No. 4

BOLETÍN JURÍDICO

ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.

acueducto AGUA Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ

BOGOTÁ

Vigilado Superservicios

Boletín Jurídico

Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá

Natasha Avendaño García
Gerente General

Juan Ramón Jiménez Osorio
Gerente Jurídico

Autores
Oficina Asesoría Legal
Luz Marina Zapata García
Santiago Londoño Camacho
Jorge Manrique Villanueva

Comité editorial
Armando Ojeda Acosta
Alejandra Tobón Díaz
Claudette Consuegra Mesa
Juliana Santos Ramírez
Lorena Rodríguez Salazar

Diseño editorial
Oficina Asesora Imagen Corporativa y Comunicaciones

Av. Calle 24 No. 37-15
Código Postal:111321 Teléfono:(571) 344 7000
Ciudad Bogotá D.C - Colombia
Copyright 2022 EAAB-ESP

Agosto de 2024

CONTENIDO

4 **Editorial**

5 **Prólogo**

8 **Suspensión en interés del servicio - racionamiento**

24 **Los actos administrativos en el marco de la contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios**

29 **Lineamientos a seguir en caso de una visita de un organismo de inspección, vigilancia y control a la EAAB-ESP**

44 **Pensión de sobrevivientes de origen común: modificaciones en la ley 2381 de 2024 de pensiones y novedades jurisprudenciales**

EDITORIAL

Estimados colaboradores y lectores,

Nos complace presentarles una nueva edición de nuestro Boletín Jurídico, un espacio dedicado a informar y actualizar a todos los miembros de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá sobre aspectos legales trascendentales que impactan nuestras labores diarias y el servicio que ofrecemos a la comunidad.

Al encontrarnos en un entorno de constante cambio, donde las normas y regulaciones evolucionan para adaptarse a las necesidades sociales, es fundamental que estemos al tanto de las implicaciones legales que pueden afectar nuestra operación y actividades diarias. Razón por la cual, este documento tiene como objetivo no solo informar, sino también fomentar una cultura de responsabilidad legal frente a cada uno de nuestros procesos, funcionando como una herramienta para fortalecer los conocimientos de sus colaboradores.

En esta edición, abordaremos temas seleccionados como de interés por las diferentes dependencias de la Empresa, tales como la correcta atención a las visitas de entes de control, así como los fundamentos legales en la aplicación del racionamiento del servicio por interés general, debido a que son temáticas cruciales para nuestra misión basada en garantizar un servicio sostenible y responsable.

También exploraremos las implicaciones legales de la reciente aprobación del régimen pensional sobre las pensiones de sobrevivientes de origen común, buscando que todos nuestros trabajadores comprendan sus novedades e implicaciones.

Además, incluiremos un apartado en donde se explica la incidencia de los actos administrativos en los procesos de contratación de empresas con regímenes especiales como es nuestro caso.

Así mismo, queremos agradecer su compromiso y dedicación en la construcción de una empresa más eficiente y transparente, juntos aseguramos el cumplimiento de la misión de servicio y así seguir consolidándonos como un referente en el sector en la gestión eficiente del agua para todos.

Atentamente,

Gerencia Jurídica

PRÓLOGO

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB-ESP como el prestador de los servicios doble AA (acueducto y alcantarillado) más grande de Colombia enfrenta grandes retos jurídicos que abordan múltiples ramas del derecho; desde la prestación de los servicios públicos, el derecho contractual, ambiental, temas laborales desde sus diferentes aristas (individual o colectivo), pasando por societarios, derecho administrativo, de la competencia, entre otros, todos de la mayor relevancia y complejidad.

Y es precisamente, esta necesidad jurídica de abordar temas de variadas disciplinas, la que ha motivado la creación de este Boletín Jurídico que, en su Cuarta Edición, presenta a los trabajadores, directivos y al Sector en general, los siguientes artículos a saber, relacionados con temas seleccionados por las diferentes áreas de la empresa:

Suspensión en interés del servicio - racionamiento

La EAAB-ESP desde el mes de abril del presente año, ordenó la suspensión del servicio de acueducto (racionamiento), en desarrollo del numeral 1° del artículo 139 de la Ley 142 de 1994, acontecimiento sin precedentes en los 136 años de existencia de la Empresa, bajo estos supuestos.

Así las cosas, el documento se enmarca en la argumentación del racionamiento como fenómeno de fuerza mayor (inimputable, imprevisible e irresistible) consecuencia de la actual problemática del cambio climático.

El artículo resuelve el siguiente problema jurídico: ¿El cambio climático y el fenómeno de ”El Niño” declarado en el año 2023 y sus efectos a largo plazo, puede ser considerado razón de fuerza mayor para declarar la suspensión en interés del servicio de agua potable - racionamiento? cuya conclusión los invitamos a analizar para que, como directivos, trabajadores o contratistas de la Empresa, tengamos un acercamiento desde el ámbito jurídico a este fenómeno que persiste en la actualidad.

Los actos administrativos en el marco de la contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios

Después de un estudio minucioso tanto legal como jurisprudencial del Régimen de la Contratación y el Régimen de Derecho Privado sobre los actos de las empresa en el marco de aplicación de la Ley 142 de 1994, el artículo expuesto concluye que, *"todas las decisiones de la Administración en el marco de un contrato deben entenderse que se producen bajo el derecho privado, y será dicha limitación la que determine el ejercicio de las competencias que los extremos del negocio tengan, es por ello que el cumplimiento al debido proceso y el respeto a las garantías contractuales cobra especial relevancia."*

La anterior conclusión conlleva a la EAAB-ESP a reiterar posturas jurídicas, pero también a actualizar otras en pro de los beneficios de la Empresa como prestador de servicios públicos en real competencia en la Sabana de Bogotá, el sur de la cuidad y en Soacha, donde existen más de un prestador del servicio de acueducto con regímenes contractuales eminentemente privados.

Lineamientos a seguir en caso de una visita de un organismo de inspección, vigilancia y control a la EAAB-ESP

En un trabajo conjunto de los abogados de la Oficina Asesora Legal, se construyó este importante y útil artículo que busca fijar lineamientos jurídicos y operativos para todos los trabajadores de la Empresa que deben acompañar una visita de inspección, control y vigilancia, de cualquiera de las Superintendencias y entes de control, en el marco de sus correspondientes funciones.

El documento contiene temas prácticos tales como: i) ¿Qué dependencia debe atender la visita? ii) ¿Cómo debe transcurrir una visita administrativa? iii) ¿Qué información puede y debe suministrarse a los entes de control en el marco de la visita administrativa? iv) ¿Qué tipo de soportes puede solicitar y revisar el ente de control durante la visita? y v) Levantamiento del acta de la visita, que serán de gran ayuda a las áreas y en particular a los funcionarios y/o trabajadores que representen los intereses de la EAAB-ESP en el desarrollo de este tipos de visitas.

Pensión de sobrevivientes de origen común: modificaciones en la ley 2381 de 2024 de pensiones y novedades jurisprudenciales

Por último, y ante el interés de las áreas en temas relacionados con el derecho laboral, se encuentra este artículo sobre la denominada “Reforma Pensional”, que tiene como objetivos los de: i. Identificar las novedades que introduce la Ley 2381 de 2024, a la institución de la pensión de sobrevivientes, y ii. Analizar algunas sentencias novedosas relacionadas con la pensión de sobrevivientes.

El documento contiene un cuadro que muestra a doble columna, la norma actual y la que la reemplazaría, con algunos comentarios sobre las diferencias más relevantes, que serán de gran utilidad para cualquier colombiano, haciendo énfasis en el Régimen Contributivo aplicable a los trabajadores de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

Adicionalmente, contiene un análisis jurisprudencial donde se desarrollan temas tales como, el enfoque de género, la inclusión y la perspectiva de los jueces en materia de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y Convivencia simultánea con el cónyuge y el compañero permanente.



Foto: Jaíme Vargas Salcedo - Oficina de Asesoría Legal.

SUSPENSIÓN EN INTERES DEL SERVICIO – RACIONAMIENTO

"El cambio climático no solo es real, sino que es la gran y más grave amenaza para la economía mundial; escuchemos a los científicos (...)".

Congreso Andesco 2024

Juan Verde

Exsubsecretario Dep. Comercio de los Estados Unidos

Elaborado por:

Luz Marina Zapata García

Profesional Especializada Nivel 20

Introducción

El pasado 10 de abril, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP a través de la Resolución 291 de 2024, ordenó la suspensión del servicio público domiciliario de acueducto por turnos, a todos sus usuarios directos y a los prestadores beneficiarios de los contratos de suministro de agua potable e interconexión, dadas las condiciones de racionamiento por fuerza mayor, determinado en los términos del artículo 139 de la Ley 142 de 1994; acontecimiento sin precedentes en los 136 años de existencia de la Empresa.

Las razones del racionamiento corresponden a temas climáticos que se esbozarán en desarrollo este artículo, el cual tiene por finalidad desarrollar el evento desde un enfoque jurídico, analizando sus consecuencias de cara a la normatividad vigente.

Lo anterior bajo la premisa establecida en el Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios, según la cual, la prestación continua de un servicio de buena calidad es la obligación principal de los prestadores de los servicios públicos.

Planteamiento del problema

¿El cambio climático y el fenómeno de "El Niño" declarado en el año 2023 y sus efectos a largo plazo, pueden ser considerados razón de fuerza mayor para declarar la suspensión en interés del servicio de agua potable - racionamiento?

Reglas jurídicas aplicables

La Constitución Política establece que los servicios públicos domiciliarios son inherentes a la finalidad social del Estado, siendo deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

En 1994, se expidió la Ley 142, Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios, teniendo por ámbito de aplicación los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible[1] e inicialmente telefonía (fija) pública conmutada y telefonía local móvil en el sector rural[2].

Dicha ley determinó que el Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, entre otros fines, para asegurar la *"Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, **salvo cuando existan razones de fuerza mayor** o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan."*[3]

De esta manera se entra en materia, al recordar que el régimen señala que la prestación del servicio continua y de buena calidad, es la obligación principal de todo prestador y el incumplimiento de esta se denomina falla en la prestación del servicio.

Ahora bien, la suspensión del servicio en materia de servicios públicos es procedente en el marco de la Ley 142, en los eventos de mutuo acuerdo (artículo 138), en interés del servicio, (artículo 139) y por incumplimiento del usuario frente a la ejecución del contrato (artículo 140).

En este orden de ideas, se tiene que el artículo 139 de la Ley 142 de 1994 ***"Suspensión en interés del servicio"*** facultó a los prestadores a realizar suspensiones, sin que ello sea considerado falla en la prestación del servicio para *"hacer reparaciones técnicas, mantenimientos periódicos y **racionamientos por fuerza mayor,** siempre que de ello se dé aviso amplio y oportuno a los suscriptores o usuarios".*

1 Artículo 1, Ley 142 de 1994.
2 Ley 1341 de 2009, *"Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones TIC, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones."*
3 Numeral 4 Artículo 2, Ley 142 de 1994.



Foto: Archivo EAAB-ESP.

Es claro entonces que, los prestadores requieren suspender el servicio de manera ordinaria para hacer reparaciones y mantenimientos periódicos y existe la facultad legal extraordinaria de suspender el servicio mediante racionamientos[4] por fuerza mayor.

En los mismos términos, el Decreto 1077 de 2015 - Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio, indica que, no es falla en la prestación del servicio la suspensión que haga la entidad prestadora de los servicios públicos con el fin de *"Realizar reparaciones técnicas, mantenimientos periódicos y* ***racionamientos por motivos de fuerza mayor,*** *siempre que de ello se dé aviso amplio y oportuno a los suscriptores o usuarios."*[5]

A su turno, el contrato de condiciones uniformes para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB-ESP estable en la cláusula vigésima quinta la suspensión del servicio en los siguientes términos: *"La EMPRESA podrá proceder a la suspensión del servicio de acueducto y alcantarillado, sin que se derive responsabilidad alguna, por las siguientes causales: (...) 2.- Suspensión en Interés del Servicio: Es la suspensión que efectúa la EMPRESA para: a) Hacer reparaciones técnicas, mantenimientos periódicos y* ***racionamiento por fuerza mayor*** *siempre que de ello se dé aviso amplio y oportuno a los suscriptores o usuarios, cuando las circunstancias lo permitan".*

De esta manera, se plasman las reglas jurídicas, esto es, normativas, técnicas y contractuales, sobre las cuales la EAAB-ESP declaró el primer racionamiento de agua potable a sus usuarios directos ubicados en el Distrito Capital de Bogotá y en los municipios de Soacha, Gachancipá, Zipaquirá y Tocancipá y a los prestadores beneficiarios de los contratos de suministro e interconexión ubicados en el Distrito Capital y en los municipios de Chía, Cajicá, Tocancipá, Sopo, Cota, La Calera, Madrid, Mosquera, Funza y Soacha.

