



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA**

CONSEJERA PONENTE: DRA. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

Bogotá, D.C., seis (6) de abril de dos mil once (2011)

Radicación No.: EXP. N° 110010325000200400198 01

No. Interno: 3819-2004

**Actor: GISELLE CASTILLO HERNÁNDEZ
AUTORIDADES NACIONALES**

Cumplido el trámite previsto en los artículos 207 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, procede la Sala a dictar sentencia en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y en nombre propio, la señora Giselle Castillo Hernández demandó, como pretensión principal, la nulidad del artículo 18 del Decreto No. 1889 de 3 de agosto de 1994,

mediante el cual el Gobierno Nacional reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993.

Como pretensión subsidiaria solicitó la nulidad de la expresión **“afiliado y”** contenida en el citado artículo 18 del Decreto N° 1889 de 3 de agosto de 1994.

Los fundamentos fácticos de las anteriores pretensiones se resumen así:

Por medio de la Ley 100 de 1993 el Congreso de la República creó el Sistema de Seguridad Social Integral y dictó otras disposiciones; en el artículo 15 definió quienes son afiliados al Sistema General de Pensiones y en el 51 y 86 se refirió al auxilio funerario.

El Presidente de la República, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales y en especial de las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, expidió el Decreto N° 1889 de 3 de agosto de 1994, cuyo artículo 1° previó el campo de aplicación de esa normatividad y el 18 definió el auxilio funerario, cuya nulidad se demanda en el sub-lite.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El Presidente de la República dictó la norma acusada con base en las facultades otorgadas por el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, las cuales excedió porque la norma impugnada (art. 18 D. 1889/94) desconoció los preceptos en que

debía fundarse (arts. 15, 51 y 86 L. 100/93), por las siguientes razones:

En relación con el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, manifestó que no se requerían elucubraciones, porque simplemente las autoridades demandadas inventaron una nueva definición de afiliado, distinta de la consagrada en la norma legal precitada; consideró que el Decreto N° 1889 de 1994 desestimó la precisa enunciación de lo que el Legislador entendió por afiliado al Sistema y el Ejecutivo introdujo a partir del artículo 18 ibídem una especial mención de lo que debía entenderse por afiliado para efectos de los artículo 51 y 86 de la Ley 100 de 1993.

La norma demandada señala: *"Para efectos de los artículos 51 y 86 de la Ley 100 de 1993 y el Sistema General de Riesgos Profesionales, se entiende por afiliado y pensionado la persona a favor de quien se hicieron las cotizaciones que originaron el derecho a la pensión"*. En la anterior transcripción se aprecia que, a su arbitrio, el Ejecutivo unificó los conceptos de afiliado y pensionado, para deducir que son lo mismo.

A la luz de la Ley 100 de 1993, todo pensionado es afiliado, más no todo afiliado puede ser pensionado; las consecuencias jurídicas no se hacen esperar, al dejar de lado el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, el artículo 18 del Decreto N° 1889 de 1994 obliga necesariamente a que, para efectos del auxilio funerario, se deba ostentar inexorablemente la calidad de pensionado, situación contraria a lo dispuesto en el artículo 15 mencionado.

Igual situación ocurre con el artículo 51 de la Ley 100 de 1993, que claramente distingue entre afiliado y pensionado, sin otorgarle al Legislador Extraordinario facultad para variar su texto y espíritu; dicha norma no fusiona los dos conceptos, como lo hace el Ejecutivo en el artículo 18 del Decreto N° 1889 de 1994.

Al desarrollar la norma citada, el Ejecutivo vulneró ostensiblemente aquella en que debía fundarse, pues no podía desconocer su texto y prever que solo se le reconocería el auxilio funerario a quienes cancelaran los gastos de entierro de un pensionado.

Lo mismo acontece con el artículo 86 de la Ley 100 de 1993, que en parte alguna de su texto establece nada distinto al contenido del mismo.

