



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**  
**SALA DE DECISIÓN No. 5**

**MAGISTRADO PONENTE: OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**

Tunja, 06 OCT 2018

|                         |                                                        |
|-------------------------|--------------------------------------------------------|
| <b>Demandante</b>       | Pedro Said Otálora Muñoz.                              |
| <b>Demandado</b>        | Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. |
| <b>Expediente</b>       | 150013333-003-2016-00115-01.                           |
| <b>Medio de control</b> | Nulidad y Restablecimiento del Derecho                 |
| <b>Asunto</b>           | Revoca sentencia de primera instancia                  |

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandante<sup>1</sup>, en contra de la sentencia del 17 de julio de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda<sup>2</sup>.

**I. ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA<sup>3</sup>**

A través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA, el señor PEDRO SAID OTÁLORA MUÑOZ, presentó demanda en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, con el objeto que se declare la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos:

- **GNR 237502 de 5 de agosto de 2015**, proferida por la gerente nacional de reconocimiento de la vicepresidencia de beneficios y prestaciones de Colpensiones, que negó el reconocimiento, liquidación y pago del auxilio funerario del actor, con ocasión al fallecimiento de su cónyuge.
- **GNR 42307 de 8 de febrero de 2016**, que resolvió el recurso de reposición contra la decisión anterior, confirmándola en todas sus partes.
- **VPB 15586 de 7 de abril de 2016**, que resolvió el recurso de apelación contra la resolución GNR 237502 de 5 de agosto de 2015, que negó el derecho reclamado, confirmando la decisión apelada.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad enjuiciada a: *i)* reconocer, liquidar y pagar al actor, el auxilio funerario en mención, por haber sufragado los gastos de sepelio de su esposa y quien se encontraba afiliada a COLPENSIONES; *ii)* indexar las

<sup>1</sup> Fls. 290-294

<sup>2</sup> Fls. 284-288

<sup>3</sup> Folio 6-16.



*Demandante: Pedro Said Otálora Muñoz.*

*Demandado: Colpensiones.*

*Expediente: 150013333-003-2016-00115-01.*

**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia**

sumas adeudadas, desde el momento en que debió pagarse y hasta cuando se encuentre en firme la sentencia, y que a partir del día siguiente a la ejecutoria, se paguen los intereses moratorios hasta cuando se realice el pago total de la obligación; **iii)** dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 192 de la Ley 1437 de 2011; y **iv)** pagar las costas del proceso.

### **1.1. HECHOS**

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

- Indicó el actor que la señora Olga Lucia Galindo Velasco, cónyuge, falleció el 21 de marzo de 2015 en la ciudad de Tunja y que para dicha época se encontraba afiliada a la Administradora Colombina de Pensiones – Colpensiones.
- Señaló el demandante que en vida su cónyuge, Olga Lucia Galindo Velasco, adquirió el contrato pre-exequial No. 216380 con la PROMOTORA LA AURORA S.A., con el fin de sufragar los gastos exequiales de ella y de su núcleo familiar.
- Manifestó que el 5 de mayo de 2015, con ocasión al fallecimiento de su cónyuge solicitó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones el reconocimiento, liquidación y pago del auxilio funerario habiendo aportado la documentación requerida.
- Que mediante la resolución GNR 237502 del 5 de agosto de 2015, Colpensiones negó dicho reconocimiento aduciendo que la causante contaba con un plan pre-exequial, en contra de dicha resolución el accionante interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación.
- Con resolución GNR 42307 del 8 de febrero de 2016, se resolvió el recurso de reposición que confirmó en todas sus partes la resolución recurrida y se concedió ante el superior el recurso de apelación.
- Finalmente a través de la resolución VPB 15586 del 7 de abril de 2016, se resolvió el recurso de apelación, confirmando la resolución y quedando así agotado el procedimiento administrativo.

### **1.2. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN<sup>4</sup>**

Considera que las decisiones contenidas en los actos administrativos demandados violan las siguientes normas de la Constitución Política y de las leyes que la han desarrollado:

---

<sup>4</sup> Folios 9-13.



*Demandante: Pedro Said Otálora Muñoz.*

*Demandado: Colpensiones.*

*Expediente: 150013333-003-2016-00115-01.*

**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia**

Constitucionales: Artículos 4, 13, 25, 48, 53 y 58.

Ley 100 de 1993: Artículos 10 y 51.

Como **concepto de violación** expone, que la entidad demandada incurre en la causal de nulidad al violar directamente la Ley, al realizar una interpretación errónea y al dar una aplicación contraria a las normas, afectando derechos ciertos, indiscutibles e irrenunciables sin existir fundamentos jurídicos válidos.

Por otra parte, los requisitos exigidos para solicitar el reconocimiento del auxilio funerario con ocasión al fallecimiento de un afiliado o pensionado que suscribe el contrato, son taxativos, ya que en ningún momento se ha establecido en la ley condicionamientos para proceder a su pago y en tal razón, negar el derecho pretendido, basándose en la existencia de un contrato pre-exequial adquirido por la causante, imposibilidad el pago pretendido.

En conclusión, aduce considerar que existen razones más que suficientes para declarar la nulidad de los actos acusados, y en consecuencia restablecer el derecho vulnerado.

## **2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>5</sup>**

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que no se encuentran los presupuestos facticos ni legales para la prosperidad del reconocimiento del pago del auxilio funerario, como consecuencia de la muerte de la señora Olga Lucia Galindo Velasco.

Precisó que el estudio del reconocimiento y pago del auxilio funerario, conforme a los actos acusados, se rige por los artículos 51 de la ley 100 de 1993 y el artículo 18 del decreto 1889 de 1994.

Señaló que para adquirir el derecho al pago del auxilio funerario, es necesario que el demandante, de su patrimonio hubiese incurrido con dichos gastos, pues en el presente caso, obra documento suscrito por la occisa con la entidad de planes pre-exequiales Promotora Aurora SA, actuando como titular del plan, razón por la cual es improcedente el reconocimiento de dicha prestación a favor del señor Otálora Muñoz, por carecer del cumplimiento de los requisitos.

Pues una vez revisados los documentos aportados con el traslado de la demanda, se encontró certificación de fecha 26 de marzo de 2015, expedida por LA AURORA – Funerales y Capillas, en la que consta que la causante contrató con esa sociedad el contrato pre-exequial No. 216380, en el que se observó que los gastos funerarios fueron cubiertos por el plan pre-exequial,

<sup>5</sup> Folio 247-255.



*Demandante: Pedro Said Otálora Muñoz.*

*Demandado: Colpensiones.*

*Expediente: 150013333-003-2016-00115-01.*

**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia**

en donde la titular del plan era la señora Olga Lucia Galindo Velasco y no como beneficiaria.

Conforme lo anterior, indicó que cuando exista contrato pre-exequial, quien pretenda el reconocimiento y pago del auxilio funerario debe demostrar que en el contrato el causante no figura como titular, sino como beneficiario, y de esta forma será procedente el reconocimiento de esta prestación, caso contrario a lo solicitado, pues no obra prueba documental que demuestre que el accionante era el titular del contrato y/o que hubiera pagado los gastos fúnebres con su patrimonio.

