



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA

EDICTO No. 319

P.D. No. 3
SUBSECCION "A"

LA SUSCRITA SECRETARIA, DE LA SECCION SEGUNDA DEL CONSEJO DE ESTADO.
POR MEDIO DE LA PRESENTE, NOTIFICA A LAS PARTES, LA SENTENCIA DICTADA EN EL EXPEDIENTE No. 9539718-(2472).

CONSEJERO PONENTE: DR. NICOLAS PAJARO PEÑARANDA.

DEMANDANTE: ALVARO CASADIEGO LOPEZ.

ENTIDAD DEMANDADA: FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA.

NATURALEZA: AUTORIDADES NACIONALES.

FECHA DE SENTENCIA: JULIO DIECINUEVE (19) DEL DOS MIL (2000).

EL PRESENTE EDICTO, SE FIJA EN LUGAR PUBLICO VISIBLE DE LA SECRETARIA DE LA SECCION, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.

HOY, 31 OCT 2000 A LAS OCHO (8) DE LA MAÑANA.

ENEIDA WADNIPAR RAMOS
Secretaria



conformar una pareja con una persona del mismo sexo, pertenece a la esfera íntima de la persona, que, por demás, dicha escogencia es protegida constitucionalmente en cuanto hace parte de su libre autodeterminación y libertad, mal puede negarse el derecho a la sustitución pensional, cuando se cumplan con los requisitos que la ley ha exigido para ser acreedor a tal prestación.

Indudablemente en la sentencia de la cual respetuosamente me aparto, se esta dando un trato desigual al compañero o compañera homosexual, pues por el hecho de serlo se le priva de la protección que el Estado consagró, permitiendo así una especie de castigo para quien no comparta la orientación sexual de la mayoría, lo cual necesariamente viola el ordenamiento constitucional.

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil (2000).

ANA MARGARITA OLAYA FORERO

Consejera



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. Estos requisitos fueron acreditados en el plenario.

Estos preceptos sobre sustitución pensional, interpretados frente a los artículos 13, 15 y 16 de la Carta Política, hubieran bastado para resolver el caso sometido a la Sala en sentido favorable a las pretensiones, pues tales normas permiten comprender a los compañeros permanentes del mismo sexo, siempre, claro está, se demuestre que los requisitos de convivencia allí señalados se dieron. Se podría decir que esa no fue la otrora intención del precepto; sin embargo, resulta evidente que el legislador está en la imposibilidad de prever las hipótesis infinitamente numerosas y complejas producto de la vida social; por ello, no en pocas ocasiones, un texto legal sólo adquiere sentido si es colocado en el marco de las disposiciones que lo acompañan: por tal razón, puede decirse, en una sana hermenéutica, que para encontrar el verdadero sentido de una disposición legal hay que transportarla al medio presente, y ese debe ser el papel del fallador.

Insisto pues en el hecho de que si el Constituyente no prohíbe ni sanciona el homosexualismo y que, por el contrario, la opción sexual de



Exp. 24/2/98
Salvamento Voto

sus conductas sexuales no sean las mismas que adopta la mayoría de la población, no justifica un tratamiento desigual.

Discriminar a una minoría - los homosexuales lo son - de unos derechos que como el discutido en el proceso, apuntan a la protección de la pareja, sólo por razones de orden sexual, se opone ciertamente al principio de igualdad que consagra la Carta Política.

Ahora bien, al tenor de la Ley 71 de 1988, norma que gobernaba el caso de cuyo fallo me aparto, el criterio material "convivencia entre parejas", es reconocido como uno de los factores determinantes para tener derecho a la sustitución pensional.

Para efectos de la sustitución pensional, según mandato del artículo 12 del Decreto Reglamentario 1160 de 1989, se admitirá la calidad de compañero permanente o compañera permanente a quien haya hecho vida marital con el causante durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento de éste o en el lapso establecido en regímenes especiales.

La calidad de compañero permanente, según el artículo 13 del citado Decreto Reglamentario, se podrá establecer con la inscripción



En este punto resulta interesante retomar el estudio que hizo la Corte Constitucional al declarar inexecutable el literal b) del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979 (Estatuto Docente) que consagraba el homosexualismo como causal de mala conducta. (Sentencia C-481 del 9 de septiembre de 1998. Magistrado Ponente: Dr: Alejandro Martínez Caballero.). En los siguientes términos se expresó la Corte en la citada sentencia:

“En síntesis, conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, es claro que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, ni una anomalía patológica, que deba ser curada o combatida, sino que constituye una orientación sexual legítima, que constituye un elemento esencial e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad (C.P. arts. 13 y 16). Todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la Carta y es explícitamente rechazado por esta Corporación. En ese mismo orden de ideas, toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto...”.

Es claro entonces que la Carta Política protege válidamente la orientación homosexual, se considere ésta de origen biológico - genético, producto de un desorden psicológico; o el ejercicio libre de la persona de tomar esa opción sexual. en esa medida, los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación en razón de esa condición, ya que el hecho de que



En todo este discurrir, es necesario precisar que en el ordenamiento constitucional colombiano resulta irrelevante el debate que surge en el campo científico sobre si la homosexualidad es una consecuencia directa de la programación hormonal prenatal, o si estos factores hereditarios en la medida en que ellos existen, actúan recíprocamente a su vez con influencias sociales aprendidas, o son estas solas conductas las que llevan a tomar esa opción sexual, como quiera que la Carta Política no sólo prohíbe la discriminación por razón de sexo (artículo 13) sino que, además, garantiza los derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad (artículos 15 y 16).

De tal manera que así se acoja cualesquiera de las teorías científicas, la opción homosexual es protegida en la Carta Magna, pues si se considera que el ser homosexual tiene un origen biológico - genético, discriminar a la persona por el hecho de serlo, resulta violatorio de la igualdad; por el contrario, si se acepta que la condición de homosexual no tiene raíces biológicas, sino que es una opción individual, no se podría discriminar a las personas que han escogido tal opción, pues se estaría coartando la autonomía que tienen las personas para autodeterminarse, es decir, para darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida, siempre y cuando no se afecten los derechos de los terceros.



De otra parte, si el derecho a la libre opción sexual está garantizado por la Carta Política; es mi férrea convicción de que en la interpretación que se haga de las normas sobre sustitución pensional, en cuanto al primer orden de beneficiarios, no puede excluirse a la pareja homosexual, si han hecho vida común, pues ello infringe el artículo 13 de la Carta Política.

Y si el constituyente protege el derecho fundamental a la libre opción sexual y el legislador protege a la pareja como tal, cuyo compañero o compañera fallece, para ser acreedor a la sustitución pensional, me pregunto, qué impedimento existe para que tal prestación se otorgue a una persona que no comparte los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría y que sin embargo ha hecho una comunidad de vida con su pareja, acreditando los requisitos de convivencia para tener derecho a dicha prestación.

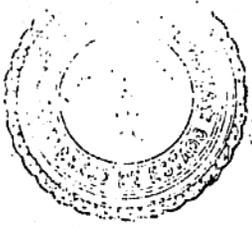
El problema sin duda es muy complejo, pues la conducta sexual y las preferencias sexuales están cargadas de significado moral y religioso; por lo menos, se puede decir que la conducta sexual es moralmente polémica. No obstante, considero que el juzgador al examinar prescripciones de derecho como la sustitución pensional, debe prescindir de cualquier valoración sobre la intimidad de las conciencias.

143
143



denominarán *compañero y compañera permanentes, siempre que se cumplan las demás exigencias previstas en el ordenamiento jurídico, a fin de que pueda tener lugar, entre otras cosas, la sustitución pensional.*”; sin embargo, otra es mi perspectiva, ya que considero, de una parte, que si bien la familia es protegida por las normas que prescriben la sustitución pensional, no es el único bien jurídico que tales disposiciones prohijan. Basta pensar en los demás órdenes de beneficiarios que consagra la legislación, como son los hermanos inválidos y los padres del causante, para concluir que la familia, como define su conformación el artículo 42 de la Constitución Política- “ por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”, no es la única finalidad a la que apuntan dichas disposiciones.