Se trata de un asunto de puro derecho, que a la luz del artículo 86 de la Ley 100 de 1993, el auxilio funerario se le reconoce indistintamente al afiliado o al pensionado, lo cual no admite discusión ni interpretación. La citada ley establece una constante conceptual en cuanto que el afiliado es la persona que se vincula por diversa índole al Sistema y el pensionado es el afiliado que adquirió tal condición, o que está disfrutando de cualquier tipo de pensión.

Se impone una declaratoria total de nulidad del artículo 18 del Decreto N° 1889 de 1994, pues de darse esta parcial, se establecería una condición desigual al quedar vigente lo

relacionado con el afiliado o con el pensionado respecto del auxilio funerario; una vigencia parcial de la norma demandada, establecería un beneficio sin arraigo en la Ley 100 de 1993, que es la confusa distinción erigida por el ejecutivo, que se pretende tumbar.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

2.1 ADMISIÓN DE LA DEMANDA

Por auto de 19 de noviembre de 2004 se admitió la demanda y en la misma providencia se ordenó notificarla a la actora y personalmente a los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social; al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y al Agente del Ministerio Público; se ordenó fijar el negocio en lista por el término de diez (10) días y que se solicitaran los antecedentes administrativos del acto acusado (fls. 13-14).

Contra la anterior decisión, la apoderada del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República interpuso recurso de reposición, para que se excluyera a esa dependencia por falta de legitimidad pasiva, en razón de que no fue la autoridad que produjo el acto demandado, pues el Decreto N° 1889 de 1994 fue expedido por el Gobierno Nacional, representado por el Ministro de la Protección Social (arts. 149, 150, 137 y 207 C.C.A. y 97 C.P.C.), (fls. 34-35).

Mediante auto de 23 de septiembre de 2005 se decidió el recurso de reposición, accediendo a la petición de la recurrente, argumentando

que se trataba de una intervención facultativa o voluntaria, que no hace nulo el proceso (fls. 56-58).

2.2. LAS CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

2.2.1 Del Ministerio de la Protección Social (fls. 50-55).

Esa Entidad solicitó se le exonere de cualquier responsabilidad por los hechos objeto de la demanda; se rechacen las declaraciones y condenas pretendidas en su contra y que prospere la excepción de ineptitud por falta de requisitos formales de la demanda.

Manifestó oponerse a las pretensiones de la accionante, con los argumentos que se resumen así:

El ejercicio de la facultad reglamentaria es de rango constitucional y por tanto el contraste debe hacerse entre la Constitución Política, el Decreto y la ley. El actor no demostró la falta de correspondencia entre la norma acusada y la Ley 100 de 1993, ni cómo con su expedición se violó la ley y la Constitución.

La norma acusada no inventó una nueva definición de afiliado, pues lo único que hace es aclarar, remitiendo a los artículos 51 y 86 de la Ley 100 de 1993, sin modificar lo establecido sobre el particular por el artículo 15 ibídem.

La norma acusada tampoco unificó los conceptos de afiliado y pensionado, los cuales siguen teniendo existencia autónoma según estableció la Ley 100 de 1993; no es cierto que para efectos del

auxilio funerario se debe ostentar inexorablemente la calidad de pensionado, ni que esa situación sea contraria al precitado artículo 15 de la Ley 100/93. El precepto en cuestión no restringe el marco normativo que consagra un derecho, ni limita su ejercicio; en parte alguna se dice que el auxilio funerario se limita para los pensionados o afiliados, porque lo único que hace es ofrecer una aclaración y señalar una remisión.

Planteó la excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales, por cuanto lo que se pretende no está expresado con precisión y claridad, toda vez que la pretensión principal contraría la subsidiaria que solicita se suprima la expresión **“afiliado y”**, sin embargo, mas adelante manifiesta que de darse la nulidad parcial, se establecería una condición desigual al quedar, según el caso, vigente lo relacionado con el afiliado o con el pensionado, respecto del auxilio funerario.

