

Rad. 13001-33-33-007-2021-00261-01

Cartagena de Indias D. T. y C., diecisiete (17) de enero de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Tutela
Radicado	13001-33-33-007-2021-00261-01
Accionante	Luz Elena Herbales González en calidad de apoyo judicial de Purificación González de Herbales
Accionada	UGPP
Tema	Procedencia de la acción de tutela para ordenar pago de retroactivo pensional a persona de la tercera edad en situación de discapacidad. Vulneración de derechos fundamentales por exigencia de requisito de curador definitivo para acceder al pago
Magistrado Ponente	Oscar Iván Castañeda Daza

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte accionada, contra la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena por la cual se accedió al amparo solicitado.

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA¹

¹ Archivo 1 expediente digital.

Rad. 13001-33-33-007-2021-00261-01

3.1.1. Pretensiones²

La señora Luz Elena Herbales González, en calidad de apoyo judicial de su señora madre Purificación González de Herbales, solicita que se amparen los derechos fundamentales de esta última a la seguridad social y al mínimo vital. Como consecuencia de ello, pretende que se ordene a la UGPP proceda con el pago del retroactivo pensional pendiente, causado a partir del 18 de marzo de 2018, fecha de fallecimiento del señor José Miguel Herbales Watts, hasta la fecha en que se reactivó el pago con la sustitución pensional.

3.1.2. Hechos³

Se afirma en el escrito de tutela que la señora Purificación González de Herbales tiene 84 años de edad y tiene una discapacidad mental absoluta por tener diagnóstico de alzheimer, motivo por el cual es asistida permanentemente y su cuidado está a cargo de su hija Luz Elena Herbales González.

Que mediante Resolución RDP012738 del 22 de abril de 2019, la UGPP reconoció y ordenó el pago de manera provisional de una pensión de sobreviviente a favor de Purificación González de Herbales, como beneficiaria de su cónyuge José Miguel Herbales Watts.

Posteriormente, mediante Resolución RDP019268 del 27 de junio de 2019 se hizo el reconocimiento definitivo de la mencionada pensión, sin embargo, por Resolución RDP024418 del 15 de agosto de 2019 la entidad accionada condicionó el pago del retroactivo pensional a la designación y posesión de un curador definitivo, teniendo en cuenta que la curadora solicitante ostentaba la calidad de provisional.

El 22 de julio de 2021, la accionante radicó petición ante la UGPP para el pago del retroactivo pensional pendiente, a la cual se le dio respuesta el 23 de agosto de 2021 indicándose que la solicitud fue remitida a la Subdirección de Determinaciones, sin que posteriormente se haya recibido respuesta.

² Fl. 4 - 5 archivo 1 del expediente digital.

³ Fl. 1 y 2, archivo 1 del expediente digital.

Rad. 13001-33-33-007-2021-00261-01

Por lo anterior, se afirma en el escrito de tutela que a la señora Purificación González de Herbales se le ha cohibido por más de dos (2) años, la posibilidad de acceder al goce de una prestación económica ya reconocida, por circunstancias totalmente ajenas a su voluntad o a la diligencia de quien la representa. Al respecto, se explica que inicialmente acudió a un proceso judicial de interdicción para ser designada como curadora, que cursó en el Juzgado Primero de Familia de Cartagena dentro del cual se profirió una medida provisional para ejercer el cargo, sin embargo, el proceso no culminó debido a la entrada en vigencia de la Ley 1996 de 2019.

En virtud de lo anterior, se dio inicio al proceso de adjudicación judicial de apoyo transitorio, el cual cursa actualmente en el Juzgado Segundo de Familia de Cartagena bajo el radicado 537 de 2019. No obstante, por motivos ajenos a la solicitante, el desarrollo del proceso se ha prolongado más de lo previsible.

3.2. CONTESTACIÓN ⁴

La UGPP solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela, teniendo en cuenta que la accionante se encuentra incluida en nómina de pensionados sin presentar ningún tipo de inconsistencia; está afiliada a Salud Total EPS desde el 3 de marzo de 2009 por lo que considera que no se vulnera su derecho a la seguridad social; adicionalmente, no se evidencia en el presente caso un perjuicio irremediable que haga viable la presente acción de tutela.

