

ALTERNATIVAS A LA PENSIÓN DE VEJEZ FALLIDA EN COLOMBIA

PAULA SÁNCHEZ NAVARRO

UNIVERSIDAD EAFIT
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN

2018

TABLA DE CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN.....	3
II. SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL.....	4
III. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.....	7
1. Régimen de Prima Media.....	8
2. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.....	16
3. Crisis del sistema pensional.....	21
4. Decreto 2071 de 2015.....	23
5. Acción de cobro de las entidades del régimen pensional.....	25
IV. ALTERNATIVAS A LA PENSIÓN DE VEJEZ FALLIDA.....	27
1. Indemnización Sustitutiva (Régimen de Prima Media).....	29
2. Devolución de Saldos (Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad).....	32
3. ¿Indemnización sustitutiva o devolución de saldos?.....	37
4. BEPS (Beneficios Económicos Periódicos).....	40
5. ¿Por qué los BEPS y no la pensión?.....	46
6. Pensión Familiar.....	47
V. CONCLUSIONES.....	50
Bibliografía.....	53

I. INTRODUCCIÓN.

Desde la expedición de la ley 100 de 1993, encargada de crear el Sistema de Seguridad Social Integral, se introdujeron cambios relacionados con los aportes al régimen de pensión, los regímenes pensionales existentes y los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Hoy en día, las condiciones de acceso a la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media y en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad son completamente diferentes, lo que muchos no tienen en cuenta a la hora de trasladarse de régimen es el supuesto de la pensión fallida, es decir, la situación en la cual en ningún régimen podrán acceder a la pensión por Vejez por no cumplir los requisitos (tiempo, edad o capital), situación que ha llevado a que las decisiones sobre la escogencia del régimen pensional se basen únicamente en el monto a recibir al pensionarse y sin plantearse la posibilidad de no poder acceder a la pensión y las alternativas en este caso.

En el siguiente trabajo se pretende realizar un análisis sobre las alternativas a la pensión de vejez fallida en Colombia, ya que en materia de Seguridad Social existe una profunda ignorancia sobre las condiciones, beneficios y restricciones de cada uno de los regímenes pensionales existentes, llevando así a que las decisiones de traslado sean tomadas con el mínimo conocimiento y sin considerar lo perjudicial que puede ser llegar a tomar una decisión equivocada en materia pensional. En especial de los casos de: devolución de saldos o indemnización sustitutiva, el mecanismo de los BEPS o la Pensión Familiar y las implicaciones que cada una de estas tiene en su régimen.

II. SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL

Aunque muchos vinculan el surgimiento del Sistema de Seguridad Social con la expedición de la Constitución Política de 1991, antes de ésta ya se habían establecido unas bases y políticas que pretendían proteger a la población en condición de vulnerabilidad. Pero no fue sino hasta la expedición del artículo 48 de la misma que se elevó a rango constitucional la protección en materia de seguridad social.

En el mencionado artículo se estableció la seguridad social como un derecho irrenunciable de todos los habitantes, se calificó como un servicio público, poniéndolo en cabeza del Estado pero estableciendo que podía ser prestado por particulares. Además fijó los principios por los que se debía regir el sistema de seguridad social: universalidad, solidaridad y eficiencia.

Con la expedición de la Constitución se le dieron seis meses al Congreso para que legislara y estructurara el sistema, pero fue sólo hasta 1993 con la ley 100 (que para la aplicación de los regímenes de transición es pertinente aclarar que comenzó a regir el 1 de abril de 1994 para el sector privado y el 30 de junio de 1995 para el sector público) que se expidió la real estructuración del sistema de seguridad social.

Además excepcionas algunas actividades de la aplicación de ésta debido a la existencia de privilegios en razón de su actividad. Este grupo, conocido como los exceptuados estaba conformado por:

- a. **Las fuerzas militares:** La seguridad social, se la pagaba el Ministerio de Defensa directamente.

- b. **El magisterio**, es decir, todos los maestros de las escuelas públicas, la seguridad social la pagaba el Ministerio de Educación.
- c. **Unión sindical obrera**, el cual hace parte de Ecopetrol. A este sindicato, la seguridad social se la pagaba Ecopetrol directamente.

El nuevo régimen buscaba no solo una integración normativa sino ampliar la cobertura y unificar el sistema. Para ello la ley 100 de 1993 dividió el Sistema de Seguridad Social Integral en tres subsistemas:

1. Sistema de Salud

El sistema de salud asegura las contingencias por enfermedades, accidentes o eventualidades de origen común y no laboral. Está dividido en dos regímenes:

- **Régimen contributivo:** Es aquél al que se encuentran vinculadas las personas con capacidad de pago. Los afiliados se pueden dividir en:
 - Cotizante: Aquél que hace el pago.
 - Beneficiario: Aquél que hace parte del grupo familiar del beneficiario y cumple con los requisitos para ser beneficiario.
- **Régimen subsidiado:** Se encuentran vinculadas personas sin capacidad de pago.

En el régimen contributivo existen tanto prestaciones asistenciales como prestaciones económicas (incapacidades, licencias, etc). No obstante, quien recibe la prestación económica es sólo el cotizante. Por su parte, el afiliado beneficiario sólo recibe prestaciones asistenciales, tal cual sucede en el régimen subsidiado, donde sólo existen prestaciones asistenciales.

Según la ley obligatoriamente deben estar afiliados al régimen contributivo todos los empleados, trabajadores independientes (con ingresos totales mensuales a un (1) SMMLV), los pensionados y según el Decreto 806 de 1998 también lo deben hacer los rentistas de capital.

La persona se afilia a la Entidad Promotora de Salud (EPS) que prefiera y los servicios los recibe a través de una Institución Prestadora de Servicios (IPS).

2. Sistema de Riesgos Laborales.

Protege contingencias de tipo laboral, concretamente accidentes y enfermedades laborales. Reconoce tanto prestaciones asistenciales como prestaciones económicas (incapacidad, indemnización por pérdida permanente parcial, pensión de invalidez, pensión de sobrevivientes, etc.)

3. Sistema de Pensiones

Aunque en 1946 se creó el Instituto de Seguros Sociales, en adelante el ISS, con la intención de ir liberando las cargas y responsabilidades del empleador en la vejez, invalidez o muerte del trabajador, la cobertura no existía en todo el territorio colombiano, por lo que solo se puede hablar de un efectivo sistema pensional desde la expedición de la ley 100 de 1993. El sistema de pensiones pretende proteger tres contingencias: la vejez, la invalidez y la muerte, todas de origen común. Existen dos regímenes, excluyentes entre sí, ambos contributivos.

- Régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM): Régimen administrado por Administradora Colombiana de Pensiones (entidad pública), anteriormente Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Existe un fondo común de

todos los cotizantes, no hay cuentas individuales. El acceso a la pensión de vejez se basa en las semanas cotizadas y en la edad.

- Régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS): Régimen administrado por entidades privadas conocidas como Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Las cuentas son individuales, no hay un fondo común de todos los cotizantes. El acceso a la pensión de vejez se basa en el capital, no en la edad, con excepción a la Garantía de Pensión Mínima.

Para invalidez y muerte, los requisitos son iguales en el régimen de prima media y en el RAIS: haber cotizado al menos 50 semanas en los últimos 3 años. En la pensión de vejez, aunque la cotización es del 16% para ambos regímenes, los requisitos son diferentes dependiendo en cual se esté.

Debido a la existencia de dos regímenes en materia pensional (RPM y RAIS) y de requisitos diferentes en cada uno en materia de vejez, existen controversias que ameritan un profundo estudio sobre la posibilidad de traslado de un régimen a otro, la conocida fidelidad en materia pensional y las alternativas existentes en caso de no cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

III. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, en materia pensional, existían varias fuentes normativas que dividían el sistema pensional según las siguientes características:

- ✓ Para las personas que tenían vínculo laboral diferenciaba aquellas que se encontraban en el sector privado y en el sector público.

-**En el sector privado**, se regía por el decreto 758 de 1994. Si en el sitio o región donde el trabajador estaba vinculado había sede del Instituto de Seguros Sociales (ISS), el empleador debía afiliarlo a esta entidad. El ISS era una entidad creada por el Estado que se encargaba de cubrir la salud, pensión y riesgos del trabajador. Si en el sitio o región donde el trabajador trabajaba no había sede del ISS, quien se encargaba de todos los riesgos de éste, era el mismo empleador.

-**En el sector público**, se regía por la ley 33 de 1985, las entidades podrían crear sus propias cajas y era el empleador quien iba cotizando para después no asumir los riesgos con sus propios recursos. Podía haber cuántas cajas como entidades hubiese, pero no era obligatorio. Era potestativo para las entidades, por esta razón, sólo hicieron uso de éstas las grandes entidades públicas. En caso de que la entidad pública no tuviera caja, quien se encargaba de todos los riesgos del trabajador era el mismo empleador, es decir, la entidad pública.

- ✓ Para las personas independientes no había posibilidad de afiliarse. Se encontraban en dos categorías: Independientes con capacidad de pago que ahorraban por su propia cuenta y los independientes sin capacidad de pago no tenían más alternativa pues nadie respondería por las contingencias.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, y los cambios en el sistema pensional, ya no había distinción entre sector público y sector privado en materia pensional (salvo regímenes exceptuados y especiales) y además se creó un nuevo subsistema: el RAIS.

1. Régimen de Prima Media

El capital aportado por cada uno de los afiliados en el RPM ingresa a un fondo común. Se utiliza un sistema de reparto en el que los jóvenes cotizantes, que son trabajadores activos,

financian las pensiones de los que se encuentran gozando efectivamente de un beneficio pensional, pero debido al envejecimiento de la población, la sostenibilidad del sistema de reparto o el sistema público se encuentra en crisis (Universidad de los Andes, 2017, pág. 3). Además de lo aportado por cada afiliado, existe otra forma de incrementar la mesada pensional, a través de los bonos pensionales.