4 *"Racionamiento: Someter algo en caso de escasez a una distribución ordenada."* Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

5 Artículo 2.3.1.3.2.5.22. Decreto 1077 de 2015.

El racionamiento por fuerza mayor

El 4 de noviembre de 2023, el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (IDEAM) declaró oficialmente el Fenómeno de *"El Niño"* en el país, estableciendo que la época seca iniciaría en diciembre de 2023 y podría extenderse durante varios meses en 2024, además de un reporte de las altas temperaturas que se incrementaría hasta el mes de abril de 2024, afectando los caudales de los ríos en los diferentes departamentos incluyendo el área de la cuenca de la Orinoquia, que abastece el sistema Chingaza.

Mediante Decreto Nacional 037 del 27 de enero de 2024, se declaró situación de desastre nacional, por un término de doce meses prorrogables hasta por un periodo igual, con base en parte a las siguientes consideraciones:

> *"Qué los efectos actuales del fenómeno de EI Niño en una intensidad fuerte están coincidiendo con la temporada seca o de menos lluvias de buena parte del país, sumado a la ausencia de fenómenos meteorológicos de pocos días que suelen incrementar la humedad en diversas áreas del centro y sur del país, principalmente, para esta época del año.*
>
> *Que dé acuerdo con el mapa de alteraciones de la precipitación ante el fenómeno "El Niño" intensidad fuerte (IDEAM, 2014), para el primer trimestre de 2024 son probables déficits de precipitación en amplios sectores de regiones Caribe, Andina y Pacífica, así como en algunas zonas de la Orinoquia.*
>
> *(...)*
>
> *Que con el reporte de seguimiento al Fenómeno "El Niño" elaborado por la UNGRD con fecha del 24 de enero de 2024: para el periodo comprendido entre el 3 de noviembre y el 24 de enero de 2024, se: han presentado afectaciones en 5 departamentos y 32 municipios, Los reportes dan cuenta de 323 incendios forestales, 6 sequías, 2 heladas, con una afectación de 6.723 hectáreas,* ***69 municipios con desabastecimiento de agua potable y 44.954 personas afectadas que conforman 16.233 familias.****"*

Vale la pena indicar que, la definición legal de desastre se encuentra en el artículo 4 de la Ley 1523 de 2012 según el cual: *"Es el resultado que se desencadena de la manifestación de uno o varios eventos naturales o antropogénicos no intencionales que al encontrar condiciones propicias de vulnerabilidad en las per-*

sonas, los bienes, la infraestructura, los medios de subsistencia, ***la prestación de servicios o los recursos ambientales,*** *causa daños o pérdidas humanas, materiales, económicas o ambientales, generando una alteración intensa, grave y extendida en las condiciones normales de funcionamiento de la sociedad, que exige del Estado y del sistema nacional ejecutar acciones de respuesta a la emergencia, rehabilitación y reconstrucción."*

Por su parte, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico - CRA expidió la Resolución 039 de 2024 de 26 de enero de 2024, dando inicio a la aplicación de las medidas para desincentivar el consumo excesivo de agua potable establecidas en el Título 5, Parte 7, del Libro 2 de la Resolución CRA 943 de 2021, en todo el territorio nacional. Posteriormente, mediante Resolución 257 del 7 de junio de 2024, modificó el ámbito de aplicación de las medidas limitándolas a las regiones cuya fuente de abastecimiento dependa de las áreas hidrográficas Orinoco y Amazonas, que se vieron afectadas por los efectos a largo plazo del fenómeno de sequía sufrido en el país.

Así las cosas, la Empresa con el fin de evitar el desabastecimiento de agua potable para sus usuarios como consecuencia del fenómeno de "El Niño" y los antecedentes señalados realizó las siguientes acciones:

- Campañas pedagógicas para el uso racional del recurso a través de radio, televisión, prensa y redes sociales de manera conjunta con el Distrito Capital a partir de enero de 2024.
- Desde el 19 de diciembre de 2023, inició el cambio de operación para la alimentación de agua de la ciudad incrementando los caudales suministrados desde el sistema Río Bogotá con la planta de Tibitoc y disminuyendo los caudales producidos en la planta Francisco Wiesner, la cual a su vez es alimentada por el Sistema Chingaza.
- El 21 de marzo de 2024, inició la disminución del aporte del Sistema Chingaza a la zona sur de Bogotá, incrementando la producción de la planta El Dorado con la interconexión de la línea Regadera - El Dorado.
- Aplicó el desincentivo al consumo excesivo a través de la Resolución 305 de 2024.
- La puesta en funcionamiento de la planta de tratamiento de agua de Vitelma.

Con estos antecedentes se analizará el **racionamiento por fuerza mayor** declarado por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP a través

de la Resolución 291 de 2024 y modificado recientemente por la Resolución 508 de 2024.

Lo primero es indicar que no se encuentra una definición técnica y/o legal del término *"racionamiento",* motivo por el cual acudimos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que establece que es una *"Acción y efecto de racionar"* y *"racionar"* a su turno es *"Someter algo en caso de escasez a una distribución ordenada."*

Ahora bien, con el fin de analizar la figura de la fuerza mayor es necesario citar el Código Civil que en su artículo 64 establece: ***"Fuerza mayor o caso fortuito.*** *Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."*

La Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera Subsección C. del Consejo de Estado en Sentencia del 12 de agosto de 2014 Exp. 30026 manifestó que *"En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no sólo debe ser* ***irresistible sino también imprevisible****, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa. Además de* ***imprevisible e irresistible debe ser exterior del agente,*** *es decir,* ***no serle imputable desde ningún ámbito (...)."***

Como antecedente judicial específico, la Corte Constitucional en la Sentencia C - 447 de 1992, en el proceso de revisión constitucional del Decreto 680 de Abril 23 de 1992, *"por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica y Social",* de cara a la configuración de la fuerza mayor, con ocasión de fenómenos climáticos y la consecuente necesidad de suspensión del servicio por interés general, consideró que el detonante de la crisis en el suministro del servicio público de energía eléctrica, para aquella época, fue un evento hidrológico extremo; situación fáctica comparable con la situación actual de riesgo de desabastecimiento que enfrenta la EAAB-ESP.

En el mismo sentido, se resalta de la Sentencia del Consejo de Estado dictada el dos (2) de mayo de dos mil dieciséis (2016), dentro del expediente No. 25000-23-26-000-1993-09160-01, que: *"(...) en los períodos de intenso verano podía presentarse una crisis, como en efecto ocurrió en el año 1992, año en el que se registró la situación hidrológica más crítica registrada hasta ese momento en el país, por lo que aun adoptando todas las medidas preventivas posibles, igual hubiera ocurrido el racionamiento".*

Recientemente, el Consejo de Estado en Sentencia emitida el 30 de marzo de 2022, dentro del expediente No. 68001-23-33-000-2013-00387-01 que con relación a la acreditación de la fuerza mayor, en el fenómeno climático de "La Niña" en las magnitudes presentadas en aquel momento, resaltando respecto de los requisitos para su configuración, la imprevisibilidad que *"dicho acontecimiento superó cualquier pronóstico"*, la irresistibilidad en la medida que *"el hecho era irresistible para las entidades demandadas, debido a que el Estado actuó según sus capacidades para evitar (...)",* y ajeno al fuero de control de quien lo alega en la medida que los hechos componentes de la crisis *"(...) constituyeron eventos externos a las entidades demandadas, no se acreditó que hubieran causado tal suceso por sus acciones u omisiones, en la medida en que la causa eficiente de ello fue el mayor incremento de las precipitaciones en comparación con años anteriores, de ahí que no es dable atribuirle al Estado las consecuencias de una circunstancia imprevista que superó su capacidad de reacción (...)",* aspectos que resultan a su vez aplicables a las circunstancias que motivaron la suspensión del servicio de acueducto en los términos fijados por la EAAB-ESP.

De manera que la doctrina y la jurisprudencia enseñan que los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual son la inimputabilidad, la imprevisibilidad y la irresistibilidad.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en cada caso concreto se debe analizar y ponderar todas las circunstancias que rodean el hecho, para determinar si éste constituye o no fuerza mayor o caso fortuito, continuando con un análisis jurídico tendiente a probar que el racionamiento como consecuencia del Fenómeno de "El Niño" declarado en el año 2023, constituye para la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá un evento de fuerza mayor debido a que:

i) ES INIMPUTABLE, en la medida en que proviene una causa enteramente ajena a la voluntad de la EAAB-ESP.

Inicia en punto por acercarse a problemática actual sobre calentamiento global así *"La variabilidad climática hace referencia a los cambios en el clima descritos en periodos de tiempo cortos (menores a 30 años), cambios estacionales anuales (estaciones secas – lluviosas), inter-estacionales (periodos entre estaciones secas o de lluvia), interanuales e interdecadales. Los fenómenos "El Niño" y "La Niña", son fases dentro del Ciclo de Oscilación del Sur (ENOS), característicos de la variabilidad interanual, que tienen su origen en los cambios*

de la temperatura superficial del Océano Pacífico tropical. Así, un calentamiento en las aguas del Pacífico sumado a las condiciones atmosféricas propicias, frente a las costas de Ecuador, sur de Colombia y norte del Perú, originará un fenómeno de "El Niño", mientras que el enfriamiento generará a "La Niña"."[6]

Así las cosas, El Fenómeno de "El Niño" declarado por el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (IDEAM) en noviembre de 2023 constituye un evento climático del calentamiento del océano Pacífico; siendo la fase cálida y de déficit de precipitaciones, reduciéndose como consecuencia la oferta natural de agua en las fuentes superficiales y subterráneas que abastecen, entre otros, a los sistemas de acueducto.

De conformidad con lo señalado por el IDEAM, *"El Fenómeno de ""El Niño"" es un evento climático que se genera cada cierto número de años por el calentamiento del océano Pacífico.* ***Sus efectos son notables en el norte de la región Pacífica, los departamentos de la región Andina y en los departamentos de la región Caribe."***[7]

Como se observa, los fenómenos climáticos son totalmente externos al actuar de los prestadores del servicio acueducto y, por ende, el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se deriva en modo alguno de la conducta culpable de la Empresa, ni de hechos que puedan ser considerados negligencia, descuido o impericia.

i) ES IMPREVISIBLE, esto es que, no se haya podido prever dentro de los cálculos ordinarios y corrientes.

Con el fin de demostrar lo imprevisible de la falta de afluencias durante el Fenómeno de "El Niño" y sus consecuencias en el almacenamiento del Sistema Chinganza, se pasa a citar el Informe Técnico que soporta la Resolución 291 de 2024 expedida por la EAAB-ESP:

6 Evolución de precipitación y temperatura durante los fenómenos "El Niño" y "La Niña" en Bogotá – Cundinamarca. https://oab.ambientebogota.gov.co/wpcontent/uploads/dlm_uploads/2018/11/evolucion_precipitacion_temperatura.pdf.

7 http://www.ideam.gov.co/web/siac/ninoynina

"4.1 Comportamiento de las lluvias y afluencias del sistema Chingaza

En la siguiente gráfica se registra para cada mes en el periodo de enero de 2018 a febrero de 2024, la diferencia puntual (serie verde) y la diferencia acumulada (serie azul) entre la afluencia real presentada en el embalse Chuza vs la afluencia media estimada para ese mes, con los registros históricos del periodo de 1989 hasta 2023.

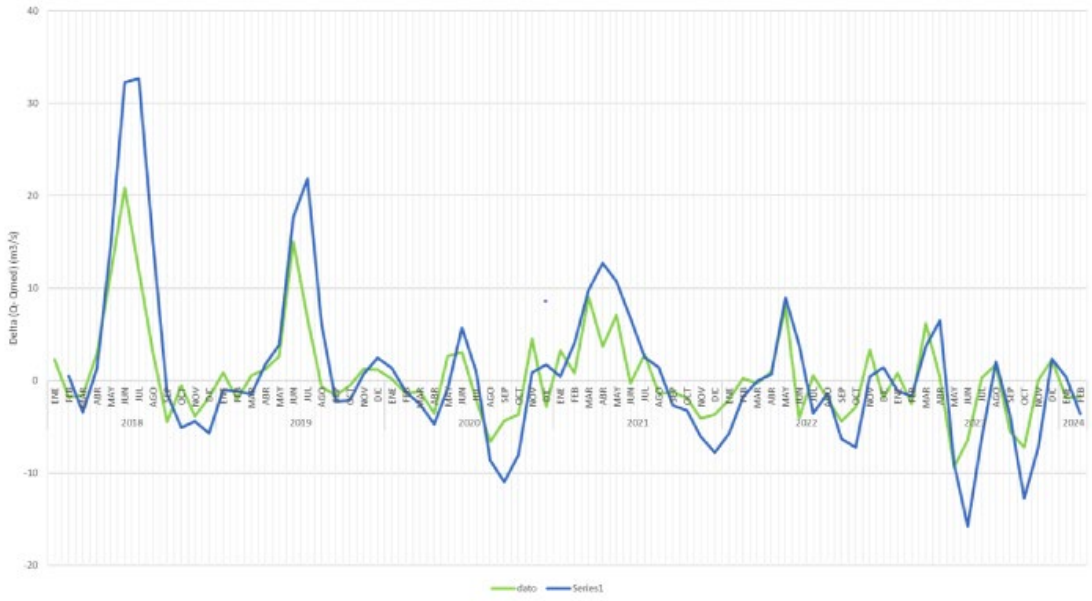


Figura 5. Comportamiento de las diferencias entre valores medidos y valores registrados de afluencias del embalse Chuza (Fuente EAAB-ESP).