Al respecto, precisó la entidad que en sentencia T - 187 del 18 de abril de 2016 la Corte Constitucional estableció que el pago del retroactivo de una pensión de sobrevivientes a un beneficiario inválido solamente se realizará cuando se designe y posea el curador definitivo, ante el juez competente. En ese orden, explicó que la señora Luz Elena Herbales tiene la calidad de apoyo transitorio de la señora Purificación González de Herbales, es decir, tiene calidad de curadora provisional y no definitiva.

Por lo tanto, se encuentran a la espera de que se aporte la adjudicación de apoyo definitivo, para proceder a realizar el pago del retroactivo pensional,

⁴ Archivo 6 del expediente digital.

Rad. 13001-33-33-007-2021-00261-01

sin que la parte accionante haya allegado la documentación necesaria para determinar la calidad definitiva de la curadora.

Por otro lado, considera que se desvirtúa la vulneración del derecho a la seguridad social de la accionante, al acreditarse que la señora Purificación González de Herbales se encuentra afiliada a salud total desde el 3 de marzo de 2009; que tampoco existe vulneración a su derecho al mínimo vital, en el entendido que actualmente se encuentra incluida en nómina de pensionados, sin ningún tipo de inconsistencia, por lo que no se acredita la inminencia de un perjuicio irremediable necesario para la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones pensionales, como la que se pretende en este caso.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁵

Mediante sentencia de fecha 17 de noviembre de 2021, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena dispuso:

“PRIMERO. – AMPARAR los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la señora PURIFICACIÓN GONZÁLEZ DE HERBALES, atendiendo las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. – ORDENAR que dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, sin demora ni dilación alguna se realice el pago de la suma de dinero correspondiente al retroactivo pensional que le asiste a PURIFICACIÓN GONZÁLEZ DE HERBALES causado a partir del 18 de marzo de 2018, fecha de fallecimiento del causante, el señor José Miguel Herbales Watts, hasta la fecha en que se reactivó el pago con la sustitución pensional”.

Como fundamento de su decisión, sostuvo el A quo que el pronunciamiento de la Corte Constitucional al que hace alusión la UGPP -sentencia T - 187 de 2016- no resulta aplicable en la actualidad, toda vez que, ha perdido su fundamento, en el entendido que con la expedición de la Ley 1996 de 2019 se suspendieron todos los procesos de interdicción que se encontraban en curso, por lo que supeditar el pago del retroactivo pensional de la

⁵ Archivo 7 del expediente digital.

Rad. 13001-33-33-007-2021-00261-01

accionante a la designación y posesión de un curador definitivo para que la represente es obligarla a lo imposible.

Advirtió que, la UGPP de manera equivocada insiste en la necesidad de la existencia de un curador definitivo, asimilándolo al apoyo judicial definitivo en consonancia con los términos y regulaciones de la vigente Ley 1996 de 2019, exigencia que no resulta de recibo a juicio del A quo, toda vez que:

(i) No existe una norma o precedente jurisprudencial en la actualidad que indique que para el pago del retroactivo pensional en favor de un discapacitado sea necesaria la designación de un apoyo judicial definitivo; (ii) la figura del curador presente en los procesos de interdicción, a la cual aludía la regla contenida en la sentencia T-187 de 2016, no puede ser equiparada a la del apoyo judicial establecido en Ley 1996 de 2019; y (iii) según el artículo 52 de la Ley 1996 de 2019, las disposiciones que reglamentan la adjudicación judicial de apoyos para la realización de actos jurídicos entrarán en vigencia 24 meses después de su promulgación, esto es, el 26 de agosto de 2021, por lo que mientras se consagró un régimen de transición en el que se previó la posibilidad de adelantar un proceso de adjudicación de apoyo transitorio.