Precisó que en el presente caso, no es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, solicitados por la parte actora, por cuanto el artículo 141 de la ley 100 de 1993, establece que dichos intereses únicamente proceden por la mora en el pago de una suma de dinero, no obstante aclaró que tal reconocimiento se refiere al atraso de sumas de dinero ya reconocidas, situación que no se presenta en el presente caso por no asistirle derecho al demandante.

Por ende, concluyó que la entidad accionada al momento de proferir los actos administrativos demandados, tuvo en cuenta lo preceptuado en el artículo 51 de la Ley 100 de 1993, artículo 18 del Decreto 1889 de 1994 y el Concepto de fecha 8 de septiembre de 2014 proferido por la Gerencia Nacional de Reconocimiento.

En ejercicio de su derecho de defensa, formuló las siguientes excepciones de mérito:

- ***Inexistencia del derecho y la obligación:*** Dijo que el auxilio funerario es una suma de dinero que se reconoce a aquellas personas que acrediten haber realizado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado en las Administradoras de Pensiones, conforme lo estipula el artículo 51 de la Ley 100 de 1993.
- ***Presunción de Legalidad de los Actos Administrativos:*** Adujó que las decisiones contenidas en los actos acusados fueron tomadas con base en la documentación que reposa en la entidad, razón por la cual gozan de presunción de legalidad.
- ***Improcedencia de los Intereses Moratorios:*** Toda vez que las pretensiones de la demanda están llamadas a no prosperar, no habría cabida a la sentencia emitida por el Despacho en donde se condene a la entidad.
- ***Improcedencia de Indexación.*** Teniendo en cuenta que no es factible que prosperen las pretensiones de la demanda, no es procedente que se genere el pago indexado del auxilio funerario.



*Demandante: Pedro Said Otálora Muñoz.*

*Demandado: Colpensiones.*

*Expediente: 150013333-003-2016-00115-01.*

**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia**

- **Cobro de lo no Debido:** Teniendo en cuenta que la carga probatoria de la parte demandante recaía exclusivamente en demostrar que el señor Otálora Muñoz sufragó los gastos funerarios de la señora Olga Lucia Galindo Velasco y al probarse lo contrario con la certificación del plan pre-exequial adquirido por la causante como titular, no cumple con lo establecido en el artículo 51 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 18 del Decreto 1889 de 1994.
- **Buena fe de Colpensiones.** La entidad, en el ejercicio de sus funciones siempre cumple con lo establecido en la ley para cada caso en particular.
- **Prescripción:** Dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1959.
- **Innominada o Genérica.**

### 3. SENTENCIA APELADA<sup>6</sup>

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante sentencia de fecha 17 de julio de 2017, negó las pretensiones de la demanda.

Para llegar a tal conclusión, realizó una síntesis de los hechos probados dentro del caso sub examine encontrando que funerales y capillas Promotora La Aurora S.A. sufragó los servicios funerarios de la señora Olga Lucia Galindo Velasco por valor de \$3.221.750 (fl.22) y que el actor canceló en la Funeraria San Francisco S.A.S. por concepto de “*excedente de servicio funerario a la señora Olga Lucia Galindo Velasco*” el valor de \$800.000 (fl.26), y en el Parque Jardines de Santa Isabel S.A.S. por servicios complementarios de cenisario familiar, la suma de \$2.400.000 (fl.27).

Indicó que de conformidad con el artículo 51 de la Ley 100 de 1993, se señala que el auxilio funerario, es equivalente al último salario base de cotización y en este caso fue la suma de \$2.866.699 de acuerdo a la certificación obrante a folio 40, suma inferior a la sufragada por Funerales y Capillas Promotora La Aurora S.A.

Por tal motivo, afirmó que quien asumió los gastos funerarios de la causante fue Funerales y Capillas Promotora La Aurora S.A. (cofre, preparación del cuerpo, sala de velación, pago de servicios religiosos, carroza y destino final) con ocasión al contrato de previsión exequial No. 216380, suscrito entre dicha sociedad y la señora Galindo Velasco, entre tanto, el actor canceló la suma de \$800.000 en la funeraria San Francisco, por un excedente en los servicios y la suma de \$2.400.000 en el parque memorial jardines de santa Isabel, igualmente, por un servicio complementario de cenisario familiar.

<sup>6</sup> Fls. 284-288



*Demandante: Pedro Said Otálora Muñoz.*

*Demandado: Colpensiones.*

*Expediente: 150013333-003-2016-00115-01.*

**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia**

Conforme a ello, consideró que quien había asumido los gastos funerarios de la causante fue Funerales y Capillas Promotora La Aurora, con ocasión del contrato de previsión exequial No 216380 y no el señor Pedro Said Otálora, pues si bien el mismo demostró haber sufragado algunos gastos funerales, estos fueron excedentes de los servicios ofrecidos por Funerales y Capillas Promotora la Aurora, tal como lo acreditan las respectivas facturas.

Finalmente, a manera de ilustración citó el Concepto 8070 suscrito por el Ministerio de Trabajo, el cual refiere que si una empresa asume los gastos funerarios en atención a un contrato pre-exequial, ello no significa que los gastos no hayan sido pagados por el tomador de la póliza, pues quien asume dicho gasto de forma anticipada es el tomador del contrato, así mismo, manifestó que en el caso en que el occiso sea el titular del contrato, no es viable legalmente conceder el auxilio funerario.

#### **4.- RECURSO DE APELACIÓN**

##### **4.1. Parte demandante<sup>7</sup>**

Con escrito del 28 julio de 2017, el apoderado de la parte demandante, presentó recurso de apelación contra la decisión proferida el 17 de julio de 2017, solicitando sea revocada y en su lugar se concedan las pretensiones, tal como se advierte a continuación:

Indicó que el *a quo* en la parte motiva de la sentencia mencionó que el señor Pedro Said Otálora Muñoz, podría ser beneficiado del auxilio funerario con el monto de \$2.866.699, equivalente al último salario devengado por la causante, conforme lo estipulado en el artículo 51 de la Ley 100 de 1993, normatividad que fue citada en el escrito de demanda para justificar el derecho, empero en la providencia, no se reflejó lo manifestado anteriormente, dando a entender que tanto el Juez como la entidad demandada desconocen los requisitos exigidos para el desconocimiento del auxilio funerario.

Expresó que la interpretación de la norma (artículo 51 y 86 de la ley 100 de 1993) no es la correcta, pues el hecho de que el pensionado o su grupo familiar hayan adquirido una póliza que cubra tales gastos, no significa que los mismos se pierdan, o que en ese caso los deba asumir el pensionado o su grupo familiar, pues la misma norma establece qué ocurre cuando los gastos están cubiertos con una póliza o por un seguro de sobrevivientes que cubra el auxilio, sin que se indique que se pierde el derecho al auxilio.