Además de contradictoria, la pretensión principal es inocua, porque no es necesario decretar la nulidad del artículo acusado para resolver los casos que sean cobijados por la misma, pues basta con acudir a criterios de integración y hermenéutica jurídica (arts. 15, 51, 86 L. 100/93), porque no todo conflicto de interpretación normativa debe resolverse declarando la nulidad de normas.

2.2.2. Del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 64-69).

El apoderado de la Entidad solicitó desestimar las pretensiones de la demanda y manifestó oponerse a las pretensiones de la misma, con los argumentos que se resumen así:

Mediante sentencia de 11 de marzo de 2004¹, esta Corporación estudio el artículo acusado y negó las pretensiones de la demanda; en consecuencia existe cosa juzgada.

El auxilio funerario es una prestación adicional a la que se tiene derecho por el hecho de la muerte, a favor de quien realizó las cotizaciones, sea afiliado o pensionado.

El artículo 18 del Decreto N° 1889 de 1994 no puede reglamentar el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, porque tratan materias diferentes, independientemente de que las disposiciones del primero reglamenten las de la segunda.

No es cierto que la norma demandada haya unificado los conceptos de afiliado y pensionado, toda vez que desde la ley referida se establece la diferencia entre los dos y además se contempló el auxilio funerario para sufragar los gastos de entierro de uno y otro, teniendo en cuenta, para su liquidación, el último salario base de cotización para los afiliados ó el valor correspondiente a la última mesada para los pensionados.

El Decreto acusado aclaró que para los dos eventos en que procede el pago del auxilio funerario (afiliados y pensionado), se entiende por uno y otro la persona a favor de quien se hicieron las cotizaciones que originaron el derecho a la pensión y lo hizo para aclarar que no

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 11 de marzo de 2004, Expediente No.: 11001032500023400, No. Interno: 3341-01, Actor: José Domingo López, Consejero Ponente: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

procede el auxilio funerario por la muerte de un familiar o beneficiario de un afiliado o pensionado, sino solo para el último.

Ello es así, pues 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 su muerte, porque al 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.

El auxilio funerario es una prestación adicional, a la que se tiene derecho por la muerte a favor de quien realizó las cotizaciones, sea afiliado o pensionado, es decir la norma acusada no tiene relación con la definición de uno y otro, sino que para determinar cuando procede el auxilio se toma en cuenta que quien murió haya efectuado las cotizaciones que dan lugar en el caso de los pensionados a una sustitución pensional, o en el caso de los afiliados a una pensión de sobrevivientes.

Como son dos los sujetos que originan la prestación del auxilio funerario (afiliado o pensionado), la norma acusada se refiere a los dos, en tal sentido debe interpretarse la conjunción "y", pues en ningún momento se le está quitando el derecho a la prestación, por el contrario, la norma reitera que las dos personas tienen derecho, aclarando que sólo procede por una vez por las cotizaciones efectuadas por el causante inicial de la prestación.

No se entiende la pretensión de la actora de suprimir la expresión “afiliado y”, pues la norma precisa los dos sujetos que tienen derecho; suprimir tal expresión resulta contrario a la ley, puesto que ésta también les otorgó a los afiliados el derecho a esa prestación, que reconocen las administradoras de pensiones, tanto del régimen de Prima Medida con Prestación Definida, como del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

2.3. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN (fls. 87-89 y 90-92).

En síntesis, los apoderados de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social reiteraron los argumentos expuestos en las respectivas contestaciones de la demanda.

2.4. CONCEPTO FISCAL (fls. 94-100).

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado solicitó declarar la nulidad de la norma acusada.

Señaló que el Decreto impugnado fue expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria para la cumplida ejecución de las leyes, con base en el numeral 11 del artículo 189 constitucional, con el objeto de reglamentar parcialmente algunos artículos de la Ley 100 de 1993.