Es más, un repaso histórico de las normas que extendieron la sustitución pensional a los compañeros o compañeras permanentes del causante pensionado o con derecho a pensión (Ley 12 de 1975, 113 de 1985 y 71 de 1988), las cuales fueron dictadas bajo la Constitución anterior que no reconocía la familia natural, rebate palmariamente el fin único que encontró la Sala en las disposiciones sobre sustitución pensional. Existían, es cierto, preceptos legales que se referían a los hijos de las uniones de hecho y al régimen patrimonial entre compañeros permanentes (Ley 54 de 1990), pero



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

SALVAMENTO DE VOTO DRA. ANA MARGARITA OLAYA FORERO

REF. EXPEDIENTE 2472

AUTORIDADES NACIONALES

Con el debido respeto me aparté de la decisión mayoritaria, pues, en mi sentir, la interpretación de las normas sobre sustitución pensional frente a la Constitución Política y las pruebas obrantes en el plenario, imponían conceder dicha prestación.

El fallo consideró que el artículo 42 de la Constitución Política en forma alguna permite que la sustitución pensional pueda otorgarse al compañero del causante - hombre o a la compañera de la causante - mujer, porque tal prestación, según palabras de la sentencia, es *"un mecanismo para brindarle protección a la unión heterosexual constitutiva de la célula familiar"*; unión que de no estar basada en el lazo matrimonial puede ostentar su fundamento en la unión de hecho, cuyos integrantes se

144



MYRIAM C. VIRACAHÁS.
Secretaria Ad hoc

EXPEDIENTE. No 2472



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

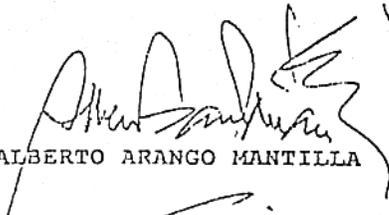
F A L L A :

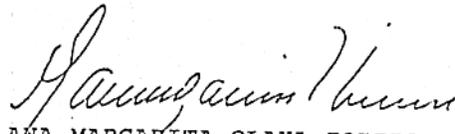
CONFIRMASE la sentencia de fecha 12 de junio de 1998, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el asunto de la referencia.

Devuélvase el expediente al Tribunal de Origen.

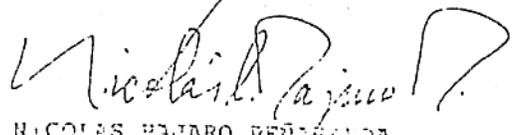
COPIESE, NOTIFIQUESE PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada aprobada y ordenada su publicación por la Sala en sesión de diecinueve de julio de dos mil.


ALBERTO ARANGO MANTILLA


ANA MARGARITA OLAYA FORERO

SALVA VOTO


NICOLAS BUJARO PENARANDA

145
145



EXP. 1191/1994

Constitucional y legal, entendido éste de manera sistemática; ni se vislumbra propósito religioso alguno.

5. Si, pues, es la unión de hombre y mujer, en la forma prevista en el artículo 42 de la C.P., la que tiene el poder de conformar una familia y es ésta, como se acaba de señalar, la que goza de protección total, como cuando se regulan fenómenos como el de la sustitución pensional, no se le encuentra consistencia a la afirmación del recurrente en el sentido de que se incurrió en yerro al prescribirse en el artículo 10 del decreto 1889 de 1994 que sólo era viable la sustitución pensional entre personas de diferente sexo.

Por consiguiente, si la unión de personas del mismo sexo está por fuera de la regulación legal dicha, no es admisible que se argumente trato discriminatorio de ninguna naturaleza, ni que se alegue quebranto al principio de la igualdad, pues situaciones jurídicas tan disímiles no pueden producir idénticos efectos jurídicos, ni están sujetas al mismo tratamiento.

No sobra anotar, por último, que no se observa que con los actos administrativos acusados se haya transgredido el derecho a la intimidad, pues ellos no constituyen intromisión en la relación estrecha que pudieron mantener el actor y el fallecido; simplemente se limitan, luego del examen de los hechos y de las normas jurídicas aplicables, a denegar la pretendida sustitución pensional.

Finalmente, tampoco se vislumbra transgresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues los homosexuales pueden llevar o haber llevado sus vidas como mejor les haya parecido; pero eso no obliga a las autoridades a reconocerles derechos que no han sido consagrados a su favor.



motivación falsa, pues lo expuesto en el acto constituye una interpretación de los hechos que planteó el peticionario y una fijación del sentido de las normas reguladoras de la sustitución pensional. Así lo entendió el a quo; por lo cual su decisión no adolece de error alguno sobre el particular.

4. El artículo 42 de la C.P. en su primer párrafo prescribe que "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla".

De conformidad con el precepto constitucional transcrito el fundamento de la célula familiar lo constituye, ante todo, una decisión autónoma y coordinada de un varón y una mujer, bien sea por medio del matrimonio, que puede ser civil o religioso, bien por la voluntad de ellos fuera de éste, pero de modo responsable. En todo caso, es menester que se trate del consentimiento de personas de sexo diferente. Y es esta unión, natural o jurídica, la que goza de especial protección del Estado y de la sociedad.

La sustitución pensional es, en sentir de la Sala, un mecanismo para brindarle protección a la unión heterosexual constitutiva de la célula familiar; unión que de no estar basada en el lazo matrimonial puede ostentar su fundamento en la unión de hecho, cuyos integrantes se denominarán compañero y compañera permanentes, siempre que se cumplan las demás exigencias previstas en el ordenamiento jurídico, a fin de que pueda tener lugar, entre otras cosas, la sustitución pensional.

Así las cosas, no se aprecia que con las resoluciones acusadas se haya buscado por la administración un fin distinto del consagrado en el ordenamiento

1416/4



EXPEDIENTE

impugnada persiguió un fin religioso cultural egoísta, ajeno al alcance del art. 42 de la C.P.. Que, finalmente, la ley no establece como requisito para que se acceda a la sustitución pensional la existencia de un hombre y una mujer, lo que conduce a la transgresión del principio de la igualdad consagrada en el ordenamiento constitucional, amén de que se violó en igual forma el derecho a la intimidad.

2. Se observa, en primer término, que el tema de la irregularidad de la resolución 0569 de 1995 no fue tratado por el recurrente en su escrito de sustentación del recurso de apelación, razón por la cual, de conformidad con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, resulta innecesario aludirlo, por circunscribirse la competencia del superior al estudio de las razones expuestas para fundamentar el recurso interpuesto contra el fallo de primer grado.

3. Por otra parte, el estudio efectuado por el Tribunal precisa con claridad meridiana el contenido de la decisión administrativa impugnada, la cual, basada en textos constitucionales y legales, concluye que sólo pueden llamarse compañeros permanentes el hombre y la mujer que conformen una unión marital de hecho. Por eso estima la Dirección General del Fondo de Previsión social del Congreso de la República que " desde el punto de vista legal y jurisprudencial no existe base alguna que permita proceder al reconocimiento del derecho a la sustitución pensional en el caso concreto, si tenemos en cuenta que la Constitución Nacional señala que 'La familia se constituye por la decisión libre de un hombre y una mujer.. sin que quepa dentro de esta un vínculo entre personas con identidad de sexo'".

Fluye de lo anterior que el tema estudiado por la demandada no es sino el que se le planteó con la aspiración del interesado. Claro que para llegar a tal conclusión requirió del examen de normas y aspectos relacionados con el punto principal, sin que ello constituya



La impugnación:

La parte recurrente reitera los planteamientos hechos en su demanda. e insiste en que el homosexualismo goza de protección legal; que lo propio ocurre con los concubinos o compañeros en asuntos pensionales; que si la constitución protege el homosexualismo mal se hizo cuando se expidió el decreto 1889 de 1994 y se expresó en su artículo 10 que sólo las parejas de sexo diferente podían sustituirse en la pensión; por lo que debe dársele prelación al derecho sustancial, ya que los arts 1-13-16 y 38 de la C.P. " prevén el derecho de asociación, derecho de toda persona a la dignidad humana, el derecho a no ser discriminado por razón del sexo y el derecho del libre desarrollo de la personalidad ".

Por último alega el impugnador del fallo de primer grado que el derecho a la intimidad tiene protección constitucional y por ende debe ser respetado y no ser objeto de discriminación.