Que la manifestación relacionada, con que quien tendría la posibilidad a reclamar el auxilio era la propia fallecida o sus herederos, dicha precisión resulta absurda, ya que la norma no determina dicha posibilidad; de igual forma, que el demandante cuando más tendría derecho a un mes de salario

---

<sup>7</sup> fls. 290-294



*Demandante: Pedro Said Otálora Muñoz.*

*Demandado: Colpensiones.*

*Expediente: 150013333-003-2016-00115-01.*

**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia**

equivalente al último cotizado, lo cual no es cierto, porque debe ser ese, siempre y cuando esté entre el límite de los 5 y los 10 SMLMV, pues el reconocimiento no puede salir de ese parámetro.

## **5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

### **5.1. Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones<sup>8</sup>**

Dentro del término procesal correspondiente, la apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, presentó sus alegatos reiterando los argumentos planteados en su defensa ante la primera instancia, especialmente lo relacionado con que quien asumió los gastos funerarios de la causante fue Funerales y Capillas Promotora La Aurora S.A. (cofre, preparación del cuerpo, sala de velación, pago de servicios religiosos, carroza y destino final), con ocasión al contrato de previsión pre-exequial No. 216380, suscrito entre dicha entidad y la señora Olga Lucia Galindo, y no el demandante como lo aduce en la demanda. Por lo anterior, los pagos que realizó el demandante fueron voluntarios, dado que los servicios básicos fueron cubiertos por el contrato pre-exequial.

### **5.2. Concepto de la Procuraduría 46 Judicial II<sup>9</sup>**

El delegado de la Procuraduría General de la Nación, presentó concepto en el que solicitó se revoque el fallo de primera instancia, toda vez que, la interpretación dada al artículo 51 de la Ley 100 de 1993, iría en contra de los principios de equidad.

Indicó que conforme con lo probado en las diligencias, si bien se encuentra acreditado que la empresa Funerales y Capillas Promotora la Aurora, fue quien sufragó los servicios funerarios de la señora Olga Lucia Galindo, por valor de \$3.221.750, de igual forma se acreditó que el demandante canceló la suma de \$800.000, por concepto de excedente de servicio funerario y en el parque Jardines de Santa Isabel, por servicio complementario de cenisario familiar por la suma de \$2.400.000, es decir, que los gastos funerarios fueron asumidos por el actor de su propio peculio y otros por la empresa de servicios exequiales.

Precisó que no comparte los argumentos expuestos por la juez de instancia, al considerar que una interpretación literal del artículo 51 de la ley 100 de 1993, iría en contra de los principios de la equidad, que por mandato del artículo 230 constitucional debe servir como fuente de la aplicación del derecho, siguiendo los criterios de igualdad y justicia a fin de evitar afectar o perjudicar la dignidad de una persona.

<sup>8</sup> Fls. 313-315

<sup>9</sup> Fls.316-319



*Demandante: Pedro Said Otálora Muñoz.*

*Demandado: Colpensiones.*

*Expediente: 150013333-003-2016-00115-01.*

**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia**

En tal sentido indicó que no es incompatible que se reembolse al reclamante el auxilio funerario por los valores efectivamente cancelados, así previamente su cónyuge haya contratado con un tercero, previo el pago de cuotas en la modalidad pactada, la prestación de determinados servicios al momento que ocurriera su muerte.

Indicó que la prestación reclamada ha sido creada por la ley y tiene como objetivo cubrir los gastos del sepelio al producirse el fallecimiento, en tal razón si el ocioso quiso pagarlo de su propio peculio antes de su fallecimiento, es apenas equitativo que se le reintegren a sus familiares las sumas de dinero que salieron de su propio patrimonio, con el fin de lograr el equilibrio entre las cargas de la administración y las de las que le corresponden a la familia del fallecido.

En tal razón, indicó que el patrimonio de quien ha planeado con anticipación el pago de los servicios exequiales de su familia, no puede afectar los derechos a la seguridad social contemplados en el ordenamiento, pues se trata de derechos independientes.

Conforme a ello, solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda, precisando que el pago del auxilio de haga por valor de 5 SMMV al momento de los hechos que dieron lugar a la causa (año 2015: \$3.221.750), por ser un mínimo contemplado en el artículo 51 de la ley 100 de 1993 y ser superior al último salario base de cotización de la señora Galindo Velasco.

### **5.3. Parte Demandante<sup>10</sup>**

Dentro de la oportunidad correspondiente para ello, el apoderado del demandante presentó el escrito de alegatos de conclusión reiterando los argumentos planteados en el recurso de apelación.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. PROBLEMA JURÍDICO**

En razón al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la decisión de primera instancia, corresponde a esta Sala establecer si el señor Pedro Said Otálora Muñoz tiene derecho a que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, reconozca, liquide y pague, el auxilio funerario, con ocasión de los gastos de sepelio sufragados por el fallecimiento de su cónyuge la señora Olga Lucia Galindo Velasco (Q.E.P.D.), quien era titular de un contrato pre-exequial.

---

<sup>10</sup> fls.320-321



*Demandante: Pedro Said Otálora Muñoz.*

*Demandado: Colpensiones.*

*Expediente: 150013333-003-2016-00115-01.*

**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia**

## **2. POSICIÓN DE LAS PARTES RESPECTO AL CASO SUB EXÁMINE**

### **a) Tesis argumentativa propuesta por la a quo**

Negó las pretensiones de la demanda al considerar que quien asumió los gastos funerarios de la causante fue Funerales y Capillas Promotora La Aurora S.A. (cofre, preparación del cuerpo, sala de velación, pago de servicios religiosos, carroza y destino final) con ocasión al contrato de previsión exequial No. 216380, suscrito entre dicha sociedad y la señora Galindo Velasco, entre tanto, el actor demostró haber sufragado algunos gastos funerarios, señalados como excedentes de los servicios ofrecidos por Funerales y Capillas Promotora la Aurora, tal como lo acreditan las respectivas facturas.

### **b) Tesis argumentativa propuesta por el apelante**

Indicó que si bien en la parte motiva de la sentencia se mencionó que el señor Pedro Said Otálora Muñoz, podría ser beneficiado del auxilio funerario con el monto de \$2.866.699, equivalente al último salario devengado por la causante, conforme lo estipulado en el artículo 51 de la Ley 100 de 1993, normatividad que fue citada en el escrito de demanda para justificar el derecho, dicha apreciación, no se reflejó en la parte resolutive de la sentencia, razón por la cual consideró que tanto el Juez como la entidad demandada desconocen los requisitos exigidos para el desconocimiento del auxilio funerario.

Expresó que la interpretación dada a la norma (artículo 51 y 86 de la ley 100 de 1993) no es la correcta, pues el hecho de que el pensionado o su grupo familiar hayan adquirido una póliza que cubra tales gastos, no significa que los mismos se pierdan, o que en ese caso los deba asumir el pensionado o su grupo familiar, pues la misma norma establece qué ocurre cuando los gastos están cubiertos con una póliza o por un seguro de sobrevivientes que cubra el auxilio, sin que se indique que se pierde el derecho al auxilio.

