

CONCEPTO 10882 DE 2022

(febrero 18)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SE

PARA: XXXXXXXXXXXX Subdirector Centro de Formación de Talento Humano en Salud, Sena Regional Distrito Capital, 11-9403
DE: XXXXXXXXXXXX Coordinadora (e) Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, 1-0014
ASUNTO: Contrato de prestación a quien ha recibido la devolución del saldo pensional

En respuesta a la comunicación electrónica con número de radicado 11-9-2022-003816 del 27 enero de 2022, mediante la cual solicita concepto jurídico acerca de contrato de prestación de servicios a quien ha obtenido la devolución del saldo pensional; al respecto, de manera comedida le informo.

En su comunicación solicita el concepto puntualizando lo siguiente:

...”una vez surtido el proceso de selección para la conformación del Banco de Instructores Contratistas de la vigencia 2022, se presenta un caso en el que uno de los aspirantes seleccionados, de 65 años de edad, manifiesta la imposibilidad de cotizar a pensiones toda vez que desde el 5 de octubre de 2008 realizó el retiro de los saldos de la cuenta que poseía en un fondo privado de pensiones (Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad), de acuerdo con lo establecido en el artículo [66](#) de la ley 100 de 1993.

Remite como soporte una comunicación con el siguiente texto proveniente del Fondo Privado: "Ahora bien, conforme a lo previsto en el artículo [4](#) de la Ley 797 de 2003; la obligación de cotizar al Sistema General de Pensiones cesa en el momento en que el afiliado se pensiona por invalidez, vejez normal o anticipada o devolución de saldos. Es decir, que ya cesa la responsabilidad del empleador de generar pagos al Sistema General de Pensiones para nuestro afiliado, dado que ya fue definida y reconocida la prestación en el sistema pensional, lo que ya no le permite acceder a una pensión de invalidez para él, ni de sobrevivencia para los beneficiarios."

Y otra comunicación proveniente de Colpensiones con el siguiente texto: ""No es procedente dar trámite a su solicitud por cuanto la información consultada indica que ya se encuentra pensionado o en trámite de pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. No obstante si la prestación es de sobrevivencia o una Sustitución Pensional es necesario que allegue copia del acto administrativo del reconocimiento de pensión de sobrevivencia o sustitución”.

La revisión en el RUAF indica que el aspirante está "Retirado" del Sistema Pensional.

En ese orden de ideas, y dada la duda razonable que se presenta debido al riesgo que pudiera aceptar el Sena al firmar el contrato sin el cumplimiento de dicha condición, debido a las prestaciones diferentes a la pensión de vejez que pudiera generarse (como la de invalidez, sobrevivientes o auxilio funerario) y el riesgo que pudiera asumir el ordenador del gasto ante el posible incumplimiento de la normativa legal y de proceso institucional, acudo a ustedes en

busca de concepto sobre lo siguiente:

Es viable considerar jurídicamente que una persona que retiró sus saldos de un fondo privado de pensión y que tiene edad de 65 años no está obligado a afiliarse y cotizar al Sistema General de Pensiones?

Es viable jurídicamente para el Sena firmar un contrato de prestación de servicios de instructor con una persona que no cotiza a pensiones por haber retirado sus saldos de un fondo privado y tener una edad que supera la del requisito para obtener pensión?

De ser positiva la respuesta a los anteriores interrogantes que condiciones o ajustes debería hacerse en la minuta contractual?

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

ANÁLISIS JURÍDICO

La Constitución Política en el artículo [48](#) establece el derecho de acceso al Sistema de Seguridad Social señalando: “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se presentará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. Se reconoce como un servicio público y un derecho fundamental.

El Sistema de Seguridad Social Integral, está regulado por la Ley [100](#) de 1993, con el fin de “garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley”.

Este sistema consiste en el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y esta conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios.

La norma en mención, dispone que en el caso de personas afiliadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), quienes a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la “devolución de saldos” o del capital acumulado.⁽¹⁾

Ahora bien, el artículo [4](#) de la Ley 797 de 2003 por el cual se modifica artículo [17](#) de la ley 100 de 1993, dispone: “Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o

ingresos que aquellos devenguen.

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente (...)"

La Corte Suprema de Justicia en referencia a la devolución del saldos pensionales manifiesta que "la devolución de los saldos cotizados para pensión en el Régimen de Ahorro Individual (RAIS), únicamente puede darse cuando se determine que el afiliado no podrá acceder a una pensión de vejez y que ésta debe ser pensada y entendida como una prestación alternativa a las pensiones, que busca compensar los intentos fallidos de pensión y cumplir de otra manera con los fines de la seguridad social(...) Por lo cual la devolución de saldos será una prestación subsidiaria que, aunque puede mitigar las carencias económicas, siempre debe considerarse alternativa ".⁽²⁾

Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia T-307 de 2021, declara: "Esta corporación ha entendido que cuando el afiliado solicita la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, en forma voluntaria al fondo de pensiones, reemplaza con ello la prestación que pretende obtener, ya sea por vejez o invalidez, lo cual no le impide continuar cotizando al Sistema para efectos de cubrir aquella contingencia que pueda sobrevenir en el desarrollo de una relación laboral o mediante contrato de prestación de servicios, toda vez que no son incompatibles. Por ejemplo, en caso de que el trabajador obtenga la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva, supliendo su pensión de vejez, podrá seguir cotizando en forma obligatoria, cubriendo las demás contingencias, esto es, la invalidez de origen común y la muerte".

En el mismo sentido concluye: "No hay impedimento alguno para que quienes continúen asegurados de forma obligatoria al Sistema de Seguridad Social, accedan a una pensión que cubra un riesgo distinto al que eventualmente se hubiere reconocido por medio de la devolución sustitutiva o devolución de saldos".

Por lo tanto, acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional quien recibe la devolución de saldos en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y pretenda realizar un contrato de prestación de servicios, está habilitado para continuar cotizando al sistema de pensiones, puesto que es claro que se frustra el derecho a disfrutar de la pensión de vejez, más no se encuentra a salvo de sufrir una invalidez o de morir.

Por otra parte, la Resolución 2388 de 2016 tiene por objeto unificar y actualizar las reglas de aplicación para el recaudo de aportes al Sistema de Seguridad Social y aportes parafiscales, es el instrumento principal con el que el Ministerio de Salud y Protección Social reguló y sigue regulando la utilización de la plataforma mediante la cual se deben realizar los aportes a seguridad social en Colombia: PILA.

De donde, si el problema está en el procedimiento o mala codificación en la plataforma que imposibilita a las personas laboralmente activas a realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social, puede solicitar a la Administradora la correspondiente corrección, o en su defecto, ejercer las acciones constitucionales y legales correspondientes, a fin de evitar que le sean vulnerados sus derechos fundamentales.

RESPUESTA JURÍDICA

De lo expuesto y del análisis realizado se infiere, que las personas que han obtenido la devolución del saldo pensional y pretenden suscribir un contrato de prestación de servicios, han de cumplir con los aportes a salud, pensión y riesgos laborales, tal como lo establece la Corte Constitucional y el artículo [17](#) de la Ley 100 de 1993 y demas normas concordantes.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley 1755 de 2015.

Cordial saludo,

CAROLINA BARACALDO LOZANO
Coordinadora (e) Grupo de Conceptos y
Producción Normativa
Dirección Jurídica- Dirección General

<NOTAS DE PÍE DE PAGÍNA>

1. Ley 100 de 1993 artículo 66.
2. Corte Suprema de Justicia, SL1142-2021.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