Los bonos pensionales son una forma de incrementar el capital de la pensión teniendo en cuenta la historia laboral del trabajador antes de la expedición de la ley 100. Aunque existen cuatro tipos de Bonos Pensionales, se estudiarán únicamente los bonos tipo A y B, relevantes para el análisis de este trabajo. El bono tipo B, exclusivo del RPM, se expide a favor del ISS por cuenta de los empleados públicos que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones se trasladaron al Instituto de Seguros Sociales. Es emitido en cupones, se destina al fondo común y se calcula de acuerdo a la historia laboral de cada afiliado, solo puede hacerse efectivo al momento de cumplir los requisitos para acceder a la pensión y es una forma de reconocer los tiempos trabajados con anterioridad a la expedición de la ley 100 de 1993.

Aunque la ley 100 no creó el Régimen de Prima Media, desde su expedición se pretendió modificar y regularlo para lograr una protección universal del sistema. Debido a que era una novedad la regulación en materia de Seguridad Social, durante la aplicación de ésta se encontraron falencias y dificultades que llevaron a que se planteara la posibilidad de modificarla. Para ello, se expidieron diferentes leyes que pretendieron modificarla en razón de la edad de pensión, las semanas necesarias para pensionarse y el monto de la pensión:

	Sector Privado	Sector Público	LEY 100 DE 1993	LEY 797/03
Norma	-Decreto 758/90 Artículo 12 Se cotizaba ante el ISS	-Ley 33 de 1985 y ley 71 de 1988.	-Artículo 36 Empieza a regir el 1 abril/94 para sector privado y público a nivel nacional. -30 junio/95 sector público territorial.	-Artículo 9 Empieza a regir el 29 de enero 2003
Edad	Hombres: 60 años Mujeres: 55 años	Hombres y mujeres: 55 años	Hombres: 60 años Mujeres: 55 años	(Desde 2014) Hombres: 62 años Mujeres: 57 años
Semanas	-500 semanas en los últimos 20 años antes de cumplir edad -1000 semanas en toda la vida laboral	-No se habla de semanas. Son 20 años de servicio continuo o discontinuo	-1000 semanas cotizadas	2003/2004: 1000 semanas 2005: 1050 semanas 2006: 1075 semanas 2007: 1100 semanas sube de 25 a 25 hasta el 2015. 2015: 1300 semanas
Monto	45%-90% Del promedio del IBC de las últimas 100 semanas.	75% Del promedio del último año.	65-85% 1000 semanas: 65%	55%-80% Sube cada 50 semanas máximo al

	(500 semanas :45%, sube el 2% cada 50 semanas, 1250 semanas: 90%)		Aumenta 2% cada 50 semanas Promedio de los últimos 10 años o el de toda la vida si tiene 1250 semanas o más. No pensión debajo del mínimo	80%. El punto de partida depende del # de semanas y sube el 1.5%. Promedio de los últimos 10 años o el de toda la vida si tiene 1250 semanas o más. No pensión debajo del mínimo
--	---	--	---	---

Evidentemente el legislador se veía en la necesidad de establecer una serie de condiciones no tan permisivas como las contenidas en la ley 100 para poder implementar un sistema sostenible. Teniendo en cuenta esto y sin desconocer las expectativas que tenían aquellos que habían cotizado bajo dicha ley, se estableció un régimen de transición dirigido a cumplir los siguientes requisitos:

EDAD
Mujeres 35 años Hombres 40 años

Y/O
Para el momento de entrada en vigencia de la ley (1abr/94 o 30 jun 95)

TIEMPO COTIZADO
15 años de tiempo cotizados.

En principio todo aquel que cumpliera ya fuera con los requisitos de edad o de tiempo cotizado, permaneciendo siempre en el Régimen de Prima Media, podría pensionarse con las condiciones edad, tiempo y monto del régimen anterior.

Posterior a la expedición de la ley 100 de 1993 se comprendió que lo establecido en el artículo 36¹ atentaría contra la sostenibilidad económica del sistema y por lo tanto el legislador intentó introducir cambios al régimen de transición.

Con la ley 797 de 2003 se permitía acudir a la norma anterior únicamente en lo relativo a la edad pero dicho artículo fue declarado inexecutable por vicios de forma en el trámite ante el Congreso.²

¹Art 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 más 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. (...)"

² "En el trámite que en el Congreso de la República se le dio a los artículos 11, 18, 21 y 23 de la Ley 797 de 2003, se incurrió en trasgresión del artículo 157 de la Carta Política, así como de lo preceptuado en la Ley 5 de 1992 (artículos 157, 158, 164 y 167, especialmente), mediante la cual se expidió el reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes. En efecto, ninguno de los cuatro artículos acabados de citar cumplió con el principio de consecutividad en la aprobación de las Leyes que establece el citado artículo 157 de la Constitución, cuyo cumplimiento no puede quedar jamás al arbitrio de los miembros del Congreso, ni a la apreciación de momentáneas circunstancias sobre el número de asistentes a las Comisiones del Congreso." Sentencia C-1056/03

Posteriormente la ley 860 de 2003 en su artículo 4 extendía la aplicación del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2007 y lo modificaba a partir el 1 de enero de 2008 limitándolo solo a tomar la edad del régimen anterior. Nuevamente la Corte declaró inexecutable dicho artículo partiendo de que se habían cometido vicios de forma.³

Finalmente, luego de dos intentos fallidos, se expidió el Acto Legislativo 01 de 2005, que entró a regir el 25 de julio de 2005 y extendió el régimen de transición establecido en la ley 100 hasta el 31 de julio de 2010, exceptuando a quienes al 25 de julio de 2005 tuvieran 750 semanas cotizadas, que se les podría extender hasta el 2014.

Sin embargo, con la ley 100, el surgimiento del RAIS y la transición del RPM nació un caos en el sistema pensional que se empezó a reflejar no con la expedición de la ley sino cuando les llegó el momento de pensionarse a las personas que habían cotizado previamente en el ISS y que buscaban ser cobijadas por el régimen anterior para poder acceder a la pensión de vejez.

³ “La Corte llama la atención sobre el hecho consistente en que el texto relativo a la concesión al Presidente de la República de facultades extraordinarias aprobado por las Comisiones séptimas constitucionales tiene un contenido normativo distinto del que fue finalmente votado como proposición sustitutiva por las plenarias de Cámara y Senado y que se convirtió en el artículo 4º acusado. Si bien en ambos casos se alude a la modificación del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993-materia que les es común-dichos textos no guardan identidad temática en los términos que en forma reiterada ha señalado esta Corporación. Al respecto téngase en cuenta que uno es el alcance de una norma que confiere facultades sobre una materia determinada -que plantea sólo un asunto de mera competencia, en cuanto se refiere a la investidura transitoria al Presidente de la República de la facultad de legislar sobre un determinado asunto-y otro bien distinto es el alcance de una norma que regula directa y concretamente la materia que eventualmente podría ser objeto de dichas facultades.” Sentencia C 754/04

Principalmente hubo dos problemas, en principio la pérdida del beneficio del régimen de transición por haber cambiado de régimen y además el déficit fiscal (que aún existe) presentado por Colpensiones, ISS en ese entonces, que desencadenaba en el no pago de la pensión a quién si tenía derecho a ella.

La ley 100 de 1993 en su artículo 36 estableció que el régimen de transición cobijaría únicamente a quién además de cumplir los requisitos de éste, no se trasladara al RAIS⁴, ya fuera que volviera al RPM e intentara cotizar en este o permaneciera en el RAIS, según la Corte Constitucional en sentencia C 789 de 2002 se declararon exequibles los incisos 4° y 5° del artículo 36 en el entendido que:

“Las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

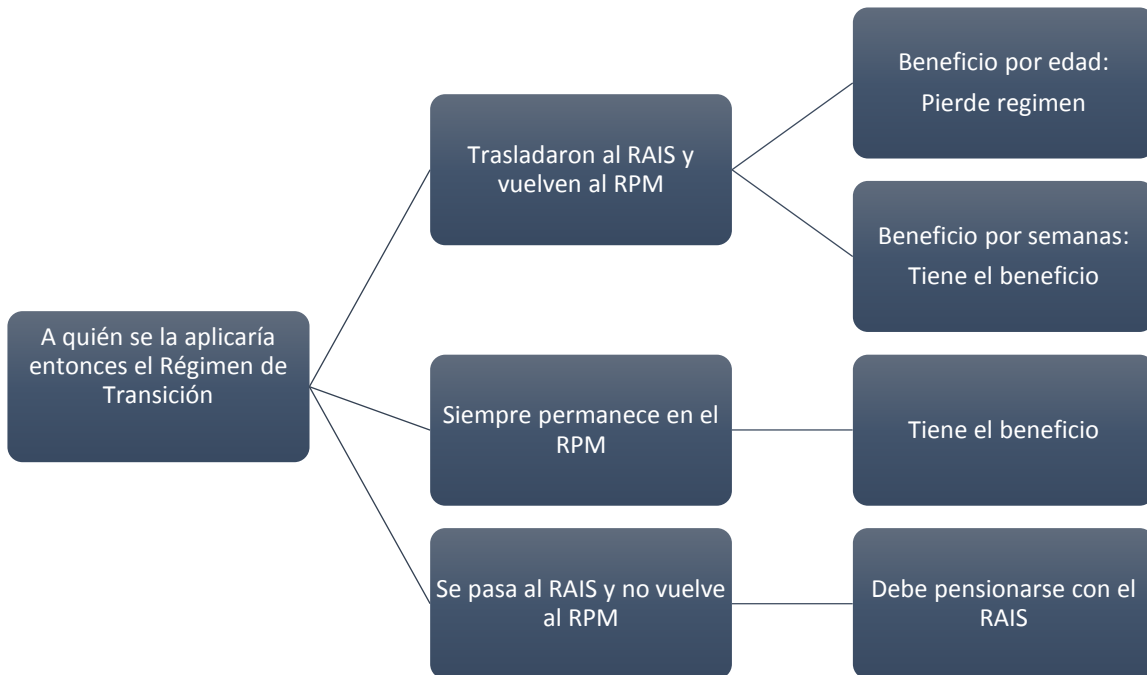
4 “(...) Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen. Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida (...)” Artículo 36 ley 100.

a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y

b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida”.