El artículo 18 del Decreto N° 1889 de 1994, demandado en este proceso, consagró lo relativo al auxilio funerario, e indicó que para efectos de los artículos 51 y 86 de la Ley 100 de 1993, se entiende por afiliado y pensionado la persona a favor de quien se hicieron las

cotizaciones que originaron el derecho a la pensión; la primera de las normas citadas reconoce el beneficio mencionado, que se causa por fallecimiento del afiliado y del pensionado pertenecientes al régimen de prima medida y la segunda hace lo mismo con relación al afiliado y al pensionado pertenecientes al régimen de ahorro individual.

So pretexto de definir los conceptos de afiliado y pensionado, el Gobierno Nacional está excluyendo del reconocimiento del auxilio funerario a un grupo de personas que, de acuerdo con los artículos 51 y 86 de la Ley 100 de 1993, lo tienen, como son los afiliados que todavía no se han pensionado y quienes se pensionaron sin haber cotizado directamente, como son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, quienes no hacen cotizaciones sino que acceden al mismo por pertenecer al grupo familiar del pensionado y con el cumplimiento de especiales requisitos fijados por la ley.

El Gobierno Nacional se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria, porque el Decreto acusado excluyó a los afiliados y a un grupo de pensionados del beneficio del auxilio funerario, pues al señalar que por afiliado y pensionado debe entenderse la persona a favor de quien se hicieron las cotizaciones, que originaron el derecho a la pensión, dejó por fuera a los que son afiliados y que al momento de la muerte no estaban gozando de la pensión y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes que por esencia no hacen cotizaciones.

El artículo demandado vulnera el derecho a la igualdad de los afiliados y de una categoría de pensionados (pensión de

sobrevivientes), pues se les está dando un trato discriminatorio respecto de los demás pensionados, al excluírseles de manera injustificada del reconocimiento de una prestación de seguridad social, como es el auxilio funerario pues en últimas el Juez Administrativo no puede sustraerse de la obligación contenida en el artículo 4º de la Carta Política, según el cual *"En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales"*, cuyo propósito es garantizar la supremacía y defensa del ordenamiento jurídico superior.

En cuanto al pronunciamiento que sobre el particular hizo el Consejo de Estado², adujo que los elementos de la acusación y las normas violadas señaladas en ese proceso, eran diferentes a las del sub lite y por tanto no hay cosa juzgada.

Como no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia en el proceso de la referencia.

II. CONSIDERACIONES

EL PROBLEMA JURÍDICO

Se trata de establecer si el artículo 18 del Decreto N° 1889 de 3 de agosto de 1994, mediante el cual se reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, excedió la facultad reglamentaria consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y contraría los

² Sentencia 3341-01

artículos 15, 51 y 86 de la ley precitada, porque introdujo una nueva definición de afiliado y unificó este concepto con el de pensionado.

EL ACTO DEMANDADO

Es el artículo 18 del Decreto N° 1889 de 3 de agosto de 1994 *“Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993”*. Dice:

“ARTÍCULO 18. AUXILIO FUNERARIO. Para efectos de los artículos 51 y 86 de la Ley 100 de 1993 y el 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.”

ANALISIS DE LA SALA

a) La excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales

Se fundamenta en que lo que se pretende no está expresado con precisión y claridad, toda vez que la petición principal, consiste en declarar la nulidad total del artículo 18 del Decreto N° 1889 de 1994, contraría la subsidiaria que solicita se declare parcialmente nula la misma norma, suprimiendo la expresión ***“afiliado y”***, con el argumento consistente en que de darse una nulidad parcial, se establecería una condición desigual al quedar vigente lo relacionado con el afiliado o con el pensionado, según el caso.