En ese sentido, sostuvo que exigirle en la actualidad a la señora Purificación González la adjudicación de un apoyo judicial definitivo, cuando apenas hace escasos meses ha entrado en vigencia tal posibilidad, constituye una forma de postergar de forma innecesaria e injustificada el pago de una prestación que tiene reconocida desde el año 2019, si se tiene en cuenta que actualmente su hija Luz Elena Herbales ya tiene la calidad de apoyo judicial transitorio, con la finalidad de garantizar la protección y disfrute de sus derechos.

Aunado a ello, consideró el A quo que ha quedado acreditada la lesión al derecho fundamental a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Purificación González de Herbales por parte de la UGPP, en virtud de la omisión de esta entidad en materializar el pago de una prestación pensional que le fue reconocida a la actora desde el año 2019 exigiéndole requisitos para el trámite en cuestión que en la actualidad no son procedentes, desconociendo de paso que aquella cuenta un apoyo judicial transitorio nombrado con el fin de garantizar la protección y goce de sus derechos.

3.4. IMPUGNACIÓN⁶

La entidad accionada impugnó la sentencia de primera instancia, reiterando que la curadora designada para la señora Purificación González de Herbales es la señora Luz Elena Herbales González, quien tiene la calidad de provisional y no definitiva. En ese orden, la parte interesada no allegó la documentación necesaria para determinar la calidad definitiva de la curadora.

Reiteró la regla contenida en la sentencia T - 187 de 2016 de la Corte Constitucional, según la cual, el pago del retroactivo de una pensión de sobrevivientes a un beneficiario inválido solamente se realizará cuando se designe y posesione el curador definitivo, ante el juez competente. Por lo tanto, indicó que no es posible surtir el pago por concepto de retroactivo a favor de la accionante, por cuanto, no se evidencia la totalidad de documentos necesarios para tal fin.

Adicionalmente, cuestionó el término concedido en la sentencia de primera instancia para realizar el trámite del pago de retroactivo, ya que 48 horas no resultan suficientes, ya que la entidad tiene la obligación de velar por la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y en ese orden, debe realizar la verificación y validación de la documentación allegada para el reconocimiento de las solicitudes pensionales.

De igual manera, reiteró que está desvirtuada en este caso la vulneración del derecho a la seguridad social de la accionante, al acreditarse esta se encuentra afiliada a salud total desde el 3 de marzo de 2009; que tampoco existe vulneración a su derecho al mínimo vital, en el entendido que la accionante actualmente se encuentra incluida en nómina de pensionados, sin ningún tipo de inconsistencia, por lo que no se acredita la inminencia de un perjuicio irremediable necesario para la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones pensionales, como la que se pretende en este caso.

⁶ Archivo 9 y 10 del expediente digital.

3.4.1. Trámite de la impugnación

A través de auto de fecha 26 de noviembre de 2021, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena concedió la impugnación interpuesta oportunamente por la parte accionante contra la sentencia de primera instancia.

V. CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA

Conforme lo establecen el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto Ley 2591 de 1991 y el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación presentada contra la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo a la impugnación y a las pruebas que reposan en el expediente, corresponde a la Sala establecer, en primer lugar, si se resulta procedente la acción de tutela para ordenar el pago del retroactivo pensional en favor de la accionante.

En caso afirmativo, deberá resolverse si la UGPP ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, al no hay acceder al pago del retroactivo pensional que le ha sido reconocido, por no contar esta con un curador de carácter definitivo.

5.3. TESIS

La Sala sostendrá como tesis que la acción de tutela sí resulta procedente en este caso para estudiar la procedencia de la reclamación del retroactivo pensional que hace la parte accionante, por cuanto, se encuentran acreditados los dos requisitos exigidos por la Corte Constitucional en su

Rad. 13001-33-33-007-2021-00261-01

jurisprudencia, como son (i) certeza en la configuración del derecho pensional; y, (ii) evidencia sobre la afectación del derecho fundamental. Además, debe tenerse en cuenta que la accionante en virtud de su avanzada edad y la situación de discapacidad mental en que se encuentra debe considerarse un sujeto de especial protección constitucional, por lo que los mecanismos ordinarios con que cuenta no resultarían eficaces.