### **c) Tesis argumentativa propuesta por la Sala**

La Sala revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que el auxilio funerario es una prestación económica, de la cual será beneficiario quien sufrague los gastos de entierro de un afiliado o pensionado, y que dichos gastos pueden ser asumidos por un tercero, en virtud de un contrato de prestación de servicios pre-exequiales.

Dirá, que el hecho de que un pensionado y/o afiliado suscriba un contrato preexequial y una vez ocurrido su fallecimiento, no es dable que quede automáticamente excluido de una prestación contemplada en el Sistema de Seguridad Social para amparar la contingencia de la muerte como lo es el



*Demandante: Pedro Said Otálora Muñoz.*

*Demandado: Colpensiones.*

*Expediente: 150013333-003-2016-00115-01.*

**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia**

auxilio funerario, pues dicha circunstancia daría un alcance al artículo 51 de la Ley 100 de 1993, que resulta contrario al carácter de irrenunciable de la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución y artículo 3 de la Ley 100 de 1993.

Conforme a ello, se dispondrá el reconocimiento por concepto de auxilio funerario a favor del señor Pedro Said Otálora y a cargo de COLPENSIONES por la suma de \$ 3.468.706, que corresponde al último salario base de cotización de la docente causante Olga Lucia Galindo Velasco, tal como se advierte del certificado de salarios mes a mes obrante en el expediente.

Para desatar el problema jurídico planteado, procederá la Sala a analizar los siguientes aspectos, i) Régimen del Auxilio Funerario, ii) Requisitos y destinatarios del Auxilio Funerario, para finalmente, abordar el caso concreto.

### **3. Régimen del Auxilio Funerario**

El Sistema de Seguridad Social Integral, instituyó, dentro de los dos regímenes generales establecidos para pensiones, dos prestaciones adicionales, así contempló la mesada adicional y el auxilio funerario.

El Consejo de Estado ha indicado, en relación al hecho generador, la finalidad y el elemento material del auxilio funerario que:

*“auxilio funerario es la ayuda económica a que se tiene derecho con ocasión de la muerte de los servidores públicos activos o de los pensionados, para subvenir los gastos de su sepelio, sin que haya lugar a un tratamiento diferente en el reconocimiento de una prestación que, en todos los casos, objetivamente es idéntica.*

*En efecto, el hecho generador del auxilio - su causa o elemento objetivo - es el mismo, trátese de pensionados, de afiliados al sistema integral de seguridad social, de docentes nacionalizados, nacionales o territoriales: el deceso del afiliado o del pensionado. La finalidad - o elemento teleológico - también coincide en todos los casos: la ayuda económica para subvenir los gastos de inhumación. Además, la prestación opera respecto de idéntico grupo social: los trabajadores activos - públicos o privados - y los pensionados, y el sujeto destinatario de la prestación es el mismo: quien compruebe haber realizado los gastos.*

*No obstante lo anterior, el contenido de la prestación - o elemento material - es diferente en cada caso y resulta discriminatorio sin justificación alguna: a los docentes nacionalizados y territoriales, en principio, tendría que reconocérseles el auxilio funerario previsto en el decreto 1600 de 1945, regla 7 del artículo 11 - “los gastos funerarios no excederán del valor del último sueldo o salario mensual del empleado u obrero fallecido, ni de trescientos pesos en ningún caso”; a los docentes nacionales el señalado en el artículo 10 del decreto 050 de 1981 - “... monto equivalente al salario mínimo legal vigente en el momento del fallecimiento” -; para los pensionados oficiales - ley 4ª de 1976 - y para los afiliados - trabajadores activos - al sistema integral de seguridad social y los pensionados - ley 100 de 1993 - un auxilio que no puede ser inferior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario”<sup>11</sup>*

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE, Bogotá D. C., diecinueve (19) de julio de dos mil uno (2001), Radicación número: 1364, Actor: MINISTRO DE EDUCACIÓN NACIONAL, Referencia: Docentes activos. Monto del auxilio funerario.



*Demandante: Pedro Said Otálora Muñoz.*

*Demandado: Colpensiones.*

*Expediente: 150013333-003-2016-00115-01.*

**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia**

En el mismo pronunciamiento indicó la corporación, que por no existir razonabilidad ni proporcionalidad en el tratamiento desigual de *inter pares*, es preciso dar efectividad al principio de igualdad y, por consiguiente, los docentes tienen derecho a percibir por concepto de auxilio funerario, la suma que, en cada caso corresponda - no inferior a cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes<sup>12</sup>, ni superior a diez veces dicho salario -, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 4ª de 1976 y en los artículos 51 y 86 de la ley 100 de 1993, por constituir estas sumas, en la práctica, un beneficio mínimo establecido en la ley, a términos del artículo 53 de la Constitución.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado en sentencia de 2 de octubre de 2014<sup>13</sup>, en cita del doctrinante GERARDO ARENAS MONSALVE precisó las características del auxilio funerario en los siguientes términos:

*“(...) Al respecto, la doctrina nacional<sup>14</sup> ha sostenido que se trata de: “(...) Un beneficio que se reconoce no en función del vínculo familiar sino con calidad de reembolso de gastos: se paga a la persona que compruebe haber sufragado los gastos exequiales. (...) El beneficio se causa por fallecimiento del afiliado al sistema de pensiones o por fallecimiento del pensionado de este mismo sistema. Esta distinción determina también la regla general sobre cuantía del beneficiario: si el fallecido fue un afiliado al sistema, el auxilio será equivalente al último salario base de cotización; si era pensionado, se pagará el valor equivalente a la última mesada pensional recibida (...)”.*

Como se indicó, dicha prestación, se encuentra consagrada en el artículo 51 de la Ley 100 de 1993, en favor de la persona que compruebe haber sufragado los gastos fúnebres o de entierro de un afiliado o pensionado por vejez o invalidez.

Al respecto, el artículo dispone:

*“ARTICULO. 51.-Auxilio funerario. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 1889 de 1994. La persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado, tendrá derecho a percibir un auxilio funerario equivalente al último salario base de cotización, o al valor correspondiente a la última mesada pensional recibida, según sea el caso, sin que este auxilio pueda ser inferior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario.*

*Cuando los gastos funerarios por disposición legal o reglamentaria deban estar cubiertos por una póliza de seguros, el Instituto de Seguros Sociales, cajas, fondos o entidades del sector público podrán repetir contra la entidad aseguradora que lo haya amparado, por las sumas que se paguen por este concepto”.*

(2001), Radicación número: 1364, Actor: MINISTRO DE EDUCACIÓN NACIONAL, Referencia: Docentes activos. Monto del auxilio funerario.

<sup>12</sup> La ley 4ª de 1976 se remite a salario mínimo legal mensual más alto, sistema de remuneración que no se emplea en la actualidad.

<sup>13</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION B Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá D.C., dos (2) de octubre de dos mil catorce (2014) Radicación número: 08001-23-31-000-2001-02315-01(0964-12).

<sup>14</sup> Arenas Monsalve, Gerardo, El Derecho Colombiano de la Seguridad Social, Legis, Bogotá, Tercera Edición 2011, p. 421.



