



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 6**

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, **09 SEP 2019**

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: PARQUE MEMORIAL JARDINES DE SANTA ISABEL S.A.S.

DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARÍA DE HACIENDA

RADICADO: 150013333008 201700077 01

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada, contra la sentencia proferida el 7 de junio de 2018 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda y se hicieron otras ordenaciones.

II. ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA: Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte demandante solicitó la declaratoria de nulidad de la resolución N° 0543 de 28 de noviembre de 2016, *"por medio de la cual se niega un auxilio funerario"*, y de la Resolución No. 0058 del 5 de febrero de 2017, *"por la cual se resuelve recurso de reposición"*, expedidos por la SECRETARIA DE HACIENDA DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, en calidad de administradora de fondo pensional territorial de Boyacá.

A título de restablecimiento del derechos solicita se ordene a la demandada el reconocimiento y pago de un auxilio funerario por la muerte del pensionado LUIS

HERNANDO GOMEZ PEÑA, a favor de la demandante, esto es, PARQUE MEMORIAL JARDINES DE SANTA ISABEL S.A.S., en su calidad de cedente de la señora BLANCA MIRYAM COY DE GOMEZ. Además solicita que la suma reconocida sea indexada y que se paguen los intereses moratorios que correspondan.

Adujo como fundamentos facticos que la demandada, a través del FONDO PENSIONAL TERRITORIAL DE BOYACÁ, mediante Resolución No. 0595 del 8 de junio de 1990 reconoció una pensión de jubilación a favor del señor LUIS HERNANDO GOMEZ PEÑA; el mencionado señor falleció el 20 de septiembre de 2015, y los gastos funerarios y de entierro fueron asumidos en parte con un contrato exequial que él había tomado en vida, y en otra parte por la señora BLANCA MIRYAM COY DE GOMEZ, en cuantía de \$2.000.000.

Entre la señora BLANCA MIRYAM COY DE GOMEZ y el hoy demandante PARQUE MEMORIAL JARDINES DE SANTA ISABEL S.A.S., se celebró un acuerdo de cesión del derecho a reclamar, que tenía la primera, del auxilio funerario del pensionado LUIS HERNANDO GOMEZ PEÑA. El 4 de noviembre de 2015 la demandante elevó reclamación del auxilio funerario ante la entidad demandada, y esta mediante Resolución No. 0543 del 28 de noviembre de 2016 negó el auxilio funerario, frente a la cual interpuso recurso de reposición, y mediante resolución No. 0058 del 5 de febrero de 2017 dispuso no reponer la primera resolución. (fl. 2-9).

2.2. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA. Se trata de la sentencia proferida el 7 de junio de 2018, por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que declaró la nulidad de las resoluciones No. 0543 del 28 de noviembre de 2016 y 0058 del 5 de febrero de 2017, por medio de las cuales se negó el auxilio funerario, y a título de restablecimiento del derecho ordenó al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ a reconocer y pagar a favor del PARQUE MEMORIAL JARDINES DE SANTA ISABEL S.A.S. un auxilio funerario por valor de \$3.221.750, e hizo otras ordenaciones. Para llegar a dicha decisión, el Juez A quo señaló que, del material probatorio, se probó que, la SECRETARIA DE HACIENDA DEL DEPARTAMENTO DE BOYACA, a través del FONDO PENSIONAL TERRITORIAL DE BOYACÁ, mediante la resolución N° 0595 del 8 de junio de 1990, reconoció una pensión de jubilación al señor LUIS HERNANDO GOMEZ PEÑA, por sus servicios prestados en la asamblea de Boyacá, en cuantía de \$160.101,56, efectiva a partir del 1 de octubre de 1989. Que conforme al certificado de defunción se constata el fallecimiento del señor LUIS HERNANDO GÓMEZ PEÑA el 20 de septiembre de 2015. Que el mencionado señor suscribió contrato de servicios exequiales No.

38707 del 23 de octubre de 2010, siendo afiliada por designación la señora BLANCA MIRYAM COY DE GÓMEZ, en calidad de cónyuge.

Afirmó que de conformidad con el artículo 51 de la ley 100 de 1993, el auxilio funerarios es aquella prerrogativa que tiene la persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado, el cual equivale al último salario base de cotización o el valor de la última mesada pensional recibida, sin que sea inferior a 5 ni superior a 10 SMLMV.