En cuanto al asunto de fondo, se concluirá que la UGPP ha vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social y mínimo vital de la accionante, en la medida en que se le ha exigido el cumplimiento de formalidades que no están consagradas en la normativa vigente, para acceder al retroactivo pensional que le fue reconocido, representando de esta manera la imposición de una carga excesiva para materializar el pago de una prestación pensional que le fue reconocida a la actora desde el año 2019, como es el retroactivo pensional.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Generalidades de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que, de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

De lo anterior, se tiene como características de esta acción las siguientes:

- Está instituida para proteger derechos fundamentales.
- La subsidiariedad, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable.
- La inmediatez, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda

Rad. 13001-33-33-007-2021-00261-01

efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

5.4.2. Procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de retroactivo pensional

La Corte Constitucional ha sostenido que, por regla general, no es la acción de tutela el medio para ventilar la pretensión encaminada a obtener el reconocimiento y pago del retroactivo pensional, debido a que es una prestación dineraria que no afecta el mínimo vital de quien ya está recibiendo una asignación mensual; no obstante, en ciertas circunstancias esta categorización no puede aplicarse de pleno, ya que un derecho que en principio reviste un contenido patrimonial podría condicionar el acceso a un derecho fundamental.

En ese sentido, ha establecido la Corte que el juez constitucional adquiere competencia para pronunciarse y amparar la pretensión de pago de retroactivo pensional cuando:

*“a) Hay certeza en la configuración del derecho pensional y b) se hace evidente la afectación al mínimo vital, al constatarse que la pensión es la única forma de garantizar la subsistencia de la accionante y que, por una conducta antijurídica de la entidad demandada, los medios económicos para vivir han estado ausentes desde el momento en que se causó el derecho hasta la fecha de concesión definitiva del amparo. **Estas dos circunstancias hacen que el conflicto que por naturaleza es legal y que posee medios ordinarios para su defensa, mute en uno de índole constitucional**, en donde los medios ordinarios se tornan ineficaces para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados”.*

“El fundamento constitucional para ordenar el pago de retroactivo pensional, radica en que la Corte debe reconocer los derechos desde el momento exacto en que se cumplen los presupuestos fácticos y jurídicos que dan lugar a su configuración. En consecuencia, “cuando la Corte ordena el pago retroactivo ha verificado que el supuesto de hecho de la disposición jurídica se ha consumado y, de esa manera, queda autorizada a realizar la calificación jurídica que tal disposición enuncia. Luego, se colige que la Corte declara el derecho desde el instante preciso en que dicha prestación existe en el ámbito

⁷ Sentencias T-482 de 2010, T- 722 de 2012, T- 677 de 2014 entre otras.

Rad. 13001-33-33-007-2021-00261-01

del derecho”⁸. La labor del juez de tutela es meramente declarativa, quien al advertir que el derecho pensional ha sido indebidamente negado por la entidad, debe remediar una situación que ha contrariado los principios de la Carta Política”⁹.

De esta manera, en la sentencia T - 225 de 2018, la Corte Constitucional concluyó que era procedente la acción de tutela para reclamar el retroactivo pensional, atendiendo a las especiales circunstancias de salud del accionante, quien tenía 73 años de edad, sufría de diversas enfermedades como hipertensión severa, insuficiencia renal crónica reagudizada, incontinencia fecal, falla cardiaca estadio B, aneurisma aorta torácica congestiva, entre otras; pues a pesar de contar con la posibilidad de acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral para obtener el reconocimiento y pago de la prestación a la que considera tener derecho, este medio, aunque es idóneo, en la medida en la que ha sido previsto como herramienta judicial para cuestionar la negativa de una prestación de dicha naturaleza; no resulta eficaz debido a que la demora en la que podría verse abocado esta clase de proceso generaría una afectación prolongada a los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna del actor.

