

ACLARACION DE VOTO NELLY MOSQUERA CASTRO

Con el debido respeto, se comparte la decisión absolutoria de la magistrada ponente, pero por las siguientes razones:

En el presente caso, se definió que la norma aplicable, lo era la Ley 797/03, en virtud del principio de aplicación inmediata de la ley (art. 16 C.S.T.), concluyéndose que no se cumplió con la densidad de semanas por ella exigida, pues en los últimos 3 años anteriores al fallecimiento, el señor ENCARNACION JORI, no tenía semanas cotizadas, pues su última cotización lo fue hasta el 31 de agosto de 1980 con 511,71 semanas.

Tampoco se cumplía los presupuestos del principio de la condición beneficiosa desarrollada por la Corte Suprema de Justicia en torno a su temporalidad establecido por la CSJ dentro de los 3 años siguientes a la Ley 797/2003.

Fueron estas las razones que motivaron la decisión absolutoria; sin embargo, consideramos que la ponencia debió realizar el estudio del proceso, bajo la óptica de la **condición beneficiosa**, pero no solo por la línea vertical, así se llegara a la misma decisión, pues la Sala no puede desconocer que éste principio tiene desarrollo jurisprudencial también en la Corte Constitucional, el cual, en todo caso, debe aplicarse o estudiarse, independientemente del criterio que se acoja, por tratarse de un derecho de rango constitucional, que puede afectar el goce de otros, como el mínimo vital y dignidad humana.

Bien, los dos criterios sobre el principio de la Condición beneficiosa son los siguientes:

La **Corte Suprema de Justicia** sostiene que ante las consecuencias que produjeron los cambios normativos en los afiliados que tenían la expectativa legítima de

pensionarse con el régimen derogado, y ante la no previsión de un régimen de transición, para las pensiones de sobrevivientes, el principio de la **condición más beneficiosa**, permite in aplicar la norma vigente a la fecha de la muerte, y en su lugar, aplicar la norma **inmediatamente anterior** por ser más beneficiosa. Criterio que ha sido acogido de manera reiterada, excepto en aquellos casos en que la pensión de sobrevivientes se causa en vigencia de la Ley 797 de 2003, pero se reclama con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990. Al respecto se pueden consultar las Sentencias 32642 del 9 de diciembre de 2008, y 46101 del 19 de febrero de 2014.

En criterio de la corte, dicho principio por vía de excepción es restrictivo y por tanto impuso un **límite temporal** a la aplicación del principio, de tres (3) años, contados desde la entrada en vigencia de la Ley 797/03, tiempo que dicha norma dispuso como necesario para que los afiliados pudieran completar las 50 semanas. **(SL 4650 de 2017)**

Por su parte la **Corte Constitucional** tiene una posición diametralmente opuesta, pues a su juicio el principio de la condición más beneficiosa también permite confrontar sistemas jurídicos que no son inmediatamente sucesivos, habida cuenta que ni en el artículo 53 de la C.P., ni en la jurisprudencia constitucional, el concepto desarrollado en torno al principio, es restringido. Al respecto se pueden consultar las Sentencias **T-832A de 2013**, **T-566 de 2014** y **SU-442 de 2016**.

En Sentencia **SU-005 de 2018** la Corte modificó el alcance del principio de la condición más beneficiosa, estableciendo un test de procedencia que garantiza al menos que el principio se aplique a quienes logren acreditar una condición de vulnerabilidad.

Para el efecto, estimó que se consideran personas vulnerables quienes cumplan las condiciones establecidas en el **Test de Procedencia**, que implementó para la acción de tutela, cuando se reclama por esa vía la pensión de sobrevivientes con aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

Los requisitos del test a saber son cinco: **(I)** pertenecer a un grupo de especial protección constitucional o en quien confluyan múltiples riesgos tales como pobreza extrema, discapacidad, enfermedades graves, analfabetismo etc.; **(II)** que el desconocimiento de la pensión de sobrevivientes afecte directamente su mínimo vital; **(III)** demostración de la dependencia económicamente del afiliado que falleció; **(IV)** que

la no realización de las cotizaciones en los últimos años de su vida obedeció a una imposibilidad insuperable; y **(V)** demostrarse que el accionante tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales tendientes al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Este criterio constitucional es el que la Sala mayoritaria ha aplicado en casos similares, al ajustarse más a los principio constitucional de favorabilidad, y porque como lo dijo la sentencia SU 298 de 2015, ante la existencia de dos precedentes en la misma materia, uno de la especializada y otro de la constitucional, se debe acoger este último por ser la autorizada en la interpretación de la constitución.