Adujo igualmente que quedó probado que la señora BLANCA MIRYAM COY DE GÓMEZ pagó la suma de \$2.000.000 conforme a la factura obrante en el documento F2-4263 del 23 de septiembre de 2015 para el servicio funerario prestado al señor LUIS HERNANDO GÓMEZ PEÑA, y por tanto tiene derecho a percibir el auxilio funerario de que trata la norma anteriormente mencionada, derecho que ella transfirió a la hoy demandante, mediante contrato de cesión de derechos (fl. 152-159).

2.3. RECURSO DE APELACIÓN: Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada judicial del Departamento de Boyacá impugnó oportunamente, solicitando su revocatoria, considerando que el contrato de prestación de servicios exequiales No. 38707 fue celebrado por el señor LUIS HERNANDO GÓMEZ PEÑA, y la señora BLANCA MYRIMA COY DE GOMEZ, junto con 6 personas más, ostentaban la calidad de afiliados por designación, y por tanto conforme al clausulado de dicho contrato quien ostenta la calidad de beneficiario no adquiere de forma automática el derecho a reclamar el auxilio funerario, pues esta interpretación va más allá de lo establecido en el artículo 51 de la ley 100 de 1993, pues este auxilio conforme a dicha norma se reconoce a quien cubre los gastos de exequias, por el fallecimiento de los afiliados o pensionados, y al referirse a éstos, quiere decir que quienes tienen derecho a reclamar son aquellos que hicieron aportes para obtener el beneficio de la pensión, calidad que no se predica de la señora BLANCA MYRIMA COY DE GOMEZ, y más aún cuando se tiene establecido que no fue ella quien cubrió los gastos funerarios, pues los mismos fueron cubiertos con el contrato preexequial suscrito por el señor LUIS HERNANDO GÓMEZ PEÑA, cosa distinta es que la mencionada señora hubiera incurrido en gastos por servicios complementarios, y por su mera liberalidad, teniendo en cuenta que en el contrato pre exequial ya se encontraba cubierto el servicios de cofre o ataúd (sic), servicios éstos que no cubre el auxilio funerario, pues difiere de los servicios básicos (fl. 162-170).

2.4. ALEGATOS DE CONCLUSION: Dentro del término legal concedido en segunda instancia el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – FONDO PENSIONAL TERRITORIAL DE BOYACÁ presentó alegatos de conclusión reiterando la totalidad de los argumentos del recurso de apelación (fl. 202-210).

Por su parte, dentro del mismo término, el Ministerio Público rindió su concepto solicitando la revocatoria del fallo y la consecuente negativa de las pretensiones, teniendo en cuenta que, a pesar de que considera que el auxilio funerario es una prestación creada por ley, y tiene como objetivo cubrir los gastos de sepelio al producirse el fallecimiento, no obstante, si el occiso quiso pagarlo de su peculio antes de su fallecimiento, resulta equitativo que le reintegren a sus familiares las sumas de dinero que salieron de su patrimonio, teniendo en cuenta que no pueden verse afectados los derechos a la seguridad social de los familiares; no obstante, adujo que lo que si comparte con el apelante es respecto del pago de servicios complementarios, frente a los cuales no hay lugar a reclamar el auxilio funerario, pues son servicios adquiridos por la mera liberalidad de los beneficiarios, y por tanto como quiera que el servicio reclamado no es básico, sino complementario, como lo fue el pago del cenezario ecológico, no hay lugar a reconocer el auxilio funerario. (fl. 211-214).

III. CONSIDERACIONES

3.1. 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 en virtud del contrato de cesión suscrito por la señora BLANCA MYRIAM COY DE GOMEZ, cónyuge supérstite del señor LUIS HERNANDO GOMEZ PEÑA, la persona jurídica PARQUE MEMORIAL JARDINEZ DE SANTA ISABEL, tiene derecho a que el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, le reconozca, liquide y pague, el auxilio funerario, por el fallecimiento del ya mencionado LUIS HERNANDO GOMEZ PEÑA, quien era titular de un contrato pre-exequial.

3.2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.2.1. 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, trátase 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: (...) 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"¹

En el mismo sentido, el Consejo de Estado en sentencia de 2 de octubre de 2014², en cita del doctrinante GERARDO ARENAS MONSALVE precisó las características del auxilio funerario en los siguientes términos:

"(...) Al respecto, la doctrina nacional³ 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.

¹ 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.

² 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).

³ Arenas Monsalve, Gerardo, El Derecho Colombiano de la Seguridad Social, Legis, Bogotá, Tercera Edición 2011, p. 421.