Consideraciones:

1. Como se dejó precisado al comienzo de esta providencia, las razones que aduce el demandante para impugnar la decisión administrativa que le denegó la sustitución pensional que disfrutó en vida la persona que señala como su compañero son las siguientes: Que se notificó de modo indebido el edicto por el cual se le dio publicidad ala resolución 569 de 1995, que confirmó la 0198 del 19 de abril de ese mismo año, cuando resolvió la reposición que se había propuesto contra ésta. Que, además, lo resuelto se motivó falsamente, pues lo que se pidió fue el reconocimiento de una sustitución pensional, sin que se planteara nada sobre la existencia de régimen patrimonial alguno. Que del mismo modo se incurrió en desviación de poder, pues la actuación

147 143



Comparte el Tribunal lo expuesto en las consideraciones de los actos acusados con respecto al sentido del artículo 42 de la C.P pues el término pareja que en esta norma se utiliza debe entenderse, en cuanto elemento estructural de la familia, " a la unión libre y responsable de un hombre y una mujer, para conformarla, sea por vínculos naturales o jurídico formales, lo cual no permite, de conformidad con la Constitución Política, llegar a la conclusión de que se otorgue la sustitución pensional a quien formó parte de una relación homosexual.

En cuanto al cargo relativo a la desviación de poder, estima el Tribunal que no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos impugnados, los cuales se refirieron al tema planteado precisando la diferencia entre el libre desarrollo de la personalidad, que goza de protección del Estado, y el derecho a la sustitución pensional. Y precisa que " si bien es cierto que las personas tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad, también lo es que ello no implica persé, que puedan acceder a todo tipo de derechos sin cumplir los requisitos que constitucional y legalmente se establezcan para cada caso,".

Finalmente, con respecto a los argumentos planteados en el sentido de que con la decisión denegatoria de la sustitución pensional se incurrió en trato discriminatorio y desigual a las parejas de homosexuales concluye el a-quo que por no tener éstas la virtud de conformar una familia, no pueden pretender el mismo trato que se da, en cuanto a sustitución pensional, a las parejas heterosexuales, de cuya unión libre y responsable surge la conformación de un vínculo familiar, fundamento de la sociedad, y a la cual se contrae el Decreto 1160 de 1989.



Comparte el Tribunal lo expuesto en las consideraciones de los actos acusados con respecto al sentido del artículo 42 de la C.P pues el término pareja que en esta norma se utiliza debe entenderse, en cuanto elemento estructural de la familia, " a la unión libre y responsable de un hombre y una mujer, para conformarla, sea por vínculos naturales o jurídico formales, lo cual no permite, de conformidad con la Constitución Política, llegar a la conclusión de que se otorgue la sustitución pensional a quien formó parte de una relación homosexual.

En cuanto al cargo relativo a la desviación de poder, estima el Tribunal que no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos impugnados, los cuales se refirieron al tema planteado precisando la diferencia entre el libre desarrollo de la personalidad, que goza de protección del Estado, y el derecho a la sustitución pensional. Y precisa que " si bien es cierto que las personas tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad, también lo es que ello no implica persé, que puedan acceder a todo tipo de derechos sin cumplir los requisitos que constitucional y legalmente se establezcan para cada caso,".

Finalmente, con respecto a los argumentos planteados en el sentido de que con la decisión denegatoria de la sustitución pensional se incurrió en trato discriminatorio y desigual a las parejas de homosexuales concluye el a-quo que por no tener éstas la virtud de conformar una familia, no pueden pretender el mismo trato que se da, en cuanto a sustitución pensional, a las parejas heterosexuales, de cuya unión libre y responsable surge la conformación de un vínculo familiar, fundamento de la sociedad, y a la cual se contrae el decreto 1160 de 1989.

148/98



Respuesta a la demanda.

La entidad demandada, en tiempo se opuso a las súplicas de la demanda manifestando que no existe fundamento que permita hacer el reconocimiento de la sustitución pensional pretendida.

La providencia recurrida

El tribunal manifestó que no estaba llamada a prosperar la primera censura por cuanto " las notificaciones no hacen parte de los actos administrativos, no son requisito formal ni esencial de su configuración, sino trámites posteriores que tienen razón de ser en cuanto mediante las mismas, la administración da a conocer sus decisiones con la virtuosidad de volverlas eficaces una vez queden en firme"; amén de que el interesado, luego de conocer el contenido del pronunciamiento de la administración, instauró de manera oportuna la acción pertinente sin que se vislumbre quebranto de su derecho de fefensa.

Agrega el a-quo que la alusión que hizo la entidad demandada en el acto impugnado al artículo 1º de la L. 54 de 1990 que con el propósito de definir lo que debe entenderse por unión marital de hecho, pero además, se fundamentó en el artículo 42 de la C.P. para concluir que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, la cual se conforma de manera libre y responsable por la decisión de un hombre y una mujer.

Luego de un extenso análisis de los actos administrativos cuya nulidad pretende el actor, concluye que éstos " si están intimamente relacionados con el tema de la sustitución pensional a tal punto que le permitieron concluir que ni tratados Internacionales ratificados por Colombia, ni la Constitución Política de 1991 ni en la ley existía una disposición que le permitiera el reconocimiengto de la prestación solicitada y que,, de hacerlo estaría incurriendo en una extralimitación en el ejercicio de mis funciones".



el término pareja ya no se refiere única y exclusivamente a una mujer y un hombre, ya que la definición de pareja del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, enseña lo siguiente: "Conjunto de dos personas, animales o cosas, que tienen entre sí alguna relación o semejanza".

De conformidad con el tercer cargo, se incurrió en desviación de poder, pues el acto administrativo atacado persigue fines diferentes de los señalados por la norma ya que lesiona el interés colectivo de la comunidad homosexual de Colombia, que se ve discriminada, pese a la previsión del artículo 16 de la C.P. que consagra el libre desarrollo de la personalidad, el cual sólo puede verse limitado por los derechos de los demás y por el orden jurídico; que el fin perseguido por la entidad que no accedió a conceder la sustitución pensional deprecada es "religioso-cultural y egoísta frente a la reacción de escándalo que podría presentarse en la sociedad y que por el contrario perjudica y discrimina a un grupo perteneciente a la misma".

Concluye el actor su argumentación manifestando que, por una parte, que el artículo 12 del decreto 1160 de 1989 no establece como requisito para la constitución pensional la existencia de un hombre y una mujer; y por otra, que si la ley 54 /90 y el artículo 42 de la C.P. se examinaron íntegramente y en armonía con el artículo 13 de este último ordenamiento, "prima el derecho constitucional fundamental a la igualdad".

149 140



Los hechos en los cuales se fundamentan las pretensiones referidas se sintetizan del siguiente modo:

Que el pensionado, quien falleció el 27 de julio de 1993, se le había reconocido por resolución No 71 del 27 de agosto de 1992 expedida por el Fondo de Previsión Social del Congreso, pensión mensual vitalicia de jubilación por la suma de \$1.567.855 mensualmente; que el actor fue compañero permanente de tal pensionado, con quien compartió el mismo techo "los 8 años inmediatamente anteriores al fallecimiento,"; que luego de haberse formulado la solicitud de sustitución pensional, ésta se denegó por el acto materia de la impugnación.

Tres cargos se formularon contra la determinación administrativa adoptada.

Según el primero, la resolución 569 de 1995 se notificó de manera indebida, pues el edicto por medio del cual se le dio publicidad se fijó sólo por cinco días, que no por los diez que señala el artículo 45 del C.C.A.

Al decir del segundo ataque, la administración incurrió en falsa motivación, pues en la solicitud elevada por el interesado no se plantea discusión alguna sobre la existencia de régimen patrimonial, sino lo relativo a la sustitución pensional pretendida, y el tema planteado se circunscribió al reconocimiento de una prestación social a fin de que se respetaran derechos fundamentales. Discrepa el actor respecto del alcance dado al art. 42 de la C.P. y agrega que " De igual forma podríamos deducir que en el párrafo tercero del mismo artículo que reza " Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja " en este caso cuando utiliza



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

CONSEJERO PONENTE: DR NICOLAS PAJARO PEÑARANDA

Santa Fe de Bogotá D. C., diecinueve (19) de Julio de
dos mil (2000).-

REF: Expediente No.2472
Apelación sentencia

Procede la Sala a decidir el Recurso de
Apelación interpuesto por la parte actora contra el fallo de
fecha doce (12) de junio de mil novecientos noventa y ocho
(1998).

