COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/427/10

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/427/10
Expediente	—
Fecha	2010-05-28
Sala	Sala considera
Magistrado ponente	Dr JUAN
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Accion De Tutela Y Derecho A La Libre Escogencia Del Regimen Pensional
- Traslado De Regimen Pensional Cuando Al Afiliado Le Faltaren Diez Años O Menos Para Cumplir Edad
- Traslado Al Regimen De Prima Media Con Prestacion Definida
- Mora Injustificada De Entidades Encargadas De Administrar Regimen Pensional Para Resolver Tramites Administrativos

Resumen del caso (según la propia sentencia)

El amparo del derecho a la seguridad social en lo que atañe con este esto es, al amparo del derecho a la seguridad social en lo que respecta a la libre escogencia del régimen pensional y la consecuente opción de traslado de

Texto completo

T-427-10 Sentencia T-427/10 Sentencia T-427/10 ACCION DE TUTELA Y DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DEL REGIMEN PENSIONAL- Procede para el amparo del derecho a la seguridad social en lo que atañe con este En lo que atañe al supuesto de esta acción de tutela, esto es, al amparo del derecho a la seguridad social en lo que respecta a la libre escogencia del régimen pensional y la consecuente opción de traslado de un régimen a otro, esta Sala considera, como en otras ocasiones ya lo ha hecho esta Corporación, que la acción de tutela es procedente, por cuanto a) existe regulación expresa para hacer efectivo el derecho al traslado de régimen pensional dispuesto en la Ley 100 de 1993 artículo 13 literal e), esto es, que existen medidas de orden legislativo para hacer efectiva esta facultad y b) que a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario para el amparo de este derecho, este instrumento no resulta idóneo para su amparo efectivo. Además, resalta esta Sala que la discusión central en esta tutela, es si a la accionante para efectos del traslado de régimen pensional le faltaban diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, por lo que someter esta discusión a la jurisdicción ordinaria implicaría que al momento del fallo a la accionante efectivamente le falten menos de diez años para adquirir el derecho a la pensión, impidiéndose de este modo ejercer su derecho al traslado.

TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL CUANDO AL AFILIADO LE FALTAREN DIEZ AÑOS O MENOS PARA CUMPLIR EDAD- Finalidad de la restricción Esta Corte determinó que el impedir el traslado de régimen cuando al afiliado le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, obedece a la finalidad constitucional de evitar la descapitalización del sistema general de pensiones y asegurar de este modo el pago

futuro de las pensiones de los afiliados y el reajuste económico de las mismas. Por otra parte, resalta esta Sala que en la sentencia de constitucionalidad mencionada se consideró que las personas beneficiarias del régimen de transición, esto es, aquellas que a 1° de abril de 1994 tuvieran 35 años de edad si son mujeres o 40 años de edad si son hombres, o 15 años o mas de servicios cotizados, podrán trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo.

TRASLADO AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA- Caso en que la demandante cuando hizo la solicitud le faltaban más de 10 años para el cumplimiento de la edad para tener derecho a la pensión /CAMBIO DE REGIMEN PENSIONAL/DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DEL REGIMEN PENSIONAL Advierte esta Sala que la gestora del amparo podía solicitar el traslado de régimen pensional hasta cuando tuviere la edad de 46 años de edad, ya que de este modo, no incursionaría en el impedimento descrito en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por cuanto le faltarían más de 10 años para adquirir su derecho a la pensión -que lo adquiere a los 57 años-En otros términos, a la edad de 47 años, la accionante satisfaría el supuesto de hecho de la mencionada norma, esto es, que le faltarían 10 años o menos para cumplir la edad de pensión por vejez, por lo que sería imposible autorizar el traslado de régimen pensional. Ahora, es un hecho probado que la accionante solicitó al Instituto de Seguros Sociales su traslado de régimen pensional cuando tenía 46 años de edad. Hecho que se prueba con el documento obrante a folio 9 del cuaderno de primera instancia, en el que consta la afirmación del Jefe de Departamento Comercial de que la intención de traslado de la peticionaria se presentó en diciembre de 2006. De lo expuesto se deriva indiscutiblemente que la accionante presentó su intención de traslado antes de configurarse el impedimento descrito por el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que el Instituto de Seguros Sociales debió autorizar el traslado de régimen de ahorro individual al de prima media. Esta Sala concluye que en el caso concreto la accionante tiene derecho a trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media. concluye esta Sala que el Instituto de Seguros Sociales al negar a la accionante el traslado al régimen pensional de prima media del régimen de ahorro individual vulneró su derecho a la seguridad social en lo que respecta a la facultad de libre escogencia del régimen pensional, por cuanto al momento de presentar la solicitud de traslado la accionante cumplía con los requisitos para su autorización, por lo que se ordenará revocar las providencias de instancia y, en su lugar, se concederá el amparo del derecho fundamental anunciado.

MORA INJUSTIFICADA DE ENTIDADES ENCARGADAS DE ADMINISTRAR REGIMEN PENSIONAL PARA RESOLVER TRAMITES ADMINISTRATIVOS- No es una carga que deba soportar el afiliado En lo que respecta a la solicitud de traslado de régimen pensional no existe norma especial que determine el tiempo a que están sujetas las entidades para resolver lo solicitado. De este modo, considera esta Sala que se debe remitir a la reglamentación general prevista en el Código Contencioso Administrativo, que dispone que la contestación de la petición en interés particular se debe dar dentro de los q uince (15) días siguientes a la fecha de su recibo. De este modo, como la negligencia del Instituto de Seguros Sociales no está justificada en el expediente y no se advierte una conducta culpable ni de falta de diligencia por parte de la accionante para acceder a su derecho al traslado, esta Sala considera que la demora del Instituto de los Seguros Sociales en dar respuesta a la solicitud de traslado de régimen pensional de la accionante no es una carga que ésta deba soportar, por lo que se ha de considerar la edad que tenía la accionante a la fecha de presentación de la solicitud de traslado junto con los quince días que tiene la institución para resolver, a fin de determinar si tenía o no derecho al traslado. De este modo la demandante en tutela tiene el derecho a que se haga efectivo el traslado del régimen pensional de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, en atención a que dicha solicitud fue radicada de manera oportuna.