(C-789 de 2002)



Pero a pesar de haber extendido el régimen de transición a quienes se habían trasladado al RAIS y habían vuelto al RPM y pretendían acceder al régimen por el número de semanas, se mantuvo en la posición de que quienes pretendieran pensionarse estando en el RAIS perdían el régimen de transición.

2. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

La ley 100 de 1993 creó además un nuevo régimen (RAIS). En el régimen de prima media se habla de que la prestación está definida, es decir, se conocen los requisitos de edad, semanas, y los valores sobre los que se liquida el derecho pensional. Por su parte, en el RAIS no hay requisitos de valor ni periodicidad, lo que se observa a la hora de pensionarse es el valor al que asciende la cuenta individual y a partir de eso se liquida la pensión.

Lo aportado en su totalidad, debe distribuirse así

- Un 3% que se distribuye entre la **comisión de la aseguradora y la prima que se paga para el seguro de vida/invalidéz**, al que tiene derecho cada afiliado si cumple con los requisitos de ley. Esto, ya que cuando es acreedor de una pensión de este tipo, se necesita más dinero del que hay en la cuenta individual para asumirla. De esta forma, se adquiere un seguro que pueda completar el capital que haga falta para completar esa pensión y por otro lado la comisión de administración que cobra la Administradora de Fondo de Pensiones (AFP). Esta tasa varía de acuerdo a cada AFP.
- Una prima para el **fondo de pensión mínima**. Equivale al 1.5% mensual de lo cotizado.
- **Cuenta individual**. Aquí queda el 11.5% restante de lo cotizado, lo cual produce intereses variables. El capital incluido en la cuenta individual se puede invertir de en

cualquiera de los tres fondos: conservador, moderado, mayor riesgo; que variará en la forma en que se invierta el capital y el riesgo que se asuma de acuerdo a esta.

La pensión de vejez en este régimen, consiste en que la persona se pueda pensionar a la edad que quiera siempre y cuando tenga en su cuenta individual un capital que garantice, al menos, una pensión mínima. Dicho capital lo fija la ley y anualmente la Asociación de Fondos de Pensiones (en adelante ASOFONDOS) informa cuanto es necesario tener en la cuenta individual para que exista la posibilidad de financiar una pensión de 110% del Salario Mínimo Legal Vigente.

Modalidades de pensión de vejez (asumiendo que la persona ya tiene fondos suficientes en la cuenta individual):

- **Modalidad de retiro programado.** La pensión la paga mensualmente la AFP, la persona puede hacer un cálculo y establecer el monto de la mesada. La mesada que se decide, será la mesada de los próximos 12 meses y variará cada año según lo que desee recibir. No obstante, la persona tiene un límite que no puede gastar para poder tener capital suficiente para la pensión mínima, al momento en que el capital sea lo correspondiente al 110% de un SMMLV, la modalidad se modifica y cambia al modo de renta vitalicia. En caso de que el afiliado no tenga beneficiarios de ley, el capital entrará a hacer parte de la masa sucesoral.

Además existe la posibilidad si se cumplen los requisitos del artículo 85⁵ de la ley 100 de 1993 de acceder a los excedentes de libre disponibilidad y hacer usos de dichos recursos.

- **Modalidad de renta vitalicia.** La pensión la paga una compañía de seguros. La persona decide entregar a la compañía de seguros todo lo que tiene en la cuenta individual para que la compañía le empiece a dar una pensión mensual con un incremento anual garantizado del IPC. Se hace un cálculo de mesada atendiendo a la vida probable de la persona, si la persona tiene posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivencia, se hace el cálculo de la mesada de acuerdo a la vida probable de los beneficiarios de ley.
- **Retiro Programado con Renta Vitalicia Diferida:** El pensionado inicia con el pago del Retiro Programado a cargo de la AFP por el tiempo pactado. Una vez finalice se inicia el pago de la Renta Vitalicia a cargo de una aseguradora.

5 Artículo 85: “Será de libre disponibilidad, desde el momento en que el afiliado opte por contratar una pensión, el saldo de la cuenta individual de ahorro pensional, más el bono pensional, si a ello hubiere lugar, que exceda del capital requerido para que el afiliado convenga una pensión que cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Que la renta vitalicia inmediata o diferida contratada, o el monto del retiro programado, sea mayor o igual al setenta por ciento (70%) del ingreso base de liquidación, y no podrá exceder de quince (15) veces la pensión mínima vigente en la fecha respectiva, y
- b) Que la renta vitalicia inmediata, o el monto del retiro programado, sea mayor o igual al ciento diez por ciento (110%) de la pensión mínima legal vigente”.

- **Renta Temporal Variable con Renta Vitalicia Inmediata:** El pensionado decide el tiempo que desea gozar de la Renta Temporal Variable (entre 1 y 10 años). El pensionado recibe dos pagos de manera simultánea, uno lo hace la AFP (Renta Temporal Variable) y otro lo hace la aseguradora (Renta Vitalicia Inmediata).
- **Renta Temporal Variable con Renta Vitalicia Diferida:** El pensionado decide el tiempo por el cual desea tener la Renta Temporal Variable (entre 1 y 10 años). Se inicia con el pago de la Renta Temporal Variable a cargo de la AFP y cuando termine el tiempo pactado se inicia el pago de Renta Vitalicia a cargo de una aseguradora.
- **Retiro Programado sin negociación de Bono Pensional:** El pensionado accede a la pensión aún sin negociar el bono pensional. En el cálculo de la mesada se asume que el bono está redimido en la cuenta individual. Debe tener el capital suficiente para financiar el 130% de las mesadas requeridas desde la aprobación de la pensión hasta que se redima el bono pensional. Mientras se redime el bono, la pensión se administra bajo la modalidad de Retiro Programado, una vez se redima, el pensionado podrá seleccionar la modalidad que desea.

A diferencia del RPM, en el RAIS se habla de un Bono Pensional tipo A, otorgado a aquellos que se trasladaron de aquél al RAIS. Se expide a nombre de cada afiliado, solo es negociable cuando el afiliado opte por una pensión anticipada y además, independiente del momento en el que se redima se actualiza al IPC y se les aplica una tasa de interés.

Para tener derecho al bono pensional tipo A, los afiliados deben cumplir alguno de los siguientes requisitos:

-Haber efectuado cotizaciones al ISS o a las cajas o fondo de previsión del sector público por más de 150 semanas.

-Haber estado vinculado al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos. Si durante dicha vinculación hubo cotizaciones éstas deben sumar 150 semanas.

-Que al 23 de diciembre de 1993 estuvieran vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones.

-Haber estado afiliados a cajas de previsión del sector privado que tuvieran a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones.

-En caso de que una persona tuviera tiempos cotizados y tiempos laborados sin cotizaciones y el total de los tiempos cotizados no sumara 150 semanas, tendrá derecho a bono pensional solo sobre los tiempos no cotizados.

En caso de que un afiliado haya realizado aportes a varias entidades o laborado en varias entidades, el Bono lo emitirá solo una de ellas, sin embargo, a su pago pueden estar obligadas no solo el emisor, que sería el que mayor semanas registre, sino otras entidades que les corresponda asumir una cuota parte del bono.

Si a la fecha de entrada en vigencia del RAIS, el beneficiario tenía 55 o más años siendo hombre o 50 o más siendo mujer, podrá redimir el bono siempre y cuando demuestre que cotizó 500 semanas adicionales en el RAIS.

Los bonos pensionales tienen como finalidad incrementar el capital de la pensión. Actualmente su implementación se ha concentrado principalmente en el RAIS para así buscar la redención de los tiempos laborados antes del surgimiento de éste y poder aumentar el monto de cuenta individual de los afiliados.

Partiendo de las posibilidades de incrementar el valor de la cuenta individual y en caso de que las personas no logran conseguir dicho capital, la ley 100 establece que la persona podrá pensionarse con 62 años el hombre y la mujer con 57 años, además de haber cotizado por lo menos 1150 semanas. Si se cumplen estos requisitos, la persona debe recurrir al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que realizará un estudio y si la persona cumple los requisitos anteriores pero además no tiene ingresos adicionales a un salario mínimo, completará el capital para que la persona tenga derecho a una pensión de 1 SMLMV.

3. Crisis del sistema pensional

Con la creación de las AFP y el régimen de ahorro individual, éstas debían buscar la forma de lograr un alto porcentaje de afiliados en su sistema, por lo tanto se iniciaron labores de mercadeo provocando que gran porcentaje de los que se verían beneficiados por el régimen de transición, se trasladaran al RAIS y perdieran todos los beneficios tal como lo establecía el artículo 36 de la ley.

Pero en el momento en que los afiliados intentaron pensionarse y descubrieron que en caso de haber permanecido en el RPM podrían haberlo logrado, se empezaron a cuestionar por qué nunca habían sido informados de las consecuencias de su traslado. Debido a esto y con base en el artículo 13 de la ley 100⁶, se iniciaron incontables procesos judiciales que

⁶ Art 13: “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; (...)”

pretendían la declaratoria de nulidad e ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional.

Partiendo de que el plazo máximo para solicitar el traslado entre regímenes es de 10 años antes de cumplir la edad de jubilación y después de cada 5 años afiliado, la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 31989 de 2008 consideró que aunque no existiera amenaza o constreñimiento por parte de los fondos, el engaño vicia de nulidad el traslado, imponiendo la carga a las entidades de informar correctamente las consecuencias del cambio de régimen. Y concluyó que se debía realizar el traslado a Colpensiones y que quién se ajustara a ese supuesto se beneficiaría del régimen de transición.

