

	ARTÍCULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 1 de 21

EFECTIVIDAD DE LAS SANCIONES IMPUESTAS AL EMPLEADOR POR EL NO PAGO DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Manuela Hernández Lopera
E-mail: manuhl@hotmail.com

Sara Taborda Jiménez
E-mail: sarai129@hotmail.com

Lina Moncada Arango
E-mail: linamonkda@hotmail.com

Institución Universitaria de Envigado
2016

Resumen: Uno de los factores que hace especialmente importante el derecho a la pensión, además de su carácter constitucional, es el hecho de encontrarse estrechamente ligado a otros derechos fundamentales como lo son el derecho a una vida digna, a la salud, y en general al mínimo vital para subsistir. Se justifica para la disciplina en cuanto este tipo de problemáticas están cobrando mucha fuerza dentro del ámbito del derecho a la seguridad social y tener un conocimiento mayor de esto podría ayudar al surgimiento de nuevos controles o por lo menos la idea de que se quiera regular todo acerca de él. Es por ello que en el presente artículo de análisis se pretende abordar el tema de la efectividad de las sanciones impuestas al empleador por el no pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones; para ello, se inicia con una identificación tácita de las diferentes sanciones impuestas al empleador por el no pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones; de igual manera, se establece la posición de la jurisprudencia y la doctrina sobre el no pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones; y por último, se identifican las acciones que debe ejercer el empleador cuando ha incurrido en mora en el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

Palabras clave: *sanción, penal, aportes, seguridad, social, pensiones, aportes, pago, indemnización.*

Abstract: The first of the factors that makes especially important the right to a pension in addition to their constitutional status, is the fact of being closely linked to other fundamental rights such as the right to a dignified life, health, and generally the minimum vital for survival. It is justified for discipline regarding such issues are gaining a lot of strength within the scope of the right to social security and to have a better understanding of this could help the emergence of new controls or at least the idea that you want to regulate everything about him. That is why in this review article is intended to address the issue of the effectiveness of the sanctions imposed on the employer for non-payment of contributions to the social security system pensions; for this, it starts with a tacit identification of the various sanctions imposed on the employer for non-payment of contributions to the social security system pensions; Similarly, the position of jurisprudence and the doctrine of non-payment of contributions to the social security system for pensions is established; and finally, actions to be performed when the employer has incurred late payment of contributions to the social security system pensions are identified.

Keywords: *punishment, criminal, contributions, security, social, pension contributions, payment, compensation.*

1. INTRODUCCIÓN

De conformidad a lo establecido por la Ley 100 de 1993, la cual dio lugar al Sistema Integral de Seguridad Social y dispuso que

los trabajadores dependientes son cotizantes obligatorios tanto al Sistema General de Pensiones, como al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y el Decreto Reglamentario 1295 de 1994 en el artículo

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 2 de 21

13, modificado por el artículo 2° de la Ley 1562 de 2012, dispuso la afiliación obligatoria de los trabajadores dependientes al Sistema General de Riesgos Laborales.

Sobre este asunto, la Ley 100 de 1993 al tema en los artículos 22 (Obligaciones del empleador), 23 (Sanción moratoria) y 24 (Acciones de cobro).

Así, dentro del Sistema Integral de Seguridad Social, se encuentra contemplada la obligatoriedad por parte del empleador de efectuar los respectivos aportes al Sistema General de Pensiones, indicando para ello sanciones moratorias, desde las cuales se insta a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de tales obligaciones.

De igual manera, mediante el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, se dispuso que la afiliación al Sistema General de Pensiones es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes y el artículo 4° de la citada ley, señala que durante la vigencia de la relación laboral deberán

efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del Sistema General de Pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquellos devenguen.

A su vez, el literal d) del párrafo primero del artículo 9° de la citada Ley 797 de 2003, establece que se tendrá en cuenta, para efectos del cómputo de las semanas necesarias para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con empleadores que por omisión, no hubieren afiliado al trabajador. Lo anterior, siempre y cuando el empleador traslade, con base en un cálculo actuarial, la suma correspondiente al lapso en el cual no estuvo cotizando, a satisfacción de la entidad administradora.

De la interpretación de las normas en comento se evidencia que las pensiones tienen como propósito principal solventar las necesidades básicas de la población en condiciones especiales y prevenir la pobreza, por lo que le corresponde al Estado garantizar este derecho mediante su reglamentación legal, vigilancia y control de los procedimientos y actuaciones al interior

del sistema general de pensiones. A ello se suma que las normas civiles reglamentan los requisitos de existencia y validez de las obligaciones, consecuencias en casos de incumplimiento y procedimientos para su exigibilidad, normas que por aplicación analógica o por remisión expresa, en procura de la eficacia de la reglamentación del sistema general de pensiones, pueden ser aplicadas en los casos de incumplimiento del empleador en el pago de los aportes al sistema, de tal manera que le permita a la población el disfrute y goce efectivo del derecho a la pensión, garantizándole las condiciones necesarias e ingresos suficientes para una vida digna.

