó. La sustitución pensional se reconoció a partir del 25 de agosto de 1993(sic) (fols. 246 a 248).

h). Modificación de la Resolución que reconoció la sustitución de la pensión gracia. Por medio de Resolución UGM 059285 del 27 de noviembre de 2012 CAJANAL EICE en Liquidación modificó la Resolución UGM 055933 del 17 de septiembre de 2012 en el sentido de ordenar el reconocimiento de la pensión a partir del **25 de agosto de 2003**, día después a la fecha de fallecimiento del causante, y no desde el 25 de agosto de 1993 como erróneamente había sido señalado (fols. 241 a 244).

7. Análisis sustancial

7.1. ¿El señor Jorge Edgar Rodríguez Salas cumple con los requisitos de convivencia y dependencia económica para acceder a la sustitución de la pensión de jubilación causada por el señor Manuel Rodolfo Álvarez Portilla?

85. Efectuadas las precisiones en el marco jurídico en torno al derecho que tienen las parejas del mismo sexo a la pensión de sobrevivientes, y la compatibilidad entre la pensión gracia y la pensión de vejez, a continuación, la Sala de Decisión procede a resolver el problema jurídico planteado.

86. Sea lo primero indicar que de acuerdo con el Decreto 1160 de 1989 los requisitos para acceder a la sustitución pensional son tres: i) acreditar la calidad

de beneficiario, ii) demostrar que hizo vida marital con el causante un año antes de su muerte, y iii) que dependía económicamente de él.

87. En ese orden de ideas, la Sala estudiará los requisitos relacionados con la convivencia y la dependencia económica teniendo en cuenta que el recurso de apelación presentado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo se refirió a estos dos, al afirmar que de los testimonios recaudados en el proceso no se acreditó la convivencia, el apoyo mutuo y que existía duda del por qué solo después de 13 años del fallecimiento del causante el demandante se presentó a reclamar su derecho a la sustitución pensional.

88. Así las cosas, en lo que tiene que ver con estas dos exigencias se advierte en el proceso el siguiente acervo probatorio:

A. DECLARACIONES EXTRAPROCESALES:

➤ **Declaración extraprocesal del señor JORGE EDGAR RODRÍGUEZ SALAS** (fols. 37 y 184 a 185): El 26 de julio de 2013, el señor JORGE EDGAR RODRÍGUEZ SALAS declaró ante la Notaria Primera Delegada del Circulo de Bogotá que **convivió en unión marital de hecho con el señor Manuel Rodolfo Álvarez Portilla durante 14 años y 3 meses, hasta la fecha de su fallecimiento ocurrido el 24 de agosto de 2003 y que compartieron mesa, techo y lecho en forma continua y permanente e ininterrumpida hasta su deceso.** Igualmente, manifestó que **el demandante no trabaja y que siempre dependió económicamente de su compañero permanente.** De igual forma afirmó que no tenía conomimiento de herederos con mejor o igual derecho a la sustitución pensional.

➤ **Declaración extraprocesal de PEDRO ALFONSO SUÁREZ SUESCUN** (fols. 38 y 39): El 30 de mayo de 2008 y luego el 2 de mayo de 2012, el señor PEDRO ALFONSO SUÁREZ SUESCÚN declaró ante el Notario Segundo del Circulo de Cúcuta, **que conoció al señor MANUEL RODOLFO ÁLVAREZ por más de 40 años y al señor JORGE EDGAR RODRÍGUEZ SALAS desde hace 14 años, periodo de tiempo durante el cual le consta que convivieron juntos en unión marital de hecho y que compartieron lecho, techo y mesa hasta el 24 de agosto de 2003, fecha de fallecimiento del señor MANUEL RODOLFO ÁLVAREZ.** En igual sentido, aseguró que **el señor JORGE EDGAR RODRÍGUEZ SALAS dependía económicamente de él para todos los gastos de salud, manutención, alimentación, vivienda, vestuario.**

➤ **Declaración extraprocesal de FRANCISCO ALFREDO TARAZONA MONTAÑEZ** (fols. 188 a 189). El 29 de julio de 2013, el señor Francisco Alfredo Tarazona Montañez declaró ante la Notaria Séptima del Circulo de Cúcuta que conoció al señor MANUEL RODOLFO ÁLVAREZ PORTILLA desde hace diez años y que sabía que **tenía una relación desde hace 14 años con el señor JORGE EDGAR RODRÍGUEZ SALAS con quien compartió lecho, techo y mesa en unión marital de hecho hasta el momento de su fallecimiento, el 24 de agosto de 2003.** También precisó que la pareja vivía en el Conjunto Residencial Villa Andrea y que **el demandante dependía económicamente del señor MANUEL RODOLFO ÁLVAREZ PORTILLA.**