Este comportamiento fue particularmente crítico en el año 2024, en donde debido al Fenómeno de "El Niño", se vienen presentando afluencias menores a las de la media histórica del periodo 1989-2023. A manera de ejemplo, se incluye una gráfica que compara para el periodo del 15 de febrero al 1 de marzo de 2024, las afluencias medias estimadas a partir de los registros históricos versus las afluencias reales medidas; encontrando que, para la mayoría de los días, se contó con afluencias menores al 40% de las proyectadas.



Foto: Archivo EAAB-ESP.

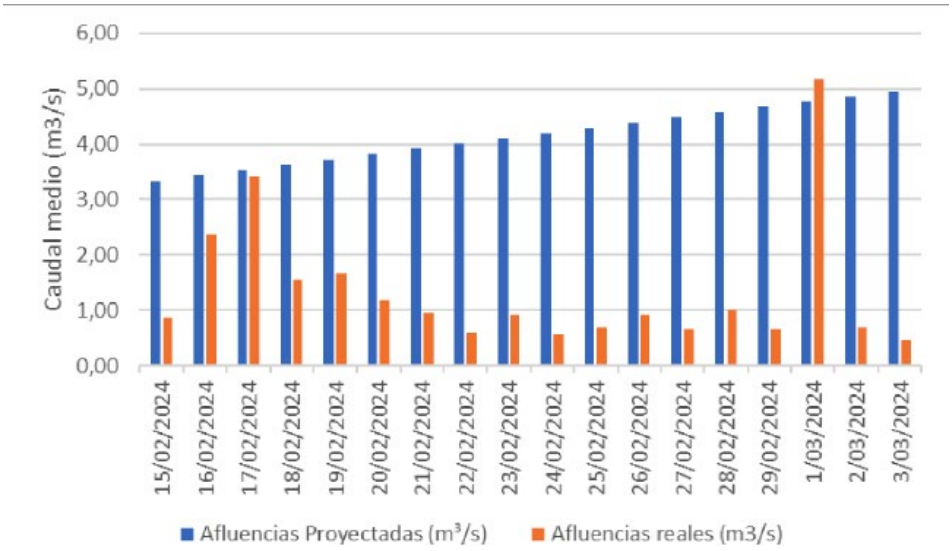


Figura 6. Comparación de afluencias proyectadas vs afluencias reales – Segunda quincena de febrero 2024 (Fuente EAAB-ESP).

(…) Ahora bien, al comparar las lluvias con las afluencias o el caudal promedio aportado al embalse de Chuza, se evidencia que, de las lluvias de marzo y abril, convertidas en volumen real aportado al embalse sólo representó aproximadamente el 56% y 27.8% de las afluencias medias multianuales. *Esta condición se explica en el hecho de que, al tener un periodo tan seco, una vez se generaron precipitaciones en la cuenca hidrográfica de la que hace parte el embalse de Chuza, no hubo efecto directo sobre las afluencias del sistema, debido a que un porcentaje de las precipitaciones se gastó en la saturación del suelo, disminuyendo el volumen de la escorrentía. Esta es la razón por la que, si bien en el mes de febrero de 2024 se registraron precipitaciones medias mayores a las medias estimadas a partir de los datos históricos de 1989-2023 (ver siguiente figura), durante ese mes se contó con afluencias menores a las proyectadas."*

Basados en las condiciones en las que se encontraba la Empresa y con el fin de poder asegurar la prestación del servicio, aún si se recrudece el fenómeno de *"El Niño",* se tomó la decisión de restringir la prestación del servicio de acueducto desde el 11 de abril de 2024, mediante la suspensión del servicio programada por sectores y hasta tanto se logren condiciones de volumen favorables en los embalses Chuza y San Rafael, del 70 % de almacenamiento.

Es así que, se verifica que las afluencias registradas durante el primer trimestre del año 2024, se alejaron de los cálculos y proyecciones corrientes, presentándose de esta manera, el segundo elemento de la fuerza mayor, esto es la imprevisibilidad, ya que en los términos de la Corte, *"el suceso escapo a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible de preverlo y la irresistibilidad radica que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara."*

No sobra señalar que, en comunicado del 24 de noviembre 2023 la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca señaló: *"De acuerdo con los registros de las estaciones de la red hidrometeorológica de la CAR, que evidencian una disminución moderada en las precipitaciones, la alteración en los patrones de lluvia y temperatura a raíz de este fenómeno podría tener un impacto significativo en la jurisdicción de la entidad."*

"El fenómeno, que ocurre en intervalos irregulares, se determina por el calentamiento de la superficie del océano Pacífico, generando alteraciones climáticas globales", recordó Josué Vela Medida, encargado de la Red de Monitoreo Hidrometeorológico de la CAR. Sin embargo, precisó que la presencia de "El Niño" no significa que se suspendan las lluvias de manera inmediata, sino que pueden variar frente al comportamiento histórico.

Aunque por ahora no se tiene previsto un desabastecimiento de agua en la jurisdicción de la CAR gracias a la buena condición de almacenamiento hídrico en los embalses operados por la Corporación y otras entidades, *el llamado a la ciudadanía es a la responsabilidad frente al uso de este recurso"* puntualizó el funcionario."[8]

Lo anterior demuestra que, no solo para EAAB-ESP fueron imprevisibles los efectos del fenómeno de "El Niño", sino que también lo fueron para principal autoridad ambiental en las áreas de prestación de servicio de la Empresa y en el área de influencias de los prestadores beneficiarios de los contratos de suministro de agua potable e interconexión.

8 https://www.car.gov.co/saladeprensa/car-insta-al-ahorro-de-agua-y-otras-medidas-de-prevencion-ante-la-llegada-del-fenomeno-de-el-nino

ii) ES IRRESTIBLE, es decir, que no se haya podido evitar.

Ahora bien, con el fin de demostrar el elemento de la irresistibilidad dentro la fuerza mayor en el caso puntual, se pasa a citar el Informe Técnico que soporta la Resolución 291 de 2024 expedida por la EAAB-ESP:

"La siguiente gráfica ilustra el comportamiento histórico del embalse de Chuza desde su puesta en operación en 1987. ***Aquí se observa claramente que el volumen del embalse de chuza en el mes de marzo es el menor histórico que ha tenido el embalse.***

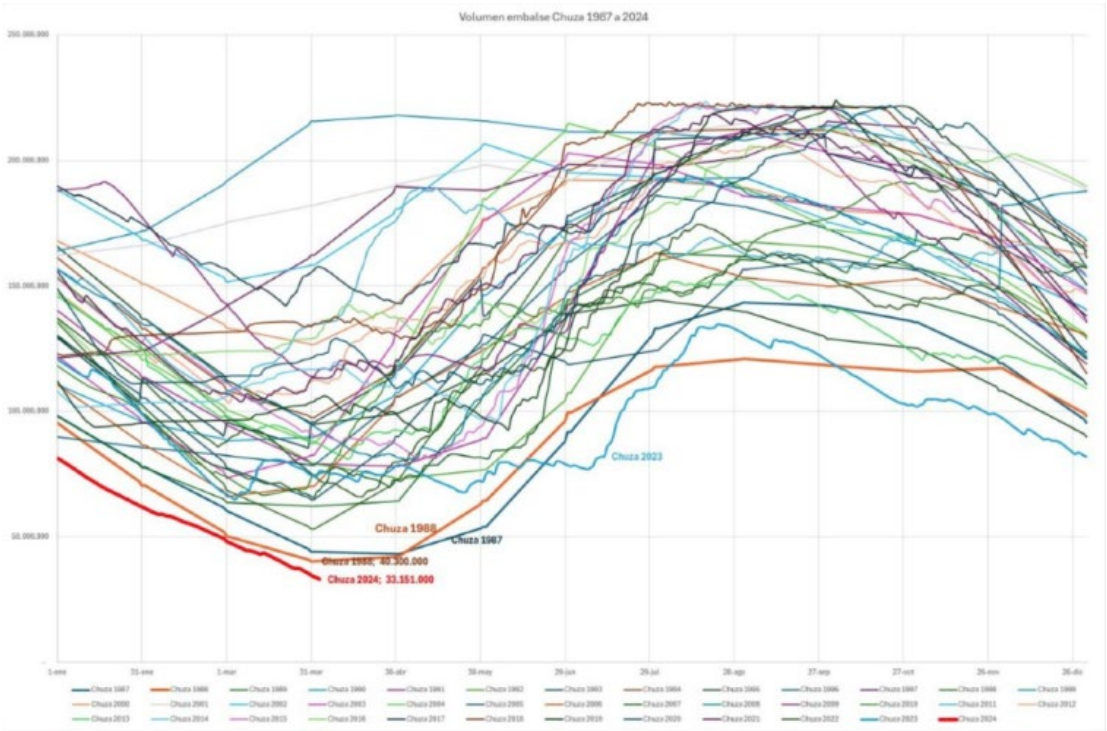


Figura 10. Volumen embalse Chuza 1987 a 2024 (Fuente: EAAB-ESP).

A pesar de que los expertos del Instituto de Hidrología Meteorología y Estudios Ambientales, a través de sus previsiones hidrológicas han informado de la llegada de lluvias para el año 2024 cercanas a los promedios mensuales para los próximos meses, en los días finales de marzo y comienzos de abril, aún no se nota que se haya activado la temporada de lluvias en la región Andina y de la Orinoquía, lo cual no nos permite inferir la entrada de caudales iguales o superiores a los promedios cuyos aportes permitan satisfacer la demanda normal de la planta Wiesner."

Como se evidencia el sistema de almacenamiento de la Empresa, pese a ser uno de los robustos del país, llegó a su menor nivel histórico desde su puesta en operación en el año 1987, comprobándose así que, se trata de un evento de rara ocurrencia que se presentó en forma sorpresiva, demostrándose así que el hecho de que se trata fue irresistible, dado que la EAAB-ESP pese a las actividades desplegadas no puedo evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias, y que nadie está obligado a prever lo que es excepcional y esporádico.

Que teniendo en cuenta los aspectos técnicos relacionados con la disminución en las afluencias, el comportamiento de las lluvias, disminución en los volúmenes de almacenamiento de los embalses, el fenómeno de "El Niño", se concluye que se configuran los elementos constitutivos de la fuerza mayor, dado que las razones técnicas evidencian una situación de hecho imprevisible, irresistible y que no pueda ser imputado a la EAAB-ESP.

En conclusión, la EAAB-ESP se encuentra ante hechos imprevisibles e irresistibles, y por tanto sobrevinientes; esto es, que su previsión escapa de condiciones normales a cualquier sujeto y no a una persona en particular, y que además de no haberse podido prever, era imposible evitar que el evento se presente.

Vale la indicar que el último informe técnico[9] desarrollado en el marco de la Resolución 508 de 2024, modificatoria de la Resolución 291 de 2024 expedidas por la EAAB-ESP, establece que, en los meses de junio y julio se presentaron condiciones de afluencias por debajo de los promedios mensuales multianuales, lo que corrobora al día de hoy la medida del racionamiento (suspensión en interés del servicio[10]).

Por último, es importante señalar que, reconociendo el gran reto que implica para la Empresa el abastecimiento de sus usuarios en medio de las consecuencias derivadas del cambio climático, se ha trabajado en diferentes frentes, que conllevan hoy a generar nuevas proyecciones, inversiones y planteamiento de nuevas alternativas para suplir la demanda.

9 Memorando Interno 2531001-2024-405 del 8 de agosto de 2024.

10 ***ARTÍCULO 139. Suspensión en interés del servicio.*** *No es falla en la prestación del servicio la suspensión que haga la empresa para: 139.1. Hacer reparaciones técnicas, mantenimientos periódicos y racionamientos por fuerza mayor, siempre que de ello se dé aviso amplio y oportuno a los suscriptores o usuarios.*

Adicionalmente, la EAAB-ESP ha generado un plan de corto, mediano y largo plazo; implementando las recomendaciones realizadas por el Banco Interamericano de Desarrollo BID y el Banco Mundial BM, en visitas que tuvieron por objetivo apoyar a la Empresa en la gestión del racionamiento.

Bibliografía

Constitución Política de Colombia. 1991.