El análisis del presente problema es que en la cotidianidad laboral colombiana, existen abundantes casos en los cuales los empleadores se apropian de los aportes a la seguridad social en pensiones, lo cual evidencia que los trabajadores han carecido de los mecanismos eficaces de protección de los derechos inherentes a su actividad productiva como es la seguridad social.

En dicho contexto, se desprende la necesidad de la tutela jurídica efectiva para salvaguardar los intereses de los trabajadores, no solo con la intervención del derecho laboral y administrativo, sino además con la sanción penal, esto con el fin de efectivizar los postulados básicos que orientan el estado social de derecho relacionado con la preeminencia del derecho a la seguridad social y el derecho al trabajo y su conexión con los derechos fundamentales de los trabajadores, entre ellos la pensión.

La pertinencia metodológica de este escrito encuentra fundamenta en la necesidad de adoptar y apropiarse de herramientas epistemológicas de carácter investigativo, especialmente elementos basados en herramientas de tipo histórico-hermenéutico, que procuren conocer el tema objeto de análisis para que éste pueda ser sometido a una interpretación y análisis objetivo, teniendo en cuenta antecedentes históricos de carácter legal, jurisprudencial y normativo. Para ello se hace necesaria la aplicación de instrumentos de recolección de información que permitan la apropiación del tema desde un enfoque cualitativo.

2. EL NO PAGO DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

2.1. LOS APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL

Son recursos a la seguridad social aquellos gravámenes obligatorios que se imponen a un grupo definido de personas para financiar un servicio público determinado, sin generar una obligación correlativa directa y equivalente a favor del contribuyente y a cargo del Estado, es decir, no tienen el carácter de remuneración de un servicio prestado por el estado y que, por tener esta destinación específica, no se someten a las normas de ejecución presupuestal y no entran a engrosar el presupuesto nacional.

De acuerdo con Arenas, García y Plata (2010), estos recursos constituyen un gravamen que se cobra a un grupo de personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social, cuya destinación específica es financiar ese mismo Sistema, en cuanto se utilizan para el beneficio del sector económico que soporta el gravamen

(Trabajadores), con fundamento en los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad y son administrados por órganos que hacen parte de ese mismo renglón económico (AFP).

Dichos aportes tienen una destinación específica e invariable, como es la financiación del sistema de la seguridad social, en el caso propuesto, la financiación de las pensiones de los actuales y futuros pensionados.

Es aquí donde se ve reflejada la intervención del estado en la economía destinada a extraer recursos del aparato productivo para ser invertido en el mismo, expresado por la Corte Constitucional así en Sentencia C-182 de 17 de marzo de 2010.

La parafiscalidad es una técnica del intervencionismo económico legitimada constitucionalmente, - destinada a recaudar y administrar (directa o indirectamente) y por fuera del presupuesto nacional - determinados recursos para una colectividad que presta un servicio de interés general (...). Es por esta razón que el Estado impone el pago obligatorio de la contribución y presta su poder coercitivo para el recaudo y debida destinación de los recursos. Se trata, en últimas, de la aplicación concreta del principio de

solidaridad, que revierte en el desarrollo y fomento de determinadas actividades consideradas como de interés general (Corte Constitucional, 2010, C-182).

Los ingresos parafiscales tienen origen en la ley, para el caso en estudio, en la Ley 100 de 1993 y debe quedar claro que no existen en la actualidad decretos con fuerza de ley que puedan modificar la forma de afiliación al sistema de la seguridad social y el pago de los aportes pues expresamente se encuentra prohibido por el numeral 10 del artículo 150 de la constitución de 1991.

En diversas sentencias, la Corte constitucional se ha pronunciado con respecto a la calidad y destinación de estos bienes; la Corte ha creado jurisprudencia en este tema, en Sentencia C-349 del 20 de abril de 2004, donde describe con claridad lo que son aportes parafiscales en los siguientes términos:

Las rentas parafiscales, lo ha dicho la Corte, constituyen un instrumento para la generación de ingresos públicos, representadas en aquella forma de gravamen que se establece con carácter impositivo por la ley para afectar a un determinado y único grupo social o económico, y que debe utilizarse en beneficio del propio grupo gravado. De

acuerdo con la concepción jurídica de este tipo de tributo, la Corte ha establecido que son características de los recursos parafiscales su obligatoriedad (...); su determinación o singularidad (...); su destinación específica (...); su condición de contribución (...); su regulación excepcional (...); y su sometimiento al control fiscal (...) (Corte Constitucional, 2004, C-349).