➤ **Declaración extraprocesal de CARMEN COLOMBIA CONTRERAS CÁCERES** (fol. 190 a 191): El 29 de julio de 2013, la señora CARMEN COLOMBIA CONTRERAS CACERES declaró ante la

Notaría Séptima del Circulo de Cúcuta que conoció hace 30 años al señor MANUEL RODOLFO ÁLVAREZ PORTILLA y que le consta que **convivió por más de 14 años con el señor JORGE EDGAR RODRÍGUEZ SALAS hasta la fecha de su muerte. Que vivieron de forma permanente y continua bajo el mismo techo, lecho y mesa desde el 25 de mayo de 1989 y que el señor JORGE EDGAR RODRÍGUEZ SALAS dependía económicamente del causante.**

89. Estas declaraciones extraproceso serán tenidas en cuenta por la Sala toda vez que fueron de pleno conocimiento por parte de la entidad demandada al ser incorporadas en la audiencia de pruebas del 28 de noviembre de 2017, de tal manera que tuvo la oportunidad de apreciarlas e incluso de manifestar su oposición respecto de su contenido, pero no lo hizo, razón por la cual gozan de autenticidad y se presumen veraces en relación con su contenido sobre la convivencia real y efectiva entre el demandante y el causante de la pensión.

90. En efecto, dentro del proceso existieron todas las oportunidades legales para que fueran válidamente controvertidas o solicitada su ratificación de conformidad con la potestad consagrada en el artículo 222 del CGP, sin que ello ocurriera, razones suficientes para que éstas adquieran plena eficacia jurídica y sean valoradas en conjunto con el restante material probatorio.

91. Ahora bien, durante el trámite procesal, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander decretó y practicó, por solicitud de la parte demandante, los testimonios de los señores Maylia Rodríguez Salgar y Pedro Alfonso Suárez Suescún (fols. 220 a 221 y CD fol. 223).

B.

TESTIMONIALES

- La señora **MAYLIA RODRÍGUEZ SALGAR** (0:06:02 min) manifestó que no es familiar del demandante pero que lo conoce desde hace 30 años porque era muy amiga del señor Manuel Rodolfo Álvarez Portilla a quien conoció desde hace 50 años cuando estudiaron juntos en la ciudad de Pamplona y luego trabajaron en el INEM. **Sostuvo que la relación entre los dos era de pareja, que vivían el uno para el otro** como una familia porque no había ninguna otra persona en la casa donde habitaban. Manifestó que **el demandante acompañó al causante hasta el momento de su muerte cuando le tenían que hacer diálisis cada seis horas por la enfermedad que padecía**. Indicó que los visitaba regularmente y se daba cuenta que la situación de salud del señor Manuel Rodolfo Álvarez Portilla era difícil pero que el señor Jorge Edgar Rodríguez Salas siempre estuvo a su lado.

Ante la pregunta de la apoderada del Municipio de San José de Cúcuta sobre la demora del demandante en solicitar la pensión, la testigo afirmó que sabía que el señor Jorge Edgar Rodríguez Salas no la había pedido porque no tenía conocimiento si tenía derecho, le daba miedo que se la negarán por ser homosexual y temía ser rechazado por su condición, pero la necesidad lo obligó a pedirla.

- El señor **PEDRO ALFONSO SUAREZ SUESCÚN** (00:229:46 a 00:46:22 min), fue congruente con la declaración extraprocesal al indicar que conoce al demandante porque era amigo del señor Manuel Rodolfo Álvarez Portilla desde niños, que sus papás conocían a los papás del causante con el que después fue vecino de vivienda en la Avenida Los Libertadores en los Bloques de Zulima en Cúcuta. **Aseguró que el núcleo familiar del demandante estaba conformado por ellos dos**, que ninguno tenía hijos matrimoniales ni extramatrimoniales. Relató que él y su esposa invitaban con frecuencia a la

pareja a almorzar o a jugar y que siempre iban juntos a visitarlos. Informó que **el señor Manuel Rodolfo Álvarez Portilla murió por una enfermedad relacionada con el azúcar y que le debían hacer diálisis en los últimos 3 a 4 años de vida y que en todo momento estaba acompañado por el señor Jorge Edgar Rodríguez Salas.**

Destacó el testigo que **el demandante dependía económicamente del causante** y que se afectó físicamente y emocionalmente por la muerte de su pareja, que luego del fallecimiento desmejoró mucho y no parecía la persona de antes, que se le veía muy mal.