Debido a que el régimen de transición se aplicó hasta más allá de 2014, que se extendió incluso a quienes habían ido al RAIS y vuelto al RPM, que se declararon nulos los traslados en donde hubo engaño por parte de los fondos privados y a que finalmente solo apenas en 1993 podíamos hablar de un sistema de seguridad social integral, el régimen público, más específicamente Colpensiones, entró en crisis. (LEGIS, 2016)

Desde el año 2004 ante el agotamiento de las reservas del RPM, el Gobierno Nacional asumió la financiación del déficit de pensiones, donde las pensiones más altas eran subsidiadas por el Estado. (Pensiones y Seguros BBVA Research, 2010). Además, desde el año 2013 el total de peticiones presentadas ante Colpensiones con términos vencidos ascendió a 287.238 y el número de tutelas pendientes fue de 63.921. (Portafolio, 2016)

La Corte Constitucional tuvo que abrir un incidente de desacato contra Mauricio Olivera, presidente de la entidad para la fecha y fue necesario otorgar un plazo para poder dar

respuesta a todos los requerimientos y ponerse al día con los ciudadanos que pretendieran y cumplieran los requisitos para pensionarse.

Solo hasta marzo de 2016 y tras varios autos de seguimiento, la Corte Constitucional determinó que la crisis en materia pensional estaba casi totalmente superada a excepción de unos cuantos casos pendientes (el número de peticiones pasó a 11.063 y de tutelas a 4.409) (Portafolio, 2016). Pero además el Gobierno debió destinar 231.775 millones de pesos para cubrir la ampliación del personal, el incremento de traslados del RAIS al RPM y el aumento de pensionados debido a la implementación del régimen de transición.

Luego de superada la crisis del nuevo régimen pensional se dio una especie de resurgimiento de Colpensiones, situación que ya se había dado al momento del tránsito del Instituto de Seguros Sociales a Colpensiones; la mayoría de cotizantes descubrieron que la posibilidad de pensionarse con una pensión mayor en Colpensiones era prácticamente evidente y como dicha entidad ya se encontraba al día con las prestaciones sabían que su pensión en el RPM sí sería posible y sería mucho mayor que en los fondos privados, ya que es subsidiada por el Gobierno Nacional.

Para evitar más demandas que pretendieran declarar la nulidad e ineficacia del traslado y proteger la estabilidad de las AFP, se expidió el Decreto 2071 de 2015 que pretendía implementar la doble asesoría en materia pensional.

4. Decreto 2071 de 2015

El numeral e del artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modifica el artículo 13 de la ley 100 de 1993 afirma que:

«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;»

Partiendo de los requisitos exigidos por ley para el traslado entre regímenes pensionales y a pesar de que en 2014 se había expedido la ley 1748, que en su artículo 2⁷ establecía una serie de obligaciones para las administradoras de pensiones en relación a la transparencia de la información que debían brindar a sus afiliados, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debió expedir el Decreto 2071 de 2015 para concretar las obligaciones a cargo de Colpensiones y de los fondos privados relacionadas con la información de los afiliados, esto con el fin de acabar con la acumulación de demandas que pretendían declarar la nulidad e ineficacia del traslado. Se establecieron las siguientes obligaciones:

- Enviar los extractos a los afiliados y pensionados trimestralmente para los fondos privados y anualmente para Colpensiones.
- El afiliado puede solicitar una proyección del valor del beneficio pensional en el RAIS.

⁷ **ARTÍCULO 2o.** (...)

El afiliado podrá solicitar una proyección de su expectativa pensional a la Administradora en la que se encuentre afiliado. Para ello suministrará a la administradora respectiva la información adicional que requiera sobre su situación familiar y beneficiarios, entre otros factores necesarios para la estimación. La proyección de la expectativa pensional se calculará con base en las normas legales existentes. El afiliado tiene derecho a contar con asesoría personalizada para este efecto.(...)

- Proporcionar información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos en relación su participación en cualquiera de los dos regímenes.
- Además deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, la asesoría debe entenderse como un cálculo estimado de la posible pensión, la devolución de saldos y la indemnización sustitutiva.

Con la implementación de la doble asesoría se redujo a la mitad los trasladados de los fondos privados a Colpensiones de mujeres mayores de 42 años y hombres mayores de 47. Según Asofondos, con este Decreto se benefició en gran parte a los afiliados pues se redujeron en gran proporción los traslados que podrían terminar siendo un error para el trabajador al trasladarse de un régimen a otro.

Muchas personas al momento de trasladarse a un fondo solo consideraban como sería su situación en el momento de pensionarse pero no analizaban las alternativas existentes en caso de que no alcanzaran los requisitos pensionales.

El efecto de la doble asesoría permitió no solo informar correctamente la situación de cada persona sino plantear el caso donde la persona no pudiera alcanzar los requisitos para pensionarse e informar qué alternativas tendría en caso de no hacerlo.

5. Acción de cobro de las entidades del régimen pensional.

La ley 100 de 1993 en su artículo 24 estableció que los fondos de pensiones tienen la obligación de ejercer la acción de cobro idónea contra los empleadores cuando se configure mora mayor a cuatro meses para hacer la cotización al sistema.

Debido a que los intereses que se causan en virtud de la mora del empleador en el pago de la cotización, el artículo 23 de la ley 100 reconoce que los intereses también financian las pensiones, pues estos se abonan en el fondo de reparto correspondiente, cuando se trata de afiliados al RPM o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados en el RAIS, teniendo en cuenta que la tasa de mora es la más alta establecida por el Estatuto Tributario y que varía cada cuatro meses.

Vencidos los plazos del empleador para realizar la respectiva cotización, y luego de haberse configurado al menos 4 meses de mora, la entidad administradora debe requerir al empleador moroso. Si dentro de los 15 días hábiles siguientes no se da respuesta, esta deberá realizar la correspondiente liquidación que presta mérito ejecutivo de acuerdo al artículo 24 de la ley 100 (Superintendencia Financiera de Colombia, 2006).

Además la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, ha hecho constante énfasis en que dichas acciones de cobro son imprescriptibles, tal como lo estableció en Sentencia 21378 de 2005:

“Ahora bien, si el derecho a la pensión es imprescriptible y durante su formación está sometido a la condición suspensiva de que confluayan los requisitos mínimos exigidos en la ley, no puede afirmarse contrariamente, que las acciones encaminadas a obtener su conformación, mediante el pago de las semanas dejadas de cotizar, estén sometidas al término trienal ordinario de prescripción, pues ello haría nugatorio su reconocimiento, toda vez que solo serían exigibles tanto frente al empleador, como frente a la entidad de seguridad social, sino aquellas causadas durante este último lapso (...)”

Siendo una obligación imprescriptible y existiendo la obligación de ejercer la acción de cobro para las entidades del régimen pensional, existe además la consecuencia de la solidaridad para aquellas que decidan no ejercer la acción. En el momento en que el fondo tenga la posibilidad de efectuar el cobro al empleador y no lo haga (se entiende como hecho haber realizado el cobro del título ejecutivo), dicho cobro se hace efectivo y por lo tanto, se convierte en deudora solidaria de los aportes no pagados por el empleador.

Siendo así, la administradora no puede negar el reconocimiento de la pensión basándose en la mora del empleador y debe reconocer al afiliado las semanas que dejó de cotizar su empleador al momento de hacer efectivo el derecho a una pensión, tal como lo ha establecido la Corte Constitucional en sentencias T 920 de 2010 y T 702 de 2008. Asimismo, en caso de que el afiliado no cumpla los requisitos para acceder a una pensión, la entidad debe reconocer las semanas en las que el empleador estuvo en mora para efectuar la devolución de saldos o indemnización sustitutiva, sea cual sea el caso, y no puede argumentar el no reconocimiento de dicho tiempo excusándose en el no pago oportuno del empleador.

IV.ALTERNATIVAS A LA PENSIÓN DE VEJEZ FALLIDA

A pesar de existir la posibilidad de cotizar en un fondo para posteriormente tener el derecho a una pensión, es necesario reconocer que no siempre la calidad de afiliado termina con la entrega de una pensión y que existen otras alternativas para aquellos que alguna vez estuvieron afiliados y cotizaron pero no alcanzaron a reunir los requisitos pensionales.

Para analizar qué alternativas tiene el sistema para aquellos que no alcancen a cumplir los requisitos para obtener una pensión en cualquiera de los dos regímenes, es importante visualizar el panorama del país en relación a las personas que efectivamente logran pensionarse.

Actualmente el número de afiliados, cotizantes y pensionados en Colombia es la siguiente:

(Rosales, 2017)

	<i>Régimen de prima media</i>	<i>Régimen de ahorro individual</i>
<i>Afiliados</i>	6.400.000	13.000.000
<i>Cotizantes</i>	2.270.000	6.110.000
<i>Pensionados</i>	1.230.000	104.000

Según esto solo el 35% de los afiliados en el RPM y el 47% de los afiliados al RAIS están generando un ahorro para su pensión. Quiere decir que probablemente el porcentaje restante en cada uno de los regímenes no logre alcanzar los requisitos pensionales cuando llegue el momento de pensionarse por lo que tendrán que recurrir a alguna de las alternativas existentes en caso de una “pensión fallida⁸”.

No siendo esto suficiente, el presidente de Fasecolda, Jorge Humberto Botero, se pronunció en 2017 frente al tema y afirmó que solo el 23% de las personas de la tercera edad reciben una pensión, esto teniendo en cuenta que es un porcentaje que posiblemente irá a disminuir. (El Colombiano, 2017)⁹

⁸ Se entenderá como pensión fallida cuando el afiliado no cumple los requisitos para acceder a una pensión de vejez.

A partir de dichas cifras, es posible concluir que Colombia afronta una gran problemática en el ahorro destinado para poder acceder a una pensión de vejez. Diversos factores como la informalidad, la inestabilidad laboral, entre otros, son los causantes de que no haya continuidad en las cotizaciones en más del 50% de los afiliados de ambos regímenes y por lo tanto que cuando llegue el momento de pensionarse, este porcentaje no logre cumplir con los requisitos para acceder a la pensión.