De otra parte, en Sentencia C-838 de 2008, señala que “la cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud es una especie del género de las obligaciones tributarias llamado “contribución parafiscal” (Corte Constitucional, 2008, C-838).

En otro pronunciamiento, la Corte Constitucional agrega:

Según las características de la cotización en seguridad social, se trata de una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto, constituye un gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece de una contraprestación equivalente al monto de la tarifa. Los recursos provenientes de la cotización de seguridad social no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, ya que se destinan a financiar el sistema general de seguridad social en salud (Corte Constitucional, 1977, C-577).

En Sentencia C-711 de 2001, señala que las contribuciones parafiscales además de estar reguladas excepcionalmente, tienen una regulación dentro del presupuesto nacional.

Finalmente, las contribuciones parafiscales son gravámenes obligatorios que no tienen el carácter de remuneración de un servicio prestado por el Estado, no afectan a todos los ciudadanos sino únicamente a un grupo económico determinado, tienen una destinación específica en cuanto se utilizan para el beneficio del sector económico que soporta el gravamen, no se someten a las normas de ejecución presupuestal y son administrados por órganos que hacen parte de ese mismo renglón económico (Corte Constitucional, 2001, C-711).

Y aclarando lo enunciado, agrega mas adelante que poniendo en un extremo los elementos que anuncian la parafiscalidad, y en el otro los aportes para salud y pensiones, se tiene:

1) los mencionados aportes son de observancia obligatoria para empleadores y empleados, teniendo al efecto el Estado poder coercitivo para garantizar su cumplimiento; 2) dichos aportes afectan, en cuanto sujetos pasivos, a empleados y empleadores, que a su turno conforman un específico grupo socio-económico; 3) el monto de los citados aportes se revierte en beneficio exclusivo del sector integrado por empleadores y empleados. Consecuentemente ha de reconocerse que

los aportes a salud y pensiones son de naturaleza parafiscal (Corte Constitucional, 2001, C-711).

De igual modo, se ha afirmado que deben entenderse como instrumento para la generación de ingresos públicos, cuya característica esencial es afectar a un determinado y único grupo social o económico (singularidad), y dirigir su beneficio al propio grupo gravado (especificidad). Este rasgo definitorio es de origen normativo pues el artículo 29 del Estatuto Orgánico de Presupuesto (Decreto 111 de 1996) define este tipo de contribuciones.

Se debe tener en cuenta que otro de los componentes, de los gravámenes son los sujetos a quienes se les imponen, en este caso específico, el sujeto activo es el estado a través de su ministerio de hacienda y las instituciones privadas a las cuales les ha dotado de su poder de imposición para proveer su adecuada financiación. El sujeto pasivo es el cotizante, empleador o empleado que cumpla con las condiciones estipuladas en la ley, para contribuir al sostenimiento del sistema de la seguridad social.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 7 de 21

Para el tema que nos ocupa, sobre la retención y el no pago por parte del empleador de los aportes a la seguridad social, la Corte Constitucional en Sentencia C-711 del 5 de julio de 2001, al pronunciarse sobre la acción de inexecutable impetrada contra el artículo 126-1 del Estatuto Tributario, precisó luego de efectuar un detallado análisis sobre la parafiscalidad en el país, que los aportes a salud y pensiones ostentan tal naturaleza. Indicó así esa Corporación:

Poniendo en un extremo los elementos que anuncian la parafiscalidad, y en el otro los aportes para salud y pensiones, se tiene:

1. Los mencionados aportes son de observancia obligatoria para empleadores y empleados, teniendo al efecto el Estado poder coercitivo para garantizar su cumplimiento.
2. Dichos aportes afectan, en cuanto sujetos pasivos, a empleados y empleadores, que a su turno conforman un específico grupo socioeconómico.
3. El monto de los citados aportes se revierte en beneficio exclusivo del sector integrado por empleadores y empleados. Consecuentemente ha de reconocerse que los aportes a salud y pensiones son de naturaleza parafiscal (Corte Constitucional, 2001, C-711).

Al tratar el tema de la seguridad social integral la misma Corte, en la Sentencia citada, señaló:

El sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro (Corte Constitucional, 2001, C-711).

Según Tobón (2003), esa condición garantizadora que caracteriza al ordenamiento constitucional en el artículo 48 y que según se aprecia encuentra particulares desarrollos en la Ley 100, artículos 17 a 24; 160, 161 y 204 en cuanto a Seguridad Social se refiere, cobija tanto al Sistema General de Pensiones como al Sistema General en Salud, dentro de un marco financiero que distribuye cargas económicas en cabeza de los empleadores y de los trabajadores a título de aportes obligatorios, tomando como base de liquidación el salario devengado por estos.

