



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D.C., Ocho (08) de junio de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN: 11001-33-35-026-2018-00024-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: LUZ ESTELLA HOROPA CARIBAN
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
– EJÉRCITO NACIONAL

1. DESCRIPCIÓN DEL CASO OBJETO DE DECISIÓN

1.1. Lo pretendido¹

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, por conducto de apoderado, la señora Luz Estella Horopa Cariban, solicita declarar la existencia y consecuente nulidad del acto presunto negativo, producto del silencio guardado frente a la petición radicada el 20 de febrero de 2017, ante el Ministerio de Defensa Nacional, que tenía por objeto el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de dicha ciudadana y de su hijo Daniel Nicolás Avellaneda Horopa.

A título de restablecimiento del derecho, se solicita condenar a la demandada a que le reconozca y pague, a partir del 20 de febrero de 2013, una pensión de sobrevivientes dada su calidad de compañera permanente *superstite* del Cabo Tercero (R) del Ejército Nacional Daniel Avellaneda Avellaneda, a la cual, también considera que tiene derecho el menor Daniel Nicolás Avellaneda Horopa.

Así mismo, se solicita condenar a la demandada al pago de los intereses moratorios que correspondan, así como de las costas procesales, al igual que la incorporación de los ajustes de valor a las sumas insolutas por concepto de las mesadas pensionales adeudadas, y al cumplimiento de la sentencia dentro del término legal.

1.2. Síntesis fáctica²

La ciudadana Luz Estella Horopa Cariban y el hoy fallecido Daniel Avellaneda Avellaneda, sostuvieron unión marital de hecho por más de tres años, dentro de la cual fue concebido el menor Daniel Nicolás Avellaneda Horopa.

¹ Ver folios 49 a 51 del plenario.

² Ver folios 51 y 52 del expediente.

El señor Daniel Avellaneda Avellaneda, se vinculó con el Ejército Nacional, siendo la remuneración de la labor desarrollada en dicha Fuerza, la única fuente de ingresos de dicho ciudadano y de su núcleo familiar.

El señor Daniel Avellaneda Avellaneda, fue dado de baja el 10 de octubre de 2001, luego de fallecer en combate por la acción del enemigo, en la Vereda el Hato – Municipio La Palma – Cundinamarca.

Debido a este hecho, el señor Daniel Avellaneda Avellaneda, fue ascendido de manera póstuma al grado de Cabo Tercero del Ejército Nacional, mediante la Resolución 495 del 18 de junio de 2002, ubicándose así dentro del régimen establecido en el Decreto Ley 1211 de 1990, para los Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Luego de acercarse ante la autoridad demandada en distintas oportunidades a reclamar sus derechos prestacionales como beneficiaria del militar aludido, y recibir respuesta desfavorable; el 20 de febrero de 2017, por conducto de apoderado, formuló una petición solicitando el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, sin que a la fecha de presentación de la demanda se le hubiese notificado decisión alguna frente a tal pedimento.

1.3. Fundamentos jurídicos de lo pedido³

En sus argumentos, la parte actora alega que, al negarse a reconocer y pagar la prestación reclamada, la administración está incurriendo en la vulneración de los derechos de igualdad y a la seguridad social, así como a los principios de legalidad y de favorabilidad en materia laboral.

Al respecto, señala que para negar el derecho, la demandada fundamenta su tesis en el hecho de que el Decreto 2728 de 1968, que determina el régimen de prestaciones por retiro o muerte del personal de soldados o grumetes de las Fuerzas Militares, no contempla la pensión de sobrevivientes como uno de los derechos originados a partir de la ocurrencia de ambas hipótesis.

Sin embargo, la parte actora alega que tal tesis resulta contraria a la amplia línea jurisprudencial que el Consejo de Estado gestó en la materia, y a la luz de la cual, cuando estos servidores fallecen por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, tienen derecho, además de unas compensaciones económicas, a un ascenso póstumo al grado de Cabo Segundo, que les implica incursionar en el régimen del Decreto Ley 1211 de 1990, que sí consagra una prestación para los beneficiarios del militar fenecido.

Por ello, la parte actora considera que la negativa de la demandada la ubica en una circunstancia de desigualdad respecto de los beneficiarios de otros Suboficiales del Ejército Nacional; conducta que además de desconocer el principio de legalidad, lesiona el derecho a la seguridad del que es legítima

³ Ver folios 59 a 71 del plenario.

titula, y no en menor medida, se obstaculiza el reconocimiento pretendido bajo una interpretación alejada del principio de favorabilidad laboral.

Sostiene que, en este caso, la prestación a la que tiene derecho es la señalada en el artículo 189 del Decreto Ley 1211 de 1990, es decir, una pensión equivalente al 50% de las partidas señaladas en el artículo 158 *idem*, y conforme al orden de beneficiarios señalado en el artículo 185 *ibídem*.

1.4. Los argumentos de la demandada⁴

La autoridad accionada se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas por la parte actora, alegando que no se cumplieron los requisitos legales para obtener la pensión de sobrevivientes, pues no solo el régimen aplicable en su momento al causante, no contempló tal prestación como uno de los distintos derechos derivados de su deceso, a diferencia del ascenso póstumo y compensaciones que sí se otorgaron, sino que además, la actora no acreditó la calidad de compañera permanente del servidor fenecido por medio de una sentencia judicial, una escritura pública o una conciliación celebrada ante centros autorizados.

Agrega que, si bien el Decreto Ley 1211 de 1990, contempló unas prestaciones por muerte de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerza Militares, dicha norma no cobijó a los Soldados vinculados a la Fuerza Pública en virtud del servicio militar obligatorio. Así mismo, aclaró que, debido a la dinámica del régimen prestacional de los miembros uniformados de la Fuerza Pública, resulta imposible aplicar la Ley 100 de 1993, para efectos del reconocimiento aquí reclamado, lo cual es refrendado por las excepciones contempladas en el artículo 27, de esta última norma.

Igualmente, argumenta que los reconocimientos otorgados a la demandante en virtud del fallecimiento del causante, se efectuaron a la luz del Decreto Ley 1211 de 1990 y la Resolución del ascenso póstumo que, en todo caso, no fue controvertida oportunamente. Advierte que, de prosperar el reconocimiento solicitado, debe aplicarse el término de prescripción cuatrienal establecido en el artículo 174 del Decreto Ley 1211 de 1990.