5.4.3. De las nuevas medidas específicas para la garantía del derecho a la capacidad legal plena de las personas con discapacidad. Ley 1996 de 2019

La Ley 1996 de 2019 tiene por objeto establecer medidas específicas para la garantía del derecho a la capacidad legal plena de las personas con discapacidad, mayores de edad y al acceso a los apoyos que puedan requerirse para el ejercicio de la misma. Entre los principios contenidos en la referida ley, se resalta la garantía por el respeto de la dignidad humana, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, la independencia de las personas y, finalmente, el derecho a la no discriminación; principios y derechos se que encuentran establecidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El principal cambio que introduce esta ley consiste en que siempre se presume la capacidad legal de todas las personas sin distinción y que en ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para restringir el ejercicio legal y el derecho a decidir de una persona.

⁸ Sentencia- 482 de 2010, T 722 de 2012, T-480 de 2012

⁹ Sentencia T- 431 de 2014.

Rad. 13001-33-33-007-2021-00261-01

La ley establece mecanismos para el ejercicio de la capacidad legal y para la realización de actos jurídicos; así, en el artículo 9 dispone que todas las personas con discapacidad, mayores de edad, tienen derecho a realizar actos jurídicos de manera independiente y a contar con apoyos para la realización de los mismos, los cuales pueden establecerse a través de dos mecanismos: (i) a través de la celebración de un acuerdo de apoyos entre la persona titular del acto jurídico y las personas naturales mayores de edad o personas jurídicas que prestarán apoyo en la celebración del mismo; y (ii) a través de un proceso de jurisdicción voluntaria o verbal sumario, según sea el caso, para la designación de apoyos, denominado proceso de adjudicación judicial de apoyos.

En cuanto a la adjudicación judicial de apoyos para la realización de actos jurídicos, señala el artículo 32 que es el proceso judicial por medio del cual se designan apoyos formales a una persona con discapacidad, mayor de edad, para el ejercicio de su capacidad legal frente a uno o varios actos jurídicos concretos; la cual se adelantará por medio del procedimiento de jurisdicción voluntaria, cuando sea promovido por la persona titular del acto jurídico, de acuerdo con las reglas señaladas en el artículo 37 de la presente ley, ante el juez de familia del domicilio de la persona titular del acto. Excepcionalmente, la adjudicación judicial de apoyos se tramitará por medio de un proceso verbal sumario cuando sea promovido por persona distinta al titular del acto jurídico, conforme a los requisitos señalados en el artículo 38 de la presente ley.

Dispone el artículo 39 de la Ley 1996 de 2019 que la persona titular del acto jurídico que tenga una sentencia de adjudicación de apoyo ejecutoriada para la celebración de determinados actos jurídicos deberá utilizar los apoyos allí estipulados en el momento de la celebración de dichos actos jurídicos como requisito de validez de los mismos. En consecuencia, si la persona titular del acto jurídico lleva a cabo los actos jurídicos especificados en la sentencia de adjudicación de apoyos sin utilizar los apoyos allí estipulados, dichos actos jurídicos serán sancionables con nulidad relativa.

Finalmente, el artículo 54 de la ley en comento señala que hasta tanto entren en vigencia los artículos contenidos en el Capítulo V de la misma, **el juez de familia del domicilio de la persona titular del acto jurídico puede determinar de manera excepcional los apoyos necesarios para una persona**

Rad. 13001-33-33-007-2021-00261-01

mayor de edad cuando se encuentre absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad y preferencias por cualquier medio, siempre que sea necesario para garantizar el ejercicio y la protección de los derechos de la persona titular del acto.

Mediante sentencia C - 022 de 2021, la Corte Constitucional efectuó el estudio de constitucionalidad de la Ley 1996 de 2019 e hizo algunas precisiones sobre las modificaciones que trajo consigo esa norma, entre las cuales se destacan:

*"La Ley 1996 de 2019 derogó expresamente los artículos 1° al 48, 50 al 52, 55, 64 y 90 de la Ley 1306 de 2009. Es decir, todo lo referente a la guarda e interdicción de las personas entendidas como incapaces absolutos o relativos por presentar alguna discapacidad mental. Dentro de esta nueva normativa, los cambios más relevantes son los siguientes: (i) **elimina del ordenamiento civil la incapacidad legal absoluta por discapacidad mental**, dejando solo a los impúberes como sujetos incapaces absolutos; (ii) **deroga el régimen de guardas e interdicción para las personas en condiciones de discapacidad mental, cognitiva o intelectual**; (iii) **presume la capacidad de goce y ejercicio para todas las personas con discapacidad**; (iv) establece dos mecanismos que facilitan a las personas con discapacidad manifestar su voluntad y preferencias en el momento de tomar decisión con efectos jurídicos: (a) acuerdos de apoyos y (b) adjudicación judicial de apoyos; y (v) regula las directivas anticipadas, como una herramienta para las personas mayores de edad en las que se manifiesta la voluntad de actos jurídicos con antelación a los mismos"* (Resaltado fuera de texto).