Esta distinción determina también la regla general sobre cuantía del beneficio: 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, la referida norma 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".

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).

3.2.2. 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.

Por tanto, no existe discusión en que los destinatarios de la prestación aludida son las personas que demuestren que sufragaron 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 2011⁴, 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:

"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

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 6 de abril de 2011. Radicación 3819.

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.

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 pensionado⁵.

Ahora bien, recientemente esta Corporación se pronunció⁶ en un caso de idénticos contornos al presente, analizando la procedencia del reconocimiento de la referida prestación social, cuando quien fallece había contratado de manera previa los servicios exequiales, 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:

⁵ 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

⁶ Sala de decisión No 02, MP. LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA, 25 de octubre de 2017, Rad. No 150013333009-2015-00087-01.

"(...) De otra parte en el presente análisis, debe también considerarse la situación cuando 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 (...)". (Negrilla fuera de texto).

- ✓ 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 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 (de 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 exigen 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 independiente

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

3.3. CASO CONCRETO

La persona jurídica PARQUE MEMORIAL JARDINES DE SANTA ISABEL S.A.S., por intermedio de su representantes legal SIERVO TULIO MOLANO, y judicial, instaura demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, con el objeto que se anulen los actos administrativos, contenidos en las resoluciones No. 0543 del 28 de noviembre de 2016 *"Por medio de la cual se niega un auxilio funerario al señor SIERVO TULIO MOLANO, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 4040908 expedida en Tunja"* (fl. 16-17), y de la resolución No. 0058 del 9 de febrero de 2017 *"Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición (...) "*, y en la cual se dispuso no reponer la primera resolución, confirmándola en todas su partes (fl. 19-21), ambas expedidas por la Secretaria de Hacienda del Departamento de Boyacá – Administradora del Fondo Pensional Territorial de Boyacá, y que a título de restablecimiento del derecho se reconozca y pague el auxilio de cesantía.

Conviene precisar que el auxilio funerario solicitado por la persona jurídica en mención, fue con ocasión del fallecimiento del pensionado señor LUIS HERNANDO GÓMEZ PEÑA, el cual aconteció, conforme al certificado de defunción el 20 de septiembre de 2015, visto a folio 22; y teniendo en cuenta que su cónyuge, señora BLANCA MYRIAM COY DE GÓMEZ, suscribió un *contrato de cesión del derecho de reclamación por auxilio funerario*, en la misma fecha, a favor del PARQUE MEMORIAL JARDINES DE SANTA ISABEL S.A.S., como puede verse a folios 61-62.

El fallo de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda ordenando la declaratoria de nulidad de los actos demandados y a título de restablecimiento del derecho reconoció y ordenó pagar a favor de la demandante un auxilio funerario en cuantía de \$3.221.750 e hizo otras ordenaciones.

El motivo de inconformidad de la apelante tiene que ver con la existencia de un contrato de prestación de servicios exequiales celebrado por el señor LUIS HERNANDO GÓMEZ PEÑA, y por tanto los beneficiarios afiliados, esto es, sus familiares no adquieren de forma automática el derecho a reclamar el auxilio funerario, prestación que conforme a la ley, es reconocida a quien cubre los gastos de exequias, por el fallecimiento de los afiliados o pensionados, y por

tanto, a su juicio, quien tiene derecho a reclamar el auxilio es quien hizo los aportes a pensión y quien cubrió los gastos funerarios, no siendo la cónyuge sino que fueron cubiertos con el contrato pre-exequial, pues los únicos gastos en que ella incurrió fueron complementarios y no básicos.

En efecto, muestran las diligencias que el señor LUIS HERNANDO GÓMEZ PEÑA suscribió con la empresa Servicios Funerales Integrales San Francisco Ltda, el contrato de prestación de servicios exequiales No. 38707 el 23 de junio de 2010, conforme al cual se advierte que él era el titular, siendo los beneficiarios las hermanas, la esposa y los hijos (fl. 77).

A folio 139 obra certificación expedida por la ORGANIZACIÓN SAN FRANCISCO – SERVICIOS FUNERALES INTEGRALES SAN FRANCISCO S.A.S. en la que se informa que en virtud del contrato pre-exequial No. 38707 celebrado por el señor LUIS HERNANDO GÓMEZ PEÑA, y debido al pago oportuno de las cuotas, SERVICIOS FUNERALES INTEGRALES SAN FRANCISCO sufragó los servicios funerales.