Desafortunadamente, al momento de afiliarse a cierto régimen pensional o en el momento de traslado las personas no suelen tener en cuenta que existe una alta probabilidad de no alcanzar los requisitos pensionales y por lo tanto no analizan en qué régimen encontrarían mejores alternativas para su vejez.

Por lo tanto es importante analizar qué alternativas existen en cada uno de los regímenes existentes y señalar que frente a la pensión fallida existen otros caminos que deben ser tenidos en cuenta al momento de afiliarse o trasladarse de régimen.

1. Indemnización Sustitutiva (Régimen de Prima Media)

En primer lugar, al expedirse la ley 100 y regular el Régimen de Prima Media se estableció en el artículo 37¹⁰ la posibilidad de recibir una indemnización sustitutiva en caso de no haber cotizado el número de semanas necesarias por ley para recibir la pensión de vejez.

¹⁰ **ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.** Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

Posteriormente el Decreto 1730 de 2001, se encargó de reglamentar las condiciones de la indemnización sustitutiva y la forma de establecer la cuantía de esta.

Según el artículo mencionado del Decreto 1730, para determinar el valor de la indemnización se debe aplicar la siguiente fórmula:

Indemnización Sustitutiva = SBC X SC X PPC

SBC= El salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 2004, sobre los cuales cotizó el afiliado a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado con el IPC.

SC= Es la suma de las semanas cotizadas

PPC= El promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común a la administradora. Los porcentajes son aquellos establecidos en el artículo 7¹¹ de la ley 797 de 2003 que determinan que

¹¹ **ARTÍCULO 7o.** El artículo 20 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 20. Monto de las cotizaciones. La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización.

En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

A partir del 1o. de enero del año 2004 la cotización se incrementará en un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización. Adicionalmente, a partir del 1o. de enero del año 2005 la cotización se incrementará en medio por ciento (0.5%) y otro medio punto (0.5%) en el año 2006. A partir del 1o. de enero del año 2008, el Gobierno Nacional podrá incrementar en un (1%) punto adicional la cotización por una sola vez, siempre y

porcentaje de la cotización se destinará para la pensión de vejez y que porcentaje para la de invalidez y sobrevivientes.

De acuerdo a lo establecido por Gerardo Arenas Monsalve, (Monsalve, El derecho colombiano de la Seguridad Social, 2008, págs. 267-269) la distribución de las cotizaciones en el RPM ha evolucionado así:

En el año 2003 la cotización era de un 13.5% sobre el Ingreso Base de Cotización (IBC), el cual se distribuía así: el 10.5% a financiar la pensión de vejez y las reservas correspondientes y el 3% restante se destina financiar los gastos de administración y la pensiones de invalidez y sobrevivientes.

En el año 2004, la cotización era del 14.5% del IBC, del cual el 11.5% eran para el pago de pensión de vejez y las reservas y el 3% para el pago de gastos de administración y pensiones de invalidez y sobrevivientes. Los afiliados con ingresos mayores a 4 SMMLV deberían pagar un punto adicional (con aumentos progresivos) destinado al Fondo de Solidaridad Pensional.

En el año 2005, la cotización del 15% del IBC correspondía el 12.5% para el pago de pensiones de vejez y reservas y el 3% para el pago de gastos de administración y pensiones de invalidez y sobrevivientes. Los puntos adicionales se destinaban al Fondo de Solidaridad Pensional de igual forma a la indicada antes.

cuando el crecimiento del producto interno bruto sea igual o superior al 4% en promedio durante los dos (2) años anteriores.

El incremento de la cotización se destinará en el régimen de prima media al pago de pensiones y a la capitalización de reservas pensionales. (...)

En los años 2006 y 2007 el porcentaje subió a 15.5%, donde el 12.5 era para el pago de pensiones de vejez y reservas y el 3% para el pago de gastos de administración y demás pensiones. Los puntos adicionales se destinaban al Fondo de Solidaridad Pensional.

A partir del año 2008, el porcentaje pasa al 16% que se distribuye así: el 13% para el pago de pensiones de vejez y reservas y el 3% para administración y demás pensiones. Los puntos adicionales se destinan al fondo de Solidaridad Pensional.

Para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez el afiliado debe demostrar que ha cumplido con la edad y declarar que le es imposible seguir cotizando. O en caso de ser servidor público cuando se retire del servicio por haber cumplido la edad de retiro forzoso y declare que está en imposibilidad de seguir cotizando.

La indemnización sustitutiva se financia con los períodos cotizados por el afiliado, en este caso no se puede acudir al bono pensional para solicitarla, pues cada administradora de prima media a la que haya cotizado el trabajador deberá reconocer propiamente la indemnización sustitutiva.

2. Devolución de Saldos (Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad)

La devolución de saldos fue regulada en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y posteriormente modificada por el artículo 7 de la ley 797 de 2003.

Arenas Monsalve, (Monsalve, El derecho colombiano de la Seguridad Social, 2008, págs. 289-291) estableció que la evolución en el RAIS en lo que respecta a la distribución de los porcentajes de cotización ha sido la siguiente:

En 2003, la tasa de cotización era de 13.5%, distribuido así: el 10% para la cuenta individual, el 0.5% para el fondo de Garantía de Pensión Mínima y el 3% para financiar los gastos de

administración, la prima de reaseguros de Fogafin y las primas de seguro de invalidez y sobrevivientes.

En 2004, la tasa de cotización pasó a ser de 14.5% distribuido así: el 10% para la cuenta individual, el 3% para financiar los gastos de administración y seguros, el incremento se aplica al Fondo de Garantía de Pensión Mínima ya que la ley establecía dicha obligación, quedando entonces en 1.5%. Los afiliados de cuatro o más SMMLV suben un punto su cotización la cual se destina al Fondo de Solidaridad Pensional.

En 2005, la tasa de cotización se eleva al 15 % , la ley señala que el incremento de ese año irá a la cuenta individual, la cual queda en 10.5%, el 3% para financiar los gastos de administración y seguros y el 1.5% al Fondo de Garantía de Pensión. Los afiliados de 4 o más SMMLV suben un punto su cotización la cual se destina al Fondo de Solidaridad Pensional.

En 2006 y 2007, la tasa de cotización se eleva al 15.5 % , la ley señala que nuevamente el incremento de ese año irá a la cuenta individual, la cual queda en 11.5 % , el 3% para financiar los gastos de administración y seguros y el 1.5% restante se destina al Fondo de Garantía de Pensión. Los afiliados de 4 o más SMMLV suben un punto su cotización la cual se destina al Fondo de Solidaridad Pensional.

En 2008, el porcentaje de la cotización quedó en un 16% en el que el 11.5% se destina a la cuenta individual, el 3% para seguros y administración y el 1.5 para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

Tal como se explicaba en el acápite anterior, el valor actual del aporte es igual al RPM, quiere decir que se aporta un 16% del salario, aunque la distribución es diferente. Se distribuye entre

la prima mensual para garantizar las pensiones de invalidez y sobrevivencia, la prima para el fondo de garantía de pensión mínima, la prima para la cuota de administración y la cuenta individual. Cuando el capital de la cuenta individual no permite financiar la pensión mínima, esto es, que no existe un capital mayor al 110% para cubrir una pensión de un SMMLV; en este caso, se podría hablar de que los supuestos de la pensión fallida se configuran.

Pero en el RAIS, existe otra posibilidad para facilitar a los afiliados que han sido constantes en sus cotizaciones, poder recibir una pensión mínima. Para ello se creó la Garantía de Pensión Mínima, a la que se puede acceder si se ha logrado cotizar por lo menos 1.150 semanas y se cumple la edad de jubilación establecida por ley (mujeres 57 y hombres 62), si se dan estos requisitos, el Fondo de Garantía de Pensión Mínima completará lo que le falta al afiliado para acceder a una pensión de 1 SMMLV, esto siempre y cuando el afiliado no tenga un ingreso mayor a 1 SMMLV. En caso de que tampoco se cumplan los requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima, ya sea porque hay otro ingreso mayor a 1 SMMLV o no alcanzó a cotizar más de 1150 semanas, el afiliado tiene la posibilidad de continuar cotizando hasta alcanzar el derecho y la administradora no puede impedirle esta posibilidad.

Pero si el afiliado definitivamente no cuenta con el capital, no puede acceder a la Garantía de Pensión Mínima y no tiene posibilidad alguna o no desea seguir cotizando para alcanzar la pensión, podrá solicitar la devolución de saldos a la entidad.

La devolución de saldos es el retorno de todo el capital acumulado que el afiliado tenga en la cuenta individual, al hablar de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual nos referimos a la acumulación de lo aportado, más los rendimientos financieros y en caso de existir bono pensional, este también se suma.

Debido a la reglamentación y vigilancia que tienen los fondos privados, la Superintendencia Financiera se encarga de estipular anualmente cuál es la tasa de rentabilidad mínima. Las AFP están obligadas a tener una rentabilidad mínima en el fondo obligatorio, en caso de no lograrla, el Fondo responde con su patrimonio, por lo tanto el afiliado no asume el riesgo de pérdida y siempre se le garantizará que su capital y un mínimo de rendimientos le serán entregados en caso de no alcanzar los requisitos pensionales.

A pesar de que la reglamentación sobre la devolución de saldos se entendería suficiente y completa, existe una problemática ya que la ley 100 de 1993 estableció en su artículo 61¹² quienes estarían excluidos del RAIS, siendo este artículo la base para que los fondos de pensiones negaran habitualmente la devolución de saldos a quienes cabían en el supuesto de dicho artículo.

Pero la Corte Constitucional en sentencia T-853 de 2010 analizó dos casos en los que las AFP se negaron a reconocer la devolución de saldos a dos personas mayores de 65 años que declararon su imposibilidad de seguir cotizando, la razón de esto fue que no tenían el capital suficiente para acceder a la devolución de saldos, de acuerdo al literal b del artículo 61 de la

¹² **ARTICULO. 61.-Personas excluidas del régimen de ahorro individual con solidaridad.** Están excluidos del régimen de ahorro individual con solidaridad:

- a) Los pensionados por invalidez por el Instituto de Seguros Sociales o por cualquier fondo, caja o entidad del sector público, y
- b) Las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieron cincuenta y cinco (55) años o más de edad, si son hombres, o cincuenta (50) años o más de edad, si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes.

ley 100 que establecía que para gozar de los beneficios del RAIS se debía tener más de 500 semanas cotizadas.