Referencia: expediente T-2.546.072 Acción de tutela instaurada por Nancy Marina González contra Porvenir S.A. y el Instituto de Seguros Sociales-Pensiones.

Magistrado Ponente: Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ Bogotá, D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil diez (2010) La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados GABRIEL EDUARDO

MENDOZA MARTELO , JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y JUAN CARLOS HENAO PÉREZ , quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente SENTENCIA dentro del trámite de revisión de los fallos de tutela emitidos por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, en primera y segunda instancia, respectivamente.

I. ANTECEDENTES. 1. Hechos. Nancy Marina González, mediante apoderado judicial, formuló acción de tutela contra Porvenir S.A. y el Instituto de Seguros Sociales- Pensiones -ISS-, por la presunta vulneración de su derecho a la libre escogencia del régimen pensional.

Señaló la accionante que en virtud del derecho a la libre elección de régimen pensional consagrado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el 27 de diciembre de 2006 manifestó al Instituto de Seguros Sociales su intención de traslado al régimen de prima media con prestación definida del régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A.

Manifestó la demandante que el 3 de marzo de 2008, esto es, un año y tres meses después de haber presentado la solicitud, el ISS señaló que “no había respuesta a la intención de traslado radicada en diciembre de 2006, porque el nombre presentaba inconsistencia en ASOFONDOS, motivo por el cual solicitó la expedición de certificación de la Registraduría” .

Adujo la gestora del amparo que entregado el documento requerido por el ISS, dicha entidad el 13 de marzo de 2009 le informó que no cumplía con el requisito de la Ley 797 de 2003, por cuanto “a la fecha (…) tiene 49 años de edad, por lo tanto no es posible el traslado al régimen de prima media administrado por el SEGURO SOCIAL” , desconociendo, según señaló la accionante, que “la solicitud de traslado se radicó cuando contaba con 46 años de edad (…), por lo tanto y teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 797 de 2003, cumple con los requisitos establecidos para trasladarse, pues le faltaban mas de 10 años para el cumplimiento de la edad, toda vez que los 57 años de edad solo los cumple el 22 de mayo de 2017” .

Señaló finalmente la gestora del amparo que “se ve obligada y en la necesidad de buscar una solución definitiva que ponga fin a la violación al derecho fundamental de LIBRE ESCOGENCIA DEL REGIMEN PENSIONAL, (…), lo que ha generado incertidumbre sobre su futuro pensional, pues la pensión de vejez que le reconocería el ISS, es mas favorable que la pensión que otorga la AFP PORVENIR, pensión que corresponde al patrimonio de toda una vida de trabajo y de aportes a la seguridad social, y que por supuesto será el futuro propio y el de su familia” .

2. Solicitud de tutela. Por lo expuesto, la accionante solicitó: “1. TUTELAR los derechos fundamentales al derecho de petición, a la LIBRE ESCOGENCIA DE REGIMEN PENSIONAL, a la seguridad social, al principio de favorabilidad, entre otros. 2. Ordenar a la AFP PORVENIR y al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, para que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la sentencia, AUTORICE EL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL de la señora NANCY MARIA (sic) GONZALEZ solicitado el 27 de diciembre de 2006. 3. En consecuencia de lo anterior, ordenar a la AFP PORVENIR que traslade al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES- VICEPRESIDENCIA DE PENSIONES- OFICINA DE DEVOLUCIÓN DE APORTES, en la forma dispuesta en el artículo 10° del nombrado decreto 3995 de 2008, los aportes efectuados por la señora NANCY MARIA (sic) GONZALEZ a esa AFP.

4. Ordenar a la VICEPRESIDENCIA DE PENSIONES del SEGURO SOCIAL, OFICINA DE DEVOLUCIÓN DE APORTES CON SEDE EN BOGOTÁ, que una vez LA AFP PORVENIR le devuelva los aportes efectuados a dicha AFP por la señora NANCY MARIA (sic) GONZALEZ, PROCEDA A INCORPORARLOS EN SU HISTORIA LABORAL, y le comunique por escrito a la accionante sobre el cumplimiento de lo ordenado, anexando la historia laboral en la que se refleje los aportes mencionados” .

3. Intervención de las entidades accionadas. 3.1 Luego de emitida la sentencia de primera instancia, la Subgerente de Servicio del Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., señaló como fundamento de defensa que:

“1. No es viable legal ni constitucionalmente resolver favorablemente la solicitud de traslado de Régimen Pensional conforme lo establece la Ley 797 de 2003. La ley es clara respecto de la situación de la accionante y no puede interpretarse, adecuarse o modificarse las normas en forma unilateral y subjetiva. 2. Desconocimiento del carácter subsidiario de la acción de tutela. 3. Ausencia de vulneración de derechos fundamentales” .

Acorde con lo anterior, manifestó que “existe mandato legal expreso que prohíbe dichos traslados; esto dado que actualmente la afiliada cuenta con 49 años de edad, por lo tanto le faltan menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, razón por la cual violaría el requisito legal establecido en la Ley 797 de 2003 que preceptúa en su artículo 2°: ‘(…) Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado, no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez’” .