Leyes:

Ley 142 de 1994 *"Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones."* (Col.)

Ley 1523 de 2012, *"Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones"*

Decretos:

Decreto 1077 de 2015, *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio."*

Decreto Nacional 037 de 2024 *"Por el cual se declara una situación de Desastre Nacional en todo el territorio nacional".*

Jurisprudencia:

Corte Constitucional, Sentencia C - 447 de 1992.

Consejo de Estado, Sentencia del 12 de agosto de 2014 Exp. 30026

Consejo de Estado, Sentencia del 30 de marzo de 2022, Exp. 68001-23-33-000-2013-00387-01

Consejo de Estado, Sentencia del 2 de mayo de 2016, Exp. 25000-23-26-000-1993-09160-01

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Elaborado por:
Santiago Londoño Camacho
Profesional Especializado Nivel 20

Desde la expedición de la Ley 142 de 1994, el legislador tuvo presente la importancia en la transformación de las empresas municipales de servicios públicos en el modelo por acciones del orden municipal, principalmente, con la finalidad de aportar en la mejora en los procesos de calidad, cobertura y oportunidad de prestación del servicio, lo que implicó que estas empresas saldrían del formalismo de la Ley 80 de 1993, y pasarían, al escenario del derecho privado, es decir, regir su contratación por el derecho civil y comercial.

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá es de orden municipal, constituida como Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios en el marco de su creación mediante el Acuerdo 06 de 1995 "Por el cual se define la naturaleza jurídica de la Empresa de Acueducto y se dictan otras disposiciones", en desarrollo del artículo 365 de la Constitución Nacional como uno de los pilares del Estado en la garantía de la prestación del servicio público, como fundamento esencial del Estado Social de Derecho, no ejerce su actividad como parte de una función administrativa del Estado, en el marco de un régimen especial y bajo un concepto de libertad regulada.

"Cuando el Estado se sujeta al derecho privado, el tema adquiere notorias dificultades, pues si en realidad el derecho las cosas son el régimen jurídico que se les aplique, será necesario saber cuándo el Estado se sujeta al régimen de los particulares su actividad es estatal o no, en especial en lo relativo al "control"[11], respecto del cumplimiento de las funciones de control y vigilancia de los actos de este tipo de empresas, se ha generado una discusión respecto de la naturaleza administrativa o no de sus actos, tales como las respuestas a un derecho de petición, las órdenes impartidas por concepto de jerarquía y el sinnúmero de actividades que se desarrollan en el marco de sus competencias misionales, en especial los asuntos contractuales como una de las principales fuentes de ejercicio de control judicial.

11 Servicios Públicos Domiciliarios y las TIC en el contexto del precedente judicial, Carlos Alberto Atehortúa, Biblioteca Jurídica Dike, 2012, pág. 46.



Foto: Jaíme Vargas Salcedo - Oficina de Asesoría Legal.

Recordemos que, por expresa disposición legal, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 dispone que *"Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa",* es decir, se regulan por el derecho privado, salvo las competencias que se adoptan temporalmente por concepto de la aplicación de los mecanismos excepcionales de la Ley 80 de 1993, pero que no serán objeto de análisis en este artículo, pues en dicho escenario si existe un claro comportamiento enmarcado en la rigurosidad y formalismo del derecho administrativo.

En el ejercicio de la administración pública, se ha entendido el concepto de acto administrativo como la expresión de voluntad de la Administración que crea, modifica o extingue una situación jurídica, esto es la decisión de la Administración que produce efectos jurídicos, lo que obligatoriamente genera la imperiosa necesidad de examinar el sujeto pasivo de esta acción de la Administración, por ende pueden ser actos generales o de contenido y efecto particular, lo que implica la necesidad de dar al administrado (ciudadano-contratista o afectado), que en la medida que se crea, modifica o extingue esos derechos, dice la Corte Constitucional, debe mantener los *"presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados",*[12] es decir, la garantía constitucional al debido proceso.

Bajo la óptica de que los actos administrativos, y específicamente en el marco de los contratos de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios como es la naturaleza de la EAAB-ESP, no deben ser actos administrativos como tal; en tal sentido, el Consejo de Estado ha unificado su jurisprudencia[13] así:

> (i) Salvo las excepciones legales, los actos jurídicos adoptados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual, no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como por las reglas atinentes a su régimen especial. Por tal razón, para controvertirlos a través del medio de control de controversias contractuales, el demandante no tiene la carga de solicitar su anulación.

12 SENTENCIA C-1436 DE 2000.
13 Consejo de Estado - Expediente 60012331000200603320003, CP José Roberto Sáchica Méndez, mayo 9 del 2024.

(ii) En los asuntos pendientes de solución bajo los que se hubiere solicitado la nulidad de tales actos por considerarlos actos administrativos, no podrá declararse la inepta demanda ni los jueces pueden inhibirse de emitir una decisión de fondo. En garantía del derecho de acceso a la administración de justicia y la aplicación del principio *iura novit curia,* se debe adecuar e interpretar la demanda y reconducirla para fallarla de fondo, conforme a la presente unificación.

El postulado latino enunciado hace referencia a que el juez conoce el derecho aplicable, en tal sentido, sus decisiones no deben desconocer la regla legal respecto de la cual se aplican los principios de interpretación y ejecución del medio de control utilizado y su finalidad.

Así pues, *¿cómo se califican los actos unilaterales de la administración en el marco del proceso de hacer cumplir un acuerdo de voluntades?,* por ejemplo, la materialización de un descuento pactado contractualmente es una decisión que toma el ordenador del gasto derivado del acuerdo de voluntades, donde claramente se ve afectada la remuneración del contratista. Así las cosas, no se trata de actos administrativos sujetos de recursos y cumplimiento de requisitos por parte de la Administración, *¿podría decirse que son actuaciones administrativas?,* en tal sentido, la misma Corte Constitucional[14] ha realizado el siguiente análisis, indicando que: *"Dentro del contexto de las actuaciones administrativas como etapas del proceso administrativo que culminan con decisiones de carácter particular",* por lo que, si no culminan en un acto administrativo, pues mal podrían ser calificadas en tal sentido.

Conclusión

Así las cosas, todas las decisiones de la Administración en el marco de un contrato deben entenderse que se producen bajo el derecho privado, y será dicha limitación la que determine el ejercicio de las competencias que los extremos del negocio tengan, es por ello que el cumplimiento al debido proceso y el respeto a las garantías contractuales cobra especial relevancia.

14 Sentencia C-640/02

Bibliografía

Atehortúa, Carlos Alberto. (2012) *"Servicios Públicos Domiciliarios y las TIC en el contexto del precedente judicial",* Biblioteca Jurídica Dike, pag 46.

Consejo de Estado. (9 de mayo del 2024) *Expediente 60012331000200603320003,* CP José Roberto Sáchica Méndez.

Corte Constitucional. (25 de octubre de 2000) *Sentencia C-1436 de 2020, Expediente D-2952,* Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.



Foto: Archivo EAAB-ESP.

LINEAMIENTOS A SEGUIR EN CASO DE UNA VISITA DE UN ORGANISMO DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL A LA EAAB-ESP

Elaborado por:
Oficina de Asesoría Legal

Objetivo

Presentar y conocer las directrices que se deben tener en cuenta para el desarrollo de las actividades que se realicen en una visita administrativa por parte de un ente de inspección, vigilancia y control, así como los fundamentos constitucionales y legales que cobijan a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP en el desarrollo de esta.

Destinatarios

Este documento debe ser conocido y aplicado por todos los funcionarios y contratistas de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP, con la finalidad de que cuenten con el conocimiento idóneo y logren identificar los hechos que pueden ser objeto de investigación administrativa, la información que se debe recaudar, los documentos y soportes a suministrar y conozcan los medios de prueba permitidos por la Ley en el desarrollo de una visita administrativa.

Glosario

Acta de visita administrativa: Documento en el cual se registra toda la información suministrada en el desarrollo de la visita y lo que aconteció en ella, desde la mención de los trabajadores que la atienden, quienes la realizan, los hechos que dieron origen a la misma, las declaraciones efectuadas, los soportes entregados, las pruebas recaudadas, registros fotográficos, de audio, resultados de laboratorios, entre otros.

Etapa preliminar: Es una etapa del derecho administrativo sancionatorio, optativa del ente de control en la cual se recoge información y pruebas para determinar la comisión de una infracción normativa.

Medios de Prueba: De conformidad con lo establecido en el artículo 165 de la Ley 1564 de 2012, *"son medios de prueba la declaración de parte, la confesión,*

el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales". Constituyen los mecanismos que la Ley prevé para demostrar un hecho.

Reserva de documentos: De conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1712 de 2014, información reservada ***(…) es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, es exceptuada de acceso a la ciudadanía por daño a intereses públicos y bajo cumplimiento de la totalidad de los requisitos consagrados en el artículo 19 de esta ley(…)***[15]. En este entendido es la Facultad que tiene la EAAB-ESP para solicitar a los entes de control que la información relativa a secretos empresariales, información sensible u otros, que deban suministrar en el desarrollo de la visita, **tengan carácter reservado,** en ese caso sólo se podrá presentar un resumen e indicar el motivo de la reserva.

Visita administrativa: Diligencia realizada por los entes de inspección, vigilancia y control, mediante la cual, recauda medios probatorios tendientes a esclarecer un determinado hecho.

Introducción

Con ocasión a la reciente visita adelantada a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) y con la práctica de una visita administrativa realizada por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) a la Registraduría Nacional del Estado Civil, se revivió la discusión sobre las facultades que tienen estas entidades para adelantar ese tipo de visitas de inspección, qué tipo de información pueden recabar y si estas pueden practicarse también en entidades públicas del orden nacional o territorial.

Lo cierto es que, en el caso preciso de las Superintendencias, estas entidades tienen legalmente la facultad de realizar visitas de inspección, vigilancia y con-

15 (Ver sentencia C-951 de 2014) (Ver Sentencia C-221 de 2016.) (Ver Art. 2.1.1.4.2.1. Decreto 1081 de 2015).

trol, decretar y practicar pruebas y recaudar información en el marco de las actuaciones administrativas que adelanten tanto para verificar el cumplimiento de las diferentes normas en materia de servicios públicos domiciliarios[16] como de protección al consumidor[17], protección o tratamiento de datos personales[18] y en asuntos relacionados con el régimen de protección de la competencia[19].

Ahora bien, la EAAB-ESP está sometida a la inspección, vigilancia y control de los organismos que cuentan con la facultad de practicar visitas administrativas, así como de requerir información, a saber:

- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD).
- Superintendencia de Industria y Comercio (SIC).
- Procuraduría General de la Nación.
- Contraloría General de la República.
- Concejo de Bogotá.
- Personería de Bogotá.
- Contraloría de Bogotá.
- Veeduría Distrital.

En el caso particular de la SSPD, en concordancia con lo señalado en la Ley 142 de 1994 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, ejerce funciones de inspección, vigilancia y control de forma integral, es decir, tanto en aspectos objetivos (prestación de los servicios) como subjetivos (constitución, así como de funcionamiento), de todos los prestadores de servicios públicos domiciliarios de que trata el artículo 15 de la Ley 142 de 1994.

16 "ARTICULO 79. FUNCIONES DE LA SUPERINTENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS. LEY 142 DE 1994 (...).
1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad.
2. Vigilar y controlar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios, y apoyar las labores que en este mismo sentido desarrollan los "comités municipales de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios"; y sancionar sus violaciones."

17 El numeral 4 del artículo 59 de la Ley 1480 de 2011 dispone:
"ARTÍCULO 59. FACULTADES ADMINISTRATIVAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Además de la prevista en el capítulo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá las siguientes facultades administrativas en materia de protección al consumidor, las cuales ejercerá siempre y cuando no hayan sido asignadas de manera expresa a otra autoridad:(...)
4. Practicar visitas de inspección, así como cualquier otra prueba consagrada en la ley, con el fin de verificar hechos o circunstancias relacionadas con el cumplimiento de las disposiciones a las que se refiere la presente ley;".

18 En materia de protección de datos personales, el artículo 17 del Decreto 4886 de 2011, estableció las funciones de la Dirección de Investigaciones de protección de datos personales, entre las cuales está:
"5. Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales en materia de protección o tratamiento de datos personales".

19 Ley 1340 de 2009; Decreto 4886 de 2011.

Adicionalmente, resulta importante resaltar que esta cuenta con la facultad expresa de:

> *"Solicitar documentos, inclusive contables y financieros, a los prestadores, entidades públicas, privadas o mixtas, auditores externos, interventores o supervisores y privados, entre otros, que tengan información relacionada con la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Adicionalmente, practicar las visitas, inspecciones y pruebas que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones, en la oportunidad fijada por la Superintendencia"*[20].