Por último, se propusieron las excepciones de ineptitud de la demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad y por desconocimiento del régimen prestacional especial, así como la de prescripción, siendo resuelta, la primera de ellas, en la audiencia inicial por su carácter previo.

1.5. Crónica del proceso

- La demanda fue presentada ante esta Jurisdicción el 28 de junio de 2017, y su conocimiento correspondió al Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Villavicencio; Despacho que mediante auto del 11 de diciembre de 2017 dispuso su remisión por competencia al Circuito Judicial Administrativo de Bogotá (ff. 40, 71 y 72).

⁴ Ver folios 85 a 90 del plenario.

- Recibidas la diligencias en la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá, la demanda fue repartida a este Despacho el 25 de enero de 2018 (f. 74).
- Mediante auto del 11 de mayo de 2018, se admitió la demanda, ordenando notificaciones, traslados y el pago de gastos (ff. 76 a 78).
- El 30 de agosto de 2018, actuando a través de apoderado, la pasiva contestó oportunamente la demanda (ff. 85 a 90).
- En auto del 25 de febrero de 2019⁵, se señaló fecha para la celebración de la audiencia inicial dentro del presente proceso, la cual se realizó el 6 de marzo siguiente⁶; diligencia en cuyo marco probatorio, se decretaron pruebas que fueron recaudadas en las audiencias del 1° de abril y del 13 de mayo de 2019⁷, procediéndose en esta última a correr traslado para alegatos de conclusión por escrito, y advirtiendo que de aproximarse pruebas adicionales con posterioridad a dicho momento procesal, las mismas serían tenidas en cuenta para la decisión de este caso.
- Mediante auto del 4 de junio de 2019, se corrió traslado de las pruebas allegadas con posterioridad al momento para alegar de conclusión.⁸

1.6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

La **parte actora** presentó sus argumentos finales por medio de escrito visible en los folios 276 a 279, en los cuales reiteró los señalamientos que expuso en la demanda, y solicitó acceder a las súplicas de la demanda, por encontrarse demostrado que el causante, luego de fallecer en combate, fue ascendido de manera póstuma al grado de Cabo Tercero, es decir que quedó incluido en la categoría de Suboficial del Ejército Nacional, cuyo régimen prestacional sí consagra la pensión de sobrevivientes, de la que es titular la demandante por haber convivido con el servidor fenecido y depender económicamente de este, al punto de haber procreado un hijo con él, y advirtió que actualmente se cuenta con sentencia de unificación en este tipo de controversias. Así mismo demandó analizar la prescripción de una manera diferencia, esto es, aplicar la cuatrienal en el caso de la demandante, y sin término extintivo alguno para su hijo, dada su calidad de menor de edad al momento de causarse la prestación.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

2. DECISIONES PARCIALES SOBRE EL PROCESO

⁵ Ver folio 105 del plenario.

⁶ Ver folios 107 a 111 del expediente.

⁷ Ver folios 133 a 136, 169 y 179 del expediente.

⁸ Ver folios 293 del expediente.

Dado que en el presente asunto, se cuestiona la legalidad del acto presunto negativo originado a partir del silencio guardado por la administración frente a la solicitud que tenía por objeto el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, causada a su vez por quien prestó sus servicios al Ejército Nacional en calidad de soldado y falleció en ejecución de dicha actividad, cuyo último lugar de prestación de servicios fue la ciudad de Bogotá⁹, y que cuantía fue estimada en \$20'727.864,06 que es un valor inferior a los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2017¹⁰; es claro que de conformidad con los artículos 104, 155 (nal. 2°), 156 (nal. 3°) y 157 (inc. final) de La Ley 1437 de 2011, se encuentran cumplidos los presupuestos de jurisdicción y competencia para conocer el presente asunto.

Así mismo, revisado el proceso se determinó que encuentran acreditados los requisitos de procedibilidad del medio de control y los formales de la demanda, de modo que al no advertirse causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a proferir el fallo que en derecho se estima pertinente.

3. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Nuevamente advierte el Despacho, que el problema jurídico a resolver dentro de este asunto, se concreta en establecer si, a la señora Luz Estella Horopa Cariban y a su hijo Daniel Nicolas Avellaneda Horopa, les asiste o no el derecho al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, en calidad de beneficiarios del Cabo Tercero del Ejército Nacional (R) Daniel Avellaneda Avellaneda, desde el 10 de octubre de 2001, fecha del deceso, y junto con ello, determinar si el acto administrativo acusado está viciado de nulidad y si procede el restablecimiento del derecho solicitado en la demanda.

4. TESIS DEL DESPACHO

Se accederá parcialmente a las súplicas de la demanda, teniendo en cuenta que se logró desvirtuar la legalidad del acto presunto negativo que restringió el acceso del ciudadano Daniel Nicolás Avellaneda Horopa a una pensión de sobrevivientes, a la cual tiene derecho de manera condicionada, entre la fecha de causación del derecho y la calenda en que dicho beneficiario alcanzó la mayoría de edad, en virtud del ascenso póstumo de su progenitor al grado de Cabo Tercero, es decir, por haber ingresado a la categoría de Suboficial del Ejército Nacional, cuyo régimen prestacional resultaba más favorable que el dedicado a los Soldados Voluntarios y Regulares.

No obstante, se denegará la pretensión del reconocimiento de la pensión de sobreviviente, respecto de la señora Luz Estella Horopa Cariban.

5. CONSIDERACIONES

5.1. Análisis del caso concreto y conclusión

⁹ Batallón de Combate Terrestre No. 13 con sede en Bogotá (f. 29 vto.).

¹⁰ Año en que se interpuso la demanda, y en el que, según el Decreto 2209 de 2016, el salario mínimo correspondía a la suma de \$737.717.

5.1.1. Marco jurídico

Antes de la promulgación de la Constitución Política de 1991, el régimen de prestaciones por retiro o muerte del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares, estaba desarrollado en el Decreto 2728 de 1968, que aún continúa vigente.