El excepcionante considera que además de contradictoria, la pretensión principal es inocua, porque no es necesario decretar la

nulidad del artículo acusado para resolver los casos que sean cobijados por la misma, pues basta con acudir a criterios de integración y hermenéutica jurídica (arts. 15, 51, 86 L. 100/93), porque no todo conflicto de interpretación normativa debe resolverse anulando las normas.

En relación con el primer argumento que sirve de base a la excepción propuesta, cabe señalar que el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a procesos como el sub-lite, por disposición del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, autoriza la acumulación de pretensiones en una misma demanda, siempre y cuando concurren los requisitos establecidos en esa norma procesal, dentro de los cuales el numeral 2° ibídem, establece que las pretensiones no deben excluirse entre sí, salvo que, como ocurre en este caso, se propongan como principales y subsidiarias, lo cual significa que bien pueden acumularse pretensiones contradictorias, pues en caso de que no prospere la principal se procederá a analizar la subsidiaria y en esa medida no existe obstáculo para emitir en el sub-lite un pronunciamiento de fondo, porque no se omitió el presupuesto procesal de la demanda en forma, lo cual sí conduciría a una sentencia inhibitoria, que, se repite no se presenta en este caso.

El segundo argumento que soporta el medio exceptivo propuesto, tiene que ver con el asunto de fondo, pues de su estudio dependerá si, como sostiene la parte demandada, la sola interpretación normativa es suficiente para mantener la norma demandada, o si, por el contrario, esta debe excluirse del ordenamiento jurídico, porque

aparezcan estructurados los motivos de nulidad señalados por la actora.

No prospera la excepción propuesta.

b) La cosa juzgada

Al contestar la demanda, el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público manifestó que mediante sentencia de 11 de marzo de 2004, esta Corporación estudio el artículo acusado y negó las pretensiones de la demanda y que en consecuencia existe cosa juzgada.

Sobre el punto es necesario señalar que, al referirse a la cosa juzgada, el artículo 175 del Código Contencioso prevé que la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes y la que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero sólo en relación con la causa petendi juzgada, lo cual significa que puede intentarse otra acción sobre supuestos fácticos diferentes a los que se esgrimieron en la primera causa.

Veamos si en el caso que ocupa la atención de la Sala se dan los supuestos señalados en la norma precitada, a efecto de determinar si existe cosa juzgada frente a las acusaciones formuladas en el proceso al que alude la parte accionada³, si ello

³ Sección Segunda. Sentencia de 11 de marzo de 2004. Radicación número: 11001-03-25-000-2001-0234-01(3341-01). Actor: José Domínguez López. Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda

fuera así significaría, de acuerdo con lo establecido en el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, que en relación con los cargos debatidos y definidos existe una decisión consolidada de obligatorio acatamiento para las autoridades y los asociados, que no podría reexaminarse en el sub-lite.

La primera de las causas mencionadas decidió una acción de nulidad tendiente a obtener la nulidad del artículo 18 del Decreto N° 1889 de 1994, que también se impugna en el sub-lite; dentro de las normas vulneradas en aquella ocasión, se citaron los artículos 53 y 209 de la Constitución Política; las Leyes 33 de 1973, 44 de 1977 y 15 de 1982 y el Decreto N° 692 de 1994.

Adicionalmente, se citó, como en el sub-judice, el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, cuyo concepto de violación se hizo consistir en que, al expedir el decreto acusado, se violaron derechos fundamentales de los pensionados y los sustitutos. El cargo se resolvió en los siguientes términos:

*“Es imposible que al titular de la pensión se le hubiera violado derecho alguno, si lo que se discute en esta acción es el presunto derecho al auxilio funerario por la muerte de un pensionado **por sobrevivencia**, que según el demandante fue excluido mediante la norma acusada.*

“Y en relación con los pensionados por sobrevivencia, el derecho alegado surge como consecuencia de su fallecimiento, luego a él no se le pudo tampoco violar derecho constitucional fundamental alguno.

“Además, la norma constitucional no gobierna de ninguna manera el derecho al auxilio funerario aquí debatido.