La Demanda:

Pretende el demandante que se decrete la
nulidad de las resoluciones 00198 del 19 de abril de 1995, y
569 del 27 de junio siguiente, por medio de las cuales se
denegó su aspiración en el sentido de que la Dirección
General del Fondo de Previsión Social del Congreso de la
República le reconociera y pagara la sustitución de la
Pensión mensual vitalicia de jubilación que gozaba la persona
con quien mantenía relación homosexual; que como consecuencia
de ello se le reconociera el derecho, al igual que el pago
de las cantidades adeudadas, a partir del momento en que dejó de
vigilar "el cumplimiento de sus deberes", con los reajustes
correspondientes.

150/150

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 28
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

.Exp.No.95-39718

Segundo .- Niéganse las pretensiones de la demanda .

Tercero .- En razón a lo solicitado por la parte actora se dispone que en toda publicación de esta providencia se omitan los nombres y apellidos del actor y de las demás personas naturales relacionadas con el mismo y que tienen que ver con este asunto .

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado por la sala en sesión de la fecha No. 56

ILVAR NELSON ARÉVALO PERICO ANTONIO JOSÉ ARCINIEGAS ARCINIEGAS

TARSICIO CACERES TORO

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 27
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

.Exp.No.95-39718

Como conclusión final se anota que, al no existir un reconocimiento constitucional ni legal para las uniones homosexuales como núcleo integrador o conformador de familia, mal podría accederse para que, de esas uniones no heterosexuales se pudieran derivar las obligaciones y derechos que solamente dimanen de la familia, según nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia no pueden prosperar las pretensiones de la demanda, encaminadas a que se le diera vida jurídica a una relación homosexual con las consecuencias prestacionales patrimoniales de acceso a la sustitución pensional.

Para esta Corporación es evidente que los actos demandados deben seguir gozando de la presunción de legalidad que los ampara, por cuanto la parte actora no logró desvirtuarla, no obstante la prueba testimonial que aportó la cual resulta insuficiente, de conformidad con el análisis precedente. En concordancia con lo anterior las pretensiones de la demanda deberán negarse, decisión que así se tomará en la parte resolutive de este proveído.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por intermedio de la Subsección "C" de la Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

Primero.- Desestímase la excepción de inconstitucionalidad propuesta por la parte actora, conforme a lo expuesto.

151 151

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 26
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

Exp.No.95-39718

expuestos por la parte demandada , tanto en los actos acusados como en la contestación de la demanda .

El cargo no prospera .

Finalmente , se anota que en sus alegatos de conclusión la parte actora propuso en forma extemporánea inaplicar por Inconstitucionalidad el artículo 10 del D.R. 1889 de 1994 . Esta inaplicación resultaría de la declaración previa de una excepción de inconstitucionalidad , excepción que ha debido proponerse en la demanda o en todo caso antes que finalizara el término de fijación en lista , de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 del CCA . En la oportunidad que se propuso , ya la parte demandante quedó sin oportunidad de defensa frente a este argumento . Pero ello , para garantizar el equilibrio procesal y el derecho de defensa de las partes no se da curso al estudio de esta excepción y en consecuencia se desestima .

En gracia de discusión que la excepción anterior se hubiera propuesto en su oportunidad , la Sala no hubiera accedido a declararla y en consecuencia a la inaplicación del citado artículo 10 del D:R: 1189 de 1994 para este caso concreto ; por cuanto en lugar de considerarlo contrario a la C.P. , lo ubicaríamos acorde con las disposiciones contenidas en sus artículos 5º y 42 , de conformidad con la cantidad de razones expuestas en la parte considerativa de este proveído .

Las demás argumentaciones que plantea la parte actora en alegatos de conclusión , reiteran argumentos de su demanda y ya han sido ampliamente analizadas , por lo que no es del caso volver a repetir tales consideraciones del Tribunal .

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 25
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

Exp.No.95-39718

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional,

R E S U E L V E

PRIMERO.- Estarse a lo resuelto en la Sentencia C-239 de 1994 en relación con la expresión "a partir de la vigencia de la presente ley" del artículo primero; y declarar EXEQUIBLE la parte restante del mismo artículo, que dice:

" para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular.

Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho "

SEGUNDO.- Declarar EXEQUIBLE, el literal a) del artículo segundo de la Ley 54 de 1990."

Así las cosas , esta supremamente claro y definido con autoridad que la Unión marital o la vida marital a que se refiere el artículo 1º. de la ley 54 de 1990 es algo propio de las parejas heterosexuales , sin que ello implique discriminación alguna de los homosexuales , tal como lo Explica la Corte en la sentencia precitada .Y Para la Sala - se reitera - no cabe que duda que esta es la connotación que también se entiende en el artículo 12 del D. R. 1160 de 1989 , cuando se refiere a quienes pueden acreditar haber hecho "vida marital" .

Y sirven de fundamento para lo antes afirmado , todas las argumentaciones expuestas por la H. Corte Constitucional en la sentencia T-190 de 1993 y los comentarios que al respecto formuló esta Sala sobre la citada sentencia , como sirven y se acogen todos los acertados argumentos del Ministerio Público y los

157
152

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 24
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

Exp.No.95-39718

contexto de desprotección identificado no era otro que el de las parejas heterosexuales. De otra parte, sin postular que la protección legal deba cesar por ausencia de hijos, la hipótesis más general y corriente es que la unión heterosexual genere la familia unida por vínculos naturales. En este sentido, es apenas razonable suponer que la protección patrimonial de la unión marital heterosexual, por lo menos mediatamente toma en consideración esta posibilidad latente en su conformación, la que no cabe predicar de la pareja homosexual. En suma, son varios los factores de orden social y jurídico, tenidos en cuenta por el Constituyente, los que han incidido en la decisión legislativa, y no simplemente la mera consideración de la comunidad de vida entre los miembros de la pareja, máxime si se piensa que aquélla puede encontrarse en parejas y grupos sociales muy diversos, de dos o de varios miembros, unidos o no por lazos sexuales o afectivos y no por ello el Legislador ha de estar obligado a reconocer siempre la existencia de un régimen patrimonial análogo al establecido en la Ley 54 de 1990.

(...)El alcance de la definición legal de unión marital de hecho, reivindica y protege un grupo anteriormente discriminado, pero no crea un privilegio que resulte constitucionalmente censurable. Según la Constitución "la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades" (C.P. art. 43) y las "relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja" (C.P. art. 42). Los derechos patrimoniales que la ley reconoce a quienes conforman la unión marital de hecho, responde a una concepción de equidad en la distribución de los beneficios y cargas que de ella se derivan. A cada miembro se reconoce lo que en justicia le pertenece. El hecho de que la misma regla no se aplique a las uniones homosexuales, no autoriza considerar que se haya consagrado un privilegio odioso, máxime si se toma en consideración la norma constitucional que le da sustento (art. 42).

Por último, la omisión del Legislador que le endilga el demandante, podría ser objeto de un más detenido y riguroso examen de constitucionalidad, si se advirtiera en ella un propósito de lesionar a los homosexuales o si de la aplicación de la ley pudiera esperarse un impacto negativo en su contra. Sin embargo, el fin de la ley se circunscribió a proteger las uniones maritales heterosexuales sin perjudicar las restantes y sin que estas últimas sufrieran detrimento o quebranto alguno, como en efecto no ha ocurrido.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 23
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

Exp.No.95-39718

de ningún género hacia las parejas homosexuales. El hecho de que la sociedad patrimonial objeto de la regulación, no se refiera a las parejas homosexuales, no significa que éstas queden sojuzgadas o dominadas por una mayoría que eventualmente las rechaza y margina. La ley no ha pretendido, de otro lado, sujetar a un mismo patrón de conducta sexual a los ciudadanos, reprobando las que se desvían del modelo tradicional.

(...)El demandante advierte que la ley viola el principio de igualdad (C.P. art. 13), al no extender a las uniones homosexuales el régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho, no obstante que en aquéllas también se da una comunidad de vida y sus miembros concurren a la formación de un patrimonio con base en su trabajo, ayuda y socorro mutuos.

Si se asume que antes de la expedición de la ley, ambas uniones libres - heterosexuales y homosexuales -, desde el punto de vista patrimonial carecían de protección en la legislación civil y que ésta se cumple con la consagración de un régimen semejante al de la sociedad patrimonial dispuesto por la ley, cabe preguntarse si su posterior reconocimiento legislativo en relación con las parejas heterosexuales, significa discriminación sexual respecto de las homosexuales que, materialmente (comunidad de vida), enfrentaban idéntica necesidad de protección.