En razón de las diferentes actividades encomendadas a esa categoría de servidores públicos, dicho cuerpo normativo otorgó un espectro de derechos de carácter prestacional, que en el caso que ocupa la atención del Despacho, tratándose del personal que falleciera por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien en conflicto internacional ora en mantenimiento del orden público, el Decreto 2728 en su artículo 8° contempló *(i)* un ascenso póstumo al grado de Cabo Segundo o Marinero¹¹; y para sus beneficiarios, *(ii)* el reconocimiento y pago de cuarenta y ocho meses de los haberes correspondientes a dicho grado, así como *(iii)* el pago doble de la cesantía.

En armonía con ello, el artículo 9° *ibídem* determinó que las prestaciones sociales por causa de muerte de un Soldado o Grumete en servicio activo, se pagarán a los beneficiarios en él enumerado, en estricto orden preferencial.¹²

En estricto sentido, el Decreto 2728 de 1968, no consagró el derecho a la pensión de sobrevivientes, ni siquiera en el caso del Soldado o Grumete en goce de pensión, cuyos beneficiarios solo tenían derecho al pago único de una cantidad igual a multiplicar el valor de dicha pensión por veinticuatro, tal como lo dispone su artículo 6°.

Años más tarde, aún con anterioridad a la vigencia de la Carta Política de 1991, se expidió el Decreto Ley 1211 de 1990, con el objeto de reformar el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Dicho Decreto redefinió la carrera profesional de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus prestaciones sociales (art. 2°), y para efectos del mando, régimen interno, régimen disciplinario y de justicia penal militar, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en ese estatuto, se determinó una jerarquía y equivalencia entre los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares (art. 5°).

En la categoría de Suboficiales de las Fuerzas Militares, el Decreto Ley 1211 de 1990, los siguientes grados en escala descendente: Sargento Mayor,

¹¹ Que para esa época constituía el rango más inferior dentro de la estructura jerárquica del cuerpo de Suboficiales, según el Decreto Ley 501 de 1955.

¹² - La mitad a la esposa y la otra mitad a los hijos legítimos si hubiere también hijos naturales estos concurren en esta parte en las proporciones de la Ley. Si no hubiere hijos legítimos la proporción de estos corresponde a los hijos naturales.

- Si la esposa hubiere muerto y no hubiere hijos naturales, la prestación corresponde integralmente a los hijos legítimos.

- A falta de hijos legítimos y de hijos naturales la prestación corresponde a la esposa y a los padres legítimos o naturales del Soldado o Grumete. A falta de estos lleva toda la prestación la esposa.

- Si la esposa hubiere muerto y no hubiere hijos legítimos el monto de la prestación se divide entre los padres legítimos y los hijos naturales del causante. A falta de los padres legítimos llevan la prestación los hijos naturales y el derecho de estos, los padres naturales.

- A falta del personal enumerado, la prestación se pagará proporcionalmente a los hermanos menores de edad y las hermanas célibes del Soldado o Grumete, previa comprobación de que dependerían económicamente de él.

Sargento Primero, Sargento Viceprimero, Sargento Segundo, Cabo Primero, **Cabo Segundo** (art. 5°).

Esta Sección del Decreto Ley 1211, fue derogada años más tarde por el Decreto Ley 1790 de 2000, que en su artículo 6° mantuvo la misma escala descendente, en el caso de los Suboficiales, pero adicionando el grado de **Cabo Tercero**.

Retomando el articulado del Decreto Ley 1211 de 1990, en lo que respecta a las prestaciones por muerte en actividad, el artículo 189 ibídem, señaló que a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, tendría derecho a un ascenso póstumo al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado, mientras que a sus beneficiarios, en el orden establecido en ese estatuto, se les otorgarían las siguientes prestaciones:

(i) Una compensación equivalente a cuatro años de los haberes del grado conferido al causante, tomando las partidas enumeradas en el artículo 158 de ese Decreto;

(ii) El pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante y,

(iii) Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce años de servicio, el pago de una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas señaladas en el artículo 158 de ese Decreto.

Para tal efecto, dichas partidas correspondían al sueldo básico, las primas de actividad, de antigüedad, de estado mayor, la duodécima parte de la prima de navidad, la prima de vuelo y el subsidio familiar.

Por su parte, el artículo 185 del Decreto Ley 1211 de 1990, determino que las prestaciones sociales por causa de muerte de Oficiales y Suboficiales en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión se pagarán según el siguiente orden preferencial:

(i) La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia éstos últimos en las proporciones de ley;

(ii) Si no hubiere cónyuge sobreviviente, las prestaciones corresponden íntegramente a los hijos en las proporciones de ley;

(iii) Si no hubiere hijos la prestación se divide así:

- El cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge;

- El cincuenta por ciento (50%) para los padres en partes iguales;

(iv) Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres así:

- Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación a los padres;
- Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción;
- Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres;
- Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción;
- Si no concurre ninguna de las personas indicadas en este artículo llamadas en el orden preferencial en él establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén a los hermanos menores de 18 años;
- Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos;
- A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponderá a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares;

Como se observa, las normas enunciadas refieren expresamente al cónyuge *supérstite*, a los hijos¹³ y eventualmente a los padres, entre otros parientes; como beneficiarios de las prestaciones reconocidas o por definir a favor de los Suboficiales de las Fuerzas Militares, sin embargo, en manera alguna se hace mención de los compañeros permanentes, a los que se refiere la Ley 54 de 1990, que define las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

Resulta pertinente agregar que en los términos del artículo 1° de la Ley 54 de 1990, a partir de su vigencia y para todos los efectos civiles, se llama unión marital de hecho, a la formada entre un hombre y una mujer¹⁴, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular, y que en el mismo sentido, se denominarán compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de esta categoría de vínculo marital.

Ahora, es de esperarse que el Decreto Ley 1211 de 1990, no se refiriera a los compañeros permanentes definidos en la Ley 54 de 1990, como quiera que esta última fue expedida y publicada aproximadamente seis meses después de la vigencia del primer de los estatutos enunciados.¹⁵

¹³ Legítimos, adoptivos y extramatrimoniales, según lo dispone la norma.

¹⁴ Expresión declara exequible de manera condicionada, por las sentencias C-071 y C-683 de 2015.

¹⁵ El Decreto Ley 1211 de 1990 data del 8 de junio de 1990, mientras que la Ley 54 de 1990 fue expedida el 28 de diciembre de 1990 y publicada el 31 de diciembre siguiente.