Expuso que mediante sentencia de constitucionalidad C-1024 de 2004, la Corte Constitucional “señaló de manera expresa que quienes tenían 15 años de servicio a 1 de abril de 1994 podrían regresar en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (…) al revisar nuevamente la base de datos y la información reportada vía interactivo por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público encontramos que el accionante al 01 de abril de 1994 NO tenía quince años de servicios cotizados al Instituto de Seguros Sociales, lo cual le impide hacer parte del grupo de personas al que le es posible trasladarse en cualquier tiempo ” (resaltado en el original).

Asimismo adujo que “la parte actora cuenta con un instrumento judicial a través del procedimiento ordinario según sea el caso, para hacer valer sus pretensiones ante esa jurisdicción, ya que la misma versa sobre temas relacionados con una calificación judicial de índole estrictamente especializada y de competencia diferente” .

Por lo expuesto, solicitó denegar la acción de tutela o declararla improcedente en lo que respecta a Porvenir S.A. 3.2 Una vez se profirió la sentencia de segunda instancia, la Directora Jurídica-Seccional Valle del Instituto de Seguros Sociales señaló que:

“1. De acuerdo con lo contemplado en la Ley 797 de 2003, literal e) (…) la petición de la señora NANCY MARINA GONZALEZ de traslado del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Seguro Social no cumple con el requisito de la norma citada, toda vez que a la fecha tiene cuarenta y nueve años (49) años presento (sic) su intención de traslado de régimen extemporáneo a través de la acción de tutela, y registra en nuestras bases de pensión que inició a laborar y aportar al Sistema General de Pensiones del Seguro Social con al empresa Clínica San Fernando a partir de agosto de 1994” .

Al respecto explicó que: “[e]l artículo 36 de la Ley 100 de 1993 define: ‘La edad para acceder a la pensión de vejez, CONTINUARA en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) años para los hombres hasta el 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir será de 57 para las mujeres y 62 para los hombres’ .

Con base a la fecha de nacimiento (15/mayo/1960) la señora GONZALEZ obtendrá los requisitos para la pensión de vejez en el año 2017(…)” (resaltado en el texto).

Dijo que “el ingreso a nuestro Sistema General de Prima Media con Prestación Definida que administra el ISS no depende exclusivamente del Seguro Social, éste se encuentra condicionado por la autorización de traslado emitida por la AFP correspondiente” .

Finalmente adujo que “informamos que el traslado de Régimen Pensional a la luz de las sentencias C-1024/2004, T-818/2007 y C-168/2009 no fue viable, teniendo en cuenta que la señora NANCY MARINA GONZÁLEZ superó la edad

para la adquisición del derecho al traslado de régimen pensional, por lo que su afiliación válida es en la AFP Porvenir S.A .

" (resaltado en el original). 4. Pruebas relevantes aportadas al proceso. a. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de Nancy Marina González donde consta como fecha de nacimiento el 22 de mayo de 1960 (fl. 6 cdno. 1ª instancia).

b. Copia de la comunicación dirigida por el Jefe de Departamento Nacional de Afiliación y Registro a Nancy Marina González de fecha 13 de marzo de 2009 en la que le informa que:

"[d]e acuerdo con lo contemplado en la Ley 797 de 2003 (…), la solicitud de traslado del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Seguro Social no cumple con el requisito de la norma citada, a la fecha la Señora Nancy Marina González tiene 49 años de edad, por lo tanto no es posible el traslado al Régimen de Prima Media administrado por el Seguro Social" (fl.

7 cdno. 1ª instancia). c. Copia de documento suscrito por la Jefe de Departamento Comercial del Instituto de Seguro Social de fecha 3 de marzo de 2008 en el que consta:

"[l]a señora NANCY MARINA GONZALEZ cédula No. 25.371.009, presentó su intención de traslado en diciembre/2006, registra sin respuesta, hablando con el ingeniero Jairo Guerrero me informa que no hay respuesta porque la señora presenta inconsistencia con el nombre en Asofondos; recomendó solicitar certificación de nombre expedida por la Registraduría Nacional; por tal motivo anexo dicho certificado. Cabe anotar, le sugerí a la señora González que procediera a corregir esta inconsistencia también ante el Fondo" (fl. 9 cdno. 1ª instancia).

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN. El 26 de octubre de 2009 el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali decidió negar la acción de tutela. Consideró que "revisada la prueba documental allegada al plenario, se encuentra que la accionante al 01 de abril de 1994, tenía cumplidos 34 años (fecha de nac. 22 de mayo de 1960 f.6), esto es, no tenía la edad exigida por la norma para ser beneficiaria del régimen de transición, como tampoco tenía el tiempo de servicio cotizado (15 años), pues no obra ninguna prueba de la cual se pueda corroborar que la asegurada a esa fecha cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993 hubiera alcanzado a laborar ese tiempo. Así las cosas, no es procedente tutelar el derecho a la seguridad social y libre escogencia del régimen pensional de la accionante, debiéndose en consecuencia negar la acción de tutela instaurada" .

Impugnada esta decisión por la parte accionante, bajo similares argumentos a los descritos en la acción de tutela y haciendo claridad en que "la solicitud de traslado de régimen pensional elevado (…) de la AFP PORVENIR AL ISS, no es por ser beneficiaria del régimen de transición, pues es obvio que la señora GONZALEZ no cumple ninguna de las condiciones previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para el efecto" , sino que "la petición (…) está encaminada a obtener su traslado de AFP, situación que se encuentra abordada ampliamente en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo1 3 de la Ley 100 de 1993 y en la sentencia C- 1024-04 (…)" .