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos relevantes probados

5.5.1.1. La señora Purificación González de Herbales en la actualidad tiene 84 años de edad, como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía aportada con el escrito de tutela¹⁰.

5.5.1.2. Por Resolución RDP019268 del 27 de junio de 2019, la UGPP reconoció y ordenó el pago de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de José Miguel Herbales Watts, a partir del 19 de marzo de

¹⁰ Fl. 46 archivo 1 del expediente digital.

Rad. 13001-33-33-007-2021-00261-01

2018, en cuantía del 100% a favor de Purificación González de Herbales en su calidad de cónyuge¹¹. En ese acto administrativo se determinó que la beneficiaria estaba representada por Luz Elena Herbales González, en calidad de curadora.

5.5.1.3. El anterior acto administrativo fue modificado mediante Resolución RDP024418 del 15 de agosto de 2019, en el sentido de indicar que la señora Purificación González de Herbales se encontraba representada **provisionalmente** por Luz Elena Herbales González en calidad de curadora¹². En la parte considerativa de la referida resolución se indicó que, de conformidad con los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia T – 187 del 18 de abril de 2016, el pago del retroactivo se realizará únicamente cuando se designe y posesiones el curador definitivo.

5.5.1.4. Mediante auto de fecha 27 de mayo de 2021, el Juzgado Segundo de Familia de Oralidad de Cartagena nombró como apoyo transitorio de Purificación González, a su hija Luz Elena Herbales González, con fundamento en el artículo 5 de la Ley 1996 del 26 de agosto de 2019 y con el fin de garantizar la protección y disfrute de los derechos, decisión que fue comunicada a la UGPP¹³.

5.5.1.5. El 22 de julio de 2021, la señora Luz Elena Herbales González, en su calidad de apoyo judicial de la señora Purificación González de Herbales, radicó ante la UGPP una solicitud de pago de retroactivo pensional¹⁴.

5.5.1.6. El 23 de agosto de 2021, la UGPP se pronunció respecto de la solicitud del pago de retroactivo pensional, indicando que se remitiría a la Subdirección de Determinaciones, que sería la encargada de dar respuesta de fondo a su requerimiento¹⁵.

5.5.1.7. De acuerdo con la certificación expedida por FOPEP, la señora Purificación González de Herbales está incluida en nómina de pensionados de manera ininterrumpida, desde el 1º de mayo de 2019, recibiendo una mesada por valor de \$3.049.204¹⁶.

¹¹ Fl. 30 - 32 archivo 1 del expediente digital.

¹² Fl. 33 – 38 archivo 1 del expediente digital.

¹³ Fl. 16 – 17 archivo 1 del expediente digital.

¹⁴ Fl. 6 – 11 archivo 1 del expediente digital.

¹⁵ Fl. 39 - 43 archivo 1 del expediente digital.

¹⁶ Fl. 23 – 24 archivo 1 del expediente digital.

4.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

De acuerdo con la confrontación realizada entre los hechos, las pruebas allegadas, con el marco jurídico y jurisprudencial de esta providencia, procede la Sala a resolver el primer problema jurídico planteado que hace referencia a la procedencia de la acción de tutela en el presente caso.

Se tiene que la señora Luz Elena Herbales González, en calidad de apoyo judicial de su madre Purificación González de Herbales, acude a la acción de tutela por considerar vulnerados los derechos fundamentales de esta última a la seguridad social, mínimo vital y petición por parte de la UGPP, ya que esa entidad se ha negado a materializar el pago del retroactivo pensional reconocido, bajo la justificación que la accionante no tiene el carácter de curadora definitiva de su madre, sino transitorio.