Sin embargo, con posterioridad a la promulgación de la Constitución Política de 1991, se expidió el Decreto Reglamentario 1029 de 1994, que a pesar de definir el régimen de asignaciones y prestaciones del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, en sus artículos 110 y 111, introdujo las siguientes reformas sustanciales, de alcance general.

En primer lugar, el artículo 110 del Decreto 1029, definió a la familia como aquella conformada por el cónyuge o compañero permanente del miembro del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, lo mismo que por sus hijos menores de 21 años, los estudiantes hasta los 24 años y los hijos inválidos absolutos, siempre y cuando unos y otros dependan económicamente del uniformado.

La misma norma definió la dependencia económica, como aquella situación en que la persona no pueda atender por si misma a su congrua subsistencia, debiendo recurrir para ello al sostén económico que pueda ofrecerle el uniformado del cual aparece como dependiente.

Entre tanto, el artículo 111 *ibidem* determinó que, a partir de su vigencia, los derechos consagrados en el Decreto 1211 de 1990, entre otros estatutos¹⁶, para el cónyuge y los hijos de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, se reconocerán y pagarán a la familia, de conformidad con la definición contenida en el artículo 110 del mismo Decreto 1029.

Respecto a dichas previsiones, principalmente la derivada del artículo 111 del Decreto 1029 de 1994, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-613 de 1996¹⁷, sostuvo que a través de ella se removieron las clasificaciones discriminatorias contenidas en estatutos anteriores como el Decreto 1214 de 1990, y se adecuó su mandato a las prescripciones constitucionales vigentes relativos a la igualdad y la familia en especial, conforme a lo dispuesto en los artículos 13 y 42 de la Carta Política, al ampliar el radio de los beneficiarios de las prestaciones de servidores como los que agrupa el Decreto Ley 1211.

En ese orden de ideas es viable concluir que desde la vigencia del Decreto 1029 de 1994, al igual que los cónyuges sobrevivientes, los compañeros permanentes también son beneficiarios de las prestaciones reguladas en el Decreto Ley 1211 de 1990, en el mismo orden y proporción de aquellos, luego del fallecimiento del respectivo causante.

Ya en vigencia de la Constitución Política 1991, el artículo 48 adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, en lo que respecta al derecho fundamental a la seguridad social, preceptúa que para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones sobrevivencia, entre otras prestaciones. La misma norma señala que los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de

¹⁶ La norma enuncia los Decretos ley 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990.

¹⁷ C.Co., S. Plena, sentencia C-613 de noviembre 13/1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.

En gracia de discusión, debe señalarse que el plano legal general, fue la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, la que se encargó de distinguir los beneficiarios y requisitos para acceder al reconocimiento de la denominada pensión de sobrevivientes.

Respecto a la naturaleza de esta prestación social, la Corte Constitucional, al analizar la exequibilidad de, entre otras disposiciones, el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que a su vez modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, indicó que la misma constituye “(...) *uno de los mecanismos instituidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social (...)*”, cuya finalidad esencial se orienta hacia “(...) *la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido (...)*”.¹⁸

En este punto, el Despacho considera necesario precisar que la prestación social a la que se ha venido haciendo referencia, en ciertos escenarios ha sido distinguida como **pensión de sobrevivientes** y como **sustitución pensional**, sin embargo, a la luz de la jurisprudencia, ambos derechos obedecen a una noción y a una finalidad específica y distinta, de modo que, se entiende por sustitución pensional, aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar de un pensionado que fallece o del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse y fallece; mientras que, será la pensión de sobrevivientes, aquella prestación que se le otorga a los beneficiarios o al núcleo familiar del afiliado, no pensionado, que fallece sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión.¹⁹

La pensión de sobrevivientes, para el caso de los Soldados Profesionales creados mediante el Decreto Ley 1793 de 12000, fue regulada como tal en la Ley marco 934 de 2004²⁰, por medio de la cual se fijaron los objetivos y criterios que debía observar el Gobierno Nacional para adoptar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, reglamentada a su vez por el Decreto 4433 de 2004.²¹

En ese orden, de cara al caso concreto queda claro que la prestación objeto de controversia, es la pensión de sobrevivientes.

En el plano jurisprudencial, existe sentencia de unificación del Consejo de Estado²² en la que se determinó que el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 no contempló como tal una pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de los soldados voluntarios y regulares muertos en combate, y que solo fue

¹⁸ C.Co. S. Plena, sentencia C-1094 de noviembre 19/2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁹ C.E. S.2ª., sentencia de marzo 21/2019, Rad. Int. 4683-15, M.P. William Hernández Gómez.

²⁰ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

²¹ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

²² C.E. S.2ª., sentencia CE-SUJ-SII-13-2018 de octubre 4/2018, Rad. Int. 4648-15, M.P. William Hernández Gómez.

hasta la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto Reglamentario 4433 de 2004 que se consagró, de manera expresa, tal derecho a favor de los beneficiarios de los soldados que para ese momento habían sido incorporados como profesionales por virtud del Decreto 1793 de 2000 y que hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003

Se indicó a su vez a la luz de una interpretación armónica de los principios rectores en materia laboral²³, la pensión de sobrevivientes dedicada a los beneficiarios de los soldados voluntarios muertos en combate, debía dilucidarse bien conforme al régimen del Decreto 95 de 1989 o el Decreto 1211 de 1990, según la fecha de fallecimiento del causante. En concreto, las reglas de unificación de dicho pronunciamiento, determinaron lo siguiente:

(i) Con fundamento en el principio de especialidad, los beneficiarios de los soldados voluntarios fallecidos antes del 7 de agosto de 2002, por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, pueden beneficiarse del régimen de prestaciones por muerte contenido en el artículo 184 del Decreto 095 de 1989 o en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, según la fecha de muerte, por ser el régimen especial que regula de manera particular el supuesto de hecho a que se refiere la norma, pues tal medida se armoniza con los principios protectorio, *pro homine*, de justicia y de igualdad que encauzan el derecho laboral.

(ii) Al reconocer el derecho a la pensión de sobrevivientes de soldados voluntarios fallecidos en combate, no habrá lugar a descuentos de lo pagado por concepto de compensación y cesantías dobles a sus beneficiarios en virtud del Decreto 2728 de 1968.