Se han señalado en esta sentencia algunos elementos que están presentes en las uniones maritales heterosexuales y que no lo están en las homosexuales, los cuales son suficientes para tenerlas como supuestos distintos - además de la obvia diferencia de su composición. Las uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su "protección integral" y, en especial, que "la mujer y el hombre" tengan iguales derechos y deberes (C.P. arts. 42 y 43), lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales. La debilidad de la compañera permanente, anteriormente denominada en la legislación "concubina", se encuentra en el origen de las disposiciones constitucionales y legales citadas y, en consecuencia, el

VSB

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 22
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

.Exp.No.95-39718

aprecia , es omitir de tajo todo el contexto de la organización jurídica y social Colombiana , cuando en la Constitución anterior como en la actual , como en el Código Civil Colombiano se ha establecido claramente que la familia es la célula básica de la sociedad , o el núcleo esencial de la sociedad como la califica la H: Corte Constitucional en varios de sus pronunciamientos , como por ejemplo en la sentencia T- 190 de 1993 , precitada en párrafos anteriores .

Haber hecho vida Marital o haber constituido una unión marital de hecho , es algo que solamente puede haberse dado entre un hombre y una mujer conforme al artículo 1º. de la ley 54 de 1990 e incluso conforme al artículo 12 del D.R. 1160 de 1989 , dentro de una interpretación histórica , lógica y sistemática de las normas precitadas , entendimiento que está acorde con los artículos 5 y 42 de la C.P. de 1991 .

Sobre la vida marital o unión marital de hecho , ya se pronunció la H. Corte Constitucional , tal como lo señala el Ministerio Público actuante en este proceso , en su respetable concepto de fondo que se acoge en su integridad .Efectivamente , mediante sentencia C-098 de marzo 7 de 1996 , la corte dijo lo siguiente sobre el tema en cuestión y al decidir sobre la Constitucionalidad de algunos artículos de la ley 54 de 1990 . Al respecto dijo la citada Corte :

"...Las disposiciones demandadas, adoptadas por el legislador, no prohíben ni sancionan el homosexualismo. Se limitan a tratar los aspectos patrimoniales de un determinado tipo de relaciones. No se descubre en ellas censura o estigmatización

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 21
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

.Exp.No.95-39718

de Estado . M:P. Doctora Clara Forero de Castro , expediente Número 4583, anota la Sala) . Explica el señor apoderado del actor , que como se ve el artículo no establece como requisito para la sustitución pensional la existencia de un hombre y una mujer y que el mismo decreto reglamentario establece que para probar la calidad de compañero permanente , en caso de no estar inscrito en la entidad de previsión social , dos declaraciones de terceros rendidas ante cualquier autoridad política o judicial del lugar .

Al respecto ha de manifestarse que el D.R. 1160 de 1989 incluso en el artículo mencionado por la parte actora en forma alguna demuestra que la sustitución pensional pueda otorgarse al compañero del causante hombre o a la compañera de la causante mujer . El sentido de la norma cuando se refiere a quiénes se admitirán con calidad de compañero o compañera permanente , esta referido a la persona que haya hecho VIDA MARITAL con el causante durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento de este o en el lapso establecido en regímenes especiales. Vida Marital es el aspecto fundamental a definir .Entonces el entendimiento fundamental de este artículo es que la persona interesada en que se le otorgue la sustitución pensional , demuestre que hizo VIDA MARITAL y qué es Vida marital ? Según el artículo 1º. de la Ley 54 de 1990 , Norma de mayor jerarquía y de expedición posterior al D.R. 1160 de 1989 , UNION MARITAL de hecho , la formada entre un hombre y una mujer , que sin estar casados , hacen una comunidad de vida permanente y singular . Para la Sala , es evidente que UNION Marital y VIDA Marital tienen una connotación similar en las dos normas y que se refieren a esa comunidad permanente y singular entre un hombre y una mujer . Mirar el D.R. 1160 de 1989 con esa óptica parcial con la cual la parte actora la

154
154

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 20
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

.Exp.No.95-39718

normas precitadas , confirma que entre personas heterosexuales como elementos constituyentes de la Institución familiar , se generan unas protecciones y beneficios , como el de la sustitución pensional , así la familia se hubiese originado en vínculos jurídicos formales o en vínculos naturales , pues de lo contrario se violaría el derecho a la igualdad que si se predica entre quienes pueden conformar la familia hoy , trátase de familia de hecho o de derecho .Ningún derecho a la igualdad surge en cambio , entre los que conforman familia y los que no la conforman , por lo tanto no procede aducirse violación del derecho a la igualdad entre quienes son distintos ante el ordenamiento jurídico, para este caso concreto de la conformación de la familia y de los derechos que protegen la misma en su integridad y permanencia , como es el caso del derecho a la sustitución pensional .

No existe en consecuencia violación de normas constitucionales por falsa interpretación de los artículos 13 y 42 del ordenamiento jurídico , tal como lo plantea la parte actora , de conformidad con lo expuesto en párrafos anteriores que se basan como ya se anotó en el importante criterio jurisprudencial de la H. Corte Constitucional para el caso preciso de la sustitución pensional .

Ahora bien , en cuanto se refiere al cargo de violación del artículo 12 del D.R. 1160 de 1989 ,en cuanto el mismo establece que , "Para efectos de la sustitución pensional se admitirá la calidad de compañero o compañera permanente a quien haya hecho vida marital con el causante durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento de éste o en el lapso establecido en regímenes especiales". (Lo anterior de conformidad con la sentencia de nulidad parcial de este artículo , según sentencia de julio Ocho (8) de 1993 , proferida por la Sección Segunda del Consejo

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 19
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

.Exp.No.95-39718

Quien mantiene una relación homosexual no forma familia en el sentido que la define la Carta en el artículo 42, forma un tipo de relación que si bien se respeta como parte del desarrollo de la personalidad y del derecho a la intimidad en relación con la elección de la opción sexual que hoy se presenta en nuestra convulsionada sociedad, no por ello puede argumentar que tiene en igualdad de condiciones al hombre y la mujer que se unen libre y responsablemente para conformar una familia, derecho a acceder a la protección familiar, pues por sustracción de materia no forman esta institución. Como no forman familia los homosexuales que conviven en forma permanente, obviamente no tienen derecho a la sustitución pensional, cuando muere su compañero, pues esta prestación social tiene como objetivo la protección de la familia. Al menos en la actual preceptiva Constitucional y legal, no existe norma que permita otorgar la sustitución pensional a personas diferentes a las relacionadas en la Sentencia precitada de la H. Corte Constitucional.

La relación o vínculo homosexual permanente, por libre y responsable que sea, por no conformar una familia, no es igual a la relación o vínculo heterosexual libre, responsable y permanente, porque éste último vínculo por definición Constitucional y legal es el que conforma una familia. Entre personas diferentes en su comportamiento sexual y con vocación unas para conformar una familia y otras sin ese atributo normativo, no puede predicarse una igualdad, por cuanto precisamente son diferentes ante el ordenamiento jurídico. Así que no se considera que el artículo 13 de la C.P. ni el artículo 42 ibídem se hayan violado por la entidad demandada. Muy por el contrario, la aplicación lógica y sistemática de las dos

155

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 18
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

.Exp.No.95-39718

La antes citado de la sentencia en mención , se toma como fundamento de este proveído , por considerar que esta muy relacionado con la controversia que nos ocupa . No cabe duda que la H. Corte Constitucional es enfática en afirmar que la sustitución pensional es un derecho establecido para proteger la familia en su integridad y en su estabilidad , como núcleo esencial de la sociedad ,trátese de familia natural o jurídica .Así mismo recalca la Corte que , para no violar la igualdad ante la ley (art. 13 de la CP)de quienes conforman la familia , se ha hecho el reconocimiento en la ley y ahora en la Constitución de que también quienes constituyen familias de hecho en su condición de compañeros o compañeras puedan acceder a la sustitución pensional . Son supremamente claras las referencias que se hacen en la sentencia al artículo 42 de la Carta en donde - como ya se dijo al decidir sobre otro cargo - la familia se forma por la unión libre y responsable de un hombre y una mujer . De tal manera que la sustitución pensional tiene una razón de ser y es la protección de la familia y tiene unos beneficiarios muy definidos ,tal como lo reseña la Corte en los apartes precitados basándose en la Constitución y en las leyes pertinentes , sin que se observe que los beneficiarios puedan ser personas distintas .