El primer caso era un hombre que se había trasladado al RAIS siendo mayor de 55 años y solo tenía 214 semanas cotizadas. La Corte consideró que no era posible exigirle a este que siguiera cotizando para acceder a la pensión de vejez o a la garantía de pensión mínima ya que evidentemente no era posible que siguiera asumiendo ese costo debido a su avanzada edad.

En el segundo caso, se trataba de una señora de 67 años de edad quien se había trasladado al RAIS y sólo tenía 73.71 semanas cotizadas. La sala consideró que según el artículo 28¹³ del Decreto 1513 de 1998, la obligación de cotizar como mínimo 500 semanas se ve exceptuada cuando el afiliado manifiesta que no le es posible hacerlo. Por lo tanto el fondo no podría exigir el cumplimiento de las 500 semanas de cotización debido a que la afiliada manifestó su imposibilidad de seguir cotizando.

Es por ello, que si la persona no cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez, a la garantía de pensión mínima de vejez y tiene la edad exigida por ley y no le es posible seguir cotizando, las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen la obligación de hacer la correspondiente devolución de saldos.

¹³ **Artículo 28.** El artículo [21](#) del Decreto 1474 de 1997, quedará así:

Las personas cobijadas por el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, deberán cotizar por lo menos durante quinientas (500) semanas en el nuevo régimen y no podrán negociar el bono pensional para solicitar pensión o devolución de saldos de conformidad con el artículo 66 de la Ley 100, mientras mantengan una vinculación laboral con algún empleador o puedan seguir cotizando en condición de independientes. De lo contrario, deberán manifestar bajo juramento su imposibilidad de cotizar.

3. ¿Indemnización sustitutiva o devolución de saldos?

La Corte Constitucional en sentencia C-375 de 2004 declaró, con respecto a la indemnización sustitutiva y devolución de saldos, que *“los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados”*. Además precisó que los afiliados al sistema de seguridad social que no hayan cumplido con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, no están forzados a realizar los aportes por el tiempo necesario para cumplir con el número de semanas cotizadas, ni implica que los afiliados se encuentren obligados a declinar de la expectativa de una pensión de vejez.

Es pertinente aclarar que tanto la devolución de saldos como la indemnización sustitutiva tienen las características de ser derechos imprescriptibles, irrenunciables y suplementarios.

Son imprescriptibles dado su carácter de derecho pensional, además pueden ser solicitado en cualquier tiempo por todo aquel que habiendo cumplido la edad para pensionarse no logre acreditar los requisitos para hacerlo. La Corte, (Corte Constitucional, 2006) ha sostenido que *“es un **derecho imprescriptible**, en atención a los mandatos constitucionales que expresamente disponen que dicho derecho es irrenunciable (art. 48 C.P) y que, a su vez, obligan a su pago oportuno (art. 53 C.P). (...) Para la Corte la naturaleza no extintiva de dicho derecho, constituye un pleno desarrollo de los principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad y, además, propende por la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad, con la finalidad de asegurar el mantenimiento de unas condiciones de vida dignas (arts. 1º, 46 y 48 C.P).”*

Es irrenunciable ya que es una acreencia de la seguridad social a la cual tienen derecho todas las personas afiliadas a cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes. Ha dicho la

Corte que *“en la indemnización sustitutiva y la devolución de saldos, se encierran criterios estrechamente ligados a la equidad. Así, el sentido de la prestación, asociado a un mínimo de justicia material, es que una persona que, en su etapa laboral, constituyó un ahorro para afrontar sus necesidades durante el período en que cesan sus capacidades productivas, tiene derecho a beneficiarse directamente de ese ahorro pues, sin duda, le pertenece.”* (Corte Constitucional , 2007)

Se considera suplementario pues a pesar de que a los afiliados se les da la libertad de solicitarlo ya sea ante Colpensiones o ante las AFP, es necesario hacer la aclaración, y así lo ha hecho la Corte en sentencias T-138 de 2010 y T- 640 de 2013, que a pesar de que la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos sean prestaciones potestativas, es decir, que se necesita la voluntad del afiliado para poder reclamarla, dicha reclamación no es posible hacerla en cualquier momento, sino que es necesario partir de que la edad legal para pensionarse debe ser específicamente el punto de partida para analizar la procedencia o no de cualquiera de las dos figuras, esto es, que no es posible “estar sujeto a la discrecionalidad del titular de la cuenta de ahorro individual pues no se trata de una cuenta corriente o de ahorro bancario, sino de un sistema fundamentado en la solidaridad. (Corte Constitucional, 2013)

Aunque se podría afirmar que la indemnización sustitutiva y la devolución de saldos tienen la misma finalidad, se puede concluir que evidentemente para aquellos que no alcanzan a cumplir los requisitos para pensionarse, también es relevante el régimen al que estén afiliados.

A pesar de que ambos regímenes buscan hacer una devolución de los aportes en materia pensional a aquél que no cumpla los requisitos para obtener la pensión de vejez, el cálculo

en cada uno es completamente diferente. En los fondos privados partimos de que la devolución de saldos es la devolución de los aportes pensionales más los rendimientos que estos generaron durante todo el tiempo de cotización, mientras que en Colpensiones, tal como se explicó previamente, la devolución se calcula a través de un porcentaje de aquellos, por lo tanto en la indemnización sustitutiva no se asegura el reintegro de todos los aportes pensionales sino de un porcentaje.

Lo que habitualmente sucede con las personas que deciden cotizar en un régimen u otro o que deciden trasladarse previo a cumplir los 10 años antes de la edad de jubilación como plazo máximo de traslado por última vez, es que no tienen en cuenta de que existe la posibilidad de no alcanzar los requisitos para pensionarse y tener que acudir ya sea a la indemnización sustitutiva o a la devolución de saldos. Por esto, al tomar normalmente la decisión de afiliarse a un régimen u otro no se tiene en cuenta este factor, de gran relevancia en un país donde más del 50% de los afiliados al régimen de pensiones no logra alcanzar los requisitos para acceder a una pensión de vejez.

En un estudio realizado en el año 2013 por la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social (Portafolio, 2017), más del 95% de quienes se habían trasladado del régimen privado al público se habrían equivocado, pues les resultaba más beneficioso permanecer en el anterior. A raíz de esto, la Superintendencia Financiera expidió la circular 16 del año 2016, que reglamentó la Ley 1748 y el decreto 2061 del 2015, con el fin de que aquellas personas cercanas a la edad de pensión reciban asesoría profesional especializada y personalizada para determinar cuál de los dos regímenes le conviene más de acuerdo a la condición de afiliado que tenga cada uno al momento del traslado.

Dicha asesoría se gestiona a través de la administradora de pensiones a la que se encuentre afiliado el ciudadano o a la que se desee cambiar y a partir de ello se le asignarán dos citas. En cada una de las citas le muestran al afiliado como va o en que constaría su ahorro, los requisitos pensionales y las alternativas que tiene en caso de no lograr acceder a una pensión. Un representante del régimen en el que se encuentra en ese momento le muestra cómo va su ahorro, sus aportes, (si es del privado le explicará la evolución de sus rendimientos), las semanas que ha cotizado y las que le faltan, entre otros aspectos, para aconsejarle en que régimen sería su mejor opción.

Con el Decreto de doble asesoría se ha pretendido entonces evitar lo que sucedía anteriormente en el país, que debido a la desinformación de los afiliados, las decisiones tomadas en relación al traslado entre regímenes podrían terminar siendo perjudiciales, teniendo en cuenta que la problemática era completamente evidente en el tema de devolución de saldos o indemnización sustitutiva donde el afiliado no contemplaba esta posibilidad y tomaba la decisión de afiliarse en un régimen u otro sabiendo que lo más probable es que no lograra alcanzar los requisitos para acceder a una pensión de vejez.

Pero debido a la problemática de la pensión fallida que permanece y desafortunadamente crece constantemente en Colombia, se han implementado otras figuras con la intención de atenuar un poco este fenómeno pensional en el país.

4. BEPS (Beneficios Económicos Periódicos)

En el Acto Legislativo 1 de 2005 se consagró la posibilidad de conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo mensual vigente a personas de escasos recursos y que no cumplan con los requisitos para acceder a una pensión.

A raíz de ello se expidió la Ley 1328 de 2009, que señaló los requisitos para acceder al Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS) ¹⁴ y se obligó al Gobierno Nacional a reglamentar la materia.

En el Decreto 604 de 2013 se reglamentó el acceso y operación del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS), operado por Colpensiones, que los definió como “un mecanismo individual, independiente, autónomo y voluntario de protección para la vejez, que se ofrece como parte de los Servicios Sociales Complementarios y que se integra al Sistema de Protección a la Vejez, con el fin de que las personas de escasos recursos que participen en este mecanismo, obtengan hasta su muerte un ingreso periódico, personal e individual.”

Los requisitos para ingresar a los BEPS son:

-Ser ciudadano colombiano.

¹⁴ **ARTÍCULO 87. BENEFICIOS ECONÓMICOS PERIÓDICOS.** Las personas de escasos recursos que hayan realizado aportes o ahorros periódicos o esporádicos a través del medio o mecanismo de ahorro determinados por el Gobierno Nacional, incluidas aquellas de las que trata el artículo 40 de la Ley 1151 de 2007 podrán recibir beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, de los previstos en el Acto legislativo 01 de 2005, como parte de los servicios sociales complementarios, una vez cumplan con los siguientes requisitos:

1. Que hayan cumplido la edad de pensión prevista por el Régimen de Prima Media del Sistema General de Pensiones.
2. Que el monto de los recursos ahorrados más el valor de los aportes obligatorios, más los aportes voluntarios al Fondo de Pensiones Obligatorio y otros autorizados por el Gobierno Nacional para el mismo propósito, no sean suficientes para obtener una pensión mínima.
3. Que el monto anual del ahorro sea inferior al aporte mínimo anual señalado para el Sistema General de Pensiones.