El 9 de diciembre de 2009 la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali resolvió confirmar la sentencia impugnada. Argumentó, luego de transcribir las consideraciones de la sentencia de tutela T-168 de 2009, que "[d]esde el mismo escrito de tutela y al sustentar la alzada es la propia demandante quien confiesa no ser beneficiaria del régimen de transición por cuanto a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no contaba con 35 años como es lo propio para el caso de las mujeres, así como tampoco reunía 15 años de servicio conforme informó Porvenir S.A. (fl. 30 y siguientes), circunstancias estas que impiden su traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida" .

En esta providencia salva el voto el magistrado Ferney Arturo Ortega Fajardo. Consideró el magistrado que "no debió analizarse si era o no beneficiaria la accionante del régimen de transición, primero porque ella misma aceptó que no lo

era y segundo porque la discusión que aquí se planteaba era precisamente si le faltaba o no menos de 10 años para cumplir la edad mínima para pensionarse. Considero por tanto que había lugar a tutelar los derechos de la accionante y ordenar su traslado de régimen” .

III. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL. Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Dos, mediante auto de veintiséis (26) de febrero de dos mil diez (2010), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

1. Competencia. Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso que hizo la Sala de Selección.

2. Consideraciones. 2.1 Problema jurídico y esquema de resolución. Esta Sala pasa a determinar si el Instituto de Seguros Sociales y la AFP Porvenir S.A., vulneraron el derecho a la seguridad social en lo que respecta a la libre escogencia del régimen pensional de la accionante, al negarse a autorizar el traslado del régimen de ahorro individual al de prima media, al considerar, en marzo de 2009, que a la accionante, con base en literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, le faltaba menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, sin tener en cuenta que la solicitud de traslado fue radicada por la accionante en diciembre de 2006.

Para resolver el problema jurídico expuesto, esta Sala se pronunciará acerca de la procedencia de la acción de tutela para el amparo del derecho a la seguridad social en lo que atañe con el derecho a la libre escogencia del régimen pensional (2.1.1), reiterará la finalidad de impedir el traslado de régimen pensional cuando al afiliado le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez -literal e) artículo 13 de la Ley 100 de 1993- (2.1.2) y enfatizará que la mora injustificada por parte de las entidades encargadas de administrar el régimen pensional para resolver trámites administrativos en materia pensional no es una carga que deba soportar el afiliado (2.1.3) 2.1.1 Procedencia de la acción de tutela para el amparo del derecho a la seguridad social en lo que atañe con el derecho a la libre escogencia del régimen pensional.

1. La acción de tutela fue instituida como un mecanismo excepcional para la protección de los derechos fundamentales vulnerados. Y es excepcional, por cuanto en un Estado de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios [1] para la satisfacción de tal pretensión. De este modo, sólo en el evento en el que los derechos fundamentales resulten afectados o amenazados y los mecanismos ordinarios sean a) ineficaces, b) inexistentes, o c) se configure un perjuicio irremediable -condiciones que se analizan bajo las circunstancias particulares del caso concreto- la acción de tutela es procedente, conforme lo estableció el artículo 86 de la Constitución Política [2] y el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 [3] .

2. El artículo 48 de la Constitución Política dispone que “se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social” . La confianza del amparo del derecho a la seguridad social resulta ser esencial en un Estado Social de Derecho, por cuanto la satisfacción de su contenido, esto es, del derecho a la pensión [4] y a la salud [5] , implica el goce de las demás libertades del texto constitucional, la materialización del principio de la dignidad humana y la primacía de los derechos fundamentales, caracterizándose de este modo como un derecho de rango fundamental [6] .

3. El carácter fundamental del derecho a la seguridad social no es suficiente para que su amparo -ante una posible vulneración o amenaza- proceda por medio de la acción constitucional de tutela.

Al respecto en sentencia de unificación SU-062 de 2010 esta Corte consideró, bajo el supuesto de que “algunas veces [es] necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación” , que “sólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario, si se cumplen los requisitos previstos en estos

escenarios, las personas pueden, sin excepción, acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiere que este se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado [7] , previo análisis de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo constitucional” .

De este modo, para que la tutela del derecho a la seguridad social sea procedente es necesario, en primer lugar, que a) se hayan adoptado las medidas de orden legislativo y reglamentario que permitan establecer instituciones encargadas de la prestación del servicio, las condiciones para acceder a la prestación y un sistema que asegure la provisión de fondos, y en segundo lugar, b) se satisfagan los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela.

4. Como parte del ejercicio del derecho a la seguridad social está la facultad en el ámbito pensional de escoger [8] por parte del afiliado el régimen al cual ingresar, esto es, al de prima media con prestación definida o al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Igual facultad de libre escogencia está presente en el sistema general de salud [9] , donde el afiliado puede elegir entre las diversas entidades prestadoras del servicio de salud. Empero advierte esta Sala, como más adelante se hará énfasis, que este derecho de traslado no es absoluto y que está sujeto a las disposiciones legales que regulan la materia [10] .

5. En lo que atañe al supuesto de esta acción de tutela, esto es, al amparo del derecho a la seguridad social en lo que respecta a la libre escogencia del régimen pensional y la consecuente opción de traslado de un régimen a otro, esta Sala considera, como en otras ocasiones ya lo ha hecho esta Corporación, que la acción de tutela es procedente, por cuanto a) existe regulación expresa para hacer efectivo el derecho al traslado de régimen pensional dispuesto en la Ley 100 de 1993 artículo 13 literal e), esto es, que existen medidas de orden legislativo para hacer efectiva esta facultad y b) que a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario para el amparo de este derecho, este instrumento no resulta idóneo para su amparo efectivo.

