

## **ACLARACION DE VOTO MARLENE RIVERA**

Se comparte la decision absoluta 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 JOSÉ IRNE OROZCO, no tenía semanas cotizadas, pues su última cotización lo fue hasta septiembre de 1999 con 832.57 semanas.

Tampoco se cumplía los presupuestos del Parágrafo 1º, artículo 46, Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12, Ley 797 de 2003, pues se itera, el causante sólo acredita 832,57 semanas en su vida laboral.

Igualmente se analizó lo relativo al principio de la condición beneficiosa por criterio de Corte Suprema de justicia, encontrando que la fecha de la muerte supera los 3 años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 797/03, límite temporal de la protección pensional a través de este principio por parte de la Corte.

Fueron estas las razones que motivaron la decisión absoluta; 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 fue creado con el ánimo de mitigar las consecuencias que producen los cambios normativos en los afiliados que tenían la expectativa legítima de pensionarse con el régimen derogado, y frente a los cuales el legislador no previó ningún tipo de régimen de transición. Por medio de él, se permite in aplicar la norma vigente a la fecha de la muerte, para en su lugar aplicar la norma anterior por ser más beneficiosa.

Tampoco puede pasarse por alto que dicho principio tiene desarrollo jurisprudencial tanto en la Sala de Casación Laboral de la CSJ, como en alto Tribunal constitucional, y que en todo caso, debe aplicarse o estudiarse, independientemente del criterio que se acoja, por tirarse de un derecho de rango constitucional, que puede afectar el goce de otros, como el mínimo vital y dignidad humana.

Bien, estos criterios 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.

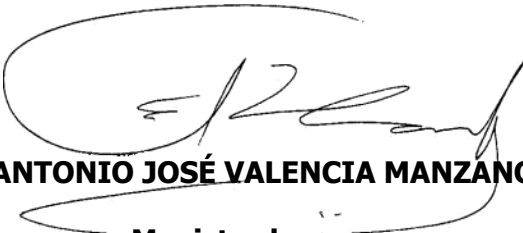
Este criterio constitucional es el que la Sala mayoritaria ha aplicado en casos similares, al ajustarse más a los principio constitucional de favorabilidad, y porque como lo dijo la sentencia SU 298 de 2015, ante la existencia de dos precedentes en la misma materia, uno de la especializada y otro de 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

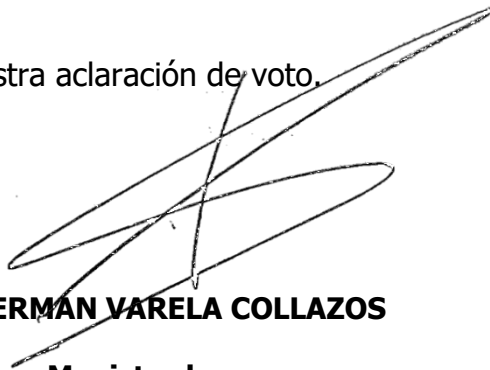
los señalado en el Acuerdo 049/90, que exige para dejar causada la pensión de sobrevivientes el cumplimiento de 300 semanas en cualquier tiempo, pues de las pruebas arrimadas en el expediente no es posible extraer, ni la condición de sujeto de especial protección constitucional de la señora MARLENE RIVERA DE OROZCO, como tampoco su condición de dependencia económica, respecto del causante, ni la afectación de su mínimo vital. A ello se agrega que no se solicitaron pruebas testimoniales que permitieran establecer estos aspectos tan íntimos de la relación de pareja.

En conclusión, se tiene entonces que, en el presente caso si se comparte la decisión absolutoria, 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 JOSE IRNE OROZCO dejó causado el derecho pensional.

En los anteriores términos presentamos nuestra aclaración de voto.



**ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**  
Magistrado



**GERMÁN VARELA COLLAZOS**  
Magistrado