-Pertener a los niveles I, II y III del SISBEN.

El aporte es voluntario y flexible en cuantía y periodicidad. En consecuencia, se puede efectuar en cualquier tiempo, sin restricción en la cuantía mensual, salvo el aporte anual máximo establecido por el Ministerio del trabajo. En caso de que la persona haya alcanzado el aporte anual máximo, se le informará al afiliado que no puede seguir realizando aportes a través del mecanismo BEPS y si llegaran a realizarse aportes que excedan el monto se contabilizarán para el año siguiente.

La novedad de este mecanismo no es la posibilidad de afiliarse de forma flexible, sino la existencia de un incentivo periódico, el cual consiste en un aporte económico otorgado por el Estado que se calcula anualmente para cada beneficiario, de acuerdo a los aportes que este haya realizado, teniendo como finalidad desarrollar el principio de solidaridad con la población más vulnerable. El valor del subsidio es del veinte por ciento (20%) del aporte realizado por el afiliado al sistema.

Para ser beneficiario de los BEPS se está sujeto al cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que el beneficiario si es mujer haya cumplido 57 años de edad, o si es hombre 62 años de edad.
2. Que el monto de los recursos ahorrados, más el valor de los aportes obligatorios, más los aportes voluntarios al Fondo de Pensiones Obligatorio y otros autorizados por el Gobierno Nacional para el mismo propósito, no sean suficientes para obtener una pensión mínima.
3. Que el monto anual del ahorro sea inferior al aporte mínimo anual señalado para el Sistema General de Pensiones.

Una vez se cumplan los requisitos anteriores, el beneficiario puede:

1. Contratar de forma irrevocable con una compañía de Seguros de Vida legalmente constituida, una anualidad vitalicia pagadera cada dos meses y hasta su muerte. Este beneficio no podrá superar el ochenta y cinco por ciento (85%) de un salario mínimo mensual legal vigente y se ajustará anualmente con el IPC. Si en el momento de contratarlo, los recursos aportados, más sus rendimientos y el valor del incentivo periódico superan dicho porcentaje, el capital que exceda dicho porcentaje se devolverá al beneficiario.
2. Solicitar la devolución de la suma ahorrada y sus rendimientos en un único pago, evento en el cual no tiene derecho al subsidio periódico.
3. Pagar total o parcialmente un inmueble de su propiedad. En este caso se hará acreedor del subsidio periódico.
4. Trasladar los recursos al Sistema General de Pensiones y continuar cotizando, pero el beneficiario no podrá obtener un doble subsidio proveniente del Estado relacionado con pensiones.

Las personas pueden estar afiliados tanto al Sistema General de Pensiones (RAIS y RPM) como a los BEPS al mismo tiempo, sin embargo no pueden realizar aportes en un mismo mes a los dos sistemas. Evidentemente no podrán recibir simultáneamente los subsidios de ambos sistemas y primarán los beneficios que se puedan obtener en el Sistema de Pensiones que en los BEPS.

Si la persona se encuentra afiliada al RAIS existen varios supuestos en los que la coexistencia de regímenes permite fusionarse y hacer uso de las cotizaciones en alguno de los mecanismos:

1. Que adquiere el derecho a la Garantía de Pensión Mínima: en este caso se le devolverán los recursos ahorrados en BEPS con sus rendimientos. No tiene derecho al incentivo periódico.

2. Que requiere los recursos ahorrados en BEP: para completar el capital necesario en su cuenta de ahorro individual que le permita obtener una pensión, podrá voluntariamente destinar los recursos de los BEPS y sus rendimientos para tal fin y hacerse acreedora al incentivo periódico, siempre y cuando no se haga uso de la Garantía de Pensión Mínima.

3. Necesita lo ahorrado en BEPS para completar las semanas de cotización: Si los recursos ahorrados en BEPS y sus rendimientos le permiten completar el número de semanas mínimas requeridas, puede solicitar la Garantía de Pensión Mínima, eso si, sin tener derecho al Incentivo periódico.

4. Quiere aportar lo ahorrado en BEPS como cotización voluntaria: Si la persona tiene capital suficiente para una pensión, podrá destinar las sumas ahorradas en el mecanismo BEPS más sus rendimientos, como cotizaciones voluntarias, con el fin de incrementar el saldo de su cuenta individual de ahorro pensional, para optar por una pensión mayor. No tiene derecho al incentivo periódico.

5. Si la persona no cumple con los requisitos para pensionarse: puede voluntariamente decidir que los recursos por concepto de devolución de saldos, podrán destinarse como ahorro al mecanismo BEPS. Los recursos se tendrán en cuenta para el cálculo del incentivo periódico

Cuando el aporte de la devolución de saldos supere el tope máximo para obtener un Beneficio Económico Periódico, el incentivo periódico se otorgará solamente sobre el monto del ahorro

necesario para conformar dicho capital, incluyendo el subsidio y el excedente será devuelto al beneficiario.

Por otro lado, si la persona se encuentra afiliado al RPM se pueden dar los siguientes supuestos:

1. Si requiere los recursos ahorrados en BEPS, para cumplir con los requisitos que le permitan obtener una pensión: podrá voluntariamente destinar los recursos de los BEPS y sus rendimientos para tal fin y hacerse acreedor del incentivo periódico.

2. Si cumple con las semanas mínimas requeridas para el reconocimiento de la pensión de vejez: se permite destinar las sumas ahorradas en el mecanismo BEPS y sus rendimientos para incrementar el monto de la pensión de vejez, no tendrá derecho al incentivo periódico.

3. Si la persona cumple los requisitos y no desea destinar las sumas ahorradas: puede solicitar que los recursos ahorrados en BEPS, más los rendimientos generados, le sean devueltos por la administradora de BEPS y no tendrá derecho al incentivo periódico.

4. Si la persona no cumple con los requisitos para pensionarse: puede voluntariamente decidir que los recursos por concepto de indemnización sustitutiva, se destinen como ahorro al mecanismo BEPS, con el fin de obtener o incrementar la suma periódica que la persona planea contratar. Los recursos se tendrán en cuenta para el cálculo del incentivo periódico

Cuando el aporte de la indemnización sustitutiva supere el tope máximo para obtener un Beneficio Económico Periódico, el incentivo periódico se otorgará solamente sobre el monto del ahorro necesario para conformar dicho capital, incluyendo el subsidio y el excedente será devuelto al beneficiario.

5. ¿Por qué los BEPS y no la pensión?

Es necesario aclarar que la creación de este mecanismo no pretendió en ningún momento reemplazar al sistema de pensiones, no obstante se pretendía beneficiar a más de 7 millones de colombianos que por cualquier motivo no podrían acceder a una pensión de vejez.

La diferencia entre una pensión y un BEPS radica en que a pesar de que la Constitución establezca que no puede haber pensión menores a un SMMLV, los BEPS son una forma de ahorro creada para aquellos que no tengan la posibilidad de cotizar para acceder a una pensión mínima y el beneficio no puede exceder el 85% de un salario mínimo legal vigente, se recibe de forma vitalicia y no pasa a los sobrevivientes del beneficiario.

Por lo tanto no se podría afirmar que un sistema es excluyente del otro. Con la expedición del Decreto de los BEPS se estableció la posibilidad de que coexistieran las afiliaciones en el sistema pensional y en el BEPS precisamente porque nadie tiene la certeza de cual será su futuro profesional y laboral y si podrá reunir los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Es por ello que los BEPS es una de las alternativas que tienen aquellos afiliados al sistema de pensiones y a los BEPS que no cumplan con los requisitos para pensionarse y que no deseen recibir una suma única como devolución de saldos o indemnización sustitutiva, otorgando así la posibilidad de recibir un ingreso mensual, que aunque sea menor a un salario mínimo les garantiza cierta estabilidad económica cada mes.

Actualmente, aquel que estuvo afiliado en algún momento al régimen de pensiones y en otro momento bajo la modalidad de los BEPS puede optar por recibir la devolución de saldos o indemnización sustitutiva o trasladar sus ahorros a los BEPS y recibir una mesada pensional menor a un salario mínimo, o aquel que se encuentre afiliado a Colpensiones y no cumpla

los requisitos para pensionarse, así no haya cotizado en ningún momento al mecanismo BEPS podrá trasladar sus ahorros a este y desistir de una indemnización sustitutiva. Por lo tanto, aquellos que estén afiliados al RAIS solo podrían optar por la devolución de saldos en principio, pero el Ministerio de Hacienda prepara un decreto que cambiaría el panorama de aquellos afiliados al RAIS que no puedan acceder a una pensión de vejez. (Ministerio de Hacienda, 2017)

El proyecto de decreto establece que las AFP deben informar sobre los BEPS a sus cotizantes que podrían ser elegidos dentro del mismo programa, en el momento en que estos les hagan formalmente la solicitud para recibir su pensión por vejez.

Si el cotizante decide aceptar la opción de trasladar sus recursos al fondo de los BEPS tendrá que diligenciar el formulario requerido, pero si decide recibir la devolución de saldos, tendrá que contar con una certificación de Colpensiones en la que indique que recibió la información necesaria y pertinente sobre los BEPS.

Con este panorama, y ampliando la posibilidad a quienes se encuentren en el RAIS de acceder al mecanismo de los BEPS, se fomenta no solo una estabilidad mensual para todo aquel que no alcance una pensión pero reciba un pago periódico menor al mínimo, sino que le da la posibilidad al sistema de tener una mayor sostenibilidad financiera debido al ingreso de nuevos aportes al régimen público.