*Demandante: Pedro Said Otálora Muñoz.*

*Demandado: Colpensiones.*

*Expediente: 150013333-003-2016-00115-01.*

**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia**

Por su parte, el Decreto 1889 de 1994, reglamentó el artículo 51 de la Ley 100 de 1993 y definió el concepto de afiliado y pensionado para efectos de la solicitud del auxilio funerario, en los siguientes términos:

*“ARTICULO 18. AUXILIO FUNERARIO. Para efectos de los artículos 51 y 86 de la Ley 100 de 1993 y en Sistema General de Riesgos Profesionales, se entiende por afiliado y pensionado la persona en favor de quien se hicieron las cotizaciones que originaron el derecho a la pensión”.*

Así pues, los artículos 51 de la Ley 100 de 1993 y 18 del Decreto 1889 de 1994, crearon la prestación económica denominada Auxilio Funerario, **que se reconoce a quien cubre los gastos de exequias generados por el fallecimiento de los afiliados y pensionados**, prerrogativa que beneficia a quienes pertenecen tanto al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (art. 51), como al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad (art. 86).

#### **4. Requisitos y destinatarios del Auxilio Funerario**

Como se indicó, el artículo 51 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 1889 de 1994, menciona que el auxilio funerario puede ser reclamado por quien compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o un pensionado, consideración en la que igualmente coincide el artículo 86 ibídem<sup>15</sup>.

Por tanto, no existe discusión en que los destinatarios de la prestación aludida es la persona que demuestre que sufragó los gastos funerarios.

Ahora bien, las anteriores normas además de la demostración de los gastos funerarios, exigen que la persona fallecida tenga la calidad de afiliado o pensionado, que para efectos del auxilio funerario se definen de la siguiente manera:

*“ARTICULO 18. AUXILIO FUNERARIO. Para efectos de los artículos 51 y 86 de la Ley 100 de 1993 y en Sistema General de Riesgos Profesionales, se entiende por afiliado y pensionado la persona en favor de quien se hicieron las cotizaciones que originaron el derecho a la pensión”.*

Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante Sentencia del 6 de abril de 2011<sup>16</sup>, negó la solicitud de nulidad del citado artículo 18, porque no se excedió la facultad reglamentaria consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y porque no contradice a los artículos 15, 51 y 86 de la Ley 100 de 1993. Consideró que se introdujo una nueva definición de afiliado y que se unificó este concepto con el de pensionado para efectos del auxilio funerario:

<sup>15</sup> “ARTICULO. 86.-Auxilio funerario. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 1889 de 1994. La persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado, tendrá derecho a percibir un auxilio funerario equivalente al último salario base de cotización, o al valor correspondiente a la última mesada pensionada recibida, según sea el caso, sin que pueda ser inferior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario.”

<sup>16</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 6 de abril de 2011. Radicación 3819.



Demandante: Pedro Said Otálora Muñoz.

Demandado: Colpensiones.

Expediente: 150013333-003-2016-00115-01.

**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia**

*“Por su parte, en una misma línea de concordancia, la norma acusada reitera y precisa quiénes son destinatarios de la prestación aludida, toda vez que menciona las dos categorías señaladas en la ley precitada, vale decir, afiliados y pensionados y **si bien es cierto esa disposición también prevé que el pensionado es la persona a favor de quien se hicieron las cotizaciones que dieron lugar a la pensión, ello no implica ni puede interpretarse como una exclusión del otro beneficiario es decir del afiliado, ni que el Auxilio Funerario solo tiene como causa las cotizaciones de quien se encuentre pensionado, pues una interpretación en tal sentido sería desconocer los términos de las disposiciones que la propia norma demandada menciona, estos son los artículos 51 y 86 de la Ley 100 de 1993, los cuales disponen que el Auxilio Funerario se reconoce en equivalente al último salario base de la cotización o al valor correspondiente a la última mesada pensional, según se trate de afiliado o de pensionado y no puede el referido auxilio ser inferior a cinco (5) salario mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario.***

*En este punto cabe señalar que le asiste la razón a la apoderada de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuando manifiesta:*

*“... ”*

***“Lo que sí hizo el decreto reglamentario fue aclarar que para los dos eventos en que procede el pago del auxilio funerario, esto es para el caso de los afiliados y de los pensionados, se entiende por uno y por otro la persona a favor de quien se hicieron las cotizaciones que originaron el derecho a la pensión. Y lo hizo para efectos de aclarar que no procede el auxilio funerario por muerte de un familiar o beneficiario de un afiliado o pensionado, sino solamente por éste último.***

***Ello es así, tanto que cuando se produce una sustitución pensional, a favor por ejemplo del cónyuge supérstite de un pensionado, y después de un tiempo ese cónyuge muere, no se reconoce auxilio funerario por la muerte del cónyuge supérstite, como quiera que cuando murió el causante de la pensión inicial se reconoció el pago del auxilio funerario y porque las cotizaciones que dan derecho al reconocimiento de la prestación las efectuó el causante inicial de la pensión y no su cónyuge supérstite. Es en este punto en donde la norma acusada hace su énfasis.***

Bajo tales consideraciones, el Consejo de Estado ha indicado que los requisitos que la norma exige para solicitar el Auxilio Funerario son: (i) acreditar el pago de los gastos funerarios y (ii) que la persona fallecida a favor de quien se hicieron las cotizaciones o que originó el derecho a la pensión, tenga la calidad de afiliado o pensionado<sup>17</sup>.

Ahora bien, recientemente esta corporación se pronunció<sup>18</sup> en un caso de idénticos contornos al presente, analizando la procedencia del reconocimiento de la referida prestación social, cuando quien fallece había

<sup>17</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero Ponente: ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ, Bogotá, D.C., seis (6) de junio de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00032-00(C), Actor: VÍCTOR ERNESTO MOLINA GAVIRIA

<sup>18</sup> Sala de decisión No 02, MP. LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA, 25 de octubre de 2017, Rad. No 150013333009-2015-00087-01.



Demandante: Pedro Said Otálora Muñoz.

Demandado: Colpensiones.

Expediente: 150013333-003-2016-00115-01.

**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia**

contratado de manera previa los servicios exequibles, en tal sentido indicó, que la norma no contempló lo que ocurre en casos como el presente, que tampoco se encuentran pronunciamientos jurisprudenciales al respecto y de igual forma que, la doctrina se ha referido al tema muy someramente.

En aquella oportunidad, se hizo referencia a los Conceptos Jurídicos No. 2047 de 2001 y No. 033991 del 16 de marzo de 2005 expedidos por el Ministerio de Protección Social, relacionados con el reconocimiento y pago del auxilio funerario en el evento del fallecimiento del suscriptor de un contrato preexequial así como el de la Superintendencia Financiera, en Concepto No. 2003037007-2 de febrero 6 de 2004; frente a los cuales indicó que los conceptos emanados de las autoridades públicas no tienen, en momento alguno, carácter vinculante o fuerza obligatoria en las decisiones judiciales, sin embargo, brindan claridad alrededor de un tema que la norma no desarrolla en su totalidad, por lo que consideró dable consultarlos de manera informativa para ilustrar la decisión del administrador de justicia.