“La acusación tampoco puede prosperar”.

A diferencia de lo aducido en la causa que se comenta, vale decir violación del artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, por violación de derechos fundamentales de los pensionado y los sustitutos, en la presente, tal como quedó reseñado, los cargos que se dirigen contra la norma acusada si bien tienen que ver con el exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria consagrada en la norma Superior citada, también atañen con la oposición que la accionante encuentra entre las normas en que debía fundarse (arts. 15, 51 y 86 Ley 100/93), porque, en su sentir, introdujo una nueva definición de afiliado y unificó los conceptos de afiliado y pensionado.

Se tiene entonces, que en la sentencia citada por el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, esta Sala negó la nulidad del artículo 18 del Decreto N° 1889 de 1994 y en esa medida si bien se produjo cosa juzgada erga omnes, lo fue en relación con la causa petendi que allí se juzgó, que, como quedó demostrado, es diferente a la que se expuso en el sub-lite; en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, no se configura la cosa juzgada, en los términos planteados por la parte demandada.

c) En fondo del asunto

El artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, con fundamento en el cual se dictó el Decreto N° 1889 de 1994, que contiene la disposición demandada en el sub-lite, consagra la potestad reglamentaria, que se define como la facultad de la cual está investido el Jefe del Ejecutivo para expedir los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes; así entonces, al ejercer la competencia referida, el Ejecutivo no puede limitarse a reproducir los mismos textos legales, sino a trazar los derroteros necesarios a efecto de que la Administración y sus distintos órganos cumplan los mandatos del Legislador; el ejercicio de la facultad referida no es ilimitado, en la medida en que el Jefe del Ejecutivo debe sujetarse a las previsiones de la Constitución y al contenido de la ley que reglamenta, vale decir, la norma reglamentaria no puede exceder la ley que reglamenta en orden a extender, restringir o modificar sus términos y alcances y sobre esta base se analizará la norma impugnada, tomando en cuenta que, como quedó señalado, el Decreto que la contiene fue expedido en uso de las facultades consagradas en el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, con el fin de reglamentar la Ley 100 de 1993.

En relación con el punto, la Corte Constitucional manifestó:

"La potestad reglamentaria es "... la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley para encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real". Tal facultad se concreta en la expedición de las normas de carácter general que sean necesarias para la cumplida ejecución de la ley.

" ...

"Toda facultad de regulación que tenga como contenido expedir normas para la cumplida ejecución de las leyes, pertenece, en principio, por atribución constitucional, al Presidente de la República, sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso. Dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria tiene un lugar propio. **Por virtud de ella el Presidente de la República expide normas de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación.** Tales normas revisten, además, una forma especial, y se expiden con la firma del Presidente y el Ministro o Director de Departamento Administrativo del ramo.

" ...

"Tal como se ha establecido en esta providencia, las competencias de regulación previstas en las disposiciones objetadas hacen parte de la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República. **Tal potestad, como atribución constitucional del Presidente de la República, puede ejercerse por éste en cualquier tiempo, sin que sea posible que por ley se introduzca en esta materia limitación temporal alguna.** Ello no quiere decir, sin embargo, que el legislador no pueda, para lograr la efectividad de una ley,

disponer que el Gobierno deba reglamentarla dentro de un tiempo determinado. Tal mandato del legislador no impide que el Presidente expida la reglamentación antes del término previsto, ni lo inhabilita para el ejercicio de la potestad reglamentaria vencido ese plazo. Tampoco implica que expedida una reglamentación dentro del plazo fijado por el legislador el Presidente pierda competencia para expedir nuevos reglamentos o para modificar, adicionar o derogar sus propios reglamentos. La única consecuencia normativa del término establecido por el legislador es la de imponerle al Presidente de la República el deber de reglamentar la ley dentro de dicho plazo⁴.

Por su parte y en relación con el mismo tema la Sección Segunda señaló:

“ ...