No se comparte el criterio de la parte actora , según el cual los artículos 13 y 42 de la C.P. le den el derecho . Por el Contrario , se sigue el Criterio de la H. Corte Constitucional expuesto en la sentencia precitada , según el cual el derecho a la igualdad se predica y rige entre cónyuges supérstites y compañeras (os) permanentes , "porque siendo la familia el interés jurídico a proteger , no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quién tiene el derecho a éste beneficio" .

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 17
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

.Exp.No.95-39718

pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y orfandad al permitirles gozar post-mortem del status laboral del trabajador fallecido.

Los conflictos jurídicos surgidos con ocasión del reconocimiento del derecho a la sustitución pensional tienen relevancia constitucional en la medida en que su resolución puede afectar derechos Constitucionales diversos , entre ellos el derecho de igualdad ante la ley , el derecho a la familia o su protección especial y los derechos fundamentales de los niños .En particular, el bienestar y la estabilidad de la familia , núcleo esencial de la sociedad , se verían lesionados por una acto discriminatorio que denegara el derecho a la sustitución pensional con fundamento en la inexistencia de un vínculo matrimonial específico .

La constitución de 1991 vino a recoger la ya larga tendencia legislativa que reconoce derechos a la compañera permanente por la muerte del trabajador , en la medida que otorga protección integral a todas las familias bien sea que estén constituidas por vínculos naturales o jurídicos .

Independientemente de la forma como se constituya la familia , por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla (C.P. art 42) , El Estado garantiza su protección integral dada la necesidad de mantener la armonía y la unidad entre sus miembros por ser ella el fundamento de la convivencia social y de la paz (C.P. arts 5 y 42)"

(Se ha subrayado parte del texto de la Sentencia por considerarlo de la mayor importancia)

196/57

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 16
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

.Exp.Nº.95-39718

número de la sentencia ; el Magistrado Ponente ,ni la fecha de la Providencia . ?
situación que a todas luces impide su confrontación . 0

Con respecto al derecho a la igualdad jurídica o igualdad ante la ley y en relación al caso que nos compete que es el de la sustitución pensional , nada más oportuno que citar apartes de una sentencia de la H. Corte Constitucional , la cual ha sido citada por las partes , tomando cada una algunos de sus párrafos , como base de sus argumentaciones y que , también el Ministerio Público en su concepto de fondo , ha hecho una referencia mucho más integral de la misma . En sentencia T-190 de mayo 12 de 1993 , con Ponencia del Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz se dijo al respecto de la igualdad y del derecho a la sustitución pensional , aspecto central de tal Providencia , lo siguiente:

“ ...La sustitución pensional , de otra parte , es un derecho que permite a una o varias personas entrar a gozar de los beneficios de una prestación económica antes recibida por otra , lo cual no significa el reconocimiento del derecho a la pensión sino la legitimación para reemplazar ala persona que venía gozando de este derecho. Los beneficiarios de la sustitución de las pensiones de jubilación , invalidez y de vejez , una vez haya fallecido el trabajador pensionado o con derecho a la pensión , son el cónyuge supérstite o compañero (a) permanente , los hijos menores o inválidos y los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado (ley 12 de 1975 art. 1º. y ley 113 de 1985 art. 1º. párrafo 1º.)Principios de justicia retributiva y de equidad justifican que las personas que constitúan la Familia del trabajador tengan derecho a la prestación

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 15
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

.Exp.No.95-39718

prueba que está a cargo de quien pretenda desvirtuar esa presunción legal .En el sub-lite no se solicitaron pruebas para demostrar la desviación de poder . No existe en el proceso la más mínima prueba al respecto del cargo , luego se impone deducir que la administración no actuó en forma egoísta , ni con temores por un supuesto escándalo religioso y cultural . Por el contrario de lo afirmado en el cargo ,la Sala Considera que el artículo 16 de la C.P. de 1991 , en su aplicación sistemática y concordante con otras normas de la Carta , como por ejemplo con el artículo 42 , no le daba bases a la Administración para acceder a la petición del actor. En los actos acusados , justamente se refirió el Fondo demandado , a la diferencia entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la obligación de su protección por parte del Estado y , el derecho a la sustitución pensional . La Sala Comparte esa apreciación del ente demandado , por cuanto si bien es cierto que las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad , también lo es que ello no implica per se , que puedan acceder a todo tipo de derechos sin cumplir los requisitos que constitucional y legalmente se establezcan para cada caso .

El cargo no prospera .

Así mismo , la parte actora plantea que los actos acusados violaron el artículo 13 de la C.P. de 1991 , así como el artículo 42 Y que esta violación se debe a error de derecho por falsa interpretación . Al respecto de la violación del artículo 13 de la C.P. , manifiesta que si para conceder la sustitución pensional no se pregunta por el la raza , o la filiación política , ni la religión , porqué se tiene que preguntar por la conducta sexual ? . A continuación se refiere a una Jurisprudencia de la H. Corte Constitucional sin citar las fuentes , es decir , sin citar el numero del expediente , el

157
157

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMÁRCA 14
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

Exp.No.95-39718

Por todas las consideraciones de los párrafos anteriores , no esta llamado a prosperar el cargo de falsa motivación .

En el numeral tercero del concepto de violación de la demanda , se explica por la parte actora que el Ente demandado incurrió en Desviación de poder al proferir los actos acusados .Al respecto le endilga a la Administración cuestionada haber actuado con fines diferentes a las normas , por razones religiosas y culturales que le atemorizaron de haber hecho el reconocimiento por un posible escándalo que se hubiera presentado . También manifiesta que actúo con fin egoísta , perjudicando el interés colectivo de la "comunidad homosexual de Colombia" y que en este orden de ideas infringió el artículo 16 de la C.P. el cual protege el libre desarrollo de la personalidad y establece al mismo tiempo que la única limitación que tiene este derecho es la que oponen los derechos de los demás y el orden jurídico . Al respecto se pregunta la parte actora , si por reconocer una sustitución pensional a un individuo protegido por las leyes Nacionales , independientemente de su conducta sexual , esta realidad social altera el orden jurídico ? .Manifiesta que es Obvio que no es así , pues el mismo ordenamiento jurídico protege a los homosexuales y ordena su no discriminación . ante la sociedad y ante la ley .

Respecto de este cargo , hay que insistir una vez más , que no basta hacer una formulación del mismo , que la desviación no puede quedarse , como cargo , en el criterio subjetivo o en la simple apreciación de quien lo formula .Por el contrario existe una presunción de legalidad que ampara a todos los actos administrativos , pero desde luego es una presunción Iuris Tantum que admite prueba en contrario,

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 13
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

.Exp.No.95-39718

familia a través de una vinculación natural o de derecho entre ellos , se esta refiriendo aquí , en este contexto a la Pareja formada por un hombre y una mujer . Por ello cuando más adelante el artículo se refiere a la "pareja" , siempre se encuentra estrechamente ligado con el termino "familia" que es a la que esta protegiendo , que es a la cual se refiere en todo el artículo y debe entenderse sin lugar a dudas que esa pareja esta formada por el hombre y la mujer , tal como lo estableció en el inciso primero del artículo en mención . Para la Sala el primer inciso del artículo 42 en mención es un inciso rector , pues los demás son desarrollo que demuestra como el Constituyente de 1991 quiso proteger esa familia que definió en el inciso primero , como núcleo esencial de la Sociedad Colombiana y que se constituye , por el vinculo jurídico o natural entre un hombre y una mujer.

Así las cosas , no se comparte el criterio que expuso en este cargo la parte actora , cuando pretende hacer ver una connotación diferente en el término pareja que utiliza la Constitución en el tercer inciso del artículo 42 , citando una frase que además la aisló del contexto del mismo inciso . Por el contrario , se comparte el criterio expuesto por la parte demandada en los actos acusados cuando al referirse al artículo 42 de la C.P. de 1991 , entendió que el termino pareja en dicho artículo , como elemento estructural de la familia , se refiere a la unión libre y responsable de un hombre y una mujer para conformarla , sea por vínculos naturales o jurídico formales , para relacionar - como lo hizo - este criterio Constitucional con la normatividad legal y jurisprudencial que no permiten deducir que la sustitución pensional pueda otorgarse a persona que no reúna el requisito fundamental de haber sido compañero (a) , o ,cónyuge del causante (o la causante)respectivo(a)dentro de una unión o relación heterosexual .