Así, se ha de ver que la intervención del juez constitucional es necesaria por cuanto en palabras de esta Sala: “si se declarara la improcedencia y la peticionaria se viera obligada a recurrir a la jurisdicción laboral ordinaria, debido a la presumible demora de ese tipo de procesos, podrían producirse situaciones indeseables como, por ejemplo, que la actora cumpliera los requisitos para pensionarse y se le reconociera su derecho a la pensión pero no se supiera a qué régimen pensional estuviera afiliada” [11] , lo cual desembocaría en interrogantes como:

“¿qué pasaría si, al final del proceso laboral, se decide que pertenece a un régimen distinto a aquél conforme al cual se le reconoció la pensión en primer lugar? ¿Cómo se realizaría el cálculo del monto que debería trasladar al régimen de prima media?” [12] .

Además, resalta esta Sala que la discusión central en esta tutela, es si a la accionante para efectos del traslado de régimen pensional le faltaban diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, por lo que someter esta discusión a la jurisdicción ordinaria implicaría que al momento del fallo a la accionante efectivamente le falten menos de diez años para adquirir el derecho a la pensión, impidiéndose de este modo ejercer su derecho al traslado.

6. Así, determinada la procedencia de esta acción de tutela, pasa esta Sala a analizar si las entidades accionadas vulneraron el derecho a la seguridad social de la accionante, a partir de la omisión de responder a una petición efectuada oportunamente, en lo que atañe con el derecho a la libre escogencia del régimen pensional que permita la prosperidad del amparo solicitado.

2.1.2 Finalidad de impedir el traslado de régimen pensional cuando al afiliado le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez -literal e) artículo 13 de la Ley 100 de 1993- . Reiteración jurisprudencial.

7. La Ley 100 de 1993 por medio de la cual se regula el Sistema de Seguridad Social Integral, establece entre las características del Sistema General de Pensiones, la facultad de los afiliados de escoger libremente el régimen de pensiones que prefiera [13] , esto es, el afiliado puede escoger entre el régimen de ahorro individual con solidaridad [14] o el régimen de prima media con prestación definida [15] . Sin embargo, ha dicho esta Corte [16] , este derecho a la libre escogencia del régimen pensional no es absoluto, pues está sujeto a las limitaciones que, acorde con la Constitución, determine el legislador.

8. Así, el ejercicio de la facultad de libre escogencia de régimen pensional fue regulado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y los condicionantes en esta norma determinados fueron analizados por esta Corte en sentencia de constitucionalidad C- 1024-04, que concluyó con la declaratoria de exequibilidad de la mencionada norma.

8.1 La Ley 100 de 1993 dispone: “ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

(…) e. <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez;

(…)” . 8.2 En sentencia de constitucionalidad C-1024 de 2004 esta Corte consideró que la medida prevista en la norma conforme a la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, “resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda”.

Para justificar esta conclusión determinó que: 8.2.1 El objetivo perseguido con la mencionado norma consiste en “evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida” , pues la descapitalización “se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán el futuro pago de sus pensiones y su reajuste periódico;

pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes” .

8.2.2 Es necesaria y adecuada la medida de impedir el traslado cuando falten diez (10) años o menos para adquirir el derecho a la pensión de vejez, pues este “período de carencia o de permanencia obligatoria, permite, en general, una menor tasa de cotización o restringe la urgencia de su incremento, al compensar esta necesidad por el mayor tiempo que la persona permanecerá afiliado a un régimen, sin generar los desgastes administrativos derivados de un traslado frecuente y garantizando una mayor utilidad financiera de las inversiones, puesto que éstas pueden realizarse a un largo plazo y, por ello, hacer presumir una creciente rentabilidad del portafolio conformado por la mutualidad del fondo común que financia las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida” .

Señaló esta Corte, entre otras razones, que es mejor la imposición de un período de carencia, que “la modificación del contenido de los beneficios prestacionales, como por ejemplo, la reducción del número de mesadas pensionales pagaderas en un año o la imposición de un porcentaje que reduzca el valor de la pensión a cancelar” .

8.2.3 De este modo concluyó que “el objetivo de la norma se adecúa al logro de un fin constitucional válido, pues permite asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes, cuando se aproxima la edad para

obtener el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión, en beneficio de la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional" y permite "preser[var] los recursos económicos que han de garantizar el pago futuro de las pensiones y el reajuste periódico de las mismas" .

8.3 Así, esta Corte determinó que el impedir el traslado de régimen cuando al afiliado le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, obedece a la finalidad constitucional de evitar la descapitalización del sistema general de pensiones y asegurar de este modo el pago futuro de las pensiones de los afiliados y el reajuste económico de las mismas.

8.4 Por otra parte, resalta esta Sala que en la sentencia de constitucionalidad mencionada se consideró que las personas beneficiarias del régimen de transición [17] , esto es, aquellas que a 1° de abril de 1994 tuvieran 35 años de edad si son mujeres o 40 años de edad si son hombres, o 15 años o mas de servicios cotizados, podrán trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo.

9. Con base en las anteriores consideraciones, esta Sala concluye que en el caso concreto la accionante, Nancy Marina González, tiene derecho a trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media.

9.1 Advierte esta Sala que la accionante, como lo señalan las entidades accionadas y ella misma, no es beneficiaria del régimen de transición, pues a 1° de abril de 1994 no tenía 35 años de edad ni 15 años de servicios, por lo que no la cobija la regla de que se pueda trasladar de régimen en cualquier tiempo.

9.2 Como consecuencia de lo anterior, se infiere que la demandante en tutela, para efectos de ejercer su derecho al traslado de régimen pensional, se rige por la regla general dispuesta en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es decir que "no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez" .