(iii) Al hacer extensivo el régimen especial para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los soldados voluntarios fallecidos antes del 7 de agosto de 2002, por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, el término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales, es el cuatrienal de acuerdo con lo señalado en el régimen propio de las Fuerzas Militares (artículo 169 del Decreto 095 de 1989 y artículo 174 del Decreto 1211 de 1990).

5.1.2. Hechos probados

5.1.2.1. El causante, Daniel Avellaneda Avellaneda, estuvo vinculado con el Ejército Nacional por un periodo de 8 años, 5 meses y 25 días, prestando sus servicios como Soldado Regular, Soldado Voluntario y siendo ascendido de manera póstuma al grado de Cabo Tercero²⁴, así:

- Soldado Regular (Servicio Militar) Del 02-Abr-1993 al 18-Nov-1994

²³ Protectorio, favorabilidad en la aplicación de las fuentes del derecho en materia pensional, *pro homine*, de igualdad en los regímenes pensionales, de inescindibilidad de la norma y de especialidad.

²⁴ Folio 147 vto. del expediente.

- Soldado Voluntario Del 01-Dic-1994 al 10-Oct-2001
- Cabo Tercero Del 10-Oct-2001

5.1.2.2. Según el informe administrativo por muerte 005 del 12 de octubre de 2001, expedido por el comandante del Batallón de Contraguerrilla 13 “CACIQUE TIMANCO” del municipio La Palma – Vereda El Hato, “[En] *Hechos ocurridos el día 12 de octubre de 2001, en el desarrollo de la operación resurrección, siendo las 07:30 horas, cuando tropas del Batallón de Contraguerrillas No. 13 CACIQUE TIMANCO, en combate de encuentro con bandoleros del 22 Frente de las ONT-FARC, en el área general de la vereda el Hato del Municipio de LA PALMA (Cundinamarca) y en consecuencia de este hecho, fue asesinado el Soldado Voluntario AVELLANEDA AVEVLLANEDA DANIEL C.M. 4139836*” (f. 188 vto.).

5.1.2.3. Como consecuencia de estos hechos, con fundamento en el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968 y mediante la Resolución 495 de 18 de junio de 2002, el Comandante del Ejército Nacional dispuso el ascenso póstumo del señor Daniel Avellaneda Avellaneda al grado de Cabo Tercero, con novedad fiscal del 10 de octubre de 2001 (f. 30).

5.1.2.4. Según declaración extraprocésal rendida por el ciudadano Daniel Avellaneda Avellaneda²⁵, para el 30 de agosto de 2001, fecha de realización de ese acto público, había completado un periodo de 3 años de convivencia con la demandante Luz Estella Horopa Cariban, quien a su vez dependía económicamente de aquel (f. 198).

5.1.2.5. En proceso ordinario adelantado por la señora Luz Estella Horopa Cariban, con el fin de que se declarara la existencia de la unión marital de hecho que presuntamente sostuvo con el fallecido señor Daniel Avellaneda Avellaneda, por medio de la sentencia del 3 de marzo de 2005, proferida por el Juzgado Noveno de Familia de Bogotá, confirmada mediante fallo del 28 de septiembre siguiente por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se negaron las pretensiones bajo el argumento que la allí demandante, no logró demostrar haber convivido con el causante durante un periodo no inferior a dos años transcurridos con anterioridad a su muerte (ff. 207 a 210 y 236 a 239).

5.1.2.6. Conforme al interrogatorio absuelto por la ciudadana Luz Estella Horopa Cariban dentro de dicho proceso ordinario, y según los testimonios de María de Jesús Ramírez de SÁCHICA y Audelina Avellaneda Avellaneda²⁶, recaudados en dicha actuación; el señor Daniel Avellaneda Avellaneda y la demandante se conocieron en el año 1998 y sostuvieron una relación sentimental que se remonta a esa anualidad. También se afirmó que, para el mes de diciembre del año 2000, la accionante se fue a vivir a la casa del causante para cuidarlo luego de una cirugía que se le realizó, luego de lo cual se fue a pasar fiestas de fin de ese año con su familia²⁷ y regresó a convivir con el *de cujus* a partir del mes de febrero de 2001. Así mismo se adujo que

²⁵ Que no fue controvertida por la parte demandada.

²⁶ Madrina de bautismo y hermana del causante respectivamente.

²⁷ Familia de la demandante Luz Estella Horopa Cariban.

debido a su actividad militar, existían periodos en los que el señor Daniel Avellaneda Avellaneda se ausentaba y solo podía compartir con la demandante durante las licencias que se le autorizaban (ff. 209 vto. y 210).

5.1.2.7. En audiencia de pruebas celebrada el 1° de abril de 2019 dentro de este medio de control, compareció el ciudadano Héctor Hernando González Camelo, quien testificó haber conocido al señor Daniel Avellaneda Avellaneda a través de la demandante Luz Estella Horopa Cariban, desde el 5 de enero de 1998, y que le constaba que estos convivían como pareja al momento de la muerte del causante, teniendo en cuenta que el declarante vivía en el barrio Santa Rita - Localidad Suba, es decir, donde residía la demandante, y así mismo manifestó que no conocía otra relación que el *de cuius* sostuviera, aparte a la constituida con la accionante -Minuto 00:25:10- (f. 132).

5.1.2.8. En la misma diligencia, la señora Luz Estella Horopa Cariban, al responder interrogatorio de parte al cual fue convocada, manifestó haber conocido al señor Daniel Avellaneda Avellaneda y sostuvieron un noviazgo desde 1984 hasta el año 1998, cuando se fueron a vivir juntos en el Barrio Santa Rita – Localidad Suba. Indicó que en dicha relación nunca se presentó separación alguna, que concibieron un hijo y que ella se dedicaba a trabajar como estilista de manera informal, lo cual le permitió autosostenerse luego del fallecimiento del causante, sin que por tal labor haya estado afiliada a seguridad social. Afirmó haber recibido por cuenta de la demandada, una compensación por la muerte de su compañero permanente y que mientras este estuvo con vida, nunca instauró demanda alguna en su contra -Minuto 00:30:56- (f. 132).

5.1.2.9. Dentro de la relación que sostuvieron el causante Daniel Avellaneda Avellaneda y la demandante Luz Estella Horopa Cariban, se concibió a Daniel Nicolás Avellaneda Horopa, quien fue reconocido como hijo del *de cuius*, con prerrogativas sucesorales, mediante fallo del 19 de enero de 2009 proferido dentro del proceso ordinario de filiación extramarital que cursó ante el Juzgado Sexto de Familia de Bogotá (ff. 35, 269 vto. a 271).