128
VSB

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 12
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

Exp.No.95-39718

se refiere única y exclusivamente a una mujer y un hombre , pues según El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española pareja se define de la siguiente forma : "Conjunto de dos personas , animales o cosas , que tienen entre sí alguna relación o semejanza"

Al respecto se anota que el Término "pareja" en un contexto general y aislado de cualquier otra consideración es efectivamente el que contiene el Diccionario Precitado por el actor . Pero cuando el mismo se encuentra ubicado dentro de un determinado contexto habrá que saber entonces sin mayor esfuerzo a qué tipo de pareja nos estamos refiriendo , si a una pareja de seres humanos , de animales o de cosas , etc.

En el contexto del artículo 42 de la C.P. de 1991 , debe tenerse en cuenta que el término "familia" , como sustantivo que es desde el punto de vista gramatical , es al mismo tiempo el objeto fundamental sobre el cual recae toda la formulación sociológica y jurídica que allí se hace .En este mismo sentido hay que dejar por sentado de una vez ,que cuando se dice en el precitado artículo que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que dicha familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos formados por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla , esta estableciendo de manera clara e indudable cuáles son los elementos esenciales que biológica , sociológica y jurídicamente forman ab Initio una familia y esos elementos no son otros que dos personas de sexo opuesto , o una "pareja de sexo opuesto" que se denominan un hombre y una mujer . Es que cuando habla la Constitución de un hombre y una mujer como elementos que constituyen la

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 11
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

.Exp.No.95-39718

anteriores de orden Constitucional , legal y jurisprudencial , considero la Entidad que no le asistía razón al actor para acceder a la sustitución pensional que reclamaba .

En este orden de ideas no corresponde a la realidad que muestran los actos acusados , el cargo del actor , según el cual dichos actos no se refirieron a la petición de sustitución sino al tema del régimen patrimonial . Como se acabo de hacer referencia en párrafos anteriores , el cargo contrasta con la realidad que muestran los textos de los actos acusados , los cuales si se refirieron en forma concreta a la sustitución pensional solicitada y los fundamentos jurídicos que se expusieron para negar el derecho si están íntimamente relacionados con el tema de la sustitución pensional , a tal punto que le permitieron concluir que ni en tratados Internacionales ratificados por Colombia , ni en la Constitución Política de 1991 ni en la ley , existía una disposición que le permitiera el reconocimiento de la prestación solicitada y que , "de hacerlo estaría incurriendo en una extralimitación en el ejercicio de sus funciones"(Entre comillas corresponde a parte considerativa final de Resolución demandada Número 569) .

De otra parte , se encuentra que otro de los argumentos del cargo de " falsa motivación" a que nos venimos refiriendo , se refiere a que el Ente demandado solamente se fundó en parte del texto del artículo 42 de la C.P. de 1991 y no lo tuvo en cuenta en su integridad . En consecuencia manifiesta que omitió considerar del párrafo tercero del artículo en mención , la frase que dice así : "Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja ..." Dice la parte actora que , en este caso cuando la constitución utiliza el término pareja ya no

159/157

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 10
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

.Exp.No.95-39718

en relación con la calidad que le demostró el actor al Ente demandado , sin que por ello se puede concluir que El Fondo se desvió del tema y basándose en argumentos referentes al Régimen patrimonial de las uniones de hecho entre el hombre y la mujer , le haya negado el derecho , pues esto es contrario de manera absoluta a la realidad que demuestran los textos de los actos acusados .

Pero así mismo se observa que en los actos acusados , la Entidad apenas tocó la ley 54 de 1990 para los efectos anteriores , pero no se quedó en ello sino que además y de se fundamentó en el artículo 42 de la C.P. de 1991 para establecer que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que esta conformada por vínculos naturales o jurídicos y por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla . También se refirió a la Sentencia T - 190 de mayo 12 de 1993 ,Proferida por la H. Corte Constitucional con ponencia del Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz y muy relacionada con el tema de la sustitución pensional y precisamente con los conceptos de compañero y compañera permanente como personas que por haber conformado un vínculo de hecho o natural , mediante el afecto y la permanencia dentro de una relación heterosexual , también tienen derecho para acceder a la sustitución pensional , e incluso se refirió también al artículo 93 de la Carta de 1991 y concluyó que no existe tratado O Convenio internacional ratificado por Colombia mediante el Congreso de la República en el cual se contemple la sustitución pensional entre personas del mismo sexo . También se fundamentó en una distinción entre el derecho a la intimidad y al buen nombre los cuales el Estado debe respetar y hacerlos respetar , cuyo tema no estaba en juego , sino el del derecho a una prestación social como lo es la sustitución pensional .Con todos los fundamentos

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 9
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

.Exp.No.95-39718

orden de ideas considera que la cita del artículo 42 de la C.P. de 1991 , por parte del Ente demandado en los actos acusados no fue integral, por cuanto no tuvo en cuenta el párrafo tercero del mismo artículo que reza : " las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja " y que en este texto cuando utiliza el Constituyente el término pareja , ya no se esta refiriendo a un hombre y una mujer exclusivamente , sino a la pareja y pareja , de conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es : " Conjunto de dos personas , animales o cosas , que tienen entre sí alguna relación o semejanza" . La entidad no se basó entonces en las normas Constitucionales integrales , sino en la parte del texto del artículo 42 que le convenía para negar la petición .

Al respecto La Sala Observa y considera que , si bien es cierto el Ente demandado hizo referencia en los actos acusados al artículo 1º. de la ley 54 de 1990 , fue para buscar una definición legal de la denominada "Unión marital de hecho" y de quienes la conforman , no para referirse o para explicar el régimen patrimonial a que se refiere la ley en mención , como erróneamente lo plantea el señor apoderado del actor . Esta referencia legal a la definición de unión marital de hecho y a quienes la conforman , fue oportuna por parte de la demandada en los actos acusados - a consideración de esta Sala - por cuanto con ello evidenció que no solamente puede haber unión marital de derecho mediante matrimonio legalmente reconocido , sino que también existe de hecho y que la misma se forma por un hombre y una mujer que se denominan compañero y compañera . Es que no se puede desconocer que legalmente hay una denominación para quienes forman uniones maritales de hecho y que esa denominación corresponde a compañera para la mujer y compañero para el hombre y que la misma tiene trascendencia jurídica ,

160 165

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 8
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

Exp.No.95-39718

mismo , sin ver afectado su derecho de defensa , en cuyo caso , la irregularidad queda subsanada .

En el sub-lite se ve claramente que , contra la resolución en mención , una vez conocida por el actor , se ha demandado la misma en su oportunidad ante esta Corporación , razón por la cual la irregularidad en la notificación ha sido subsanada por la actuación posterior del actor y el derecho de defensa no se ha afectado , pues además la resolución no era susceptible ya de recursos en la vía Gubernativa , de conformidad con el artículo 50 del CCA y tal como se le advirtió en la parte resolutive de la resolución en mención .

En este orden de ideas no prospera el cargo .

Manifiesta en su demanda así mismo el actor que , los actos acusados están afectados de falsa motivación , por cuanto los motivos aducidos por la Administración son diferentes a los argumentados por el actor al formular su petición . Explica que la petición que le formuló en su oportunidad a la administración se refería a la sustitución pensional y no al régimen patrimonial a que se refiere el artículo 1º. de la ley 54 de 1990 que es en lo cual se basa El Fondo demandado para negar la sustitución .

Agrega que , La sustitución pensional es una prestación social , asunto bien diferente al régimen patrimonial que lo definen los jueces de la jurisdicción ordinaria y que en su oportunidad fue definido en cuanto se refiere al señor Villada Castaño . Que se trata ante todo es de respetar los derechos fundamentales .En este

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 7
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

.Exp.No.95-39718

En su orden procede el Tribunal a estudiar los cargos ,así :

En cuanto se refiere a la expedición irregular del acto por indebida notificación del mismo , en relación con la resolución 569 del 27 de junio de 1995 , proferida por el Director General del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República , ha de decirse que las notificaciones de los actos administrativos son actuaciones de la administración , posteriores a la producción misma de tales actos y tienen como fin dar a conocer las decisiones contenidas en los mismos . Es decir que , las notificaciones no hacen parte de los actos administrativos , no son requisito formal ni esencial de su configuración , sino trámites posteriores que tienen razón de ser en cuanto mediante las mismas , la administración da a conocer sus decisiones con la virtud de volverlas eficaces una vez queden en firme .