Adicionalmente, merece mención especial la función atribuida por la Ley a la SSPD, en virtud de la cual podrá encargar a terceros especializados la toma de muestras de calidad del agua en cualquier lugar del área de prestación del servicio y del sistema que sea técnicamente posible[21]. Estas visitas y la recolección de la prueba no podrán impedirse a los terceros, siempre y cuando, como se ha mencionado, se acredite por el tercero el acto de delegación por parte de la SSPD.

Por lo anterior, en vista de la posibilidad de que la EAAB-ESP reciba una visita administrativa en el marco de las facultades de alguna de estas entidades, es importante recordar los lineamientos que deben seguirse para que la visita se desarrolle de una manera fluida, respetuosa de las facultades de la entidad que la realiza y que la información que se comparta sea de aquella que legalmente la empresa está en la obligación de suministrar. Lo anterior, atendiendo especialmente al contenido de la Resolución SSPD 20191000040585 del 7 de octubre de 2019 y la Resolución 20221000763445 del 25 de agosto de 2022.

En este sentido, se resalta la importancia del presente artículo y de las directrices que en él se plasman, debido a que con estas se pretende evitar la materialización de daños antijurídicos generados por actuaciones administrativas iniciadas por indebida atención de las visitas administrativas de los distintos órganos de control. Esto debido a que en los últimos años se han iniciado investigaciones en contra de la EAAB-ESP por la negativa en la entrega de la información solicitada en el desarrollo de estas visitas, situaciones que han resultado en la imposición de multas equivalentes a más de 2.629 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

20 Ley 142 de 1995. Numeral 8 del artículo 79.
21 Numeral 35 del artículo 79 de la Ley 142 de 1995, Adicionado por el art. 15, Ley 1955 de 2019.

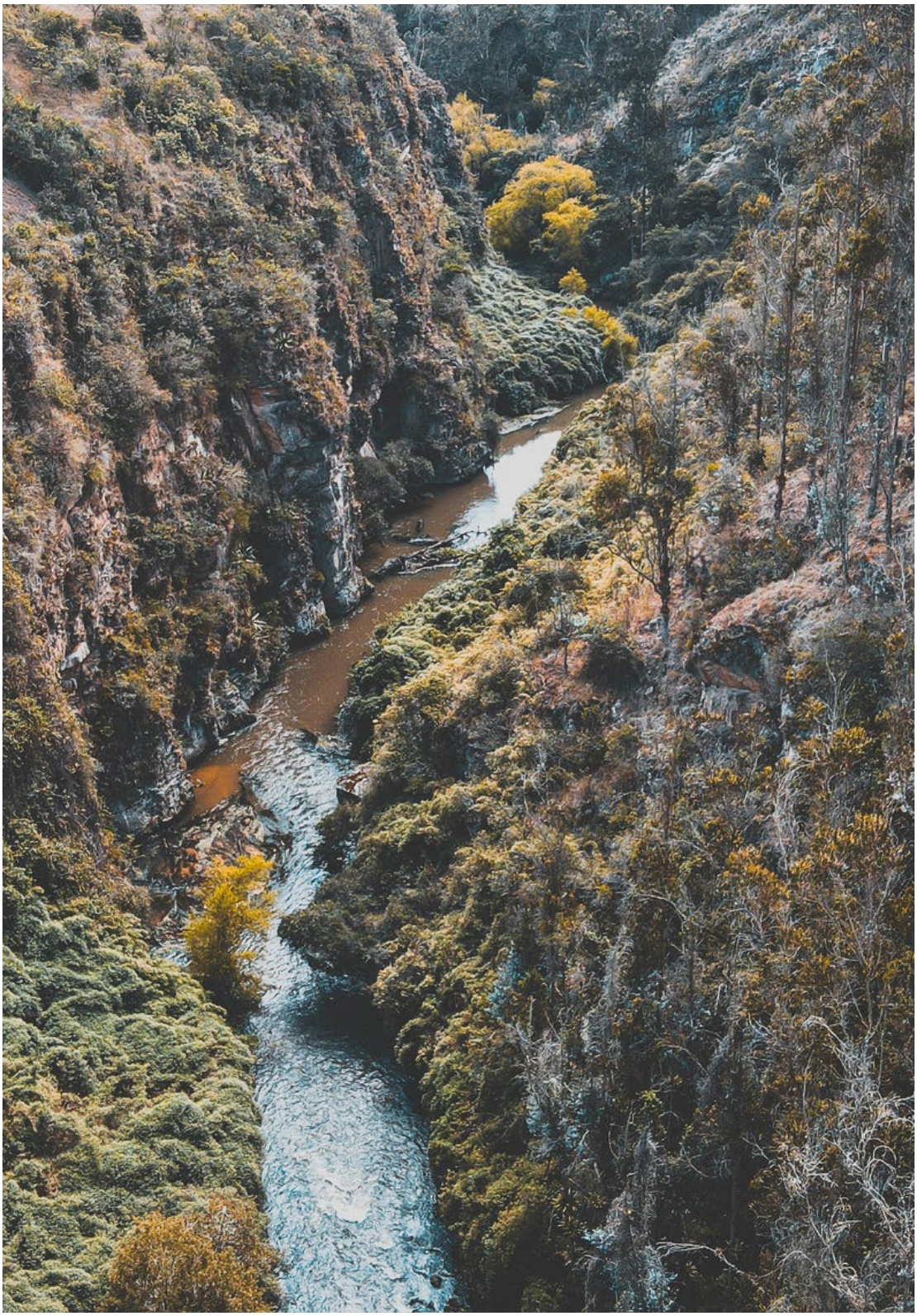


Foto: Archivo EAAB-ESP.

Por otro lado, es importante resaltar que la supervisión integral ejercida por la Superintendencia de Servicios Públicos no es absoluta, pues de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado *"(...) conocerá de los aspectos subjetivos de la empresa prestadora de servicios públicos respecto de los cuales el legislador le haya conferido expresamente la facultad. (...)"*[22].

Es así que, con el propósito de unificar, facilitar y optimizar los tiempos para asegurar respuestas oportunas, pertinentes e íntegras a las visitas programadas o inesperadas de los entes de control, que se adelantan a la Empresa y considerando que los tiempos otorgados para dar respuesta son cortos, a continuación, se relacionan algunos de los pasos relevantes para las respuestas y recomendaciones para trabajar de manera articulada y coordinada con el fin de realizar una adecuada atención.

¿Qué dependencia debe atender la visita?

Es importante tener en cuenta que la Oficina de Control Interno y Gestión (OCIG) de la EAAB-ESP, cuenta dentro de sus roles, con el de la *"Relación con entes externos de control"*[23].

No obstante, las visitas que realicen los diferentes entes externos de control deben ser atendidas por la dependencia de la Empresa que por competencia tenga a su cargo la gestión y/o custodia de la información auditada o solicitada por el ente externo, en clara coordinación con la OCIG, para lo cual deberá delegarse a la persona idónea que cuente con los conocimientos e idoneidad en la materia que se solicita verificar.

En esa medida, la OCIG, en su misión de apoyar la relación de la Empresa con los entes externos de control, sirve de coordinador entre la dependencia de la Empresa y el ente externo de control que realiza la visita.

Cabe precisar que, de acuerdo con la "Guía rol de las unidades u oficinas de control interno, auditoría interna o quien haga sus veces" emitida por el Departamento Administrativo de la Función Pública:

22 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Álvaro Namén Vargas, Exp. 11001-03-06-000-2019-00092.

23 Decreto 1083 de 2015: "Artículo 2.2.21.5.3. Modificado por el art. 17, Decreto Nacional 648 de 2017. <El nuevo texto es el siguiente> Las Unidades u Oficinas de Control Interno o quien haga sus veces desarrollarán su labor a través de los siguientes roles: liderazgo estratégico; enfoque hacia la prevención, evaluación de la gestión del riesgo, evaluación y seguimiento, relación con entes externos de control.
El Departamento Administrativo de la Función Pública determinará los lineamientos para el desarrollo de los citados roles". (negrilla fuera del texto original).

"A través de este rol, el jefe de Control Interno sirve como puente entre los entes externos de control y la entidad, además, facilita el flujo de información con dichos organismos. Esta función ha adquirido especial relevancia luego de la expedición del Acto Legislativo 04 de 2019 y del Decreto 403 de 2020, y con este último, la creación del Sistema de Alertas de Control Interno, frente a lo cual, el jefe de Control Interno, debe cumplir con las actividades derivadas del referido sistema.

(...) las actividades que se desarrollen en el marco de este rol no deben entenderse como actos de aprobación o refrendación por parte del jefe de Control Interno, debe entenderse que el contenido y el cumplimiento de los anteriores atributos son responsabilidad directa de los líderes de procesos o los delegados para la entrega de la información, de acuerdo con la política de operación establecida.

No obstante, en desarrollo de este rol será viable brindar asesoría y generar alertas oportunas a los líderes de los procesos o responsables del suministro de información, para evitar la entrega no acorde o inconsistente con las solicitudes del organismo de control"[24].

Sumado a lo anterior, la Gerencia General de la EAAB-ESP debe ser informada sobre el desarrollo de las visitas administrativas, ya que, como cabeza de la Empresa, esta puede impartir instrucciones relevantes que permitan un desarrollo fluido de las mismas, en especial, cuando se trate de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – SSPD o la Superintendencia de Industria y Comercio.

Así mismo, será responsabilidad de la OCIG, según sea el caso, verificar las facultades invocadas por los entes externos de control para la realización de la visita, y el objeto de la visita en particular, de tal suerte que pueda identificarse el área competente al interior de la empresa para atenderla de mejor manera. Para el efecto, podrá solicitarse a los funcionarios la carta de presentación o designación o la credencial de visita expedida por la entidad de control, en la que se relacione el listado de los funcionarios que practicarán la visita, y deberá verificarse que esa identidad corresponda a quienes se hicieren presentes.

24 Guía rol de las unidades u oficinas de control interno, auditoría interna o quien haga sus veces. Departamento Administrativo de la Función Pública. Versión 3, septiembre de 2023. Recuperado de: https://www.funcionpublica.gov.co/documents/28587410/34299967/guia-rol-de-las-unidades-u-oficinas-de-control-interno-auditoria-interna-o-quien-haga-sus-veces-septiembre-de-2023-version-3.pdf/925ef446-737d-849e-e67b-2d0a42cfd371?version=1.2&t=1697724000902&previewFileIndex=

Ahora bien, la Gerencia Jurídica, en caso de requerirlo, podrá acompañar las dependencias de la EAAB-ESP que así lo requieran.

En el caso de las visitas de inspección que adelantan las superintendencias, es importante anotar que estas no son diligencias cuya práctica requiera autorización judicial previa o control de legalidad posterior, por lo cual se pueden practicar sin previo aviso.

¿Cómo debe transcurrir una visita administrativa?

En general, las visitas de entes de control no son anunciadas con anticipación, por lo cual, se recuerda que es deber de todo trabajador oficial o colaborador en la EAAB-ESP brindar la información pública de manera oportuna y transparente; por tanto, es importante implementar medidas que nos permitan mantener un archivo de gestión organizado, actualizado y un manejo adecuado de la información, atendiendo el debido cuidado y la reserva profesional.

La atención de las visitas realizadas por Entes de Control debe hacerse en forma respetuosa y con plena disposición de colaboración, tanto en la presentación de la información como en la facilitación de los recursos disponibles.

Todos los funcionarios de la EAAB-ESP tienen el deber de priorizar la atención de las visitas de los entes externos de control, preparar la información que corresponda, poner a disposición y permitir el acceso a los dispositivos donde se encuentre la información solicitada y, si fuere del caso, rendir declaraciones sobre aspectos relacionados estrictamente con el objeto de la visita.

Es importante advertir que, en caso de que se trate de una visita adelantada por la SSPD, el hecho de no atender de manera oportuna y adecuada las solicitudes y requerimientos que la entidad realice en ejercicio de sus funciones, puede acarrear sanciones económicas para la EAAB-ESP, de acuerdo con lo establecido en el numeral 34, del artículo 79 de la Ley 142 de 1994 (adicionado por el art. 15, Ley 1955 de 2019).

¿Qué información puede y debe suministrarse a los entes de control en el marco de la visita administrativa?

Como se indicó previamente, la responsabilidad por la entrega de la información al ente de control, así como por su calidad, recae en la dependencia de la EAAB-

ESP que por competencia tenga a su cargo la gestión y/o custodia de la información solicitada por el ente que practica la visita.

Al respecto, el equipo de trabajo designado o los responsables de brindar la información o atención al ente de control, debe verificar que la misma sea entregada, atendiendo en todo caso, los siguientes criterios:

1. *Oportunidad: Que se entregue la información en los tiempos establecidos por el organismo de control.*
2. *Integridad: Que se esté dando respuesta a todos y cada uno de los requerimientos con la evidencia suficiente.*
3. *Pertinencia: Que la información suministrada esté acorde con el tema solicitado o con el requerimiento específico.*

De manera que, la entrega de la información debe ser oportuna, esto es, dentro del término indicado por el ente de control, o de conformidad a lo establecido en el artículo 30 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 1755 de 2015.