92. Es evidente que los testigos fueron contestes en describir las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló la convivencia entre el demandante y el causante de la pensión, señor Manuel Rodolfo Álvarez Portilla.

93. Así las cosas, de acuerdo con las declaraciones extraprocesales aportadas y los testimonios reseñados, la Subsección concluye que se encuentra demostrada la existencia de una relación de pareja con vínculos afectivos, de solidaridad y de comprensión mutua entre el señor Jorge Edgar Rodríguez Salas y el causante Manuel Rodolfo Álvarez Portilla hasta el momento de su fallecimiento, con lo cual se muestra evidente que el demandante sí cumplió con los requisitos de convivencia y dependencia exigidos por la Ley para acceder a la sustitución de la pensión de jubilación.

94. En efecto, los medios de prueba recaudados tales como las declaraciones extraproceso y los testimonios son congruentes en torno a que la pareja convivió por 14 años y que el demandante acompañó a su pareja, el señor Manuel Rodolfo Álvarez Portilla, hasta el momento de su muerte cuando debían hacerle diálisis por la enfermedad que padecía. De igual forma concuerdan en que el señor Jorge Edgar Rodríguez Salas dependía económicamente de él quien proveía todos los gastos irrogados por la pareja.

95. Específicamente sobre la dependencia y la duda que expone la entidad demandada en el recurso de apelación, la Subsección considera que la sustitución pensional es un derecho que se causa constantemente, que no existe un término para solicitarlo y que para el caso resulta válida la respuesta de la testigo quien asegura que el demandante tenía temor de reclamar su derecho por el rechazo al ser una pareja homosexual, como efectivamente sucedió cuando el Fondo se negó a reconocerlo por el simple hecho de su condición sexual.

96. Para comprender la situación del demandante, basta con poner de presente el trato discriminatorio del cual ha sido víctima la población homosexual, en palabras de la Corte Constitucional:

«La población LGBTI constituye un grupo históricamente marginado por el Estado, la sociedad y la familia, en las distintas facetas y formas, de manera individual y colectiva, de manera expresa y sutil, en público y en privado, directa e indirectamente, consciente e inconscientemente. La población LGBTI vive luchando contra estigmas y estereotipos que los persiguen y excluyen tanto en espacios públicos como privados, por lo que no pueden vivir tranquilamente en una sociedad cargada de prejuicios, imaginarios colectivos y visuales homofóbicos que hacen que se perpetúe la discriminación. En ese contexto, la población LGBTI permanece segregada en una sociedad que por no aceptar la diferencia prefiere invisibilizarla, acentuando más la problemática de inequidad y desigualdad que afrontan quienes pertenecen a dicho grupo porque como “minoría sexual” quedan al margen de las leyes, políticas públicas, programas de atención, acceso a servicios asistenciales y demás mecanismos de acción del Estado y la sociedad, lo cual significa que todas existen

sin un enfoque diferencial.»²¹.

97. En el contexto expuesto, se logra interpretar el temor del demandante de solicitar su derecho a la sustitución pensional como compañero permanente dada la segregación a la que se ven sometidas las personas sexualmente diversas; pensar lo contrario es desconocer el escenario mencionado e interpretar el hecho desfavorablemente al interesado, en otras palabras, incurrir en una revictimización por su condición sexual tal como sucedió con la respuesta dada por la entidad demandada como motivo para negar su condición de beneficiario a la sustitución pensional.

98. Así las cosas, le asiste razón al *a quo* al declarar la nulidad del acto administrativo demandado por incurrir en infracción de normas superiores y reconocer el derecho a la sustitución pensional del demandante, toda vez que cumplió con todos los requisitos para acceder a dicha prestación.