Así entonces, los conceptos a que se hizo referencia son:

- El Concepto Jurídico No. 033991 del 16 de marzo de 2005 del Ministerio de Protección Social, relacionado con el reconocimiento y pago del auxilio funerario en el evento del fallecimiento del suscriptor de un contrato preexequial, en donde se indicó:

*"(...) De otra parte en el presente análisis, debe también considerarse la situación citando el occiso tiene seguro fúnebre, en este caso en virtud de la existencia de un contrato preexequial, al fallecimiento de la persona afiliada, lo que se expide es un certificado de gastos.*

*Por lo tanto, en este caso teniendo en cuenta que quien realmente sufraga los gastos, aunque en forma anticipada, es la persona que contrata con la empresa de servicios exequiales, lo que procedería es una solicitud donde certifique el valor del servicio fúnebre prestado a efecto de que pueda acreditar que se sufragaron los gastos de entierro, reconocimiento que en nuestro concepto deberá producirse a favor de quien suscribió el contrato y en caso de que haya sido el mismo fallecido, a favor de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (...)"*

- La Superintendencia Financiera, en Concepto No. 2003037007-2 de febrero 6 de 2004, refiriéndose al tema del auxilio funerario expresó:

*"Visto lo anterior y refiriéndonos al tema del auxilio funerario, toda vez que de la consulta se deduce que los gastos de entierro fueron atendidos con ocasión de la celebración de un contrato preexequial, resulta conveniente aclarar que este Despacho ha señalado que el reconocimiento de tal prestación dependerá de quién sea el Titular de dicho contrato.*

*En efecto, la norma que regula lo concerniente al auxilio funerario es clara en señalar que tiene derecho a esta prestación quien demuestre haber sufragado los gastos de entierro de un pensionado o de un afiliado al Sistema General de Pensiones de manera tal que en el caso de que el*



Demandante: Pedro Said Otálora Muñoz.

Demandado: Colpensiones.

Expediente: 150013333-003-2016-00115-01.

**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia**

*causante haya contratado directamente sus exequias y haya aforado su pago a través de primas o de cuotas a una aseguradora o a una empresa de servicios exequiales, no hay beneficiario para tal auxilio, pues al afiliado o pensionado una vez fallecido, no puede recibir tal prestación.*

*Conclusión que resulta contraria si el causante sólo fue beneficiario de un contrato O póliza de esta naturaleza, pues en este caso resulta siendo un tercero el que asumió el pago de las primas o cuotas y, en ese sentido, tendrá derecho al pago del auxilio funerario en la proporción que la ley señala el cual dependerá del salario base de cotización del afiliado o del valor (le la mesada pensional si el causante es un pensionado, monto que no puede ser inferior a 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes ni superior a 10 veces dicho salario.*

*Así las cosas, dependiendo de la hipótesis en que se encuadre el caso consultado resultará viable o no el auxilio funerario, siendo pertinente agregar que en lo que se refiere al medio exigido para probar el pago de las exequias del causante, el parágrafo del artículo 40 del Decreto 876 de 1994 señala:*

*"Se considerarán como pruebas suficientes para acreditar el derecho al auxilio funerario, entre otras, la certificación del correspondiente pago y la prueba de la muerte conforme a lo previsto por la ley".*

- Por su parte, el Ministerio de la Protección Social en Concepto No. 2047 de 2001, expresó:

*"(...) En cuanto al pago del auxilio cuando el occiso tiene seguro fúnebre, debemos recordar que en virtud de la existencia de un contrato preexequial, al fallecimiento de la persona afiliada, lo que se expide es un certificado de gastos, documento que no aceptan las administradoras del sistema para cancelar el auxilio funerario, sino que exige la factura del pago de estos servicios.*

*En concepto de esta oficina, tal exigencia se ajusta a lo señalado en la norma antes transcrita que dispone que este auxilio se paga a quien compruebe haber sufragado los gastos de entierro. Así las cosas, como realmente quien sufraga los gastos aunque en forma anticipada, es la persona que contrata con la empresa de servicios exequiales, lo que procedería es una solicitud de que certifiquen el valor del servicio fúnebre prestado a efecto de que pueda acreditar que se sufragaron los gastos de entierro. Reconocimiento que en nuestro concepto deberá producirse a favor de quien suscribió el contrato y en caso de que haya sido el mismo fallecido, a favor de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.*

*Lo anterior, por cuanto se trata de un contrato oneroso en el que ambas partes tienen gravámenes y derechos; una de ellas se obliga a pagar anticipada y periódicamente una suma de dinero a cambio de unos servicios exequiales que deberán ser brindados al momento del fallecimiento; por su parte la empresa recibe periódicamente las sumas de dinero y se obliga a brindar en su oportunidad los servicios funerarios (...)"*

Por tanto, encontró acertado, que si una persona se vinculó con contrato de prestación de servicios exequiales, pagando un valor mensual, ello constituye un pago previo a una posible contingencia, lo cual es totalmente



*Demandante: Pedro Said Otálora Muñoz.*

*Demandado: Colpensiones.*

*Expediente: 150013333-003-2016-00115-01.*

**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia**

independiente al Sistema de Seguridad en Pensiones y en consecuencia, era dable su reconocimiento.

## **5. DE LOS ELEMENTOS PROBATORIOS**

De conformidad con el expediente administrativo allegado al plenario, resulta viable tener como ciertos los siguientes hechos:

- Que con ocasión del contrato de preexequial No 216380 celebrado entre Olga Lucia Galindo Velasco y la Promotora la Aurora SA, dicha empresa sufragó los servicios funerales mediante la modalidad de plan Preexequial, con ocasión del fallecimiento de la señora Olga Lucia por valor de \$3.221.750, que compendió los servicios de cofre, adecuada preparación del cuerpo, sala de velación, pago de servicio religioso, carroza, destino final, folio 22.
- A folios 23-24, se observa copia del contrato de servicios pre-exequiales, donde figura como titular la causante y como beneficiarios las dos hijas, madre, padre, hermana y esposo.
- A folio 26, se encuentra copia de la factura expedida por la Funeraria San Francisco, el 22 de marzo de 2015, y que hace referencia al “*valor de los excedentes de servicio funerario prestado a la señora Olga Lucia Galindo Velasco (q.e.p.d)*” por valor de \$800.000 a nombre del señor Pedro Said Otálora Muñoz.
- El parque memorial jardines de Santa Isabel, expidió factura por concepto de “*servicio complementario de cenizario familiar*” por valor de \$2.400.000 a nombre del señor Pedro Said Otálora Muñoz, folio 27.
- Mediante la resolución No GNR 237502 de 05 de agosto de 2015, COLPENSIONES negó al señor Pedro Said Otálora Muñoz, el reconocimiento del auxilio funerario solicitado, con ocasión del fallecimiento de la señora Olga Lucia Galindo Velasco, al considerar que quien sufragó el servicio funerario a través de un contrato pre-exequial fue la misma causante y en tal razón, los herederos no tienen derecho al reconocimiento de la prestación, folio 29-32.
- Que la docente Olga Lucia Galindo Velasco (qepd) se desempeñó al servicio del Colegio Boyacá desde el 01 de agosto de 2011 hasta el 21 de marzo de 2015, como Directivo docente – Coordinador de sección, folio 37-38.
- Conforme al certificado de salarios mes a mes, expedido por el Subdirector Administrativo y financiero del Colegio Boyacá, el 24 de junio de 2015, se tiene que el último salario de la causante corresponde a la suma de \$3.468.706, folio 41-42.