Como la ha sostenido la Corte Constitucional, por regla general, la acción de tutela no es el medio para reclamar el pago de prestaciones económica, especialmente, el retroactivo pensional, pues para ello cuentan los interesados con mecanismos ordinarios, tanto administrativos como judiciales. No obstante, también ha advertido la Corte que existen algunas circunstancias que conllevan a que el conflicto que por naturaleza es legal y que posee medios ordinarios para su defensa, mute en uno de índole constitucional.

En el presente caso está acreditado que la señora Purificación González de Herbales tiene 84 años, por lo que hace parte de la tercera edad. Dicha circunstancia aunada a la situación de discapacidad mental en la que se encuentra, que conllevó a que el Juzgado Segundo de Familia de Cartagena nombrara como apoyo transitorio a su hija Luz Elena Herbales González, acarrea que sea considerada un sujeto de especial protección constitucional.

De este modo, aunque es cierto que la accionante cuenta con la posibilidad de acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral para obtener el reconocimiento y pago del retroactivo pensional al que considera tiene derecho, este medio a pesar de ser idóneo no resulta eficaz, debido a que la duración propia de esta clase de procesos generaría una afectación

Rad. 13001-33-33-007-2021-00261-01

prolongada a sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna.

Adicionalmente, de acuerdo a lo establecido por la Corte Constitucional para determinar la procedencia del reconocimiento del retroactivo pensional por vía de tutela es necesario que se identifiquen las siguientes dos (2) condiciones, a saber: (i) certeza en la configuración del derecho pensional; y, (ii) evidencia sobre la afectación del derecho fundamental¹⁷.

En el caso concreto considera la Sala que se cumplen ambos requisitos, en primer lugar, porque se tiene certeza en cuanto a la configuración del derecho pensional en la medida en que el mismo fue reconocido a través de acto administrativo por la UGP, pero su pago se encuentra en suspenso hasta tanto se cumpla un requisito exigido por la entidad, como es el de acreditar la calidad de curadora definitiva de la señora Luz Elena Herbales González.

En cuanto a la certeza sobre la afectación del derecho fundamental, advierte la Sala que aunque es cierto que la accionante viene recibiendo su mesada pensional sin interrupciones desde el mes de mayo 2019, lo cierto es que el derecho pensional se causó desde el 19 de marzo de 2018, fecha de la muerte del causante, de manera que queda pendiente un lapso de aproximadamente un (1) año dentro del cual la accionante no recibió, ni ha recibido, suma alguna por concepto de mesada pensional, es decir, se le ha cercenado la posibilidad de obtener los ingresos necesarios para garantizar sus necesidades básicas, configurándose de esta manera una afectación de su derecho al mínimo vital, lo que hace necesaria la intervención del juez constitucional en el caso concreto.

En ese orden, la Sala coincide con el A quo en que la acción de tutela sí resulta procedente en este caso para estudiar lo relacionado con la reclamación del retroactivo pensional que hace la parte accionante.

Determinada la procedencia de la acción de tutela en este caso, le corresponde a la Sala a resolver el asunto de fondo, partiéndose de la tesis que la UGPP ha vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso,

¹⁷ Entre otras en sentencia T – 392 de 2020.

Rad. 13001-33-33-007-2021-00261-01

seguridad social y mínimo vital de la señora Purificación González de Herbales, por las razones que se pasan a explicar:

Está acreditado que la entidad accionada desde el 27 de junio de 2019 reconoció de manera definitiva el pago de una pensión de sobrevivientes a favor de la señora Purificación González de Herbales, con ocasión del fallecimiento de José Miguel Herbales Watts; no obstante, el pago del retroactivo pensional ha quedado en suspenso hasta tanto se acredite la calidad de curadora definitiva de la señora Luz Elena Herbales González. La exigencia de dicho requisito lo fundamenta la accionada en la sentencia T – 187 de 2016 en la que la Corte Constitucional condicionó el pago del retroactivo de la pensión de sobreviviente a un beneficiario en condición de discapacidad, a la designación de un curador definitivo.