99. Para la Sala, el acto administrativo demandado del 12 de diciembre de 2013, proferido por la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta se encuentra viciado de nulidad por infracción de las normas en que debería fundarse²² puesto que si bien el Fondo aplicó las normas pertinentes para resolver el asunto, la Ley 91 de 1989 y el Decreto 1160 de 1989, incurrió en una interpretación errónea de las mismas teniendo en cuenta que para el momento de su expedición, el 12 de diciembre de 2013, ya se encontraba vigente la **sentencia C-336 de 2008** según la cual las parejas del mismo sexo tienen derecho a la pensión de sobrevivientes.

100. Quiere decir lo anterior que al momento de responder el requerimiento hecho por el demandante el Fondo debió aplicar las normas referidas, interpretándolas al tenor de lo señalado por la Corte Constitucional al expresar que:

«se debe tener en cuenta el sistema axiológico propio del **Estado social de derecho**, al interior del cual **existen valores, principios, disposiciones y normas que prevalecen**, entre ellos los relacionados con la protección a la dignidad de la persona humana, el pluralismo, el libre desarrollo de la personalidad y su corolario, esto es la libertad de opción sexual, los cuales, desde una perspectiva constitucional, **no pueden resultar abolidos en beneficio de derechos e intereses jurídicamente subalternos, como serían la defensa a ultranza de la libertad de configuración legislativa y, derivada de ésta, la posibilidad de excluir del sistema de seguridad social en pensiones a un grupo de la sociedad habitualmente discriminado como lo es la comunidad homosexual.**»

101. De acuerdo con lo expuesto, el Fondo interpretó mal la norma aplicable y con ello **vulneró los derechos fundamentales a la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, libertad sexual y seguridad social del señor Jorge Edgar Rodríguez Salas** toda vez que, en lugar de estudiar si cumplía o no con los requisitos para acceder a la sustitución pensional pretendida decidió descartar su solicitud en razón a su condición sexual.

102. A propósito, sobre la evidente transgresión a los derechos fundamentales del demandante con sustento en un argumento manifiestamente inconstitucional y discriminatorio, la Subsección recuerda que el control de convencionalidad se creó

²¹ Corte Constitucional. Sentencia T-077 de 2016.

²² El artículo 137 del CPACA consagra, entre otras causales de nulidad, la infracción de las normas en que deberían fundarse, la cual se configura, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación²², en una de las siguientes situaciones: i) falta de aplicación, ii) aplicación indebida o, iii) interpretación errónea. Este último supuesto ocurre cuando la administración aplica una norma que regula el asunto a su consideración, pero la interpreta erróneamente.

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.

103. 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.

104. 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 jurisdiccionales, cuando esta actuación queda sujeta a revisión por parte del tribunal que ejerce el control»²³.

104. En el ámbito del bloque de constitucionalidad, en el derecho colombiano se encuentran incorporadas las normas sobre derechos fundamentales y desde esa perspectiva en el contexto de la reparación integral a las víctimas, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 63.1. dispone la reparación integral.

105. A partir del año 1991, en el caso Aloeboetoe vs. Suriname la CIDH decidió ordenar medidas de reparación diferentes a las pecuniarias como la reapertura de una «escuela sita(sic) en Gujaba y dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994 y poner en operación en el curso de ese año el dispensario existente en ese lugar.»²⁴

106. Dentro dichas medidas de reparación simbólica, se pueden encontrar las **llamadas garantías de no repetición** que pueden entenderse como el conjunto de medidas requeridas, en un contexto nacional y regional, para que cesen las violaciones a los derechos humanos y al DIH. Estas medidas apuntan a cambios

²³ 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.

²⁴ San José de Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 10 de septiembre de 1993, Reparaciones y Costas. Caso Aloeboetoe y otros vs Surinam. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos; 1993. Párrafo 116. Recuperado el 10 de abril de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf

estructurales o formales en el funcionamiento del Estado y en la sociedad para que desaparezcan las causas de estas violaciones.²⁵

107. La Corte Constitucional ha indicado que la garantía de no repetición está conformada por las acciones orientadas a impedir que se vuelvan a realizar las conductas que afectaron los derechos de las víctimas, las cuales se deben adecuar a la magnitud y naturaleza de la ofensa.²⁶ Igualmente, se ha establecido que tal garantía está relacionada con la obligación del Estado de prevenir las graves violaciones de los DDHH a través de medidas jurídicas, políticas, administrativas y culturales que permitan la protección de los derechos.^{27 28}

108. En las garantías de no repetición, el Estado debe adoptar proyectos y programas que comprendan acciones afirmativas, económicas y políticas, cuando las violaciones graves y manifiestas a las normas Internacionales de Derechos Humanos ya se han consumado, con el fin de que las víctimas no vuelvan a sufrir estas violaciones. Estas medidas están encaminadas también a definitivamente modificar dispositivos y conductas que promuevan tales violaciones, al cese de los grupos armados ilegales, y al desarrollo de políticas de protección y promoción de los derechos humanos.²⁹

7.26. En ese sentido, las garantías de no repetición se configuran en las medidas que debe adoptar el Estado infractor con el propósito de que la violación de los derechos humanos causada no se vuelva a repetir.