*Demandante: Pedro Said Otálora Muñoz.*

*Demandado: Colpensiones.*

*Expediente: 150013333-003-2016-00115-01.*

**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia**

- Mediante la resolución GNR 389631 de 01 de diciembre de 2015, la vicepresidencia de beneficios y prestaciones de COLPENSIONES, reconoció pensión de sobrevivientes a favor del señor Pedro Said Otálora Muñoz, como consecuencia del fallecimiento de la señora Olga Lucia Galindo Velasco, folios 121-128.
- Con la resolución No VPB 15586 de 07 de abril de 2016, se decidió el recurso de apelación formulado en contra de la resolución No 237502 de 05 de agosto de 2015, confirmado la referida decisión, al considerar que cuando exista contrato pre-exequial, quien pretenda el reconocimiento y pago del auxilio funerario debe demostrar que en el contrato el causante no figuraba como titular sino como beneficiario, forma en la cual sería procedente el reconocimiento de la referida prestación y en lo que respecta al reconocimiento de los intereses de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, indicó que los mismos tan solo proceden ante el atraso de sumas de dinero ya reconocidas, situación que no ocurre en el presente caso, por cuanto no se ha reconocido la prestación solicitada, folio 137-140.
- Conforme al registro civil de matrimonio (fl. 49), se tiene que la señora Olga Lucia Galindo Velasco y el señor Pedro Said Otálora Muñoz contrajeron matrimonio el 10 de julio de 1992.
- Que la señora Olga Lucia Galindo Velasco falleció el 21 de marzo de 2015, tal como se advierte del registro civil de defunción obrante a folio 50.

## 6. CASO CONCRETO

Se instaura demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, con el objeto que se anulen los actos administrativos contenidos en las resoluciones No GNR 237502 de agosto de 2015, GNR 42307 de febrero de 2016 y VPB 15586 de abril de 2016, por medio de las cuales COLPENSIONES negó al demandante el reconocimiento y pago del auxilio funerario de que trata el artículo 51 de la ley 100 de 1993, con ocasión del fallecimiento de su cónyuge Olga Lucia Galindo Velasco, el 21 de marzo de 2015.

La razón de la negativa se fundó en que, cuando es el causante él que haya contratado directamente sus exequias y haya aforado su pago a través de prima o cuotas a una aseguradora o a una empresa de servicios exequible, no hay beneficiario para tal auxilio, pues el afiliado o pensionado una vez fallecido no puede recibir tal prestación, es decir, que cuando exista contrato pre-exequial, quien pretenda el reconocimiento y pago del auxilio funerario debe demostrar que en el contrato el causante no figuraba como titular sino como beneficiario, caso en el cual sí será procedente el reconocimiento de la referida prestación.



*Demandante: Pedro Said Otálora Muñoz.*

*Demandado: Colpensiones.*

*Expediente: 150013333-003-2016-00115-01.*

**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia**

En efecto, muestran las diligencias que la señora Olga Lucia Galindo Velasco suscribió con la Promotora La Aurora Funerales y Capillas un contrato pre-exequial No 216380<sup>19</sup>, conforme al cual se advierte que ella era la titular y los beneficiarios eran las hijas, madre, padre, hermana y esposo.

Que con ocasión del deceso de la señora Olga Lucia, el 21 de marzo de 2015<sup>20</sup>, y en virtud del referido contrato pre-exequial, la directora de servicios exequiales de PROMOTORA LA AURA SA, hizo constatar que los servicios fúnebres de la causante ascendieron a la suma de \$3.221.750, concepto que comprendió los servicios de cofre, preparación del cuerpo, sala de velación, pago de servicio religioso, carroza y destino final.

Entre tanto, el demandante señala que con ocasión del referido suceso<sup>21</sup>, sufragó por servicios adicionales lo siguiente: i) en la funeraria San Francisco la suma de \$800.000<sup>22</sup> y ii) en el parque memoriales jardines de santa Isabel, \$2.400.000<sup>23</sup> por concepto de complementario de cenizario familiar. Para acreditar su dicho, adjuntó copia de las respectivas facturas.

Conforme a ello, se tiene que el artículo 51 de la Ley 100 de 1993 establece que quien compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado, tendrá derecho a percibir un auxilio funerario, norma que no distingue el origen de los recursos, con lo cual resulta viable que tales gastos puedan ser asumidos por una empresa privada en virtud de un contrato preexequial y posteriormente reembolsados.

Es decir, que será beneficiario del auxilio funerario quien sufrague los gastos de entierro de un afiliado o un pensionado y que dichos egresos pueden ser asumidos por un tercero en virtud de un contrato, en este caso, de prestación de servicios exequiales y en tal razón, la referida calidad de beneficiario se puede probar con la certificación del correspondiente pago en virtud del referido contrato.

En las presentes diligencias, dicha circunstancia se generó por parte de la empresa Promotora la Aurora SA, con la cual la señora Olga Lucia (qepd) había suscrito contrato preexequial en calidad de titular, hecho que no es óbice para que el reconocimiento de la referida prestación adicional no sea procedente a favor de su cónyuge, ya que el referido contrato, supone que el contratante paga de manera anticipada y periódica una cuota, con el fin de amparar el riesgo por el hecho de la muerte y recibir como contraprestación el pago de los gastos funerales respectivos.

---

<sup>19</sup> Folio 23-24

<sup>20</sup> Folio 50.

<sup>21</sup> Folio 49.

<sup>22</sup> Folio 26.

<sup>23</sup> Folio 27



*Demandante: Pedro Said Otálora Muñoz.*

*Demandado: Colpensiones.*

*Expediente: 150013333-003-2016-00115-01.*

**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia**

Por tanto, el hecho de que una persona suscriba un contrato preexequial para que una empresa asuma los gastos funerarios con ocasión del fallecimiento del contratante o uno de sus beneficiarios, no significa que los costos de entierro en que se haya incurrido no hayan sido pagados en forma anticipada por quien suscribió el contrato exequial.

En efecto, tal como ocurre en el presente caso, en el que el fallecido es la misma persona que suscribió el contrato preexequial, resulta claro que el pago de las cuotas pactadas en virtud del contrato se realizaron de manera anticipada con cargo al patrimonio de la ahora causante, quien se anticipó a sufragar los gastos funerarios con ocasión de su fallecimiento y precisamente el hecho de su muerte le impide reclamar el correspondiente auxilio, razón por la cual, al ser un asunto que afectó su patrimonio, será su cónyuge, en este caso, quien está legitimado para hacer la reclamación del auxilio funerario, quien además, acreditó haber sufragado gastos adicionales por dicho concepto.