6. Pensión Familiar

Otro caso recurrente en Colombia es la situación de las parejas en las que ninguno de los dos logra cumplir los requisitos pensionales y por lo tanto ninguno puede acceder a una

pensión de vejez. Es por esto que se expidió la ley 1580 de 2012, encargada de crear la pensión familiar.

Se entiende como pensión familiar “aquella que se reconoce por la suma de esfuerzos de cotización o aportes de cada uno de los cónyuges o cada uno de los compañeros permanentes, cuyo resultado es el cumplimiento de los requisitos establecidos para la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida o régimen de ahorro individual y de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993.”¹⁵

En el RAIS aquellos que cumplan los requisitos para acceder a la devolución de saldos, podrán solicitar la pensión familiar cuando los capitales de ambos cónyuges o compañeros alcancen los requisitos para acceder a la pensión de vejez. En caso de que el capital sea insuficiente se sumarán las semanas para determinar si es posible acceder al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Además existen los siguientes requisitos:

-Acreditar más de 5 años de relación y que esta haya empezado antes de haber cumplido 55 años de vida cada uno.

-En caso de divorcio o separación de los cónyuges, la figura se extinguirá y el saldo hará parte de la sociedad conyugal para su reparto. Si se estuviera bajo la modalidad de renta vitalicia, cada uno recibirá el 50% del valor de la pensión familiar.

-Es incompatible con cualquier otra pensión del sistema y con los BEPS.

¹⁵ Artículo 151 A Ley 1580 de 2012.

En el RPM, quienes cumplan los requisitos para recibir la indemnización sustitutiva, podrán optar por la pensión familiar, cuando los dos cónyuges o compañeros permanentes superen entre sí el número mínimo de semanas de cotización para acceder a la pensión de vejez.

Además existen los siguientes requisitos:

- Deben acreditar más de 5 años de relación, la cual debe haber iniciado antes de los 55 años de vida de cada uno.

- Si alguno está cobijado con el régimen de transición, la pensión familiar no se determinará conforme a los criterios de este.

- En caso de divorcio o separación, la pensión se extingue y cada uno pasa a recibir el 50% del monto de la pensión que recibían.

- Es incompatible con cualquier otra pensión y excluye también los BEPS.

- Solo pueden ser beneficiarios de esta aquellas personas que se encuentren clasificadas en el SISBEN niveles 1 y 2.

- Para acceder a la pensión familiar cada uno deberá haber cotizado a los 45 años de edad el 25% de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez.

- En el RPM, el valor de la pensión no podrá exceder un salario mínimo legal mensual vigente.

En caso de que ambos beneficiarios estuvieran afiliados en el régimen privado pero en diferentes entidades, se trasladará a la entidad del titular, entendiéndose como titular a quien acumule mayor capital en su cuenta. Por otro lado, en caso de que ambos beneficiarios estuvieran afiliados a dos regímenes diferentes, alguno de ellos debe trasladarse de manera voluntaria al que considere conveniente, dicho traslado puede hacerse en cualquier término

únicamente previa verificación de que el traslado se va a realizar para acceder a la pensión familiar.

V.CONCLUSIONES

Del análisis jurídico de este trabajo, es posible concluir que Colombia afronta una gran problemática en materia pensional debido a que menos del 30% (El Colombiano, 2017) de los afiliados a los regímenes pensionales logran alcanzar los requisitos para acceder a una pensión de vejez.

Desafortunadamente, al momento de tomar decisiones en materia pensional, los afiliados no tienen en cuenta que la probabilidad de no alcanzar los requisitos para poder disfrutar una pensión de vejez es alta y que su decisión debe tener en cuenta también el supuesto de una pensión fallida.

Aunque la decisión de cual régimen es más conveniente en caso de no alcanzar los requisitos para acceder a la pensión de vejez es subjetiva y depende de la situación de cada afiliado, es posible concluir cual es el panorama al que se enfrentará cada uno de los afiliados que no alcance los requisitos pensionales exigidos por ley.

En primer lugar, todo aquel que no cumpla los requisitos para pensionarse en el RAIS, recibirá una devolución que corresponde al total de todo sus aportes más los intereses que estos hayan causado, no siendo el caso de los afiliados al RPM que en caso de solicitar una indemnización sustitutiva solo tendrán derecho a un porcentaje de lo cotizado durante su afiliación de acuerdo a la fórmula que la ley dispone para ello (explicada anteriormente).

Además, teniendo en cuenta las demandas de nulidad presentadas por los afiliados que se habían trasladado al RAIS y que descubrieron que su pensión podría ser mayor en el RPM,

en las que pretendían declarar la nulidad del traslado por negligencia en la asesoría, se podría concluir que en caso de que el afiliado que se trasladó del RAIS al RPM no alcance a cumplir los requisitos pensionales y deba acudir a una indemnización sustitutiva, podría demandar el acto de traslado, siempre y cuando demuestre que tampoco recibió la correcta asesoría por parte del RPM frente a la situación en la que no pudiera completar los requisitos para acceder a la pensión.

Por otro lado, y teniendo en cuenta que aún no se ha expedido el Decreto del Ministerio de Hacienda que brinda la posibilidad a los afiliados del RAIS que no deseen una devolución de saldos, de afiliarse a la modalidad BEPS, para aquellos que están en el RPM existe no solo la posibilidad de recibir la indemnización sustitutiva sino de convertir dicho capital en una renta mensual (por más mínima que sea) puede dar mayor estabilidad y tranquilidad al trabajador de tener un capital asegurado hasta su muerte.

Frente a la pensión familiar, existen mayores alternativas de acceso a ésta en el RAIS ya que no solo no existe el requisito de haber cotizado a los 45 años de edad el 25% de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez, simplemente se requiere que los capitales de ambos cónyuges no alcancen para acceder a una pensión de vejez y que con la suma de éstos si sea posible alcanzar los requisitos, sin importar el momento de cotización de cada uno.

Además de acuerdo a la modalidad de pensión que se escoja, en caso de divorcio o separación, el capital de la pensión puede dividirse 50%-50% o puede entrar a la sociedad conyugal. Si se llega a dar el caso en que al unir los capitales de los cónyuges no se alcancen los requisitos para acceder a la pensión familiar, es posible usar el capital para reunir los requisitos exigidos para acceder al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

Por lo tanto, y luego de analizar las alternativas que tienen aquellos que no pueden acceder a la pensión de vejez, se concluye que el sistema pensional en Colombia, sí goza de alternativas para proteger el capital de quienes han cotizado en algún momento en cualquiera de los dos regímenes y que a pesar de que muchas personas no podrán acceder a una pensión de vejez, sus decisiones de traslado o afiliación deben ser informadas, reconociendo que así como las características de su pensión, las alternativas que cada uno tendrá en caso de no poder acceder a la pensión dependerán del régimen que escoja y por ello la decisión es tan relevante como si los requisitos pensionales si se pudieran alcanzar para tomar una decisión acertada para gozar de una vejez digna.

Bibliografía

- Congreso de la República de Colombia. (2005). Proyecto de acto legislativo 01 del 25 de Julio de 2005. Diario Oficial 45980. [Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política.]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1945). Ley 6 del 19 de Febrero de 1945. Diario Oficial 25790. [Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1985). Ley 33 del 29 de Enero de 1985. Diario Oficial No. 36856. [Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 100 del 23 de Diciembre de 1993. Diario Oficial 41.148. [Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.] . Bogotá, D.C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2003). ley 797 del 29 de enero de 2003. Diario Oficial No. 45.079. Bogotá, D.C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2003). Ley 860 del 29 de diciembre de 2003. Diario Oficial 45415. [Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones.]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2009). Ley 1328 del 15 de julio de 2009. Diario Oficial 47411. [Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2012). Ley 1580 del 1 de octubre de 2012. Diario Oficial 48.570. [Por la cual se crea la pensión familiar]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2014). Ley 1784 del 26 de diciembre de 2014. Diario Oficial 49.376. [Por medio de la cual se establece la obligación de brindar información transparente a los consumidores de los servicios financieros y se dictan otras disposiciones.]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Corte Constitucional, Sentencia C 789 de 2002 (24 de Septiembre de 2002).
- Corte Constitucional, Sentencia T 375 de 2004 (27 de Abril de 2004).Corte Constitucional , Sentencia T 046 de 2007 (5 de Diciembre de 2007).
- Corte Constitucional, Sentencia T-972 de 2006 (23 de Noviembre de 2006).
- Corte Constitucional, Sentencia T 640 de 2013 (24 de Enero de 2013).

- El Colombiano. (24 de Abril de 2017). Solo 23 % de los adultos mayores en Colombia tienen pensión. *El colombiano*.
- LEGIS. (2016). *Superada la crisis por la transición del Seguro Social a Colpensiones*.
- Ministerio de Hacienda. (2017). *Proyecto de Decreto*. Obtenido de http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty?nodeId=%2FOCS%2FP_MHCP_WCC-097297%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased
- Monsalve, G. A. (2008). *El derecho colombiano de la Seguridad Social*2. LEGIS.
- Monsalve, G. A. (s.f.). *El derecho Colombiano de la Seguridad Social*.
- Pensiones y Seguros BBVA Research. (2010). *Las regormas de los sistemas de pensiones en Latinoamérica: Avances y temas pendientes*.
- Portafolio. (2016). Colpensiones ha resuelto el 98 % de las tutelas de transición con el Seguro Social. *Portafolio*.
- Portafolio. (18 de Septiembre de 2017). La doble asesoría a la que usted tiene derecho para saber de su pensión. *Portafolio*.
- Rosales, C. E. (25-26 de Mayo de 2017). Reforma pensional: ¿qué debemos esperar en la incertidumbre? *Congreso de Abogados del Trabajo y de la Seguridad*, . Cartagena, Colombia.
- Superintendencia Financiera de Colombia. (2006). *Pensión, aportes, prescripción, acción de cobro, sistema pensional y riesgos profesionales*. 2006056487-001.
- Universidad de los Andes. (2017). La inviabilidad de los regímenes de pensiones de reparto en países que aún gozan del dividendo poblacional: el caso de Colombia. *CEDE*.