109. A propósito, la Sala advierte que en el caso Duque vs Colombia -el cual presenta idénticas circunstancias al *sub examine*- la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió condenar al Estado Colombiano por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación establecido en el artículo 24 de la Convención, en perjuicio del señor Duque toda vez que no se le permitió acceder en condiciones de igualdad a **la pensión de sobrevivencia establecida en la normatividad interna colombiana en razón a su condición sexual, tal como sucedió en el presente asunto.**

110. En ese sentido, la Sala de Subsección rechaza cualquier acto discriminatorio contra la población vulnerable LGTBI y particularmente la discriminación ejercida por la entidad demandada contra el señor Jorge Edgar Rodríguez Salas, por lo tanto, como garantía de no repetición a estos hechos, se ordenará a la entidad demandada que en un término no mayor a 30 días siguientes a la notificación de la presente providencia, capacite a sus empleados sobre diversidad sexual y protección de los derechos de la población LGTBI frente al acceso de los derechos pensionales.

111. Lo anterior con el propósito de no incurrir nuevamente en los hechos que dieron origen al presente proceso, el cual dilata de forma flagrante la justicia al

25 Guía para la construcción de garantías de no repetición en Colombia / Carolina Suárez Baquero ... [et al.] ; compilador Manuel Páez Ramírez. -- Bogotá: Fundación Social, 2013. Recuperado el 24 de abril de 2015 de: http://www.proyectossocialesdirectos.org/images/archivos_links_noticias/Gu%C3%ADa_garant%C3%ADas_no_repetici%C3%B3n.pdf

26 Cit de cit. sentencia de la Corte Constitucional C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

27 Cit. de cit. Sentencia de la Corte Constitucional C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

28 Sentencia de la Corte Constitucional T-772 de 2015m M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

29 González, Bárbara. "La ruta de los derechos de las víctimas. Las garantías de No repetición y las Medidas de Prevención y Protección para las víctimas." Recuperado el 26 de junio de 2017 de: http://viva.org.co/pdfs/victimas/La_Ruta_de_los_Derechos_de_las_Victimas.pdf

justificar la negativa a una sustitución pensional por una razón que claramente es inconstitucional y contraria al artículo 24 de la Convención.

112. Por último, la Sala encuentra pertinente resaltar que la protección jurisprudencial de la comunidad LGBTI contra cualquier forma de discriminación originada en la orientación sexual, constituye hoy en día una tendencia contemporánea en varios países.

113. A guisa de ejemplo y para destacar algunas decisiones judiciales adoptadas en el derecho comparado, vemos cómo el pasado 15 de junio de 2020, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en un fallo histórico proferido en el caso *Bostock vs Clayton County, Georgia*³⁰, garantizó los derechos de un empleado que fue despedido de su trabajo en un condado de Georgia, por el solo hecho de vincularse a una liga de softbol gay. En la decisión la Corte sostuvo que el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, prohíbe la discriminación «por razones de género» lo cual incluye a los empleados homosexuales y transgénero.

114. Tres meses antes, la Suprema Corte de la Región Administrativa Especial de Hong Kong en el caso *Nick Infinger vs The Hong Kong Housing Authority*³¹ ordenó a las autoridades tramitar y decidir las solicitudes de vivienda presentadas por parejas del mismo sexo, en la misma forma como se tramitan y deciden las solicitudes radicadas por parejas heterosexuales, luego que se le negara al señor Nick Infinger y a su esposo la solicitud de asignación de una vivienda pública, bajo el argumento de que no tenían derecho a ella por no estar dentro de la categoría de “familia ordinaria”.