El Sistema de Seguridad Social que desarrolla la Ley 100 de 1993 se propone fundamentalmente colaborar en la configuración real de una calidad de vida

acorde con la dignidad humana, en torno al trabajador y su papel creativo dentro del orden socioeconómico en su etapa laboral y su etapa de jubilación no necesariamente improductiva. En donde el Sistema de Seguridad Social debe atender eficientemente y sin solución de continuidad a los servicios de salud y a las prestaciones pensionales que con arraigo en la ley merecen los afiliados, y en determinados casos su núcleo familiar.

Así las cosas, las contribuciones obligatorias que realiza el trabajador por pensiones a los fondos de pensiones, son aportes parafiscales, encontrándose dentro del Sistema de Seguridad Social Integral en el marco de la Ley 100 de 1993, que armónicamente y en forma concurrente con los aportes a salud, logran el objetivo de la seguridad social que pregonan la Constitución Política de Colombia.

Así mismo, el ingreso que corresponde al aporte obligatorio de pensiones efectuado por el trabajador, en razón de su obligatoriedad, conlleva a una destinación específica como lo es obtener y lograr una pensión ya de vejez, de invalidez o sobrevivientes, no sólo

para él, sino para un grupo mayor al que pertenece.

2.2. OBLIGATORIEDAD DE LOS APORTES A PENSIONES

Se asume entonces, que el alcance más claro jurídicamente hablando del tema de los aportes parafiscales, en lo relativo a las pensiones, es la obligatoriedad de estos en tanto exista alguna relación laboral, o de prestación de servicios a los regímenes de pensiones, por parte de los empleadores, contratistas o afiliados, con base en el salario que se devengue o en el ingreso pactado. Es aquí donde se ve reflejada la intervención del estado en la economía destinada a extraer recursos del aparato productivo para ser invertido en el mismo.

El pago de las sumas de dinero que aportan tanto trabajadores como empleadores y el Estado, para el sistema de la seguridad social tiene un carácter de obligatorio y su cumplimiento puede ser exigido judicialmente y debe incluirse en el presupuesto de gastos del gobierno para cada vigencia.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 9 de 21

El artículo 3° de la Ley 797 de 2003 modificatorio del artículo 15 de la Ley 100 de 1993 establece que serán afiliados al Sistema General de Pensiones “1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos (Ley 797 de 2003, art. 3).

Se tiene que las personas vinculadas mediante contrato de trabajo y los trabajadores independientes o contratistas, de conformidad con lo establecido en este artículo para el sistema de pensiones, son considerados como afiliados obligatorios a dichos sistemas, por tal razón, no es aceptable ni válido legalmente que los contratistas se abstengan de pagar los aportes al sistema en comento, argumentando que ya cotizan como independiente o como dependiente.

En sentencia de tutela 243 del 8 de abril de 2010, la Honorable Corte Constitucional explica la obligación que tiene toda persona vinculada laboralmente, de efectuar los aportes al sistema de la seguridad social, para

dar cumplimiento al principio de la solidaridad.

Si el legislador no hubiese impuesto la obligación de cotizar al sistema para quienes tienen capacidad de pago, no sólo éstos quedarían desprotegidos sino que podría no asegurarse debidamente el principio de solidaridad, pues es sabido que la pretensión del sistema es proteger incluso a quienes no cuentan con capacidad de aportar, o aportan pero sus cotizaciones, por ser proporcionales al ingreso, son muy bajas (Corte Constitucional, 2010, T-243).

En este evento, debe recordarse que conforme lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003 en pensiones, el contratista debe cotizar al sistema de pensiones sobre la totalidad de ingresos que perciba, es decir, sobre aquellos provenientes de su actividad como contratista y también sobre aquellos que perciba en virtud de la relación laboral que tiene con el empleador, en este caso al estar afiliado como trabajador dependiente la cotización al Sistema General de Seguridad Social en pensiones sobre los ingresos provenientes de su actividad como contratista se efectuara como ingresos adicionales en la misma AFP donde se encuentre afiliado.

La ley 100 de 1993, estipula también la obligatoriedad de los aportes al sistema de la seguridad social en su artículo 13 literal d cuando señala: “la afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en esta ley” y amplía más este concepto en el artículo 17 de dicha ley, modificado por la Ley 797 de 2003 en su artículo 4°.

En sentencia C-760 del 10 de agosto de 2004, con respecto a la obligatoriedad de los aportes señala:

Para la Corte, esta distinción no parece relevante una vez se han explicado los principios que guían el sistema. Así, al retomar lo visto anteriormente, el sistema general de seguridad social en pensiones funciona con base en los principios de universalidad y la idea de proteger a todos los afiliados frente a eventuales riesgos: vejez, invalidez o muerte (Corte Constitucional, 2004, T-760).

El artículo 22 de la ley 100, señala la obligación que tiene el empleador de realizar el pago de los aportes a la seguridad social en pensiones, indica la norma:

Obligaciones del Empleador. El empleador será responsable del pago de su

aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador (Ley 100 de 1993, art. 22).

Como ha quedado establecido anteriormente, la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003 que regulan lo pertinente al sistema de la seguridad social en materia pensional, hacen énfasis en la obligatoriedad que vincula a las partes de toda relación laboral, para efectuar los aportes al sistema.

2.3. TIPIFICACIÓN DEL DELITO POR LA APROPIACIÓN DE ESTOS APORTES

Es en vista de la calidad de los dineros recaudados como aportes parafiscales, dineros estos que tienen una destinación específica, que no son bienes privados, pues no pertenecen ni al trabajador ni al empleador, sino que son recursos de propiedad del sistema de la seguridad social,

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 11 de 21

es que perfectamente la retención y no pago por parte del empleador de estos dineros, encuadra en varios delitos contemplados en el código penal. Un primer delito es el delito de abuso de confianza, contemplado en el artículo 249 del Código Penal.

Por su parte, el artículo 250 hace referencia al abuso de confianza calificado en los siguientes términos:

1. Abusando de funciones discernidas, reconocidas o confiadas por autoridad pública.
2. En caso de depósito necesario.
3. Modificado por el art. 33, Ley 1474 de 2011. Sobre bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la totalidad o la mayor parte, o recibidos a cualquier título de éste.
4. Sobre bienes pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales (Ley 599 de 200, art. 250).

Además del delito de abuso de confianza calificado, se encuentra tipificado el delito de peculado por apropiación en el artículo 397 del Código Penal del 2000.

Un tercer delito que perfectamente enmarca por la retención y no pago de los

aportes parafiscales es el delito de omisión del agente retenedor o recaudador del artículo 402 del Código Penal.

Como puede verse, desde la óptica penal se pueden configurar diferentes tipologías cuando un empleador se apropia de los recursos destinados a los aportes en seguridad social, en particular, en materia de pensiones.

3. SANCIONES IMPUESTAS AL EMPLEADOR POR EL NO PAGO DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

El incumplimiento al deber de cotizar o el hacerlo en forma extemporánea trae como consecuencia directa la causación de intereses de mora a cargo del empleador, pues es éste quien tiene el deber de realizar los aportes, inclusive en el caso en que no haga los descuentos pertinentes a sus trabajadores, sin perjuicio de la obligación que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones de adelantar las acciones de cobro a través de la jurisdicción competente.

El marco normativo que regula la acción de cobro por las AFP, se encuentra establecido en la Ley 100 de 1993:

Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo (Ley 100 de 993, art. 24).

De la disposición transcrita se advierte que es un deber de las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones adelantar las acciones de cobro contra el empleador que omita o retarde el pago de aportes, dentro de los términos establecidos para el efecto, sin que el ejercicio de tal acción esté sujeto a un término de prescripción determinado en forma expresa en la norma.

Lo anterior, en la medida que con el ejercicio efectivo del recaudo o de la acción de cobro de los aportes al Sistema General de Pensiones (cuya destinación es garantizar el reconocimiento de las prestaciones que el Sistema ofrece a sus afiliados), se garantiza

la existencia de recursos necesarios para la financiación de tales prestaciones, razón por la cual, teniendo en cuenta la imprescriptibilidad del derecho al reconocimiento de las pensiones, no es viable considerar que las acciones de cobro de tales aportes prescribe.

En este sentido vale señalar que, tal y como lo aceptan la doctrina (Duque, 2015; Parra y Nieto, 2014; Montenegro, Jiménez, Ramírez, Nieto y Hurtado, 2013; Hernández, 2010; & Isaza, 2011) y la jurisprudencia (sentencia T-334 de 1993, T-1103 de 2003, T-702 de 2008, T-387 de 2010, T-940 de 2013 y T-483 de 2015), el derecho a la pensión no es prescriptible, toda vez que la acción encaminada a reclamar su reconocimiento subsiste durante la vida del titular (sin perjuicio de la eventual prescripción de las mesadas) y que, además, dicho derecho está ligado al orden constitucional que emana del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y configura un valor superior en nuestro ordenamiento jurídico.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 13 de 21

3.1. GENERACIÓN DE INTERESES MORATORIO

Además del deber legal de recaudar los aportes por parte del empleador, y de la obligación de la AFP de efectuar el cobro coactivo en caso de incumplimiento del primero, existe también una sanción a cargo del empleador por la omisión en dicho deber, así lo señala la ley 100 del 1993:

Sanción Moratoria. Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados según sea el caso (...) (Ley 100 de 993, art. 23).

Con respecto a este tema, la Corte Constitucional en Sentencia T-344 del 6 de abril de 2005, indica:

No es el trabajador quien deba asumir las consecuencias negativas de la mora del empleador en el pago de los aportes en salud y pensiones, toda vez que, no obstante la falta de transferencia de dichas sumas a las entidades promotoras de salud y a las entidades administradoras de pensiones, al trabajador se le hacen las deducciones mensuales respectivas, por lo que le es ajena esa situación. Además, la reglamentación referida establece

mecanismos específicos mediante los cuales dichas entidades pueden afrontar las situaciones de mora, ya que se encuentran facultadas para exigir la cancelación de los dineros adeudados y para imponer las sanciones a que haya lugar (Corte Constitucional, 2005, T-344).

El incumplimiento al deber de cotizar o el hacerlo en forma extemporánea, trae como consecuencia directa la causación de intereses de mora a cargo del empleador, pues es éste quien tiene el deber de realizar los aportes, inclusive en el caso en que no haga los descuentos pertinentes a sus trabajadores. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones de adelantar las acciones de cobro a través de la jurisdicción competente.

Ahora bien, es claro que el pago de intereses moratorios es diferente de la responsabilidad que le pueda caber al empleador por la omisión en el cumplimiento de sus obligaciones.

3.2. RESPONSABILIDAD DE TIPO ADMINISTRATIVO

Puede dar lugar a la imposición de sanciones por parte del Ministerio de la

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 14 de 21

Protección Social en los términos del Código Sustantivo del Trabajo, y de acuerdo con la Ley 828 de 2003 en su Artículo 5°, se refiere a las Sanciones Administrativas.

Las autoridades o personas que tengan conocimiento sobre conductas de evasión o elusión, deberán informarlas en forma inmediata al Ministerio de la Protección Social tratándose de pensiones o riesgos profesionales y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, SENA, ICBF o a la Superintendencia Nacional de Salud. El Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud o la autoridad competente según el caso dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la queja, correrán traslado al empleador o trabajador independiente responsable, quien deberá acreditar el pago o la inexistencia de la obligación que se le imputa en un plazo de treinta (30) días. En el evento en que no se acredite el pago en el plazo mencionado, existiendo obligación comprobada y no desvirtuada, el Ministerio de la Protección Social o la Superintendencia Nacional de Salud, según sea el caso, impondrá las sanciones previstas en la ley, que tratándose

de multas, no podrán ser inferiores al cinco por ciento (5%) del monto dejado de pagar.

Las sumas que se recauden por concepto de la multa, en lo que respecta al Sistema General de Seguridad Social en salud se destinarán a la Subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía.

El no pago de las multas aquí señaladas inhabilitará a la persona natural o jurídica a contratar con el Estado mientras persista tal deuda; salvo que se trate de procesos concursales y existan acuerdos de pago según Ley 550 de 1999.

Las entidades administradoras de los sistemas de pensiones, riesgos profesionales entidades prestadoras de salud, el Servicio Nacional de Aprendizaje, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las Cajas de Compensación Familiar, deberán reportar dentro de los primeros cinco (5) días hábiles de cada mes a las Cámaras de Comercio de su jurisdicción, los proponentes que se encuentren en mora por el pago de las obligaciones parafiscales. Dicha información será publicada por la Cámara de Comercio a

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 15 de 21

través de Confecámaras en el boletín general sobre licitaciones y concursos que las entidades estatales pretendan abrir. El Ministerio de la Protección Social, reglamentará los términos y condiciones previstos en el presente artículo, así como lo atinente a la mora, como requisito para la publicación, que en ningún caso podrá exceder de (30) treinta días.

En ningún caso procederá el cobro de multas simultáneas con base en los mismos hechos, cuando esto ocurra se aplicará la más alta de las dos.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones a que se deben sujetar los convenios de pago que celebre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Servicio Nacional de Aprendizaje, las administradoras de riesgos profesionales y las entidades promotoras de salud a efecto de evitar una desviación de recursos de la seguridad social y garantizar en forma plena su recaudo.

Los acuerdos que desconozcan la reglamentación del Gobierno no producirán efecto y se entenderán como ineficaces.

3.3. RESPONSABILIDAD DE TIPO PECUNIARIO

En los términos del artículo 39 del Decreto 1406 de 1999, en los eventos en que la omisión afecte el cubrimiento y operatividad del sistema de seguridad integral o la prestación de los servicios que él contempla con respecto a uno o más de los afiliados, en el evento en que por la omisión en que incurra el empleador, no se puedan acreditar los requisitos legales para acceder a una prestación, caso en el cual su responsabilidad será exclusiva.

Como ha quedado establecido en los párrafos anteriores, los aportes o cotizaciones al sistema de la seguridad social en pensiones, se erigen como contribuciones parafiscales, pues constituyen un gravamen que se cobra a un grupo determinado de personas (Afiliados al sistema general de pensiones) cuya destinación es financiar ese mismo sistema y hacer posible un retiro tras cumplir unos requisitos, para así enfrentar

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 16 de 21</p>

una contingencia por vejez, invalidez o sobrevivientes. Estos aportes son de carácter obligatorio y corresponden a los empleadores efectuar la respectiva retención de los salarios de sus empleados y así mismo la obligación de entregar estos dineros a la entidad que administra estos recursos.

4. PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN

Cuando haya lugar a iniciar una reclamación por la retención y no consignación de los aportes a la seguridad social en pensiones, corresponde iniciar la demanda ante el juez en la jurisdicción laboral y de la seguridad social, para que mediante sentencia se ordene al empleador, le sean consignados en el respectivo fondo de pensiones, los valores que le fueron descontados de su salario y no fueron puestos a disposición de la entidad encargada de su administración.

Se deben solicitar además los respectivos intereses de mora que se hayan causado

4.1. PROCESO ORDINARIO

Con este se busca que el empleador como actor dentro del Sistema General de la Seguridad Social cumpla con las obligaciones que éste le impone, es decir, actúe conforme se lo manda el artículo 161 de la ley 100 de 1993, la cual específicamente en el numeral 2, literal c, expresa: “Girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a la Entidad Promotora de Salud...”.

Resulta aplicable y es competente la jurisdicción laboral para el caso en estudio, pues es el artículo 2 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social en su numeral 4 el que estipula: Art. 2°. La jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral y de la seguridad social conoce de:

(...) 4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 17 de 21

Bajo este contexto es claro que por el régimen financiero del régimen contributivo del Sistema General de la seguridad social, el derecho a la pensión puede catalogarse, en este aspecto exclusivo, como un derecho de orden prestacional o económico, lo cual conduce a que para poder exigir el cumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador en el pago oportuno de aportes, será la vía ordinaria la única por la cual el trabajador pueda exigir el cumplimiento.

4.2. AUTORIDAD COMPETENTE

Es competente para conocer de este tipo de procesos el juez laboral del circuito del último lugar donde se haya prestado el servicio o del domicilio del demandante. A elección de éste, sin importar la cuantía. En los sitios donde no exista juez laboral del circuito, conoce de estos asuntos el juez del circuito en lo civil.

4.3. ENTIDAD O PERSONA RESPONSABLE DEL PAGO O INDEMNIZACIÓN CORRESPONDIENTE

En caso de incumplimiento del empleador en el pago de las cotizaciones para pensión,

la entidad administradora de pensiones deberá asumir las consecuencias de dicho comportamiento, ya que estas entidades gozan de amplias facultades otorgadas por la ley para que efectúen fiscalización y cobro inclusive de forma coactiva de los dineros correspondientes al sistema de la seguridad social en pensiones. La posibilidad del cobro por vía ordinaria lo dispuso el artículo 5° del Decreto 2633 de 1994 reglamentario de los artículos 24 y 57 de la Ley 100 de 1993.

Es de anotar que esta normatividad no exime al empleador moroso de la responsabilidad de garantizar el pago de los aportes al sistema de la seguridad social, de ahí, que en el evento que la entidad reconozca la prestación, podrá repetir por tales costos contra el empleador.

5. CONCLUSIONES

En la actualidad el tema de la protección penal por la retención y el no pago de los aportes a la seguridad social en pensiones, ha cobrado importancia a partir de la expedición de la Carta de 1991, y en virtud de la jurisprudencia, se le ha otorgado una

protección de la cual estaba desprovisto tanto el sistema de la seguridad social como los trabajadores.

Los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales se encuadran dentro de la tendencia universal que se ha venido dando en los últimos años, esto es, brindar protección a los derechos de segunda generación, por medio de la sanción penal de aquellas conductas que amenacen o vulneren estos derechos.

Nos encontramos frente a una materia que se encuentra atravesada por un elemento esencial; los aportes a pensiones, por tratarse de la apropiación de este tipo de aportes se presenta una conexión entre los delitos contra el patrimonio público y delitos contra el derecho del trabajo; mas concretamente con el derecho de los trabajadores, entre estos el derecho constitucional de la seguridad social integral, incluido claro está, el derecho de los trabajadores a obtener una pensión al momento de culminar su vida laboral.