Foto: Archivo EAAB-ESP.

Adicionalmente, la información debe ser completa, pues cada uno de los requerimientos del ente externo de control debe ser respondido con suficiencia. Si por alguna razón no se posee la información completa, debe mencionarse este hecho y las causas por las que la entrega de la información es parcial, solicitando de ser el caso un plazo prudencial para la entrega de la información faltante.

Finalmente, la información debe ser pertinente, esto es, debe corresponder exactamente a lo solicitado por el ente externo de control, no se debe suministrar información adicional a la solicitada, tampoco información diferente o incompleta.

En caso de que el requerimiento de información no sea claro o tenga apartes oscuros que no permita definir lo solicitado, debe comunicarse esta situación al ente de control, solicitando la aclaración respectiva, así como la ampliación del término para la entrega de la misma.

La EAAB-ESP, de acuerdo con su Código de Gobierno Corporativo[25] asumió un compromiso sobre Revelación de información y transparencia en los siguientes términos:

> *"La transparencia es un principio fundamental para el buen gobierno de la Empresa, en la medida que una interacción profunda, permanente y oportuna con sus diversos grupos de interés implica un sistema de monitoreo respecto de la buena dirección y gestión de la EAAB-ESP. En virtud de ello, la Empresa está comprometida con el cumplimiento regulatorio en materia de acceso, manejo y revelación de información, definida en estándares locales e internacionales.*
>
> *La Empresa en cumplimiento de los principios constitucionales de publicidad y transparencia y habida cuenta del derecho de acceso a la información pública, da cumplimiento a las disposiciones previstas en la Ley 1712 de 2014 y para tal fin habilita las herramientas adecuadas que permitan hacer un uso adecuado y diligente de la información empresarial pública, clasificada y/o reservada".*

25 Acuerdo 006 de 2019 (enero 17) de la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá-Esp, "Por el cual se actualiza el Código de Gobierno Corporativo de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá-ESP". Recuperado de: https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=83611

Ahora bien, debe tomarse en cuenta que el tratamiento de la información durante las visitas debe hacerse conforme a la Política de Tratamiento de Datos Personales y a la Política de Seguridad y Privacidad de la Información de la Empresa.

Es menester resaltar que puede solicitarse información que por ley puede estar sometida a confidencialidad o reserva, no obstante, conforme a lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley 1755 de 2015, el carácter reservado de la información no será oponible a las autoridades judiciales, legislativas (en ejercicio del control político), ni a las autoridades administrativas que, siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Les corresponde a las referidas autoridades, asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer.

¿Qué tipo de soportes puede solicitar y revisar el ente de control durante la visita?

En general, es importante anotar que la visita de inspección debe respetar las garantías fundamentales del debido proceso y que los funcionarios que la practican no deben ejercer coacción para que les sea entregada información personal asociada al derecho a la intimidad de los colaboradores de la EAAB-ESP.

En ocasiones, el ente de control podrá solicitar copia de la información que se encuentre físicamente en la EAAB-ESP o en los dispositivos electrónicos ubicados en la(s) dependencia(s) objeto de la visita, tales como computadores, tabletas, celulares e incluso correos electrónicos institucionales siempre que estos fueren mencionados en el desarrollo del objeto de la visita y estén relacionados con actividades laborales de las personas que hacen parte de dicha dependencia.

Si por alguna razón, los colaboradores de la EAAB-ESP que atienden la visita indican que dentro de los dispositivos requeridos por el ente de control se encuentra información de carácter personal, podrán requerir a la entidad que dicha información se mantenga reservada. Ya que es un derecho de los titulares de la información pedir al ente de control que tome medidas para la protección de la información reservada, personal o íntima que se recaude durante la visita.

En relación con la facultad de exigir documentos y dispositivos en el marco de las visitas administrativas de inspección, particularmente, las practicadas por las superintendencias, la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto, estableciendo que esta actividad no vulnera el derecho a la intimidad y que incluso

la revisión de los documentos contenidos en computadores, tablets y correos electrónicos institucionales, es decir de propiedad de las empresas y para fines empresariales, no constituyen una interceptación o registro en los términos descritos en el inciso 3º del artículo 15 de la Constitución Política.

Levantamiento del acta de la visita

Es muy importante documentar en los formatos *MPFD0801F04 Ayuda de memoria y MPFD0801F045 lista de asistencia la visita realizada* por el ente de control, en donde se deje constancia del propósito y desarrollo de esta, así como de los documentos solicitados y entregados, y si fuere del caso, una relación de los compromisos asumidos por la dependencia durante la visita, indicando el entregable y fecha de establecida para la entrega de estos. Finalmente, en caso de que el soporte de la visita lo elabore el ente externo de control, se debe solicitar copia del acta.

Si por alguna razón, los colaboradores de la EAAB-ESP que atendieron la visita no están de acuerdo con lo consignado en el acta, pueden pedir la modificación o corrección correspondiente y, si no hay acuerdo con los funcionarios del ente de control, se deberá dejar las anotaciones que se consideren pertinentes.

Finalmente, se recomienda verificar que en el acta quede incluida la advertencia sobre el carácter de la información, y del deber por parte de los entes externos de control, de mantener la información que corresponda bajo reserva.

Conclusiones

1. Las visitas administrativas son una herramienta que permite a los entes de inspección, vigilancia y control ejercer sus competencias atribuidas en la ley.
2. Es importante seguir un protocolo para la atención de las visitas, bajo la responsabilidad de la dependencia de la EAAB-ESP que por competencia tenga a su cargo la gestión y/o custodia de la información auditada o solicitada por el ente externo, en clara coordinación con la OCIG y acompañamiento de la Gerencia Jurídica.
3. Los colaboradores de la EAAB-ESP que atienden la visita deben tener plena disposición de colaboración, tanto en la presentación de la información como en la facilitación de los recursos disponibles.
4. La información suministrada al ente de control debe cumplir con los cri-

terios de oportunidad, integridad y pertinencia, teniendo de presente, la naturaleza especial de la EAAB-ESP.

5. En caso de que se trate de información de carácter reservado deberá hacerse la correspondiente advertencia para que el ente de control asegure la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer.
6. En caso de que en los dispositivos o archivos objeto de la revisión por parte del ente de control contengan información personal o íntima de alguno de los colaboradores de la EAAB-ESP o de terceros, debe requerirse a la entidad que tome medidas para que dicha información se mantenga reservada.
7. De la visita deberá levantarse una ayuda de memoria y lista de asistencia, que detalle el propósito y todo lo acontecido durante el desarrollo de la visita, así como la relación de los documentos solicitados y entregados, así como los compromisos adquiridos.
8. Expedición de una circular desde la Gerencia General en donde se formalicen los lineamientos que deben seguir los funcionarios y las diferentes áreas de la EAAB-ESP para la atención de las visitas administrativas realizadas por entes de control, con el fin de disminuir el daño antijurídico que puede provocarse por una mala atención de las mismas.

Bibliografía

Ley 142 de 1994. *"Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones."*

Decreto 1369 de 2020. *"Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios"*.

Ley 1480 de 2011. *"Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones"*.

Ley 1437 de 2011. *"Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*.

Ley 1340 de 2009. *"Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia"*.

Ley 1712 de 2014. *"Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones"*.

Decreto 4886 de 2011. *"Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones."*

Decreto 092 de 2022. *"Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se determinan las funciones de sus dependencias "*

Decreto 1083 de 2015. *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública".*

Ley 1564 de 2012. *"Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones."*

Resolución SSPD 20191000040585 del 7 de octubre de 2019 *"Por la cual se reglamenta la toma de muestras de calidad del agua por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios."*

Resolución 20221000763445 del 25 de agosto de 2022 *"Por la cual se modifica la Resolución SSPD No. 20191000040585 del 07 de octubre de 2019, que reglamenta la toma de muestras de calidad del agua por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios"*

Guía rol de las unidades u oficinas de control interno, auditoría interna o quien haga sus veces. Departamento Administrativo de la Función Pública. Septiembre de 2023.

Resolución 226 de 2019 expedida por la Gerente General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá – ESP. *"Por medio de la cual se actualiza la conformación y funcionamiento del comité institucional de coordinación de control interno de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá".*

Acuerdo 006 de 2019 expedida por la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá - ESP, *"Por el cual se actualiza el Código de Gobierno Corporativo de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá-ESP".*

.



Foto: Jaíme Vargas Salcedo - Oficina de Asesoría Legal.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES DE ORIGEN COMÚN: MODIFICACIONES EN LA LEY 2381 de 2024 DE PENSIONES Y NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Elaborado por:
Jorge Manrique Villanueva
Contratista de la Gerencia Jurídica

Los objetivos del presente artículo se encuentran enmarcados en: i. Identificar las novedades que introduce la Ley 2381 de 2024, "Reforma de Pensiones" a la institución de la pensión de sobrevivientes, y ii. Analizar algunas sentencias novedosas relacionadas con la pensión de sobrevivientes. Al final del artículo se presentarán las conclusiones que se consideran relevantes.

1. Las novedades de la Ley 2381 de 2024 de Pensiones y en particular sobre la pensión de sobrevivientes.

Aun cuando es un tema que se encuentra en el centro de la polémica y se han escuchado voces autorizadas cuestionando la validez del proyecto de *Reforma de Pensiones* por presuntas infracciones al trámite parlamentario contemplado en la Ley 5 de 1992, lo cierto es que se tiene un texto definitivo que recoge el proyecto de ley de pensiones y será muy probable que se convierta en ley sustituyendo las normas contempladas en la Ley 100 de 1993 sobre pensiones, en general, y de pensión de sobrevivientes, en particular.

De conformidad con la información que se tiene al momento de escribir este artículo, se tiene que la Ley 2381 de 2024, sobre pensiones adopta la idea de un Modelo Integral de Protección para la Vejez y se erige bajo la idea de 4 pilares: i) el pilar solidario (dirigido a adultos mayores en condiciones de extrema pobreza y vulnerabilidad), ii) el semi-contributivo (para quienes no reúnan la densidad de semanas suficientes para la pensión de vejez), iii) el contributivo (propio de quienes cotizan, en el sector público y privado y alcanzan el estatus pensional) y iv) un pilar voluntario que permite a los que quieran aumentar el valor de su pensión ahorrar y aumentar, en el futuro, el valor de su pensión de vejez.

Los trabajadores de la EAAB-ESP por encontrarse trabajando y construyendo una pensión de vejez o de eventual sobrevivientes o invalidez, se ubican dentro del pilar contributivo, el cual está integrado, a su vez, por dos componentes: el componente de prima media que será obligatorio para todos y amparará pensiones cuyo valor sea hasta de 2.3 SMMLV, más el componente de ahorro individual

que tendrá un carácter complementario con el de prima media y aplicará para todos los trabajadores (en el sector privado y público y también a los pensionados) que tengan salarios superiores a los 2.3. SMMLV.

Aquí surge una característica fundamental de la Ley 2381 de 2024 de pensiones conforme a la cual los regímenes que se conocen en la actualidad como de prima media (RPM) con prestación definida administrado por Colpensiones y el de ahorro individual (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones, *dejan de competir y de ser de incompatibles,* para convertirse, en la nueva ley, en un sistema de pilares donde hay una pensión básica para todos los cotizantes a cargo de Colpensiones hasta por 2.3. SMMLV y un componente complementario de ahorro individual que integrará aquella pensión y estará a cargo de los fondos de pensiones. Desaparece la competencia entre RPM y RAIS para convertirlos en complementarios. Si un trabajador, por ejemplo, tiene un salario de 3 SMMLV, tendrá una parte de su pensión de vejez a cargo del componente de prima media y lo que exceda los 2.3 SMMLV será cotizado en los fondos que administran ahorro individual.

Aclarado, entonces, que el enfoque en este artículo apunta al pilar contributivo, es oportuno señalar que la entrada en vigencia de la ley en materia pensional será el 1 de julio de 2025 y que para aquellos hombres o mujeres que tengan más de 900 o 750 semanas cotizadas, respectivamente, en dicha data, les aplicará en su totalidad el régimen anterior, esto es, la Ley 100 de 1993, con las respectivas reformas que correspondan.

A continuación, se muestra a doble columna, la norma actual y la norma que la reemplazaría. Enseguida se realizarán algunos comentarios sobre las diferencias más relevantes.