114. Con la misma orientación, el pasado 14 de enero de 2020, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Lazarević v. Bosnia and Herzegovina*, condenó al Estado de Bosnia y Herzegovina por su pasividad, frente a la persecución que sufrió una pareja homosexual tras publicar en la red social “Facebook” una foto suya besándose. En su providencia, el Tribunal de Estrasburgo hizo un llamado de atención a proteger a la comunidad LGBTI frente a los delitos de odio y discriminación, y fijó una indemnización a favor de las víctimas por valor de 5.000 euros³².

116. En el escenario latinoamericano, vemos cómo en el año 2015, la Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de México amparó los derechos de la comunidad LGBTI al disponer que «la ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad del matrimonio es la procreación y/o que lo defina como el que vínculo que se celebra entre un hombre y una mujer, resulta a todas luces inconstitucional»³³ pues advirtió que cualquier discriminación basada en la orientación sexual de la persona se encuentra proscrita.

³⁰ Al respecto consultar: https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-1618_hfci.pdf

³¹ A propósito consultar: https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/search/search_result_detail_frame.jsp?DIS=126959&QS=%2B&TP=JU&ILAN=en

³² Ese mismo Tribunal, mucho tiempo antes, el 27 de septiembre de 1999, había resuelto en el caso *Lustig-Prean y Beckett, y Smith y Grady contra Reino Unido* sobre el despido de cuatro miembros de las Fuerzas Armadas Británicas que fueron investigados y expulsados por su condición homosexual que el Reino Unido había vulnerado con dicha conducta el respeto a la vida privada dispuesto en el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

³³ La decisión está disponible en la página web de la Suprema Corte de Justicia de México: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2009407&Clase=DetalleTesisBL#>

117. Por su parte, el 28 de junio 2011, la Corte Suprema de Justicia de Argentina definió favorablemente el caso de una persona que solicitó la pensión por el fallecimiento de su pareja del mismo sexo, partiendo del presupuesto de que las personas que forman parte de la comunidad LGBTI también tenían derecho a esta prestación sin discriminación alguna. En ese sentido recordó que «la naturaleza “sustitutiva” de determinadas prestaciones de la seguridad social como la aquí en disputa, “que es uno de los pilares fundamentales en que se apoya la materia previsional” (Fallos: 327:5566 y sus citas), debe exhibir la amplitud necesaria para abarcar los nexos de solidaridad y asistencia que, de modo concreto y continuo, establecen las personas humanas entre sí para satisfacer regularmente las necesidades materiales de la vida, y cuya extinción, por causa de la muerte de la beneficiaria, produce a la supérstite una afectación económica desfavorable para seguir afrontando dichas necesidades, derivadas de la pérdida de los ingresos provenientes del causante»³⁴

118. Lo expuesto en precedencia pone de manifiesto la necesidad de avanzar en la garantía de los derechos fundamentales de las personas sexualmente diversas, más aún cuando la misma Carta Política de 1991 estableció un régimen jurídico esencialmente inclusivo, en el cual debemos caber todos los habitantes del territorio nacional.

6. Condena en costas

119. El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho, los llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

120. Atendiendo esa orientación y de acuerdo con el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso, hay lugar a condenar en costas de segunda instancia a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio toda vez que la providencia recurrida fue confirmada.

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 y por autoridad de la Ley.

FALLA:

PRIMERO.

CONFIRMAR la sentencia del 6 de julio de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que accedió a las pretensiones de la demanda presentada por el señor JORGE EDGAR RODRÍGUEZ SALAS contra la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

³⁴ La sentencia se puede consultar en el siguiente link de la Corte Suprema de Justicia de Argentina:
<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?iDDocumento=56121&cache=1596350898299>

SEGUNDO.

A título de garantía de no repetición **ORDENAR** a la Nación-Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que en un término no mayor a 30 días siguientes a la notificación de la presente sentencia, establezca un programa de capacitación a sus empleados sobre diversidad sexual y la protección de los derechos de la población LGTBI frente al acceso de los derechos pensionales a su cargo, en el cual se haga énfasis en lo relativo a la sustitución pensional entre parejas del mismo sexo, de acuerdo con el precedente de la Corte Constitucional citado en la parte considerativa de esta decisión, con el propósito de proteger los derechos humanos de las minorías que por su diversidad sexual son objeto de discriminación por parte de dicha entidad.

TERCERO.

CONDENAR en costas de segunda instancia a la Nación-Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con fundamento en las razones expuestas en esta providencia.

CUARTO.

En firme esta decisión devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

QUINTO.

Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI” y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS