

DERECHO LABORAL – SEGURIDAD SOCIAL - ADMINISTRATIVO

Señores
PORVENIR

E. S D.

REF: Petición de Declaración de Nulidad e Ineficacia del Traslado a la AFP, petición de reliquidación pensional, petición de indemnización del señor **JOSE ANGEL VILLARREAL GUTIERREZ**.

Tipo de Tramite: TRASLADO DE REGIMEN.

SERGIE GERARDO ROJAS R., Abogado inscrito con Tarjeta Profesional No. 93.131 del Consejo Superior de la Judicatura y cedula bajo el No. 91.473.924 de Bucaramanga, actuando en mi calidad de Apoderado del señor **JOSE ANGEL VILLARREAL GUTIERREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía número 17.842.873 DE MAICAO - GUAJIRA, de conformidad con el artículo 23 de la Constitución Nacional que consagra el **DERECHO DE PETICIÓN** de conformidad con el Derecho de Petición.

PETICION:

PETICION INEFICACIA DEL TRASLADO.

- Primero. Se declare la nulidad, ineficacia y/o sin efectos la afiliación a la AFP.
- Segundo. Se realice el traslado de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a Colpensiones.
- Tercero. Que dichos valores se liquiden y cancelen, de conformidad con las disposiciones legales señaladas en las sentencias.

PETICION RELIQUIDACION PENSION.

- Primero. Se declare la nulidad, ineficacia y/o sin efectos la afiliación a la AFP.
- Segundo. Se realice y pague la reliquidación de la pensión de conformidad con el régimen de prima media con prestación definida.
- Tercero. Que dichos valores se liquiden y cancelen, de conformidad con las disposiciones legales señaladas en las sentencias.

PETICION DE INDEMNIZACION.

- Primero. Se declare la nulidad, ineficacia y/o sin efectos la afiliación a la AFP.
- Segundo. Se realice y pague la indemnización correspondiente por la pérdida económica en la pensión de conformidad con el régimen de prima media con prestación definida.
- Tercero. Que dichos valores se liquiden y cancelen, de conformidad con las disposiciones legales señaladas en las sentencias.

PETICION COPIAS:

- Primero.- Se allegue copia del formato de afiliación.

Segundo.- Se allegue copia de la información suministrada a mi poderdante, de las ventajas y desventajas de los regímenes.

Tercero.- Se allegue copia de los demás documentos que contengan toda la información que le fue brindada al momento de la selección del fondo privado, es decir donde se me informó de manera clara y detallada los beneficios y riesgos que implicaba su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Cuarto.- Fotocopia de los documentos y trámites administrativos de reconocimiento de la pensión de vejez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

NULIDAD DEL TRASLADO

Primero.- Como se observa a través de los documentos que reposan en la entidad, mi poderdante al momento del traslado ya tenía derecho a la pensión de vejez.

Por lo anterior el traslado es inocuo, toda vez que la afiliada ya había adquirido el derecho a la pensión.

Segundo.- En la sentencia de Tutela T-168 de 2009 MP. Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, señalo:

“El derecho a la seguridad social invocado por beneficiario del régimen de transición a quien las entidades accionadas han respondido negativamente frente a su solicitud de autorización de traslado del régimen de ahorro individual al de prima media.

Según lo expresado con anterioridad, la jurisprudencia constitucional ha determinado, en sede de tutela pero sobre todo de constitucionalidad, que algunas de las personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, en cualquier tiempo, al régimen de prima media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado a él, con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993. De acuerdo con las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, a estas personas no les son aplicables ni las consecuencias ni las limitaciones y prohibiciones de traslado de los artículos 36 (inciso 4 y 5) y 13 (literal e) de la ley 100 de 1993.”

(...)

Como se dijo, no es necesario constatar si dicho ahorro es o no inferior al aporte legal correspondiente en caso de que hubieran permanecido en el régimen de prima media. Al respecto, esta Sala considera que, siendo el derecho al régimen de transición un derecho adquirido en los términos de las sentencias C-1024 de 2004 y C-754 de 2004, no se puede, mediante una ley posterior, despojar a las personas de tal facultad así sea indirectamente, como sucede en este caso. En efecto, el artículo 7 de la ley 797 de 2003 no sustrajo expresamente a las personas del grupo (iii) del derecho a gozar del amparo del régimen de transición, pero su efecto terminó siendo exactamente ese pues convirtió en un imposible uno de los requisitos que la jurisprudencia constitucional había diseñado para su ejercicio.

*En este orden de ideas, la decisión de ING Pensiones y Cesantías de rechazar el traslado del actor porque el artículo 2 de la ley 797 de 2003 **señala que las personas no pueden cambiarse de régimen pensional cuando les faltan menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez**[22], contradice abiertamente la jurisprudencia constitucional al desconocer el condicionamiento hecho por esta Corporación a la norma*

mencionada en la sentencia C-1024 de 2004 y, por esta vía, viola el derecho fundamental a la seguridad social al actor. De igual forma, el ISS pasó por alto la sentencia C-1024 de 2004 cuando decidió aceptar, sin más, la decisión de rechazo de ING Pensiones y Cesantías[23].

La Sala también advierte que, posteriormente, el cambio del señor Taborda de un régimen a otro se hizo imposible debido a una discusión administrativa entre los demandados respecto de cuál de ellos es el que debe dar el primer paso para proceder al cambio de régimen[24]. Al respecto, se debe señalar que el afiliado no debe sufrir las consecuencias negativas de este tipo de disputas, quien lo único que debe hacer es solicitar el traslado a la administradora de pensiones a la cual se quiere cambiar[25], en este caso al ISS, como en efecto lo hizo el actor[26].

A partir de allí son las entidades involucradas las que deben, de forma coordinada, verificar el cumplimiento de los requisitos teniendo en cuenta la jurisprudencia de esta Corte respecto del caso de los beneficiarios del régimen de transición, pues son éstas, y no los afiliados, las que poseen toda la información que se necesita para ello. De ser procedente el cambio, la administradora de pensiones de la cual se quiere retirar el afiliado debe autorizar el traslado[27].

De acuerdo con lo anterior, la Sala de Revisión revocará el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Sala de Asuntos Penales para Adolescentes- en la acción de tutela instaurada por Javier de Jesús Taborda Quintero contra el Instituto de Seguros Sociales e ING Pensiones y Cesantías y concederá el amparo del derecho fundamental a la seguridad social del peticionario.

En consecuencia, se ordenará a ING Pensiones y Cesantías que, en el término de 48 horas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a autorizar, previa verificación los requisitos, el traspaso del señor Javier de Jesús Taborda Quintero al régimen de prima media administrado por el Seguro Social, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas en la presente sentencia. Así mismo se le ordenará que inicie los trámites pertinentes para trasladar la totalidad del ahorro efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad por el señor Javier de Jesús Taborda Quintero al Seguro Social, lo cual deberá cumplirse efectivamente en un término máximo de 15 días.

También se advertirá al Instituto de Seguros Sociales que debe abstenerse de impedir el traslado del señor Javier de Jesús Taborda Quintero de conformidad con la parte motiva de la presente sentencia.” (La negrilla es propia)

Sexto.- La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, Sentencia 37174, M.P. Eduardo López Villegas, señaló:

*El artículo 36 de la Ley 100 estableció que el régimen de transición se perdía por el traslado al régimen de ahorro individual. Sin embargo, también consagró la posibilidad de recuperar ese régimen cuando hubiera prestado servicios o cotizado por 15 años o más con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones. Así lo señaló la Corte Suprema de Justicia al precisar que el cumplimiento de ese tiempo no puede entenderse con anterioridad al traslado del régimen pensional. **La corte recordó los requisitos adicionales que la Sentencia C-789 del 2002 estableció para el traslado y aclaró que, de acuerdo con la Sentencia C-1024 del 2004, la limitación para trasladarse de régimen cuando falten 10 años o menos para cumplir la edad exigida no opera para los beneficiarios del régimen de transición.***

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

Primero.- El Art. 36 de la Ley 100 de 1993 y el principio de favorabilidad normativa que subyace en el Art., 288 ibídem son compatibles al ser fundamentalmente protectora, toda vez que el régimen de transición pensional, implementado en el Art., 36 de la ley 100 de 1993, fue concebido para amparar a los usuarios del sistema de seguridad social integral de los efectos negativos que el cambio de un sistema legal a otro pudiera implicar, mientras lo que preside el Art., 288 ibídem es la voluntad del legislador de que el eventual beneficiario del sistema se acoja íntegramente a él, en el caso de que al menos una norma suya le sea aplicable en términos más favorables a los de la normatividad que gobierna el régimen anterior.

Además, ha precisado la Corte, "... que el Art., 288 en reflexión, asumido en su contenido literal, le otorgó a todos los trabajadores, debiéndose entender incorporados a ese universo inclusive los cobijados por el régimen de transición, la posibilidad de que el nuevo ordenamiento legal les sea aplicable en toda su extensión, cuando de la comparación de una norma suya, con otra del régimen anterior, referidas ambas a la misma materia, resulte que el contenido de la primera le es más beneficiosa. "De otra parte, hace notar la Corte que el régimen de transición del Art., 36 de la ley 100 de 1993 se instituyó para salvaguardar los derechos de los beneficiarios del sistema de seguridad social que hubiesen podido adquirir o hayan adquirido bajo el imperio del anterior régimen legal, frente a las desventajas que traiga aparejadas la nueva legislación.

RESPECTO A LA SEGURIDAD SOCIAL.

Primero.- El artículo 48 de la Constitución Nacional, consagra la protección a la SEGURIDAD SOCIAL, como un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable (Corte Constitucional Sent. T-491 del 13 de Agosto de 1.992 M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ) y más cuando en el presente caso, estas personas (Pensionados) están cobijadas por la Protección Especial del artículo 13 de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 46 y los principios fundamentales del Estado (C.P., art. 1), defendiendo el derecho internacional la importancia central de la Seguridad Social y de las personas de la Tercera Edad. (Declaración Universal de los Derechos Humanos art. 22 y 25).

Segundo.- No es concebible que una persona de la Tercera Edad tuviera que soportar, sin ser adecuadamente resarcidos, los perjuicios causados por la mora y adicionalmente la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, por lo cual es necesario lograr que se restablezca la totalidad del derecho por el incumplimiento de la entidad aseguradora ISS (C.S.J., Cas. Laboral, Sent. Julio 25 de 1.994, Rad. 6609 y C. Constitucional Sent. C-367, agosto 16 de 1.995 M.P. JOSÉ GREGORIO HERNANDEZ, Exp. D-835), para lo cual se solicita se tenga en cuenta el valor de los intereses de acuerdo al Certificado de la Superintendencia Bancaria y para lo concerniente a la devaluación de la moneda se tenga en cuenta el Certificado del DANE.

Tercero.- Por lo anterior debe tenerse en cuenta que el demandante, ya había adquirido el derecho de que se le aplicaran al momento de pensionarse las normas anteriores, lo anterior se debe a que mi Poderdante cumplió con todos los requisitos antes de la vigencia de la ley 100 de 1993, por lo que el ISS no puede derogar un derecho ya adquirido por mi Poderdante, lo cual atentaría contra los principios más elementales de la seguridad social.

CUMPLIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA.

De conformidad con las sentencias SL 12136 – 2014 RAD. 46292 MP ELSY DEL PILAR CALDERON y SL 31969 DEL 9 DE NOVIEMBRE D E2008 MP- EDUARDO LOPEZ VILLEGAS, y otros, establece que el traslado debió estar ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.

VICIO DE CONSENTIMIENTO EN EL TRASLADO QUE HACE INCURRIR EN ERROR AL PETICIONARIO.

1. Desconocimiento de la normatividad y de los derechos de la demandante.
2. No se le otorgo la información necesaria.
3. Se le dio información errada.

RESPECTO AL DERECHO DE PETICIÓN.

PRIMERO.- De acuerdo con la Ley 1755 de 2015, ley la cual regula el Derecho Fundamental de Petición, se tiene toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma. Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo.

Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos.

SEGUNDO.- En la ley mencionada, Ley 1755 de 2015 artículo 14, se dan los términos para resolver las distintas modalidades de peticiones, así:

“Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

*1. **Las peticiones de documentos** y de información deberán resolverse **dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción**. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.*

2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto”.

TERCERO.- La Carta Magna define en su artículo 1° al Estado Colombiano como un Estado SOCIAL de derecho, cuyos fines esenciales comprenden el servicio a la comunidad y la promoción de la prosperidad general (artículo 2) y como fines sociales, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (artículo 366), consagra la vida como un derecho fundamental de protección inmediata (artículo 11) y en su artículo 48 define el derecho a la seguridad social como un derecho irrenunciable y por tanto como un servicio público de carácter obligatorio a cargo del Estado, que debe ser prestado bajo los principios de EFICIENCIA, UNIVERSALIDAD Y SOLIDARIDAD, cuya cobertura deberá ser ampliada progresivamente, mediante la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.

ANEXO:

1. Poder.

NOTIFICACIONES:

La correspondencia y notificaciones las recibiré en la carrera 19 # 36-20 (Ed. Cámara de Comercio) Oficina 605, teléfono 6331738 de Bucaramanga.

Atentamente,

SERGIE GERARDO ROJAS RAMIREZ
C. C. No. 91.473.924 de Bucaramanga
T. P. No. 93.131 del C. S. de la J.