De conformidad con lo anterior , puede decirse igualmente que , las irregularidades cometidas por la administración en el trámite de las notificaciones , no afectan de nulidad al acto administrativo , sino que implican que el mismo se vuelva eventualmente ineficaz , por falta del conocimiento legal de los terceros interesados, los que eventualmente pueden actuar contra la decisión , de llegarla a conocer oportuna y legalmente . Estas irregularidades implican que , el acto debe volverse a notificar en forma debida , cuando se trate de garantizar el derecho de defensa de las personas eventualmente perjudicadas , o , bien puede suceder que la irregularidad no sea de tal envergadura , que aunque presentada la misma , el acto finalmente sea conocido por el interesado o interesados y éstos actúen contra el

161 16

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 6
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

.Exp.No.95-39718

Pretende el actor mediante su apoderado Judicial , la nulidad de las resoluciones números 00198 del 19 de abril de 1995 y 569 del 27 de junio del mismo año , proferidas por el Director General y el Secretario del FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA ,mediante las cuales se le negó el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión de jubilación que disfrutaba el causante señor Luciano Villada Castaño .

A título de restablecimiento del derecho , solicita se decrete que la demandada debe reconocer , liquidar y pagarle la sustitución pensional desde el día del fallecimiento del causante quien era su compañero permanente , y así mismo que se le paguen todas las mesadas atrasadas , desde el fallecimiento de su compañero , incluyendo los reajustes correspondientes de ley , y , que se le conceda la sustitución pensional en forma vitalicia y se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del CCA .

La controversia que han desarrollado los extremos de la litis en este proceso se refiere básicamente a si le asiste o no derecho al actor para acceder a la sustitución pensional que en vía Gubernativa le reclamó a la Entidad demandada y que ésta le negó mediante los actos acusados .

Para demostrar su derecho , la parte actora formuló en su demanda los siguientes cargos : Expedición irregular por indebida notificación de la resolución 569 de 1995 ; falsa motivación de los actos acusados , desviación de poder y violación del artículo 13 de la C.P. , parcialmente del artículo 42 Ibídem y del artículo 12 del D.R. 1160 de 1989 .

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 5
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

Exp.No.95-39718

La parte actora , mediante su apoderado Judicial hace referencia a jurisprudencia de la H. Corte Constitucional , relacionada con la sustitución pensional , con el libre desarrollo de la personalidad y con los derechos de la compañera o compañero permanente para acceder a la sustitución pensional y plantea la inaplicación por inconstitucional del D .1889 de 1994 . Finalmente reitera la petición hecha al subsanar la demanda , para que en desarrollo del derecho a la intimidad , se guarden los nombres y datos de las personas que tienen que ver con este asunto , aspecto que debe observarse por el despacho y por secretaría .

Por su parte , el apoderado de la Entidad demandada también presentó en tiempo sus alegatos de conclusión , ratificando sus argumentos de defensa ,presentados al contestar la demanda y concluyendo que , de conformidad con los argumentos expuestos , no le corresponde al actor el Derecho Pretendido .

Finalmente , el Ministerio Publico por intermedio de la Doctora Magda Cecilia Velandía Cárdenas , Procuradora Primera Judicial en lo Administrativo , presentó en tiempo un razonado estudio que le permitió conceptuar en forma desfavorable a las pretensiones del actor .

Ahora, cumplido el trámite de ley sin que se observe causal alguna de nulidad procesal, la Sala procede al estudio final de la controversia mediante las siguientes

VII. CONSIDERACIONES

162.16

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 4
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

Exp.No.95-39718

El actor , mediante su apoderado judicial cita como conculcadas las siguientes disposiciones :

- Artículo 45 del CCA que se refiere a la notificación por Edicto de los actos administrativos .
- Artículo 13 de la C.P. de 1991 .
- Artículo 12 del D.R. 1160 .

El concepto de la violación aparece esbozado en los folios 29 a 34 del expediente . En el mismo se formulan cargos de expedición irregular de uno de los actos acusados ; falsa motivación de los actos acusados , desviación de poder y violación de norma superior y de normas de orden reglamentario

V. PARTE DEMANDADA

La parte demandada dio respuesta al libelo dentro del término otorgado con tal fin, a través de apoderado que en su escrito obrante a folios 74 a 80 presentó diversos argumentos de orden Constitucional , legal y jurisprudencial para sustentar que al actor no le corresponde el derecho que impetra .

VI. ALEGATOS DE CONCLUSION

Las partes , incluyendo al Ministerio Público , presentaron alegatos de conclusión en términos .

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 3
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

.Exp.No.95-39718

Los hechos en que se apoyan las anteriores declaraciones y condenas que pide el actor y que aparecen en folios 28 y 29 del expediente, los resumimos así:

- 1.- Que al señor Luciano Villada Castaño se le reconoció pensión de jubilación y se ordenó pagarle la misma mediante resoluciones Números 521 de 1992 y 71 del mismo año .
- 2.- Que la cuantía que se dispuso para la fecha de la resolución 71 , que lo fue el 27 de agosto de 1992 , era de \$1.567.855.28
- 3.- Que el antes citado beneficiario de la pensión murió el 27 de julio de 1993 , de un infarto del miocardio , luego de una larga enfermedad .
- 4.- Que el citado señor Villada Castaño fue compañero permanente del actor durante 20 años , compartiendo el mismo techo los ocho(8) años anteriores a su fallecimiento y que dependía económica y emocionalmente del causante .
- 5.- Que el señor Villada Castaño y el actor llevaron una relación de pareja , durante su tiempo de convivencia , relación como la de cualquier pareja heterosexual .
- 6.- Que en la larga enfermedad del causante , lo asistió y auxilio hasta su fallecimiento .
- 7.- La demandada ha negado mediante los actos acusados su petición para que le reconociera y ordenará pagar la sustitución pensional del causante antes referido , no obstante haber acreditado con dos declaraciones extrajuicio para probar su convivencia , en fin , en los términos del DR 1160 de 1989 .

IV. DISPOSICIONES VIOLADAS Y
CONCEPTO DE LA VIOLACION

163/6

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA 2
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "C"

.Exp.No.95-39718

El actor acusa las resoluciones números 00198 del 19 de abril de 1995 y 569 del 27 de junio del mismo año , proferidas ambas por el Director General y el Secretario del FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA ,mediante las cuales se le negó el reconocimiento y pago de la sustitución pensional disfrutada y causada por el Doctor LUCIANO VILLADA CASTAÑO .

II. PRETENSIONES

Solicita el Actor que se hagan las siguientes declaraciones y Condenas :

- 1.-Que se decrete la Nulidad de los actos administrativos referidos en el acápite anterior .
- 2.-A título de restablecimiento del derecho se decrete que la demandada debe reconocer , liquidar y pagarle la sustitución pensional desde el día del fallecimiento del causante quien era su compañero permanente , y así mismo que se le paguen todas las mesadas atrasadas , desde el fallecimiento de su compañero , incluyendo los reajustes correspondientes de ley .
- 3.- Que se le conceda la sustitución pensional en forma vitalicia y que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del CCA .

III. HECHOS

Sent. 198 T: 4/027-e

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCION SEGUNDA SUBSECCION C

Santafé de Bogotá, D.C., Junio Doce (12) de Mil novecientos noventa y ocho
(1998).

REFERENCIAS :

Asunto : Sustitución Pensional
Expediente No : 95-39718
Demandante : Alvaro Casadiego López
Demandada : Fondo de Previsión social del Congreso de la
República
Clasificación : Autoridades Nacionales .

Magistrado Ponente : Doctor ILVAR NELSON AREVALO PERICO .

El demandante de la referencia , actuando mediante su apoderado judicial y en ejercicio de la acción de NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO , presentó demanda ante este Tribunal, dando lugar a la controversia que se resuelve en esta providencia.

I. ACTOS ACUSADOS