Como podrá observarse, en lo relacionado con el concepto, *finalidad y requisitos,* la pensión de sobrevivientes, en uno y otro cuerpo normativo, Ley 100 de 1993 y Ley 2381 de 2024, marcan identidad de conceptos y de finalidad. Veamos:

Ley 100 de 1993 (Incluye Ley 797/2003)	Ley 2381 de 2024 de Pensiones
ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: 1. Los miembros del grupo *familiar del pensionado por vejez o invalidez* por riesgo común que fallezca y, 2. *Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento* y se acrediten las siguientes condiciones: **ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: a) En forma vitalicia, el cónyuge o *la compañera o compañero permanente* o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que *la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;* b) En forma temporal, *el cónyuge o la compañera permanente* supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a). Si respecto de un pensionado hubiese un *compañero o compañera permanente,* con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un *cónyuge y una compañera o compañero permanente,* la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. *La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;*	**ARTÍCULO 47. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN CONTRIBUTIVA DE SOBREVIVIENTES O SUSTITUCIÓN PENSIONAL.** Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: 1. Los miembros del grupo familiar del(a) *pensionado(a)* por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, 2. Los miembros del grupo familiar *del(a) afiliado(a) al sistema que fallezca,* siempre y cuando éste(a) hubiere cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones: Parágrafo. Cuando un(a) afiliado(a) haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el Componente de Prima Media en tiempo anterior a su fallecimiento para su pensión de vejez, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata esta ley, los(as) beneficiarios(as) referidos anteriormente tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley. El monto de la pensión para aquellos(as) beneficiarios(as) que, a partir de la vigencia de la ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión integral de vejez. **ARTÍCULO 48. BENEFICIARIOS DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL POR MUERTE DEL(A) PENSIONADO(A).** Son Beneficiarios(as) de la *Sustitución Pensional por muerte del(la) pensionado(a):* a) En forma vitalicia, el(la) cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite siempre y cuando dicha(o) beneficiaria(o), a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. b) En forma temporal, el(la) cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, siempre y cuando dicho(a) beneficiario(a), a la fecha del fallecimiento del(a) causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos(as) con esta(e). La pensión temporal se pagará mientras el(la) beneficiario(a)viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el(la) beneficiario(a)deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión de vejez, con cargo a aquella prestación. Si tiene hijos(as) con el(la) causante aplicará el literal a). En estos casos, el(la) cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo *haciendo vida marital con el(la) causante hasta su muerte y que haya convivido con el(la) fallecida(o) no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.*

	ARTÍCULO 49. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE DEL(A) AFILIADO(A). Son Beneficiarios(as) de la Pensión de Sobrevivientes por muerte del(a) afiliado(a): a) En forma vitalicia, el(la) cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicha(o) beneficiaria(o), a la fecha del fallecimiento del(la) causante, tenga 30 o más años de edad. b) En forma temporal, el(la) cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, siempre y cuando dicha(o) beneficiaria(o), a la fecha del fallecimiento del(a) causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos(as) En estos casos, el(la) cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el(la) causante hasta su muerte y que haya convivido con el(la) fallecida(o) no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

1.2. Los ajustes en materia de requisitos y beneficiarios.

En lo relacionado con los requisitos para tener derecho a la pensión de sobrevivientes y quienes son los beneficiarios, se tiene que no son mayores las modificaciones entre la Ley 2183 de 2024 y las normas anteriores consagradas en la Ley 100 de 1993, incluyendo la versión de la Ley 797 de 2003. Aparecen algunas diferencias en torno a la delimitación que los jueces han venido trazando en aquellos supuestos donde aparecen dificultades de encuadramiento normativo como los casos que vamos a comentar en la jurisprudencia más adelante.

En efecto, estas pequeñas diferencias que se aprecian entre las normas anteriores y las disposiciones recientes obedecen a la necesidad de elevar a normas las reglas jurisprudenciales adoptadas en las sentencias producidas en los últimos años, con ocasión del trabajo acucioso y prudente que realizan las Altas Corporaciones que administran justicia y que se ve reflejado en las líneas jurisprudenciales que gobiernan la materia.

Así, por ejemplo, la situación de conflictividad que se suscita con ocasión de la muerte de un afiliado o de un pensionado cuando éste tiene dos relaciones estables con vocación de permanencia (ambas sin matrimonio) y verdadero afecto, o el del individuo, cotizante o pensionado, que tiene matrimonio, es decir, es casado pero también tiene una relación sentimental paralela, o el del cónyuge o compañero que le quita la vida a su pareja y después reclama la pensión de sobrevivientes por ser beneficiario (de quien mató) o el de la familia integrada por personas del mismo sexo que comparten cama, mesa y techo en un mismo lugar, constituyen hipótesis o supuestos de hecho, que tratan de ser abarcados por



Foto: Jaíme Vargas Salcedo - Oficina de Asesoría Legal.

las normas consagradas en los artículos indicados anteriormente en la columna sobre la Ley 2381 de2024 y que obedecen a los supuestos, que como se indicó, reflejan casos que han sido resueltos por los Jueces en sus providencias. Estos análisis jurisprudenciales se examinarán en la parte segunda de este artículo.

1.3. El monto de la pensión de sobrevivientes.

Comparemos, utilizando la metodología ya expuesta, el monto de la pensión de sobrevivientes antes y ahora:

Ley 100 de 1993 (Incluye Ley 797/2003)	Ley 2381 de 2024 de Pensiones
ARTÍCULO 48. MONTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por *muerte del pensionado será igual al 100%* de la pensión que aquel disfrutaba. El monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al *45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.* En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente Ley.	**ARTÍCULO 50. MONTO DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL POR MUERTE DEL(A) PENSIONADO(A).** El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del(a) pensionado(a) será igual al 100% de la pensión que aquel(la) disfrutaba en ambos componentes. **ARTÍCULO 51. MONTO DE LA PENSIÓN CONTRIBUTIVA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE DEL(A) AFILIADO(A).** El monto mensual de la pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado(a) será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación. En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. La pensión contributiva de sobrevivientes se reconocerá y pagará en el Componente de Prima Media o por el mecanismo que se adopte por parte del Gobierno nacional. Parágrafo. Para los efectos de este artículo entiéndase por ingreso base para liquidar las pensiones, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el(la) afiliado(a) durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Una primera comparación entre los dos cuerpos normativos, el de la Ley 100 de 1993 y Ley 2381 de 2024, sugiere que el monto de la pensión de sobrevivientes es igual. Sin embargo, analizando en detalle el respectivo articulado en la nueva normativa surgen dos dudas: 1. ¿en verdad es igual el monto de la pensión de sobrevivientes?, 2. ¿Para el cálculo de la pensión de sobrevivientes, en la nueva ley, se suma el componente de prima media con el de ahorro individual?

La respuesta a estos cuestionamientos es que debe ser igual el monto de la pensión de sobrevivientes, advirtiendo que la Ley 2381 de 2024, sumando los dos componentes, estará a cargo de Colpensiones en su totalidad, es decir, los dos componentes integran la pensión de referencia y será esta entidad la encargada de contratar un seguro que asuma el valor total de la contingencia derivada de la muerte del afiliado.

Poca claridad ofrece el texto de la ley sobre como operará el componente complementario de ahorro individual frente al financiamiento de la pensión de sobrevivientes; en todo caso, no debe perderse de vista la previsión del artículo 3.3 de la Ley 2381 de 2024 de pensiones, conforme a la cual:

> *"La pensión otorgada por el Pilar Contributivo es una sola y corresponderá a la suma de los valores determinados en los dos componentes, el Componente Contributivo de Prima Media y el Componente Contributivo Complementario de Ahorro Individual, siempre que la persona cumpla en primera instancia los requisitos del Componente de Prima Media".*

Adiciónese al argumento anterior y frente a las dos dudas planteadas *infra,* que los artículos 52 y 53 al referirse a la financiación de la pensión contributiva de sobrevivientes por muerte del afiliado, establecen que ésta se financiará de manera exclusiva, "con cargo a la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes o el mecanismo que determine el Gobierno. Nacional"; advirtiendo que la compañía de seguros contratada *"(...) no podrá hacer uso del bono pensional ni de los aportes o rendimientos que tengan los afiliados en el componente complementario de ahorro individual".* (Pero surgiría otra pregunta: ¿estos recursos se devolverían a los beneficiarios?, en caso negativo ¿Cuál sería el destino de los mismos?)

Cuando el afiliado no hubiere cumplido con los requisitos para gozar de la pensión de sobrevivientes, sus beneficiarios tendrán derecho, en el componente de prima media, a percibir una indemnización a cargo de Colpensiones cuyo valor se calculará de conformidad con la reglamentación que para el efecto disponga el Gobierno Nacional. En el componente Complementario de Ahorro Individual se devolverá a los beneficiarios el saldo que corresponda a las sumas que el causante tenga acumuladas en su respectiva cuenta más sus rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si existiere.

Conclusión de lo esbozado hasta aquí frente al tema del monto de la pensión de sobrevivientes, a la luz de la comparación entre las dos normas (Ley 100 de 1993 y Ley 2381 de 2024 de Pensiones), es que debe ser igual, tanto para la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado –sustitución pensional– como para la pensión por muerte del afiliado, independientemente de las fuentes de financiamiento del valor total de la pensión.

Para finalizar este numeral, se advierte en el manejo de los seguros relacionados con la sobrevivencia comporta transformaciones significativas en comparación con lo previsto en la anterior Ley 100 de 1993. Sin embargo, el detalle se podrá apreciar con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional.

2. Algunas sentencias –más o menos– novedosas relacionadas con la pensión de sobrevivientes.

2.1. El enfoque de género, la inclusión y la perspectiva de los jueces en materia de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

Como concepto, el enfoque de género es una categoría que emergió en la sociedad contemporánea, durante los últimos años con mayor intensidad, a partir de las incontrovertibles necesidades sociales, económicas, de educación, empleo, entre otras, en orden a combatir la discriminación y desterrar la inequidad por razón de género. La finalidad de este enfoque es procurar establecer condiciones reales que supriman las desigualdades existentes entre hombres y mujeres y otros colectivos adoptando el enfoque de género para la realización de la justicia y la equidad en circunstancias donde aparezca comprometida una situación de discriminación o exclusión contra la mujer.

A continuación, se analizarán cuatro (4) sentencias, tres (3) del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y una (1) de la Corte Constitucional, donde el Juez utilizó el referido concepto, explícita o implícitamente, en orden a dar aplicación efectiva al postulado de la igualdad real y material y a la defensa de la mujer en circunstancias especiales.

2.2. El Matrimonio como criterio constitucional legítimo para establecer una diferencia frente a la UMH.[26]

El supuesto fáctico del caso corresponde a un señor pensionado que muere y a la reclamación de la pensión de sobreviviente se presentan tres mujeres: 2 alegando haber sido compañeras permanentes y 1 alegando ser cónyuge, con separación de cuerpos y liquidación de sociedad conyugal decretada, pero con el vínculo matrimonial vigente, esto es, sin divorcio. Indica la Corte, en cumplimiento de su función unificadora, que debe *"... recordar y precisar su doctrina en punto al requisito de la convivencia entre el (la) afiliado (a) o pensionado (a) y su cónyuge y/o compañero (s) (as) permanente (s)",* (...) cuando se presentan hipótesis de simultaneidad o convivencias sucesivas (primero una, luego otra).

Un punto de partida es aclarar que la distinción entre cónyuge y compañera es relevante para el ordenamiento, *"(...) aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008)."*

Cuando se trata de *convivencias plurales,* esto es, un causante y varios posibles beneficiarios con igual derecho, por ser cónyuge o compañeros permanentes, la Corte[27], distingue tres supuestos: 1. Convivencia simultanea con el cónyuge y el compañero. 2. Convivencia simultanea con dos o más compañeros permanentes. 3. Convivencia no simultanea (o sucesiva) con el cónyuge separado de hecho y el compañero permanente. A continuación, entonces, veamos el pensamiento de la Corte frente a cada uno de los supuestos.

2.2.1. Convivencia simultanea con el cónyuge y el compañero.

Cuando el causante de la pensión tiene cónyuge y compañera, el derecho a la sustitución pensional y la regla de distribución, se establecen así:

> *"El inciso segundo del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, preceptúa que «en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o*

26 SL1399-2018. Rad 45779. 25/04/2018. M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas.
27 SL1399-2018. Rad 45779. 25/04/2018. M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas.

compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo». Desde luego que esta norma debe comprenderse, aún antes de la sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el sentido de que además de la esposa o esposo, también es beneficiaria la compañera o compañero permanente, en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido."

Sobre el particular, esta Corporación , expuso[28]:

"Así las cosas, cuando existe convivencia simultánea resulta inadmisible que una de ellas deba verse como parte de la familia del causante y la otra no, o que una tenga un mejor derecho que la otra, ya que en relación con el causante se encontraban en idénticas condiciones en términos de apoyo, ayuda, protección y afecto.