Ahora bien, la Sala coincide con el A quo en que dicha exigencia en la actualidad carece de sustento jurídico, toda vez que, se trata de una sentencia de revisión de tutela del año 2016, momento en el cual aún no se había expedido la Ley 1996 de 2019 y estaban vigentes conceptos como la interdicción para personas con discapacidad mental y la figura de los cuidadores que se exigía para el ejercicio de determinados derechos. No obstante, debe recordarse que entre las novedades más relevantes de la referida ley se destaca que eliminó del ordenamiento civil el concepto de incapacidad legal absoluta por discapacidad mental; así mismo derogó el régimen de guardas e interdicción para las personas en condiciones de discapacidad mental, cognitiva o intelectual; presume la capacidad de goce y ejercicio para todas las personas con discapacidad y establece dos mecanismos que facilitan a las personas con discapacidad manifestar su voluntad y preferencias en el momento de tomar decisión con efectos jurídicos, como son: acuerdos de apoyos y adjudicación judicial de apoyos.

En ese sentido, aunque es cierto que para la fecha en que se hizo el reconocimiento pensional aún se encontraban vigentes las figuras de interdicción y guardadores, ello cambió con la entrada en vigencia de la Ley 1996 de 2019, por lo que nada justifica que la entidad accionada continúe exigiendo la designación de un curador definitivo, como condición para materializar el pago del retroactivo pensional.

Téngase en cuenta que conformidad con el artículo 1996 de 2019, el juez de familia del domicilio de la persona titular del acto jurídico puede determinar

Rad. 13001-33-33-007-2021-00261-01

de manera excepcional los apoyos necesarios para una persona mayor de edad cuando se encuentre absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad y preferencias por cualquier medio. Al respecto, está acreditado que mediante auto de fecha 27 de mayo de 2021, el Juzgado Segundo de Familia de Oralidad de Cartagena nombró como apoyo transitorio de Purificación González, a su hija Luz Elena Herbales González, con el fin de garantizar la protección y disfrute de los derechos.

En ese sentido, considera la Sala que la UGPP ha vulnerado el derecho fundamental al debido proceso de la accionante, en la medida en que se le ha exigido el cumplimiento de formalidades que no están consagradas en la normativa vigente, para acceder al retroactivo pensional que le fue reconocido, representando de esta manera la imposición de una carga excesiva para una persona que por motivo de su avanzada edad y situación de discapacidad debe ser considerada un sujeto de especial protección constitucional.

De igual manera, la Sala coincide con el A quo en que la entidad accionada ha vulnerado los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Purificación González de Herbales, con ocasión de la negativa de materializar el pago de una prestación pensional que le fue reconocida a la actora desde el año 2019, como es el pago del retroactivo pensional, exigiéndole requisitos que en la actualidad no son procedentes y desconociendo su situación de sujeto de especial protección constitucional.

Finalmente, aunque la Sala considera acertada la decisión del A quo de declarar la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, resulta necesario modificar la sentencia de primera instancia en lo concerniente al término concedido para dar cumplimiento a la orden de pago del retroactivo pensional, pues le asiste razón a la UGPP en cuanto 48 horas resultan a todas luces insuficientes atendiendo a los trámites administrativos que se deben adelantar.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

V.- FALLA

Rad. 13001-33-33-007-2021-00261-01

PRIMERO: Modificar de fecha 17 de noviembre de 2021, proferida el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la cual quedará así:

“PRIMERO. – AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital de la señora PURIFICACIÓN GONZÁLEZ DE HERBALES, atendiendo las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. – ORDENAR a la UGPP, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, inicie las gestiones administrativas necesarias para que en el término de dos (2) meses se haga efectivo el pago del retroactivo pensional de las mesadas causadas desde el 18 de marzo de 2018, fecha de fallecimiento del causante, señor José Miguel Herbales Watts, hasta la fecha en que se reactivó el pago con la sustitución pensional”.

SEGUNDO: Comuníquese la presente providencia al Juzgado de origen y, remítase el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión virtual de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