5.1.2.10. Mediante Resolución 21068 del 22 de julio de 2002, la Jefatura de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, reconoció a favor de la demandante Luz Estella Horopa Cariban, **(i)** una compensación económica por la muerte del señor Daniel Avellaneda Avellaneda, así como **(ii)** una cesantía definitiva doble, liquidadas sobre el sueldo básico mensual, la prima de actividad y la duodécima parte de la prima de navidad, cuyo pago quedó condicionado a la aproximación de las sentencias de filiación extramatrimonial del menor Daniel Avellaneda Horopa, y de declaración de existencia y disolución de la unión marital de hecho entre la actora y el causante (ff. 194 vto.).

5.1.2.11. El pago de dicha obligación se concretó en virtud de lo dispuesto en la Resolución 90370 del 7 de septiembre de 2009 (ff. 267 vto.).

5.1.2.12. Para el año 2017, el ciudadano Daniel Nicolás Avellaneda Horopa se encontraba cursando décimo grado de bachillerato académico (f. 38).

5.1.2.13. Mediante petición del 20 de febrero de 2017, la demandante Luz Estella Horopa Cariban, por medio de apoderado, solicitó para sí misma y para su hijo Daniel Nicolás Avellaneda Horopa, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en calidad de beneficiarios del fallecido Daniel Avellaneda Avellaneda (ff. 21 a 27).

5.1.3. Solución del asunto concreto

En primer lugar, teniendo en cuenta que a durante el trámite de este medio de control, la demandada no demostró haber expedido y notificado respuesta alguna frente a la petición radicada por la señora Luz Estella Horopa Cariban el 20 de febrero de 2017, en procura del reconocimiento de una pensión de sobrevivientes para sí y para su hijo Daniel Nicolás Avellaneda Horopa, dentro del término señalado en el inciso 1° del artículo 83 de la Ley 1437 de 2011, queda claro que por ministerio de dicha norma, ocurrió el silencio administrativo negativo y se originó el acto presunto que ahora se cuestiona.

En segundo lugar y de cara al caso concreto, tal como quedó establecido, al momento de su fallecimiento el señor Daniel Avellaneda Avellaneda se venía desempeñando en el Sector Público como Soldado Voluntario, luego la norma que regulaba su situación prestacional, en principio, era el Decreto 2728 de 1968; el cual determinó que en caso de muerte por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, se tendría derecho a: **(i)** el ascenso póstumo del servidor fallecido al grado de Cabo Segundo²⁸ y, **(ii)** a favor de sus beneficiarios una prestación indemnizatoria, así como el pago doble del auxilio de cesantías.

Así las cosas, pese a que para la fecha del deceso del señor Daniel Avellaneda Avellaneda, se encontraba vigente el Decreto Ley 1211 de 1990, tal norma no era aplicable de manera automática a su situación prestacional y la de sus beneficiarios, pues la misma regulaba la materia pero en este caso, para los Oficiales y Suboficiales las Fuerzas Militares, categoría que evidentemente no ostentó el causante en servicio activo ni al momento de su muerte, pero en la que sí incurrió luego de ser ascendido póstumamente como consecuencia de su fallecimiento en combate.

Ahora, tal como se señaló, el Decreto Ley 1211 de 1990, en su artículo 189 establece que si la muerte del Oficial o Suboficial, se produjo en combate o como efecto de la acción del enemigo, ya sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, el uniformado **(i)** será ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, sin importar el tiempo de servicio en su rango, y así mismo, para sus beneficiarios se contempló **(ii)** el pago de una prestación indemnizatoria en igual proporción a la contemplada en el Decreto 2728 de 1968 y el pago doble de las cesantías y, adicionalmente, **(iii)** el reconocimiento de una pensión mensual, que en el caso de quienes sirvieron por un periodo inferior a 12 años, sus beneficiarios,

²⁸ Se reitera que el grado de Cabo Segundo constituyó la última posición en orden descendente dentro del Escalafón Jerárquico del cuerpo de Suboficiales de las Fuerzas Militares, aún desde el año 1955 y hasta la entrada en vigencia del Decreto Ley 1790 de 2000, que introdujo el rango de Cabo Tercero dentro de dicha estructura institucional.

con excepción de los hermanos, recibirían esta prestación en una cuantía del 50% de las partidas enumeradas en el artículo 158 *ibídem*.

En ese orden, queda claro que el Decreto Ley 1211 de 1990, aplicable a los Oficiales y Suboficiales las Fuerzas Militares, dispuso para los supuestos enunciados, es decir, la muerte en combate o por acción directa del enemigo, en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, un beneficio adicional al otorgado a los soldados voluntarios y regulares, a favor de los beneficiarios del *de cujus*, constituido por una pensión mensual de sobrevivientes.

Entonces, dado que el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, no estableció el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los soldados voluntarios muertos en desarrollo de actos propios del servicio, a diferencia del Decreto Ley 1211 de 1990, que si lo contempló, y que en todo caso, se encontraba igualmente vigente a la fecha de fallecimiento del señor Daniel Avellaneda Avellaneda, pese a ser aplicable únicamente a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, terminó por cobijar al causante y sus eventuales beneficiarios, en virtud de su ascenso póstumo al grado de Cabo Tercero otorgado mediante la Resolución 495 de 18 de junio de 2002.

Ahora, en virtud de esta interpretación, considera el Despacho que a la parte accionante le asiste el derecho a la prestación que reclama, teniendo como único beneficiario al ciudadano Daniel Nicolás Avellaneda Horopa, luego de haberse demostrado que el causante Daniel Avellaneda Avellaneda, **(i)** tenía la calidad de Soldado Voluntario del Ejército Nacional, **(ii)** que falleció el 10 de octubre del año 2001, es decir en vigencia del Decreto Ley 1211 de 1990 y **(iii)** cuya muerte fue catalogada como ocurrida en combate, según Informe Administrativo 005 del 12 de octubre de 2001; y por último, **(iv)** que se acreditó el parentesco del *de cujus* con el mencionado joven Daniel Nicolás Avellaneda Horopa, en calidad de hijo, de acuerdo con su Registro Civil de Nacimiento y la sentencia del 19 de enero de 2009, proferida por el Juzgado Sexto de Familia de Bogotá, producto de la relación que en su momento sostuvo con la señora Luz Estella Horopa Cariban.