En este aspecto, advierte la Sala el erróneo enfoque del problema jurídico que los jueces de instancia tuvieron en esta acción de tutela, como quiera que la negativa del amparo del derecho a la seguridad social de la accionante se basó en que ella no hacía parte del régimen de transición, ignorando que la regulación del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 era la legislación aplicable a la peticionaria de amparo y que ella cumplía con tales requisitos al momento de la solicitud de traslado como se verá a continuación.

9.3 La situación de la accionante para efectos de acceder a la pensión de vejez la regula el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual señala:

"ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre" .

Del artículo citado y teniendo en cuenta la fecha de nacimiento de la accionante (22-mayo-1960) se infiere que ella puede pensionarse por vejez a la edad de 57 años, por cuanto para el 2014, fecha en la cual entra a regir la disposición que establece esta edad, la demandante en tutela tendría 54 años de edad, por lo que la cobijaría esta norma.

9.4 Con base en lo anterior, advierte esta Sala que la gestora del amparo podía solicitar el traslado de régimen pensional hasta cuando tuviere la edad de 46 años de edad, ya que de este modo, no incursionaría en el impedimento descrito en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por cuanto le faltarían más de 10 años para adquirir su derecho a la pensión -que lo adquiere a los 57 años-En otros términos, a la edad de 47 años, la accionante satisfaría el supuesto de

hecho de la mencionada norma, esto es, que le faltarían 10 años o menos para cumplir la edad de pensión por vejez, por lo que sería imposible autorizar el traslado de régimen pensional.

9.5 Ahora, es un hecho probado que la accionante solicitó al Instituto de Seguros Sociales su traslado de régimen pensional cuando tenía 46 años de edad. Hecho que se prueba con el documento obrante a folio 9 del cuaderno de primera instancia, en el que consta la afirmación del Jefe de Departamento Comercial de que la intención de traslado de Nancy Marina González se presentó en diciembre de 2006.

9.6 De lo expuesto se deriva indiscutiblemente que la accionante presentó su intención de traslado antes de configurarse el impedimento descrito por el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que el Instituto de Seguros Sociales debió autorizar el traslado de régimen de ahorro individual al de prima media.

10. No obstante lo anterior, advierte esta Sala que el Instituto de Seguros Sociales emitió respuesta definitiva acerca de la intención de traslado de la accionante hasta marzo de 2009, fecha en la cual la gestora del amparo de manera evidente cumplía el condicionante descrito en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que impide ejercer la facultad de traslado de régimen pensional, pues a la accionante le faltarían menos de diez años para adquirir su derecho a la pensión de vejez. Y es precisamente, con ocasión de este hecho, que esta Sala pasará a enfatizar que la mora injustificada por parte de las entidades encargadas de administrar el régimen pensional para resolver trámites administrativos en materia pensional no es una carga que deba soportar el afiliado.

2.1.3 La mora injustificada por parte de las entidades encargadas de administrar el régimen pensional para resolver trámites administrativos en materia pensional no es una carga que deba soportar el afiliado.

11. Esta Corte ha sentado la regla de que la mora injustificada en la resolución de una solicitud relacionada con el sistema general de pensiones no es una carga que deba soportar el afiliado.

A fin de fundamentar esta disposición se ha dicho que: “el cumplimiento de los compromisos laborales y pensionales por parte de las entidades estatales, debe regirse por los principios de eficacia y eficiencia consagradas en el artículo 209 de la Carta .

(…) [E]l principio de eficacia (C.P. art. 209) no se reduce al simple cumplimiento de las disposiciones y exige, por el contrario, una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión, esto es, por la persona destinataria de la acción o de la abstención estatal. (…) [T]ratándose de derechos fundamentales, la administración pública está obligada a cumplir unos resultados y no simplemente con la puesta en obra de unos medios. En este sentido son, por lo menos hasta cierto punto, indiferentes las causas del retraso administrativo. La deliberada negligencia administrativa, las fallas ocasionadas por la ineptitud o incompetencia de los funcionarios o simplemente la ineficacia del sistema, no puede ser presentadas como razones válidas para disculpar la protección de los derechos de las personas” [18] .

Y es apenas razonable considerar que la injustificada negligencia administrativa para la resolución de un asunto pensional es una carga que no debe soportar el afiliado, por cuanto es una falta completamente ajena a su voluntad, imputable directamente a la Administración y por la cual aquella debe responder.

12. Con el objetivo de determinar cuándo hay mora, esta Corporación con base en normas especiales que rigen la materia (Ley 100 de 1993 -modificado por la Ley 797 de 2003- [19] , Decreto 656 de 1994 [20] , Ley 700 de 2001 [21]) y normas de carácter general acerca de la resolución de peticiones (Código Contencioso Administrativo [22]), señaló los siguientes términos para resolver asuntos relacionados con el sistema general de pensiones:

“[L]as entidades públicas o privadas del Sistema General de Pensiones para hacer efectivo el derecho solicitado, cuentan en total, con un término máximo de seis meses para tramitar y comenzar a pagar la pensión respectiva, que se distribuyen así: quince días para atender preliminarmente la petición y hacer las indicaciones que fueren pertinentes al solicitante;

cuatro meses para resolver la solicitud de la petición en concreto; de tal manera que se comience a pagar la pensión correspondiente a mas tardar seis meses después de que se hizo la solicitud inicial" [23] .

13. En lo que respecta a la solicitud de traslado de régimen pensional no existe norma especial que determine el tiempo a que están sujetas las entidades para resolver lo solicitado. De este modo, considera esta Sala que se debe remitir a la reglamentación general prevista en el Código Contencioso Administrativo, que dispone que la contestación de la petición en interés particular se debe dar dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de su recibo.