A folio 60, obra factura No. 4263 de 2015, expedida por el PARQUE MEMORIAL JARDINES DE SANTA ISABEL S.A.S. a favor de la señora BLANCA MYRIAM COY DE GÓMEZ, por valor de \$2.000.000., suma esta que de acuerdo con la certificación expedida por la demandante el 22 de febrero de 2018, correspondió a la compra de un cenízaro ecológico, para el servicio funerario prestado al señor LUIS HERNANDO GÓMEZ PEÑA (fl. 141).

De acuerdo con las pruebas anteriormente referidas, y conforme al marco normativo y jurisprudencial, 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.

Se tiene que en el presente asunto, dicha circunstancia se generó por parte de la empresa SERVICIOS FUNERALES INTEGRALES SAN FRANCISCO LTDA, con la cual el señor LUIS HERNANDO GÓMEZ PEÑA suscribió 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.

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 del ahora causante, quien se anticipó a sufragar los gastos funerales 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 a su vez, en ejercicio de sus derechos, cedió su derecho a reclamar el auxilio funerario a favor de la empresa PARQUE MEMORIAL JARDINES DE SANTA ISABEL S.A.S.

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 representante legal de PARQUE MEMORIAL JARDINES DE SANTA ISABEL S.A.S., a quien la señora BLANCA MYRIAM COY DE GÓMEZ cedió el derecho, quien ostenta la calidad de cónyuge del señor LUIS HERNANDO GOMEZ PEÑA, 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 del mencionado señor GOMEZ PEÑA, para cubrir sus gastos funerales 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 cesionario de la cónyuge de él, se encuentra legitimado para reclamar el auxilio funerario.

Entonces aceptar la interpretación dada por el demandado 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 funerales para el momento de su muerte; en el primer caso, como quiera que es directamente el fallecido quien anticipo el pago de los gastos funerales 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 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 4824 de la Constitución y artículo 325 de la Ley 100 de 1993.

Es por esta razón, que en cuanto al reproche planteado por el apelante y que fue avalado por el agente del Ministerio Público, consistente a que no hay lugar al reconocimiento del auxilio funerario en tanto el servicio asumido por la señora BLANCA MYRIAM COY DE GÓMEZ, no fue básico, sino complementario (cenízaro ecológico), por valor de \$2.000.000, conforme a factura 4263 de 2015, no tiene vocación de prosperidad, en tanto que la causa eficiente para que se genere el derecho al pago de la prestación consistente en el auxilio funerario, es que la persona hubiere asumido los gastos de servicios funerales, los cuales, en efecto, en el presente asunto se comprobaron, y que en principio fueron asumidos por SERVICIOS FUNERALES INTEGRALES SAN FRANCISCO LTDA, pero en virtud de un contrato pre-exequial, que fuera pagado de manera anticipada por el señor GÓMEZ PEÑA, y que por ende afectó su patrimonio, circunstancia que no puede desconocerse por el simple hecho de que la cónyuge sobreviviente hubiera asumido un servicio fúnebre adicional.

Bajo tales apreciaciones, es dable confirmar la sentencia de primera instancia.

3.4. COSTAS

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la recurrente, dado que si bien se resolvió de manera desfavorable su recurso, lo cierto es que en el expediente no hay prueba de que se hubieran causado, pues la parte demandante no adelantó actuaciones en segunda instancia.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de junio de 2018 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda.

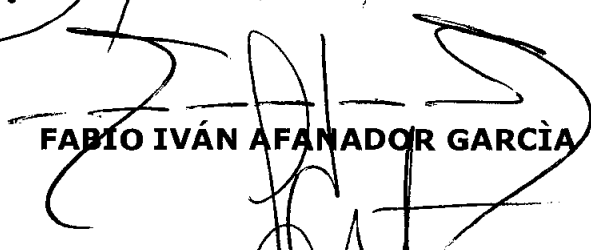
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

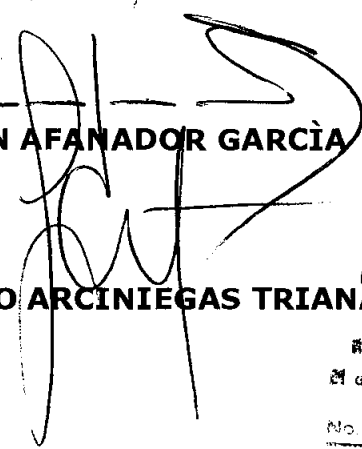
TERCERO: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS


FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA


LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 152 de ley. 2 SEP 2019
EL SECRETARIO