“Al margen de lo anterior, debe decirse que la potestad reglamentaria es instrumental. Su ejercicio tiene como finalidad agregar los procedimientos, órdenes o circunstancias que permitan la cumplida ejecución de las leyes, con el fin de dar vida práctica a la ley, pero si ésta en sí misma contiene todos los pormenores necesarios para su ejecución, no nace para el ejecutivo el imperativo del reglamento. Por lo anterior, no siempre la falta de reglamentación impide el desarrollo o práctica de un mandato legal⁵ (Subrayas y negrillas fuera del texto).

⁴ Sentencia C-805/01 de 1° de agosto de 2001, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil

⁵ Sección Segunda. Sentencia de 14 de mayo de 2009. Consejero Ponente: Luís Rafael Vergara Quintero. Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00090-00(1478-06). Actor: Jorge Mario Benítez Pinedo y otro.

De conformidad con el artículo 10° de la ley 100 de 1993, el objeto del Sistema General de Pensiones es garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinen en dicho precepto.

Los artículos 51 y 86 ibídem se refieren a la última de las contingencias referidas, que junto con el artículo 15 de la misma normatividad, constituyen las normas que en sentir de la accionante, fueron infringidas por el artículo 18 del Decreto N° 1889 de 3 de agosto de 1994, demandado en el sub-lite, en cuanto en ellas debió fundarse.

La primera de las normas citadas fue modificada por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, vigente para cuando se presentó la demanda el 12 de octubre de 2004 (fl. 8 vto.) y cuyo texto reza:

“ARTICULO. 15. Afiliados. Serán afiliados al sistema general de pensiones:

“1. En forma obligatoria:

“Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones previstas en esta ley. Así mismo, los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegibles para ser beneficiarios de subsidios a través del fondo de solidaridad pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.

“2. En forma voluntaria:

“Los trabajadores independientes y en general todas las personas naturales residentes en el país y los colombianos domiciliados en el exterior, que no tengan la calidad de afiliados obligatorios y que no se encuentren expresamente excluidos por la presente ley.

“Los extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo permanezcan en el país y no estén cubiertos por algún régimen de su país de origen o de cualquier otro.

“PARAGRAFO.- Las personas a que se refiere el numeral segundo del presente artículo podrán afiliarse al régimen por intermedio de sus agremiaciones o asociaciones, de acuerdo con la reglamentación que para tal efecto se expida dentro de los tres meses siguientes a la vigencia de esta ley.

“ ...

“ARTICULO. 51.-Auxilio funerario. 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.

“ ...

“ARTICULO. 86.-Auxilio funerario. 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 pueda ser inferior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario.

“El auxilio deberá ser cubierto por la respectiva administradora o aseguradora, según corresponda.

“Las administradoras podrán repetir contra la entidad que haya otorgado el seguro de sobrevivientes respectivo, en el cual se incluirá el cubrimiento de este auxilio.

La misma acción tendrán las compañías de seguros que hayan pagado el auxilio de que trata el presente artículo y cuyo pago no les corresponda por estar amparado este evento por otra póliza diferente”.

Por su parte, la norma demandada, artículo 18 del Decreto N° 1889 de 1994, al referirse al Auxilio Funerario dispuso que para efectos de las dos últimas normas transcritas (arts. 51 y 86 L. 100/93) y el Sistema General de Riesgos Profesionales, *“... se entiende por afiliado y pensionado la persona a favor de quien se hicieron las cotizaciones que originaron el derecho a la pensión.”*

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 86 de la Ley 100 de 1993, transcritos, tanto el afiliado como el pensionado tienen derecho al Auxilio Funerario; el artículo 15 ibídem determina que los primeros (afiliados), pueden ser obligatorios o voluntarios, según se trate v. gr. de personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones previstas en la ley y los grupos de población elegibles para ser beneficiarios de subsidios, a través del Fondo de Solidaridad pensional; a la categoría de los voluntarios pertenecen los trabajadores independientes y las personas naturales residentes en el país: los colombianos domiciliados en el exterior que no tengan la calidad de afiliados obligatorios y que no se encuentren expresamente excluidos por la Ley 100 de 1993.