14. Con base en lo expuesto, se ha de ver que la petición presentada el 27 de diciembre de 2006 debía ser resuelta por el Instituto de Seguros Sociales a más tardar el 17 de enero de 2007. Sin embargo, la respuesta acerca de la solicitud de traslado, ni siquiera la definitiva, según consta en el expediente, se emitió hasta el 3 de marzo de 2008, esto es, un año y tres meses luego de presentada la solicitud, sin que obre justificación acerca de su tardanza.

En la respuesta del 3 de marzo de 2008 el Instituto de Seguros Sociales no resolvió de fondo la solicitud de traslado, sino que requirió a la accionante para que allegara certificación de la Registraduría Nacional "ante una inconsistencia con el nombre de Asofondos" .

Al respecto, advierte esta Sala que en esta fecha la accionante contaba con 47 años de edad, hecho que, como quedó descrito en el acápite anterior (9.4), impedía el traslado de régimen pensional. Decisión que posteriormente, 13 de marzo de 2009, asumió el Instituto de Seguros Sociales.

15. De este modo, como la negligencia del Instituto de Seguros Sociales no está justificada en el expediente y no se advierte una conducta culpable ni de falta de diligencia por parte de la accionante para acceder a su derecho al traslado, esta Sala considera que la demora del Instituto de los Seguros Sociales en dar respuesta a la solicitud de traslado de régimen pensional de la accionante no es una carga que ésta deba soportar, por lo que se ha de considerar la edad que tenía la accionante a la fecha de presentación de la solicitud de traslado junto con los quince días que tiene la institución para resolver, a fin de determinar si tenía o no derecho al traslado. De este modo y como quedó descrito en los numerales 9.5 y 9.6, la demandante en tutela tiene el derecho a que se haga efectivo el traslado del régimen pensional de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, en atención a que dicha solicitud fue radicada de manera oportuna.

16. Con base en lo expuesto, concluye esta Sala que el Instituto de Seguros Sociales al negar a la accionante el traslado al régimen pensional de prima media del régimen de ahorro individual vulneró su derecho a la seguridad social en lo que respecta a la facultad de libre escogencia del régimen pensional, por cuanto al momento de presentar la solicitud de traslado la accionante cumplía con los requisitos para su autorización, por lo que se ordenará revocar las providencias de instancia y, en su lugar, se concederá el amparo del derecho fundamental anunciado.

En virtud de lo anterior, se ordenará al Instituto de Seguros Sociales que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de esta providencia, autorice el traslado de Nancy Marina González al régimen de prima media con prestación definida y se ordenará a este Instituto y a la AFP Porvenir S.A., que en el término de cinco (5) días hábiles realicen los trámites a que hayan lugar para que Nancy Marina González quede afiliada al régimen de prima media con prestación definida que administra el Instituto de Seguros Sociales.

IV. DECISIÓN. En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política, RESUELVE Primero: REVOCAR por las razones expuestas, el fallo proferido el 9 de diciembre de 2009 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali mediante el cual se confirmó lo resuelto por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali el 26 de octubre de 2009 que negó esta acción de tutela y en su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la seguridad social respecto del derecho a la libre escogencia del régimen pensional de Nancy Marina González.

Segundo: ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de esta providencia, autorice el traslado de Nancy Marina González al régimen de prima media con prestación definida.

Tercero: ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales y a la AFP Porvenir S.A., que en el término perentorio de cinco (5) días hábiles realicen los trámites a que hayan lugar para que Nancy Marina González quede afiliada al régimen de prima media con prestación definida que administra el Instituto de Seguros Sociales.

Cuarto: DAR por secretaría cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ Magistrado Ponente GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Magistrado MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO Secretaria General [1] Respecto a la existencia de mecanismos judiciales ordinarios en sentencia de tutela T- 453-09 se señaló:

“Fue así como la Constitución Política dispuso un sistema jurídico al que todas las personas tienen derecho a acceder, con el fin de que, en el mismo, todos los conflictos jurídicos fueren resueltos en derecho en virtud de normas sustanciales y procesales preexistentes, erigiendo diversas jurisdicciones (ordinaria -artículo 234-, contencioso administrativa -artículo236-, constitucional –artículo 239-) y en cada una de éstas determinando la competencia material, las autoridades y las acciones y procedimientos para su acceso.

De esta forma, el ordenamiento jurídico ofrece normas procesales y sustanciales ejecutadas por autoridades previamente instituidas, para que sean resueltos todos los conflictos que en él sucedan. (…) Así, la acción de tutela es un mecanismo efectivo para el amparo de los derechos fundamentales cuyo ejercicio ante la existencia de otros medios de defensa judicial, no significa el remplazo de éstos, sino el desarrollo mismo de su finalidad, esto es, que en interés de la salvaguarda de los derechos fundamentales afectados, la acción de tutela procederá de manera excepcional y subsidiaria ante la inexistencia de un medio de defensa judicial o ante la amenaza de configuración de un perjuicio irremediable”.

[2] “Artículo 86: Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (…) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable ” (Resalta la Sala).

[3] Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. “Artículo 6°: CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales , salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable .

La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante” (Resalta la Sala).

[4] En términos generales en lo que atañe con el derecho a la pensión, esta Corte en sentencia C- 1141-08 siguiendo la observación 19 emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) -órgano encargado de supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) – señaló que :

“15. (…)El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar, b)

gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo".

[5] El carácter fundamental del derecho a la salud, sostuvo esta Corporación (C-463-08), se predica tanto del sujeto como del objeto de este derecho, " ya que se trata de un lado, de un derecho que es predicable de manera universal y sin excepción respecto de todas las personas sin posibilidad de discriminación alguna; de otro lado, se trata de un derecho que es predicable respecto de una necesidad básica de los individuos o seres humanos, esto es la salud, lo cual implica a su vez, la obligación de prestar todos los servicios necesarios para su prevención, promoción, protección y recuperación(…).