Ahora, en su contestación la parte demandada indicó que no era procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes dado que la señora Luz Estella Horopa Cariban, no demostró la calidad de compañera permanente del causante.

Al respecto, el Despacho advierte que contrario a lo expuesto por la parte actora en su demanda, al margen de que obre en el proceso una declaración extrajuicio realizada por el causante Daniel Avellaneda Avellaneda, en la cual manifestó que para el mes de agosto del año 2001, llevaba conviviendo con la señora Luz Estella Horopa Cariban, bajo el mismo techo, por un periodo de tres años, lo cierto es que, con posterioridad a esa calenda, la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Familia, esto es, el Juez Natural de ese asunto, determinó que entre estos dos individuos no existió la unión marital alegada en su momento por quien ahora demanda, principalmente por ausencia de pruebas que respaldaran tal afirmación.

Así las cosas, no obstante dentro de este medio de control se recaudó un testimonio de quien afirmó conocer al *de cujus*, por medio de la accionante, desde enero de 1998, y que en interrogatorio de parte, esta última afirmó haber sostenido un noviazgo con el señor Daniel Avellaneda Avellaneda desde el año 1984 y que desde 1998 iniciaron una convivencia; dichos elementos de juicio no permiten establecer con univocidad y veracidad que para este caso se cumplió con el requisito temporal de dos años establecido en la Ley 54 de 1990, para predicar la existencia de una unión marital de hecho entre dichos ciudadanos y que como consecuencia de ello la señora Luz Estella Horopa Cariban ostenta la condición de beneficiaria del causante, como tampoco pueden emplearse para desvirtuar el veredicto de una controversia decidida en primera y segunda instancia por la jurisdicción competente, que inclusive fue posterior a la declaración extra-procesal rendida por el militar fallecido, y cuyo contenido, en todo caso, en su momento también fue objeto de valoración por parte del Juez Natural.

5.1.4. Sentido de la decisión

En síntesis, considera el Despacho que el acto presunto negativo objetado dentro de este asunto, está viciado de nulidad por desconocimiento de las normas en que debía fundarse, solo en cuanto restringió el acceso del joven Daniel Nicolás Avellaneda Horopa, en calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes originada en razón de la muerte de su padre Daniel Avellaneda Avellaneda y en virtud del ascenso póstumo que este recibió.

5.1.5. Restablecimiento del derecho

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se inaplicará el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968, solo en cuanto limitó los beneficios a los que tienen derecho los beneficiarios de los Soldados Voluntarios fallecidos en las circunstancias en él señaladas, y así mismo, se ordenará el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a favor del joven Daniél Nicolas Avellaneda Horopra, equivalente al 50% de las partidas enumeradas en el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990 y que el causante venía devengando en servicio activo, a partir del 10 de octubre de 2001 y hasta el 23 de noviembre de 2019, sin descontar lo pagado por concepto de compensación por muerte y cesantía definitiva en doble proporción, en cumplimiento de las Resoluciones 21068 del 22 de julio de 2002 y 90370 del 7 de septiembre de 2009.

Es de precisar que, sin perjuicio de las reclamaciones administrativas y los mecanismos judiciales que la parte actora estime conveniente promover en el futuro, lo cierto es que la pensión de sobrevivientes reconocida en este asunto, solo lo comprende las mesadas causadas desde la fecha en que se originó el derecho y hasta el día en que el joven Daniel Nicolás Avellaneda Horopa alcanzó la edad de 18 años, esto es, el 24 de noviembre de 2019, como quiera que dentro del expediente no se demostró que con posterioridad a esa fecha, dicho ciudadano se encontrara excluido de alguna de las

situaciones señaladas en el artículo 188 del Decreto Ley 1211 de 1990, para la extinción de las pensiones.²⁹

En este sentido debe precisarse que si bien el artículo 188 del Decreto Ley 1211, señala la edad de 21 años como límite para la condición de beneficiario de las prestaciones pensionales señaladas en él, dicha normativa requiere interpretarse a la luz de lo previsto en la Ley 27 de 1977, la cual establece que para todos los efectos legales, será mayor de edad, o simplemente mayor, a quien ha cumplido diez y ocho (18) años; y que en todos los casos en que la ley señale los 21 años como aptitud legal para ejecutar determinados actos jurídicos, o como condición para obtener la capacidad de ejercicio de los derechos civiles, se entenderá que se refiere a los mayores de 18 años. Es más, el artículo 185 del Decreto Ley 1211, en el evento de quienes ostentan respecto del causante el parentesco de hermanos, fija un techo de 18 años de edad como límite para ser beneficiarios de aquel.

5.1.6. La prescripción

En este punto debe señalarse que si bien, a la luz del Decreto Ley 1211 de 1990 y de la sentencia de unificación citada en las consideraciones de este proveído, respecto de las mesadas no reclamadas oportunamente debiera aplicarse la prescripción cuatrienal consagrada en el artículo 174 *ibídem*, en el presente asunto debe realizarse una consideración especial.

Según se demostró, el derecho a la pensión de sobrevivientes reconocida, se causó a partir del 10 de octubre de 2001, fecha de fallecimiento del causante y para la cual, aún no había nacido su único beneficiario; de ahí que, para establecer el vínculo de parentesco, se hubiese requerido adelantar el proceso de filiación extramatrimonial.

Así las cosas, entre las fechas de nacimiento del ciudadano Daniel Nicolás Avellaneda Avellaneda, el 24 de noviembre de 2001, y la de presentación de la petición cuya falta de respuesta dio origen al acto acusado en este medio de control, el 20 de febrero de 2017, dicho beneficiario ostentó la condición de menor de edad, y como se indicó, aún hasta el 24 de noviembre de 2019.

Bajo tal entendido, queda claro que en esta controversia no tiene lugar el fenómeno prescriptivo sobre las mesadas pensionales causadas, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado³⁰, por tratarse de un derecho causado a favor de un menor de edad, que no podía ser exigible directamente por éste sino hasta el cumplimiento de su mayoría de edad; de ahí que fuese su señora madre quien tenía que acudir ante la administración en procura del reconocimiento de ese derecho y promover la correspondiente demanda. Por estos motivos, no sale avante la excepción propuesta en tal sentido por la parte demandada.