Una sencilla definición de pensionado es toda persona que está disfrutando de un retiro remunerado por haber culminado su vida laboral y según prevé el artículo 13, literal c), de la Ley 100 de 1993, los afiliados tienen derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, conforme a lo dispuesto en dicha ley.

Tal como prevén las normas legales transcritas, quien sufrague los gastos del entierro de un **afiliado** o de un **pensionado**, tiene derecho a que se le reconozca un Auxilio Funerario en suma equivalente al último salario base de la cotización, o al valor correspondiente a la última mesada pensional, que en orden correspondería al afiliado y al pensionado, con la precisión adicional de que tal auxilio no puede ser inferior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes ni superior a diez (10) veces el mismo.

Así entonces, los artículos 51 y 86 de la Ley 100 de 1993 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; tal prerrogativa 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).

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.

“...” (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Las razones brevemente expuestas son suficientes para que la Sala concluya que no se evidencia oposición alguna entre las normas demandadas y citadas en el libelo introductorio y por tal razón mantendrá la vigencia del acto acusado y en consecuencia denegará las pretensiones de la demanda.

La pretensión subsidiaria también será denegada porque anular, como pretende la accionante, la expresión “afiliado y” contenida en el artículo 18 del Decreto N° 1889 de 3 de agosto de 1994, implicaría que tan solo los pensionados tendrían derecho a percibir el Auxilio Funerario, lo cual contraría las normas que consagran tal prestación tanto para afiliados como para pensionados.

De conformidad con lo expuesto, es del caso concluir que la norma reglamentaria (art. 18 D. 1889/94) no excedió la normatividad legal que reglamentó (arts. 51 y 86 L. 100/93), porque no introdujo modificación alguna a los conceptos y alcances de lo que debe entenderse por pensionado y afiliado al Sistema General de Pensiones y porque no excluyó la última categoría de beneficiarios del derecho de Auxilio Funerario y en esa medida también cabe concluir que, al expedir la norma demandada, el

Gobierno Nacional no excedió el ejercicio de la potestad reglamentaria consagrada en el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, razón suficiente para mantener la norma demandada tal como habrá de decidirse.

Empero advierte la Sala que esta decisión no implica negar los derechos de los pensionados anteriores al Sistema General que hayan obtenido la pensión en razón de sus servicios, es decir que el sentido de la norma fuera restringir que el beneficiario que recibe la pensión en sustitución sea también sujeto del derecho del auxilio funerario.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

Deniénganse las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

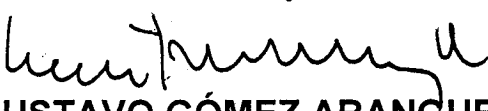
Cúmplase.



BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ



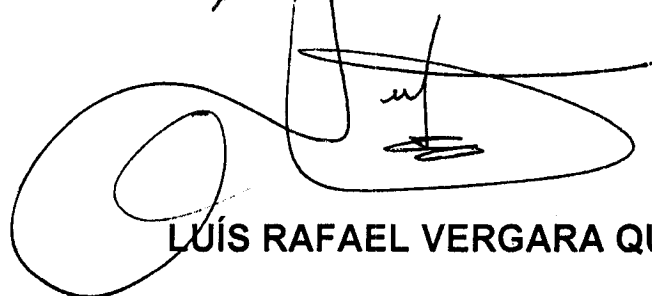
ALFONSO VARGAS RINCÓN



GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN



GERARDO ARENAS MONSALVE



LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Radicación No.: EXP. 110010325000200400198 01

No. Interno: 3819-2004

Actor: Giselle Castillo Hernández

Pág. 30



VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA