

Indemnización Sustitutiva: Ventajas y Contrariedades

Juan Guillermo Herrera Montoya

Facultad de Derecho

Universidad Pontificia Bolivariana

Juan Guillermo Herrera M.

Estudiante de Derecho, último semestre.

Práctica jurídica realizada en Juan Guillermo Herrera abogados.

juanchoh4@hotmail.com

RESUMEN

Hoy en día, la importancia de conocer bien y entender un sistema pensional va mucho más lejos de una simple preocupación del gobierno; es importante que el ciudadano, quien es el realmente beneficiado del sistema pensional, comprenda la trascendencia, los riesgos, las ventajas y desventajas que conlleva hacer parte de un sistema que les brinda protección en el culmen de su vida laboral.

Este trabajo está enfocado directamente a hacer el análisis de un problema que ha creado la legislación y que en vez de proteger realmente los intereses de los trabajadores, en la vida diaria, crea más problemas de los que soluciona.

Este problema se encuentra relacionado con el sistema público de pensiones y la incapacidad de sus afiliados para acceder a una pensión verdadera; esta figura es conocida como la indemnización sustitutiva y en este escrito trataré de mostrar sus virtudes y problemas con el conocimiento adquirido durante la práctica laboral de dicho tema.

PALABRAS CLAVES

Pensión, vejez, riesgos, ventajas, desventajas, indemnización sustitutiva.

Compensation: Advantages and Inconveniences

ABSTRACT

Nowadays, the importance of knowing and understanding well the Retirement System in Colombia is far more than just a concern of the government.

It is very important that the citizen, who is the real beneficiary of the system, understands the relevance, the risks, the advantages, and disadvantages of being part of a system that was created to give them protection in the ends of their working life.

This assignment is focus directly on doing an analysis of the problem that the legislator has created and which instead of protecting the real interest of the working population create more problems that the ones it supposed to solve.

That problem is related with the public retirement system and the disability of their members to access to a real retirement pension. This figure is known as "the compensation or substitutive indemnity", and, in this essay, I will try to show the advantages and disadvantages of this figure, using the knowledge achieved during my process of internship in this area.

KEY WORDS:

Pension, retirement, risk, advantages, disadvantages, compensation.

INTRODUCCIÓN

La motivación para realizar este trabajo surge luego de realizar la práctica universitaria a escasos meses de terminar mi carrera de Abogacía, en una oficina dedicada al tema laboral y de la seguridad social. Durante este tiempo encontré un sinnúmero de preocupaciones en las personas que se encuentran optando por una pensión de vejez como reconocimiento de una vida laboral bien culminada.

En la realización de dicha práctica profesional me encontré con que en el tema de la seguridad social existen una serie de protecciones del Estado que se han ido consiguiendo por parte de la sociedad trabajadora, con miras a dignificar el trabajo y su importancia para el crecimiento de la sociedad.

En el desarrollo de este trabajo me ocuparé esencialmente de la protección del riesgo pensional y la inacabada esperanza del mismo, lo que el legislador llamo indemnización sustitutiva, la cual me llamo sobremanera la atención pues no concebía que una parte tan grande de la fuerza laboral del país, no tuviese posibilidad de pensión o un sustento medianamente decente para culminar su vida.

En especial me surgió una gran preocupación luego de analizar la figura de la indemnización sustitutiva, cuando veo que la población que solicita dicha posibilidad en el régimen de prima media con prestación definida, requiere en su mayoría continuar trabajando para su subsistir y el de su familia.

En términos más coloquiales, para el sistema pensional no son aptos pero para la demanda laboral son necesarios.

La distribución de este trabajo será de la siguiente manera: El primer capítulo va dedicado a contextualizar con historia y significado, la indemnización sustitutiva en Colombia, para de este modo comprender la figura y posteriormente en el capítulo segundo analizar el problema planteado y poder finalizar con una solución al problema jurídico que se presenta actualmente.

I. CAPÍTULO 1: DEFINICIÓN DE INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA

DEFINICIÓN Y CONTEXTO HISTÓRICO:

La figura de la indemnización sustitutiva fue creada en el año de 1993, a través de la Ley 100 de dicho año, por el Gobierno Nacional, con la finalidad de equiparar la posibilidad que presentaban los fondos de pensiones privados, claramente con un mayor grado de atracción por parte de los trabajadores, en tanto estos fondos llamaban dicha figura como "devolución de aportes" y además ofrecían la entrega del dinero con los rendimientos económicos que tenían hasta la fecha de la solicitud.

Actualmente, esta figura ha sido definida por la Unidad de Gestión de Pensiones y Parafiscales - UGPP -, así:

Es una prestación económica que se reconoce a los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación definida, cuando éstos no reúnen el número mínimo de semanas cotizadas pero han cumplido la edad mínima para acceder a la pensión de vejez y declaran la imposibilidad de continuar cotizando al Sistema General de Pensiones. (Ministerio de Hacienda. (2015). *La Unidad de Pensiones y Parafiscales*. Recuperado de: <http://www.ugpp.gov.co/prestaciones-economicas/indemnizacion-sustitutiva-por-vejez.html>)

Es importante comprender que dicha modificación no fue única del régimen pensional, es más, debe saberse que dicha Ley 100 modificó en gran extensión el modelo pensional Colombiano, y con mayor exactitud, esta figura fue consagrada en el artículo 27 de la ley 100 de 1993, como pasaremos a exponerlo.

DESARROLLOS LEGISLATIVOS:

ARTICULO. 37.- 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.(Ley 100 de 1993. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5248>).

El artículo anteriormente citado va muy ligado a lo que indiqué anteriormente y es la similitud con la figura de los fondos privados. Esta figura realmente no fue de mucho uso en los inicios y adaptación de la Ley 100, pero en el momento en el cual yo realicé mi práctica, la cual se enfocó en realizar asesorías y acompañamientos a pensionados o posibles pensionables en temas de seguridad social, me encontré que no solo es una decisión que gran parte del capital laboral colombiano toma al momento de llegar a la edad de pensión, sino que por una mala asesoría tanto de Colpensiones como de personas sin claridad en el tema, es muy acogida en la actualidad sin entender los alcances posteriores de la misma.

Esta figura, consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, como veíamos, fue posteriormente reglamentada por el Decreto 1730 de 2001 de la siguiente manera:

DECRETO 1730 DE 2001

(Agosto 27)

"Por medio del cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida".

ARTÍCULO 1º-Causación del derecho. Modificado por el Decreto Nacional 4640 de 2005. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las administradoras del régimen de prima media con prestación definida, cuando con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones se presente una de las siguientes situaciones:

- a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;
- b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993; Ver art. 39 Ley 100 de 1993

c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993; Ver art. 46 Ley 100 de 1993

d) Que el afiliado al sistema general de riesgos profesionales se invalide o muera, con posterioridad a la vigencia del Decreto-Ley 1295 de 1994, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto-Ley 1295 de 1994.

ARTICULO 2º-Reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Cada administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado.

En caso de que la administradora a la que se hubieren efectuado las cotizaciones haya sido liquidada, la obligación de reconocer la indemnización sustitutiva corresponde a la entidad que la sustituya en el cumplimiento de la obligación de reconocer las obligaciones pensionales.

En el caso de que las entidades que hayan sido sustituidas en la función de pagar las pensiones por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, Fopep, será ésta la entidad encargada del pago, mientras que su reconocimiento continuará a cargo de la caja o fondo que reconozca las pensiones.

Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.

ARTÍCULO 3º-Cuantía de la indemnización. Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente fórmula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es 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 que va a efectuar el reconocimiento.

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente

entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

ARTÍCULO 4º-Requisitos. Para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el afiliado debe demostrar que ha cumplido con la edad y declarar bajo la gravedad del juramento que le es imposible continuar cotizando. También habrá lugar a la indemnización sustitutiva cuando el servidor público se retire del servicio por haber cumplido la edad de retiro forzoso y declare que está en imposibilidad de seguir cotizando.

Para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez el afiliado debe acreditar el estado de invalidez de conformidad con los artículos 41 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

Para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, el grupo familiar del afiliado debe acreditar la muerte del afiliado y la calidad de beneficiario por la cual se reclama.

Para acceder a la indemnización sustitutiva a la que se refiere el literal d) del artículo 1º de este decreto, el pensionado por invalidez o su grupo familiar, deberán acreditar que disfrutaban de la pensión de invalidez o sobrevivencia respectivamente, causada por un riesgo profesional, y que ésta fue concedida con posterioridad a la vigencia del Decreto-Ley 1295 de 1994. Los miembros del grupo familiar del pensionado por riesgo profesional fallecido, deberán acreditar además de lo antes señalado, la muerte del causante y la calidad de beneficiario en virtud de la cual reclaman.

La entidad a cargo del reconocimiento de la indemnización podrá verificar toda esta información.

ARTÍCULO 5º-Mecanismo de control. Las entidades encargadas del reconocimiento de pensiones deberán certificar la condición de pensionado o no pensionado de sus afiliados, a la entidad que se los solicite para efectos del reconocimiento de la indemnización sustitutiva regulada en el presente decreto.

ARTÍCULO 6º-Incompatibilidad. Salvo lo previsto en el artículo 53 del Decreto 1295 de 1994, las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez.

Las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto.

ARTICULO 7º-Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

(Decreto 1730 de 2001. Recuperado de:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6186>).

Dicho decreto fue modificado en su artículo primero por el decreto 4640 de 2005, así:

DECRETO 4640 DE 2005

(Diciembre 19)

Diario Oficial No. 46.130 de 22 de diciembre de 2005

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Por medio del cual se modifica el artículo 1o del Decreto 1730 de 2001.

ARTÍCULO 1o. <Apartes tachados NULOS> Modificase el artículo 1o del Decreto 1730 de 2001 el cual quedará así:

“Artículo 1o. Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones estén en una de las siguientes situaciones:

- a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;
- b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;
- c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;
- d) Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto-ley 1295 de 1994.

ARTÍCULO 2o. VIGENCIA. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias. (Decreto 4640 de 2005. Diario Oficial No. 46.130 de 22 de diciembre de 2005.

Recuperado de:

http://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_4640_2005.htm#inicio

io)

II. CAPÍTULO 2: PROBLEMA IDENTIFICADO

Luego de revisar el desarrollo legal que ha tenido el tema de la indemnización sustitutiva en Colombia entraré a plantear de manera concisa el problema que a mi parecer encuentro con dicha figura.

Como lo indiqué anteriormente dicha figura es de gran uso por la población laboral activa colombiana, pues al ver éstos negativa la posibilidad de pensión por el poco número de semanas cotizadas y el desconocimiento de poder pensionarse no solo en ese momento de cumplir la edad mínima de pensión si no en cualquier momento y hacer cubrir sus riesgos no solo personales sino también familiares, solicitan la indemnización sustitutiva con un reconocimiento muy pequeño a nivel económico pero que los alivia momentáneamente sin saber ellos en la desprotección en la que van a encontrarse en futuro no muy lejano.

En primer lugar, como vimos anteriormente en la regulación, la forma de liquidar dicho valor no permite que la suma que da como resultado sea cuantiosa, lo suficiente como para solventar lo que realmente fue su primera intención que es una pensión, obviamente no por lo restante de su vida sino así sea por unos pocos años; además, esta fórmula no permite ni indexar o actualizar los valores cotizados, así que si usted cotizó en el año 1994 quinientos pesos, se le reconocerán esos mismos quinientos en el año 2015, sin actualizarlos a su valor real, perdiendo de este modo la capacidad adquisitiva de la moneda.

Y no siendo este el problema que nos atañe aparecen otra serie de problemas que son accesorios a mi planteamiento de problema principal pero que vale la pena resaltar, y es, entre ellos, el desconocimiento generalizado de las personas que van optar a una

pensión o en este caso a una indemnización sustitutiva y no solo esto sino además la mala información o mala fe tanto de funcionarios del Estado como de particulares sin conocimiento del tema, lo cual lleva a que dicha figura se encuentre popularizada en el régimen de prima media y sus prestaciones, siendo muy pocos los que en realidad conocen lo que esta figura representa y significa para quienes desean acceder a ella.

El común de la gente no comprende que este sistema fue edificado bajo el modelo de la solidaridad y que dicha solidaridad no solo sirve para subsidiar pensiones sino que en algún caso sería posible que la pensión a subsidiar fuera la de aquellos pensionables que no ostentaran todo el número de semanas requeridas.

Y esta solidaridad de la que hablo para mí implicaría una no posibilidad de retirar dichos dineros y no solo para que el sistema pensional no se haga inviable sino que más adelante explicare claramente el porqué, además de pensar que esta figura fue una mala copia de los fondos privados.

En mi sentir el problema más grave es que la mayoría de las personas que no alcanzaron a realizar las cotizaciones en semanas, no es precisamente porque su solvencia económica se los permita, es más, en la mayoría de los casos es porque en su vida laboral y como en la mayoría de regiones colombianas reina la informalidad, no se realizaron cotizaciones oportunamente y estas personas requieren indudablemente de un sustento para subsistir, lo que conlleva a que la mayoría de las personas que reclaman la indemnización sustitutiva hacen parte de la fuerza de trabajo y no se pueden desvincular de la vida laboral.

Hasta ahora todo está bien porque realmente se ha vuelto atractivo para los empleadores contratar personas a las cuales no se les debe cotizar en pensión pues reduce el gasto de

los pagos de seguridad social. Vale la pena resaltar que en el sistema PILA - Planilla Integrada de Liquidación de Aporte - se incluyó últimamente la posibilidad de cotizarle a estas personas que ya reclamaron dicha indemnización pero que más adelante les indicaré cómo procede la entidad a cargo de la pensión con estos casos.

Como venimos mirando estas personas hacen parte de la carga activa laboral y deben ser afiliadas a salud y riesgos profesionales, pero aquí es donde entran todas mis dudas y cuestionamientos a la figura.

Si estas personas realmente hacen parte de la carga laboral y por lo tanto sufren y tienen el mismo desgaste tanto físico como mental de un trabajador activo, por qué con la indemnización sustitutiva se acaba la protección al riesgo de invalidez por origen común o de sobrevivencia de origen común. La razón por la que hago énfasis en que es de origen común es porque el riesgo laboral está cubierto por las ARL y las EPS.

La crítica mía a la posibilidad de retirar el dinero tal como es posible en el régimen de ahorro individual según mi modo de ver es una forma de copia de los fondos privados, sin pensar más lejos de las verdaderas consecuencias y es que solo las palabras de definición de los regímenes hacen la diferencia, ahorro individual y solidaridad.

A la solidaridad que yo hago referencia es a la misma que debe proteger a los trabajadores que se encuentren activos laboralmente con todos los riesgos lo que implicaría la no posibilidad de acceder a la indemnización sustitutiva.

Así las cosas, encuentro en la práctica el problema de que los trabajadores que reclaman la indemnización sustitutiva y deben seguir trabajando se encuentran desprotegidos de los riesgos de invalidez y sobrevivencia de origen común.

CONCLUSIONES

1. La indemnización sustitutiva en principio de la Ley 100 de 1993 no fue utilizada por el desconocimiento de la misma, en estos momentos considero que se abusa de ella sin conocer los alcances.
2. Uno de los más grandes problemas es la desinformación tanto del ente público como de los asociados o pensionados.
3. La figura de la indemnización sustitutiva es una copia al régimen de ahorro individual con prestación definida de la figura de devolución de aportes.
4. Dicha copia es mal realizada pues ni siquiera se reconocen unos rendimientos o una actualización de los dineros a devolver.
5. La desprotección de los riesgos de invalidez y sobrevivencia por origen común es más numerosa de lo estudiado.
6. La mayoría de la población que reclama una indemnización sustitutiva son personas que igualmente requerirán de un trabajo para poder subsistir.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arenas Monsalve, Gerardo. 1991. *LOS RIESGOS DE TRABAJO Y LA SALUD OCUPACIONAL EN COLOMBIA*. (Segunda edición). Bogotá: LEGIS Fondo Editorial.

Blasco Lahoz, José Francisco. López Gandía, Juan. Momparler Carrasco, María Ángeles. 2003. *CURSO DE SEGURIDAD SOCIAL*. (Décima edición). Ciudad: Valencia-España TIRANT LO BLANCH Editorial.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Decreto 1730 de 2001, Alcaldía de Bogotá. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=6186>

Decreto 4640 de 2005. Diario Oficial No. 46.130 de 22 de diciembre de 2005. Recuperado de: http://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_4640_2005.htm#inicio

Ley 100 de 1993, Alcaldía de Bogotá. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=5248>

Ministerio de Hacienda. (2015). La Unidad de Pensiones y Parafiscales. Recuperado de: <http://www.ugpp.gov.co/prestaciones-economicas/indemnizacion-sustitutiva-por-vejez.html>

Morales, Inés. (1998). *ENSAYO SOBRE SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Redondo Gómez, Herman y Guzmán Mora, Fernando. (1999). *LA REFORMA DE LA SALUD Y LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA. EL DESASTRE DE UN MODELO ECONÓMICO*. (Primera edición). Medellín: DIKE Biblioteca Jurídica.