Este carácter fundamental del derecho a la salud se justifica también por la importancia y relevancia del mismo para la vida digna de las personas" .

Adicionalmente, la naturaleza fundamental del derecho a la salud se enmarca en la estrecha conexidad con otros derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana y la integridad personal, cuya satisfacción se constituye en presupuesto básico para el ejercicio de otros derechos fundamentales. De este modo, al satisfacer las prestaciones relacionadas con el derecho a la salud se garantizan a su vez los mencionados derechos y por este medio, es que es considerada la salud también como un derecho fundamental (Consultar sentencias de tutela: T-1063-04, T-361-07, T-133-07, T-185-09 entre otras).

[6] C-1141-08. [7] T-016-07. [8] El literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 dispone: "ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

(…) b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o.

del artículo 271 de la presente ley.(…)2 . [9] El numeral 4 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 dispone: "ARTÍCULO 153. FUNDAMENTOS DEL SERVICIO PÚBLICO. <Artículo condicionalmente EXEQUIBLE> Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes:

(…) 4. Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acogedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta Ley. (…)" .

[10] Respecto de los limitantes en lo que atañe con el derecho a la libre escogencia de entidades prestadoras del servicio de salud, ver entre otras sentencia de tutela T-412-08, T-010-04, T-011-04.

En lo que respecta con la limitante al derecho a la libre escogencia del régimen pensional, ver sentencia de constitucionalidad C-1024-04. [11] T- 097-2010.

[12] Su-062-2010 [13] El artículo 12 de la Ley 100 de 1993 establece que: "[e]l Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber: a. Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida. b. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad" .

[14] El régimen de ahorro individual con solidaridad según el artículo 59 de la Ley 100 de 1993 “es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, de acuerdo con lo previsto en este Título. Este régimen está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de garantías de pensión mínima y aportes al Fondo de Solidaridad, y propende por la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector privado, sector público y sector social solidario, que libremente escojan los afiliados. <Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 1328 de 2009. Entra a regir el 15 de septiembre de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> En este régimen las administradoras ofrecerán diferentes Fondos de Pensiones, esquema “Multifondos”, para que los afiliados una vez informados elijan aquellos que se ajusten en mejor forma a sus edades y perfiles de riesgo, de manera que con una adecuada conformación de la cuenta individual y una eficiente gestión de los recursos por parte de la administradora, se procure el mejor retorno posible al final del periodo de acumulación de aportes o hasta cuando el afiliado y/o sus beneficiarios tengan derecho a la pensión bajo la modalidad de retiro programado, si es del caso” . Entre sus características (artículo 60) están que: d .

El conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional constituye un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, denominado fondo de pensiones, el cual es independiente del patrimonio de la entidad administradora. Los recursos de las cuentas individuales estarán invertidos en Fondos de Pensiones cuyas condiciones y características serán determinadas por el Gobierno Nacional, considerando las edades y los perfiles de riesgo de los afiliados” .

[15] El régimen de prima media con prestación definida según el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 “ es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas (…)” caracterizado por ser:

“a. [U]n régimen solidario de prestación definida; b. Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.

[y] c. El Estado garantiza el pago de los beneficios a que se hacen acreedores los afiliados” (artículo 32). [16] C-1024-04. [17] El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispone:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.(…)” .

[18] T-684-01 reiterada en T- 129-07. [19] El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 señala: “ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

(…) Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte (…)” (resalta la sala).

[20] Por medio del cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones establece: “ARTICULO 19. El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses .

Así mismo, el Gobierno establecerá el plazo dentro del cual las administradoras deberán poner a disposición del solicitante el saldo total de su cuenta individual de ahorro pensional, trasladándolo, junto con el bono pensional y las sumas abonadas por las aseguradoras, si a ello ha habido lugar, a la entidad aseguradora o administradora escogida por el pensionado. Si el solicitante hubiere optado por encomendar a la misma administradora el manejo del retiro programado, no será necesario efectuar traslado alguno de recursos, pero deberán efectuarse las correspondientes modificaciones en cuanto al concepto de los recursos administrados” (resalta la sala).

[21] El artículo 4° de la Ley 700 de 2001: “ARTÍCULO 4o. A partir de la vigencia de la presente ley, los operadores públicos y privados del sistema general de pensiones y cesantías, que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional, tendrán un plazo no mayor de seis (6) meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de reconocimiento por parte del interesado para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes.

PARÁGRAFO. El funcionario que sin justa causa por acción u omisión incumpla lo dispuesto en el presente artículo incurrirá con arreglo a la ley en causal de mala conducta y será solidariamente responsable en el pago de la indemnización moratoria a que haya lugar si el afiliado ha debido recurrir a los tribunales para el reconocimiento de su pensión o cesantía, el pago de costas judiciales, será a cargo del funcionario responsable de la irregularidad” (resalta la sala).

[22] El artículo 6° del Código Contencioso Administrativo señala: “ARTICULO 6o. TERMINO PARA RESOLVER. Las peticiones se resolverán o contestarán dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de su recibo . Cuando no fuere posible resolver o contestar la petición en dicho plazo, se deberá informar así al interesado, expresando los motivos de la demora y señalando a la vez la fecha en que se resolverá o dará respuesta. Cuando la petición haya sido verbal, la decisión podrá tomarse y comunicarse en la misma forma al interesado. En los demás casos será escrita” (resalta la sala).

[23] T-1234-08.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 10 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.