

ACLARACION DE VOTO AMPARO MOSQUERA IZQUIERDO

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 FABIAN ORLANDO LEITON MERA, no tenía semanas cotizadas, pues su última cotización lo fue hasta el 11 de febrero de 1998.

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 para la reclamante AMPARO MOSQUERA IZQUIERDO

1) PERTENECER A UN GRUPO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL: conforme a la documental allegada por la parte demandante, la señora **AMPARO MOSQUERA IZQUIERDO** cuenta con 62 años de edad, estando en la edad de vejez (fl.14) Con lo cual no cumple el primero de los requisitos del test de procedencia.

2) AFECTACIÓN DEL MÍNIMO VITAL: Del acervo probatorio obrante en el expediente 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 la señora AMPARO MOSQUERA IZQUIERDO, cuenta con 62 años de edad superando la edad de pensión, edad la cual le imposibilita entrar al mercado laboral y poder subsistir por sus propios medios.

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 acredita la dependencia económica, toda vez que no allegó prueba alguna que acreditara la dependencia económica hacia el causante dado que en el proceso se limitó a la acreditación de la convivencia de la demandante y el causante.

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. Tampoco se encuentra acreditado este requisito toda vez que el causante FABIAN ORLANDO LEITON MERA falleció el 17 de septiembre de 2007 y su última cotización fue el 11 de febrero de 1998. (fl.20)

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 21 de febrero de 2014, esto es, más de siete años después del fallecimiento de la causante FABIAN ORLANDO LEITON MERA 17 de septiembre de 2007. (fl43-44)

En el caso de la **segunda reclamante Viviana Andrea Leiton** Mosquera hija mayor del causante con 70.30% de pérdida de capacidad laboral derivada de una enfermedad mental desde nacimiento, hay que precisar que dada su condición cumpliría con las condiciones de pertenecer a un grupo de protección constitucional, de afectación al mínimo vital y dependencia económica; sin embargo no se cumple con el requisito de demostrar que las cotizaciones obedecieron a un hecho insuperable, pues al respecto las declaraciones extra juicio no refieren nada, ni nada de ello se dijo en la demanda. Tampoco se explica las razones por las cuales no se acudió en tiempo al reclamó de la prestación.

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 CARLOS ALBERTO RODRIGUEZ dejó causado el derecho pensional.

En los anteriores términos presentamos nuestra aclaración de voto.



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO
Magistrado