(...)
En los antedichos términos resulta plausible para la Corte que en relación con el artículo 13 de la Ley 797 de 29 de enero de 2003, en l[a] forma como modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, particularmente en cuanto a la situación de sobrevivencia descrita en su literal a), inciso tercero, esto es, en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes de la muerte del causante entre un cónyuge y un compañero o compañera permanente, los beneficiarios o beneficiarias de la pensión deban ser ambos en proporción al tiempo de convivencia con aquél (sic)".

Se aclara, en todo caso, que los 5 años al cónyuge puede ser en cualquier tiempo como se explica en el numeral 3 del presente texto.

2.2.2. Convivencia simultanea con dos o más compañeros permanentes.

El segundo supuesto relacionado en la sentencia es aquel donde el afiliado o pensionado, tiene dos compañeras permanentes de manera simultánea. Expresó la Corte con ocasión de este punto:

"Si bien es cierto que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 no regula la situación relativa a la convivencia simultánea con dos o más compañeros (as)

28 Fallo SL13368-2014.

permanentes, la Sala, soportada en un juicio analógico, ha defendido la tesis de que también en esta hipótesis se genera el derecho a la pensión, dividida proporcionalmente entre los (as) compañeros (as). Así, en la sentencia CSJ SL402-2013, reiterada en SL18102-2016, se adoctrinó:

[...] si bien es cierto que la concurrencia de dos o más compañeras permanentes es un punto no regulado expresamente en nuestra legislación, lo cierto es que, conforme a los criterios jurisprudenciales que se han trazado sobre el punto, es dable que una persona haya mantenido por separado, pero simultáneamente, una convivencia o vida marital con dos personas, de manera que frente a ese vacío normativo la solución lógica no es la de negar el derecho a quienes al mismo tiempo cumplieron con los requisitos exigidos en las normas aplicables".

2.2.3. Convivencia no simultanea (o sucesiva) con el cónyuge separado de hecho y el compañero permanente.

El foco de atención en este acápite se centra en el causante que al morir tenía compañera permanente conviviendo, sin haber alcanzado 5 años de convivencia anteriores a su muerte y también tenía matrimonio vigente, donde –en otro tiempo– convivió por 5 años o más con su cónyuge. Bajo estas premisas razona la Corte del siguiente modo:

"El último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 regula la situación del cónyuge que, a pesar de haberse *separado de hecho* y su pareja conformado una nueva familia, mantiene su contrato matrimonial activo. Aquí, la ley le da el derecho de concurrir, junto con el (la) compañero (a) permanente, a la proporción de la pensión de sobrevivientes en función al tiempo convivido, siempre que este no sea inferior a *5 años en cualquier tiempo.*

Al respecto, en sentencia, la Corte[29] expuso:

A juicio de la Sala, con Ley 797 de 2003, se buscó remediar esa circunstancia y, por esa razón, se introdujo una modificación en materia de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes consistente en que, si bien la convivencia con el causante sigue siendo el requisito fundamental para que el cónyuge

29 SL, 29 nov. 2011, rad. 40055.



Foto: Archivo EAAB-ESP.

o el compañero o la compañera permanente accedan a esa prestación por muerte, se estableció una excepción a esa regla general, con el fin de conferirle también la condición de beneficiario al cónyuge separado de hecho que conserve vigente el vínculo matrimonial, quien tendrá derecho a la pensión en proporción al tiempo de convivencia con el de cujus.

En efecto, con esa reforma introducida por el inciso 3 del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se corrige la situación descrita, porque se mantiene el derecho a la prestación de quien estaba haciendo vida en común con el causante para cuando falleció, dando con ello realce a la efectiva y real vida de pareja -anclada en vínculos de amor y cariño y forjada en la solidaridad, la colaboración y el apoyo mutuos- constituyéndola en el fundamento esencial del derecho a la prestación por muerte. Pero, al mismo tiempo, se reconoce que, quien en otra época de la vida del causante convivió realmente con él, en desarrollo de una relación matrimonial formal, que sigue siendo eficaz, tenga derecho, por razón de la subsistencia jurídica de ese lazo, a obtener una prestación en caso de muerte de su esposo.

No puede ser otra la conclusión que se obtiene de la expresión "La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente...", porque esa referencia no deja lugar a dudas de que el cónyuge que conserva con vigor jurídico el lazo matrimonial tendrá derecho a una cuota parte de la prestación. De tal modo, en caso de que, luego de la separación de hecho de su cónyuge, el causante establezca una nueva relación de convivencia, en caso de su fallecimiento el disfrute del derecho a la pensión deberá ser compartido entre el cónyuge separado de hecho y el compañero o compañera permanente que tenga esa condición para la fecha del fallecimiento, en proporción al tiempo de convivencia.

Conforme a esta premisa, que es diferente el estatus de cónyuge al de compañero permanente, se privilegia la situación del cónyuge, toda vez que los 5 años de convivencia con el cónyuge pueden ser en cualquier tiempo, en tanto dicho supuesto fáctico y jurídico, no sería predicable para la hipótesis de las uniones maritales de hecho que ya concluyeron hace más de 5 años.

2.3. Los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en una relación poliamorosa. SL 2151-2022. Rad 86342. 31/05/2022.[30]

Los hechos que concitan el conflicto jurídico se explican de la siguiente manera: un cotizante muere y sostenía una relación poliamorosa y bajo el mismo techo con dos compañeros del mismo sexo. Concurren al proceso judicial, a disputar el derecho a la pensión de sobrevivientes, la madre del cotizante que murió y sus dos compañeros poliamorosos. La Corte se pregunta si el hecho de vivir todos los compañeros bajo el mismo techo o en un mismo hogar, modifica el alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 (y la Ley 797 de 2003) conforme a la cual cuando se tienen varios compañeros simultáneamente, el valor de la pensión de sobrevivientes se distribuye proporcionalmente en función al tiempo de convivencia con cada uno de ellos o si dicha posibilidad de distribución solo aplica cuando los distintos compañeros viven bajo techos separados.

La respuesta al problema jurídico la ubicamos en la sentencia en los siguientes términos:

> *"Para resolver, cabe aclarar que, para efectos de determinar el derecho de los codemandantes como beneficiarios pensionales, al estar acreditada su condición de compañeros permanentes convergentes del causante Alex Esneyder Zabala Luján, como consecuencia de la relación conjunta, consensuada y bajo un mismo techo que sostuvieron, misma que el Tribunal definió como poliamorosa, que, en todo caso, como neologismo, esto es, palabra formada recientemente, de acuerdo con la Real Academia Española de la Lengua, responde a personas que con pleno consentimiento y conocimiento de todos los involucrados, deciden libremente conformar una relación con ánimo estable y exclusivo entre ellos, de modo que, en últimas, para la Sala, visto desde el contexto objetivo que debe guiar las decisiones judiciales, reiterando en todo caso el respeto absoluto por los actuales modelos de familia y las opciones sexuales y de vida, a la luz de la seguridad social (CSJ SL5424-2016, CSJ SL1366-2019 y CSJ SL1744-2021), John Alejandro Rodríguez Ramírez y Manuel José Bermúdez Andrade responden a la connotación de compañeros permanentes simultáneos individualmente considerados con igual derecho de acceso a la prestación reclamada, cumpliendo a un mismo tiempo con los requisitos exigidos por la norma.*

30 SL 2151-2022. Rad 86342. 31/05/2022. (Sala Descongestión). M.P. Dr. Santander Brito.

Lo anterior, en línea con lo enseñado por esta Corporación en el sentido de que, en materia de pensión de sobrevivientes, no es dable hacer distinciones entre los miembros del grupo familiar más allá de las propias de quienes se hayan expuestos a condiciones de vulnerabilidad, puesto que «existiendo simultaneidad en la convivencia, no puede aceptarse que uno de aquellos deba verse como parte de la familia del causante en tanto que el otro no; o que uno tenga un mejor derecho que el otro, pues, frente a aquél, que es lo que interesa a la teleología proteccionista de la norma, en vida se encontraban en similares condiciones en lo atinente a las expresiones de apoyo, ayuda, protección, afecto, etc.» (CSJ SL, 10 jul. 2012, rad. 49787 reiterada en CSJ SL13368-2014 y CSJ SL1399-2018)".

2.4. Un caso excepcional frente a los requisitos para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes: Gozar de dignidad y no haber cometido un acto ilícito ni inmoral contra la causante.[31]

En esta sentencia se aborda la protección a la mujer que ha sido asesinada por su cónyuge, quien hallado responsable y condenado penalmente, solicita –a continuación– del Fondo de Pensiones ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes en concurrencia con los hijos menores de edad que se procrearon en el matrimonio que existió entre éste y su difunta esposa.

En torno a los supuestos de hecho refirió la Corte Constitucional:

"1. Como ya se indicó, la cuestión fundamental a resolver en este caso es si resulta razonable, desde la perspectiva constitucional, reconocer el 100% de la pensión de sobrevivientes a los hermanos José y Lucero en la calidad de hijos de Renata, en virtud de que el señor Mauricio (el Padre de éstos), aun cuando tiene el status de beneficiario por la condición de cónyuge supérstite, de conformidad con lo previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, no se encontraría legitimado para recibir dicha prestación económica, por ser la persona penalmente responsable de la muerte dolosa de la causante y madre de los accionantes. (Subrayado nuestro)

2. Para la Sala y de conformidad con las reglas jurisprudenciales expuestas ut supra, la respuesta a esta pregunta sólo puede ser afirmativa. En efecto,

31 (T – 122 de 2017. Corte Constitucional. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez)Existe otro antecedente más o menos equivalente en la Corte Constitucional. Ver T – 270 de 2016.

los hermanos José y Lucero se hallan legitimados para reemplazar a la señora Renata en el disfrute del 100% de la pensión que ella cotizaba ante Protección S.A., en razón a que el señor Mauricio no puede ser recompensado por su crimen, recibiendo la pensión de la persona a la que él causó la muerte"

Y agregó la Corte, realizando el ejercicio argumentativo:

"4. Sin embargo, aplicar dicha regulación al escenario fáctico aquí planteado, (se refiere al Art. 47 de la Ley 100 de 1993) según el cual, el propio beneficiario causó de manera dolosa la muerte de la causante, ocasionaría una consecuencia jurídica injusta, irrazonable e incompatible con la Constitución. De hecho, esta Corporación considera que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 presenta una laguna axiológica frente a este caso excepcional, en el cual el señor Mauricio fue el penalmente responsable de la muerte de la señora Renata, en la medida que subsumir el caso en los presupuestos legales del Sistema General de Pensiones provocaría una consecuencia incompatible con i) la finalidad esencial de la pensión de sobrevivientes y ii) el principio de interés superior del menor.
(...)
Resulta ejemplar de lo anterior y considerablemente semejante con la situación jurídica aquí examinada, las figuras de indignidad sucesoral y desheredamiento. (...)

(...) Desde esta óptica, resulta razonable resolver el caso bajo la aplicación de esta regla general, la cual es expresión de la propia ley, según ha sostenido esta Corporación y que resulta, además, compatible con los postulados constitucionales que establecen el deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios y el principio de la buena fe (...)."

Como nota interesante, en relación con la laguna axiológica acusada por la Corte Constitucional frente al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, la Ley 2381 de 2024 de Pensiones consagró el principio de dignidad a nivel normativo como un elemento orientador a la hora de resolver casos excepcionales y extremos como el analizado en los autos.

Ciertamente, reza el artículo 4 literal C) de la Ley 2381 de 2024 *"Sistema de Protección Integral para la Vejez, Invalidez y Muerte de Origen Común, y se dictan otras disposiciones":*

"ARTÍCULO 4. PRINCIPIOS. Son Principios del Sistema de Protección Social Integral para la Vejez, Invalidez y Muerte de origen común, en sus Pilares Solidario, Semicontributivo y Contributivo:

....

c) Dignidad: Reconoce el valor inherente de una persona, que incluye la autonomía individual y condiciones de vida cualificadas. No podrán acceder a una prestación o pensión de sustitución o de sobrevivientes, aquellas personas que hayan sido declaradas indignas para suceder con respecto al pensionado o afiliado causante en los términos establecidos en el artículo 1025 del Código Civil o las normas que lo modifiquen o lo sustituyan".

Conclusiones

El concepto de familia se ha transformado de manera significativa en los últimos treinta años. Dicha transformación determina, necesariamente, una respuesta normativa novedosa que recoja las tendencias del Siglo XXI.

El enfoque de género, la protección a la mujer y a otros colectivos, constituyen categorías que resultan determinantes para los jueces al momento de decidir, en la sentencia, las circunstancias para otorgar o no el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Si bien existen dudas sobre la constitucionalidad de la Ley 2381 de 2024, también lo es que, la transformación en materia de pensión de sobrevivientes de origen común no es radical y recoge, más bien, tendencias jurisprudenciales que se han venido produciendo en los últimos años con ocasión de la aplicación de las reformas legales y los enfoques tuitivos que adoptas las Altas Corporaciones que administran justicia.


ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
acueducto
AGUA Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ
BOGOTÁ
Vigilado
Superservicios