No obstante, en el **presente caso**, tampoco se llegaría a una conclusión distinta si se aplica el criterio de la Corte Constitucional, empleando para el efecto los señalado en el Acuerdo 049/90, que exige para dejar causada la pensión de sobrevivientes el cumplimiento de 300 semanas en cualquier tiempo, pues como se explicara no se cumplen las exigencias del test de procedencia.

Veamos:

TEST DE PROCEDENCIA

1) PERTENECER A UN GRUPO DE ESPECIAL PROTECCIÓN

CONSTITUCIONAL: conforme a la documental allegada por la parte demandante, la señora **NELLY MOSQUERA CASTRO** tiene 70 años de edad supera la edad de pensión (fl.92), con lo cual, cumple el primero de los requisitos del test de procedencia.

2) AFECTACIÓN DEL MÍNIMO VITAL:

Del acervo probatorio obrante en el expediente no se logró establecer que el no reconocimiento de la pensión de sobrevivientes afectaría en gran medida la satisfacción de las necesidades básicas de la demandante, esto es, su mínimo vital, y, en consecuencia, la posibilidad de llevar una vida digna. Por cuanto a pesar de haber superado la edad de pensión y a sus 70 años se le hace imposible la entrada al mercado laboral, se encuentra pensionada por parte de la UGPP. Además de eso en la declaración departe que rindió manifestó recibir entre 300 y

500 euros mensuales de cada uno de sus dos hijos, refirió que no paga arriendo porque la casa en donde vive es herencia de su madre.

3) DEPENDENCIA ECONOMICA: Resulta necesario precisar que el cumplimiento de este requisito debe verificarse al momento de la muerte del afiliado, en tanto que, el cumplimiento del test está destinado a proteger a personas vulnerables que se ven afectadas económicamente por la pérdida de quien proveía lo necesario para vivir.

No se acreditó la dependencia económica, toda vez que el testimonio de la señora YAMILE manifestó que la señora NELLY MOSQUERA trabajó haciendo banquetes en su casa, además la señora NELLY manifestó que sus ingresos variaban para la época de la muerte del causante hasta 2 millones de pesos. Así las cosas, para la sala no está acreditada la dependencia económica de la demandante que refiere el test de procedencia de la sentencia SU 005/2018;

4) IMPOSIBILIDAD DEL CAUSANTE PARA CONTINUAR COTIZANDO: En el proceso no se hace alusión alguna a las razones por las cuales el causante dejó de cotizar al sistema pensional. Toda vez que el causante dejó de cotizar el 31 de agosto de 1980 y falleció por muerte violenta el 1 de septiembre de 2009, no resulta razonable que haya dejado de cotizar al sistema de seguridad social, y no contaba con una imposibilidad para seguir cotizando no se cumple con este requisito.

5) ACTUACIÓN DILIGENTE EN SOLICITUD ADMINISTRATIVA: Este requisito no se encuentra acreditado pues la demandante solo presentó reclamación administrativa tendiente a obtener el derecho pensional el 12 de agosto de 2016, esto es, 17 años después del fallecimiento de la causante ENCARNACION JORI 1 de septiembre de 2009.

En conclusión, se tiene entonces que, en el presente caso si se comparte la decisión absoluta, pero porque ni con la aplicación de la norma vigente al momento de la muerte, ni con la aplicación de la Ley 100/93 bajo el desarrollo del principio de la condición más beneficiosa explicado por la CSJ, ni con la aplicación del Acuerdo 049/90, bajo el principio

de la condición beneficiosa explicada por la Corte Constitucional, el señor ENCARNACION JORI dejó causado el derecho pensional.

En los anteriores términos presentamos nuestra aclaración de voto.



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

Magistrado



GERMAN VARELA COLLAZOS

Magistrado