²⁹ Muerte, independencia económica, matrimonio o por haber llegado a la edad de veintiún (21) años, salvo los hijos inválidos absolutos de cualquier edad y los estudiantes hasta la edad de veinticuatro años (24), cuando unos y otros hayan dependido económicamente del Oficial o Suboficial y mientras subsistan las condiciones de invalidez y estudios

³⁰ C.E., S.2ª., sentencias (i) de abril 29/2010, Rad. Int. 1259-09, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y (ii) de marzo 2/2017, Rad. Int. 0567-14, M.P. William Hernández Gómez, entre otras.

5.1.7. Otras decisiones inherentes al restablecimiento del derecho

Así mismo, se ordenará que al momento de liquidar la condena, la accionada efectúe de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción que legalmente corresponda al beneficiario, por concepto de los aportes necesarios para la financiación del Fondo Asistencial de Pensionados del Ministerio de Defensa, o de la fuente con cargo a la cual se sufragará la pensión reconocida, a partir del 10 de octubre de 2001, tal como lo señalan el Decreto Ley 1211 de 1990 en su artículo 244 y el Decreto 1070 de 2015.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de las mesadas insolutas de la pensión de sobrevivientes, se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la mesada pensional). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Debe aclararse que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, únicamente sobre las mesadas a que se tenga derecho en virtud del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellas.

Y desde luego, sin perjuicio de lo estipulado en los artículos 192 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, cuya observancia por parte de la Administración debe darse sin necesidad de mandato judicial, lo cual involucra además, el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

5.1.8. Decisión frente a solicitud de declaratoria de existencia del acto presunto negativo demandado.

Dentro de este proceso se pretende, además de las pretensiones que la fueron objeto de pronunciamiento, la declaratoria de existencia del acto presunto negativo constituido por el silencio guardado frente a la petición del 20 de febrero de 2020, por medio de la cual se solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

Al respecto, en primer lugar, se observa que el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011, señala que transcurridos 3 meses contados a partir de la presentación de una solicitud, sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

En segundo lugar y bajo la premisa aludida, considera el Despacho que la pretensión planteada en tal sentido no es de recibo, pues es claro que al haber transcurrido el plazo límite que señala la Ley para la ocurrencia del silencio administrativo, sin que la administración se pronunciara frente al objeto de la solicitud, pues esta no lo demostró así, la presunción a la que alude el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011 operó por ministerio de la Ley sin que sea necesario que el juez la declare.

En efecto, la jurisdicción contencioso administrativa no es el escenario idóneo para declarar la existencia de un acto presunto originado con ocasión del silencio administrativo, dado que el mismo nace a la vida jurídica por el simple transcurso del término que preceptúa la Ley, de modo que, solicitar una declaratoria en tal sentido, implicaría desconocer la presunción que la ley consagra en la materia, y que controversias como la que ahora se dirime, solo pudieran conocerse, a partir de la existencia del respectivo medio de control y luego de que se haya producido una declaración judicial en cuanto al surgimiento del acto demandable. Por estos motivos, el pedimento planteado en tal sentido no sale avante.

5.2. Condena en costas

El Despacho se abstendrá de condenar en costas, habida consideración que para que dicha condena sea procedente en materia laboral, debe probarse una conducta reprochable por parte del sujeto procesal vencido, lo que no sucedió en este caso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo de Oralidad de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, de conformidad con la motivación expuesta.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto presunto negativo producto del silencio guardado frente a la petición del 20 de febrero de 2017, que tenía por objeto el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de la parte actora, únicamente en cuanto restringió el acceso del ciudadano **DANIEL NICOLÁS AVELLANEDA HOROPA** a dicha prestación, en calidad de beneficiario del señor DANIEL AVELLANEDA AVELLANEDA, por las razones expuestas.

TERCERO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se **INAPLICA** el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968, en cuanto limitó los derechos consagrados a favor de los beneficiarios de los Soldados Voluntarios fallecidos en las circunstancias que señaló dicha norma, y así mismo, se **CONDENA** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**, a:

(i) RECONOCER, LIQUIDAR Y PAGAR, una pensión de sobrevivientes a favor del joven **DANIEL NICOLÁS AVELLANEDA HOROPA**, equivalente al 50% de las partidas enumeradas en el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990 y que el causante venía devengando en actividad, a partir del diez (10) de octubre de dos mil uno (2001) y hasta el veintitrés (23) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), sin descontar lo pagado por concepto de compensación por muerte y cesantía definitiva en doble proporción; aplicando los reajustes y los descuentos legales que correspondan.

(ii) Al liquidar la condena, **REALIZAR** de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción que legalmente corresponda al ciudadano **DANIEL NICOLÁS AVELLANEDA HOROPA**, por concepto de los aportes necesarios para financiar el Fondo Asistencial de Pensionados del Ministerio de Defensa, o la fuente con cargo a la cual se sufragará la prestación reconocida, a partir del diez (10) de octubre de dos mil uno (2001), tal como lo señalan el Decreto Ley 1211 de 1990 en su artículo 244 y el Decreto 1070 de 2015.

(iii) REAJUSTAR y/o ACTUALIZAR las sumas correspondientes, en la forma indicada en la parte motiva, aplicando para tal fin la fórmula señalada.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: NO CONDENAR en costas procesales.

SEXTO: Dar cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

SÉPTIMO: En firme la presente providencia, comuníquese a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**, realizándose entrega íntegra de esta providencia para su ejecución y cumplimiento.

OCTAVO: De igual forma por secretaría expídase las copias para su cobro, de conformidad con el artículo 114 del Código de General del Proceso. Para ello, la parte interesada deberá tomar las copias necesarias a su cargo, y aportar al expediente las mismas a través de memorial que debe ser radicado en la Oficina de Apoyo, luego de lo cual serán entregadas por Secretaría.

NOVENO: En firme esta providencia, liquídese el proceso, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos procesales si lo hubiere y archívese el expediente por la Oficina de Apoyo, dejándose las constancias a que haya lugar.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ANDRÉS JOSÉ QUINTERO GNECCO

Juez