En ese orden de ideas y como quiera que en el presente asunto quien suscribió el contrato preexequial es la misma persona que fallece, tal circunstancia no es óbice, para que el señor Pedro Said Otálora, en su condición de cónyuge de la señora Olga Lucia (qepd) no le asista el derecho al reconocimiento del auxilio funerario, máxime si se tiene en cuenta que el pago realizado de manera anticipada por parte de la señora Galindo Velasco, para cubrir sus gastos funerarios afectó de manera directa su patrimonio, el cual, con ocasión de su muerte entra a formar parte de la masa sucesoral, con lo cual, el aquí demandante, en su condición de cónyuge se encuentra legitimado para reclamar el auxilio funerario.

Aceptar la interpretación dada por COLPENSIONES al artículo 51 de la Ley 100 de 1993, comportaría eventualmente dar un trato desigual a situaciones similares, como sería el caso, por ejemplo, de dos pensionados, uno de los cuales decide suscribir un contrato preexequial para anticipar los gastos con ocasión de su fallecimiento, en tanto el otro pensionado no suscribe ningún contrato preexequial, difiriendo el pago de los gastos funerarios para el momento de su muerte; en el primer caso, como quiera que es directamente el fallecido quien anticipa el pago de los gastos funerarios no tendría derecho al auxilio funerario por cuanto físicamente es imposible que acredite los gastos, porque se confunden en una misma persona tanto el fallecido como quien acreditó el pago anticipado de los gastos exequiales; por su parte en el segundo evento, no existiría ningún problema para el reconocimiento del auxilio funerario en la medida en que son los familiares quienes realizan los pagos por los servicios del funeral.

En el mismo sentido se llevaría a concluir, que por el hecho de que un pensionado y/o afiliado suscriba un contrato preexequial y una vez ocurrido su fallecimiento, quede automáticamente excluido de una prestación contemplada en el Sistema de Seguridad Social para amparar la contingencia de la muerte como lo es el auxilio funerario, circunstancia que



*Demandante: Pedro Said Otálora Muñoz.*

*Demandado: Colpensiones.*

*Expediente: 150013333-003-2016-00115-01.*

**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia**

daría un alcance al artículo 51 de la Ley 100 de 1993, que resulta contrario al carácter de irrenunciable de la seguridad social consagrado en el artículo 48<sup>24</sup> de la Constitución y artículo 3<sup>25</sup> de la Ley 100 de 1993.

Bajo tales apreciaciones, es dable revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar, declarar la nulidad de las resoluciones No GNR 237502 de agosto de 2015, GNR 42307 de febrero de 2016 y VPB 15586 de abril de 2016, por medio de las cuales COLPENSIONES negó al demandante el reconocimiento y pago del auxilio funerario.

Conforme a ello, se tienen que él ya mentado artículo 51 de la Ley 100 de 1993, indica que el auxilio funerario es equivalente "(...) *al último salario base de cotización, o al valor correspondiente a la última mesada pensional recibida, según sea el caso, sin que este auxilio pueda ser inferior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario (...)*".

En consecuencia, y conforme a lo dispuesto en la norma en mención, se dispondrá por concepto de auxilio funerario a favor del señor Pedro Said Otálora Muñoz y a cargo de COLPENSIONES, la suma de tres millones cuatrocientos sesenta y ocho mil setecientos seis pesos \$3.468.706, que corresponde al último salario base de cotización, certificado por el subdirector administrativo y financiero del Colegio Boyacá<sup>26</sup>, de la docente causante Olga Lucia Galindo.

## **7. CONCLUSIONES**

Teniendo en cuenta que el auxilio funerario es una prestación económica, de la cual será beneficiario quien sufrague los gastos de entierro de un afiliado o pensionado, y que dichos gastos pueden ser asumidos por un tercero, en virtud de un contrato de prestación de servicios pre-exequiales, es dable ordenar su reconocimiento a favor del aquí demandante.

Pues el hecho de que un pensionado y/o afiliado suscriba un contrato preexequial y una vez ocurrido su fallecimiento, quede automáticamente excluido de una prestación contemplada en el Sistema de Seguridad Social para amparar la contingencia de la muerte como lo es el auxilio funerario, dicha circunstancia daría un alcance al artículo 51 de la Ley 100 de 1993, que resulta contrario al carácter de irrenunciable de la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución y artículo 3 de la Ley 100 de 1993.

<sup>24</sup> Art. 48 La Seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...). (Subrayas fuera de texto).

<sup>25</sup> ARTICULO. 3º- Del derecho a la seguridad social. El Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social. (Subrayas fuera de texto).

<sup>26</sup> Folio 41-42



*Demandante: Pedro Said Otálora Muñoz.*

*Demandado: Colpensiones.*

*Expediente: 150013333-003-2016-00115-01.*

**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia**

Conforme a ello, en el presente caso se dispondrá el reconocimiento por concepto de auxilio funerario a favor del señor Pedro Said Otálora y a cargo de COLPENSIONES, de la suma de \$ 3.468.706, que corresponde al último salario base de cotización, certificado por el subdirector administrativo y financiero del Colegio Boyacá<sup>27</sup>, de la docente causante Olga Lucia Galindo,

## 8. COSTAS

En cuanto a las **costas en segunda instancia**, no se condenará a la parte recurrente, al haber prosperado el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión N° 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### RESUELVE:

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 17 de julio de 2017 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Tunja, y en su lugar se dispone:

***“PRIMERO: DECLARAR*** la nulidad de las resoluciones No GNR 237502 del 05 de agosto de 2015, GNR 42307 del 08 de febrero de 2016 y VPB del 07 de abril de 2016, expedidas por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que negaron el reconocimiento del auxilio funerario al señor Pedro Said Otálora Muñoz.

***SEGUNDO:*** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a COLPENSIONES, a reconocer y pagar el auxilio funerario a favor del señor PEDRO SAID OTÁLORA MUÑOZ, en cuantía de tres millones cuatrocientos sesenta y ocho mil setecientos seis pesos \$3.468.706.

***TERCERO.-*** Condenar a COLPENSIONES, a pagar la indexación de la suma adeudada, conforme a lo dispuesto en el artículo 192 incisos 2 y 3 de la ley 1437 de 2011, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemática financieras acogida por el Consejo de Estado:

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

*En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE*

<sup>27</sup> Folio 41-42



Demandante: Pedro Said Otálora Muñoz.  
Demandado: Colpensiones.  
Expediente: 150013333-003-2016-00115-01.  
**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia**

vigente a la fecha de ejecutoria de ésta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

**CUARTO.- COLPENSIONES,** dará cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.”

**SEGUNDO: SIN CONDENA** en costas en esta instancia

**TERCERO:** Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**  
Magistrado

**FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**  
Magistrado

**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**  
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ  
NOTIFICACION POR ESTADO

El auto anterior se notifica por estado

No. 173 de hoy 10 OCT 2018

EL SECRETARIO