Lo que aporta la jurisprudencia constitucional es desestimar la evasión de las

responsabilidades que adquieren los empleadores frente a sus empleados y en caso de negarse estos a cumplir, abrir las puertas al derecho penal para sancionar a los evasores.

Es por ello que este artículo se ha centrado en el análisis del tema de la sanción penal y sus fines, la relación existente entre el bien jurídico que se busca proteger y el principio de proporcionalidad, además un acercamiento a lo que se ha promulgado como los derechos de segunda generación. Si pretendemos la construcción de una sociedad en la que primen los criterios de justicia en todos los ámbitos de la relación social, debemos extender hasta sus últimas consecuencias el principio dignidad humana y el respeto a los derechos fundamentales.

Se hace necesario conocer, explicar y aplicar, en toda su extensión, el contenido y las consecuencias de la retención y el no pago de los aportes a la seguridad social, para con ello, establecer de manera clara y perentoria las facultades de los poderes públicos.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 19 de 21

Resulta meritorio, en este sentido y de acuerdo a lo presentado en este trabajo, la jurisprudencia reciente de nuestros Altos Tribunales de Justicia que están construyendo el alcance y contenido de la protección a los derechos fundamentales de segunda generación, (que hasta el momento habían sido desconocidos), la que seguramente tendrá nuevos e importantes desarrollos en el futuro.

REFERENCIAS

- Arenas G., E., García C., E., & Plata G., J. (2010). Mecanismos jurídicos dirigidos a salvaguardar el derecho a la salud por el incumplimiento en el pago de aportes al sistema general de seguridad social en salud por parte del empleador. *Opinión Jurídica*, 9(17), 95-112.
- Congreso de la República. (1993). *Ley 100, diciembre 23, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial 41.148 del 23 de Diciembre de 1993.
- Congreso de la República. (2000). *Ley 599, por la cual se expide el Código Penal*. Bogotá: Diario Oficial 44097 del 24 de julio de 2000.
- Congreso de la República. (2003). *Ley 797, por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales*. Bogotá: Diario Oficial No. 45.079 de 29 de enero de 2003.
- Corte Constitucional. (1993). *Sentencia T-334*. Bogotá. Magistrado Ponente: *José Gregorio Hernández Galindo*.
- Corte Constitucional. (1997). *Sentencia C-577*. Bogotá. Magistrado Ponente: *Eduardo Cifuentes Muñoz*.
- Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-711*. Bogotá. Magistrado Ponente: *Jaime Araujo Rentería*.
- Corte Constitucional. (2003). *Sentencia T-165*. Bogotá. Magistrado Ponente: *Manuel José Cepeda Espinosa*.
- Corte Constitucional. (2003). *Sentencia T-1103*. Bogotá. Magistrado Ponente: *Eduardo Montealegre Lynett*.
- Corte Constitucional. (2004). *Sentencia C-349*. Bogotá. Magistrado Ponente: *Marco Gerardo Monroy Cabra*.
- Corte Constitucional. (2004). *Sentencia C-760*. Bogotá. Magistrado Ponente: *Rodrigo Uprimny Yepes*.
- Corte Constitucional. (2005). *Sentencia T-344*. Bogotá. Magistrado Ponente: *Jaime Araujo Rentería*.
- Corte Constitucional. (2008). *Sentencia T-702*. Bogotá. Magistrado Ponente: *Manuel José Cepeda Espinosa*.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 20 de 21

- Corte Constitucional. (2008). *Sentencia C-838*. Bogotá. Magistrado Ponente: *Marco Gerardo Monroy Cabra*.
- Corte Constitucional. (2010). *Sentencia C-182*. Bogotá. Magistrado Ponente: *Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*.
- Corte Constitucional. (2010). *Sentencia T-243*. Bogotá. Magistrado Ponente: *Nilson Pinilla Pinilla*.
- Corte Constitucional. (2010). *Sentencia T-387*. Bogotá. Magistrado Ponente: *Luis Ernesto Vargas Silva*.
- Corte Constitucional. (2013). *Sentencia T-940*. Bogotá. Magistrado Ponente: *Nilson Pinilla Pinilla*.
- Corte Constitucional. (2015). *Sentencia T-483*. Bogotá. Magistrado Ponente: *Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*.
- Duque G., N. (2015). *El derecho fundamental a una pensión y el principio de sostenibilidad financiera un análisis desde el régimen solidario de prima media con prestación definida*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Hernández T., F. (2010). *Requisitos para acceder al derecho a la pensión de vejez del régimen de prima media con prestación definida, y al disfrute del retroactivo a mesadas causadas en el sector privado desde 1994*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Isaza C., G. (2011). *Derecho laboral aplicado: derecho laboral general, individual y colectivo, seguridad social y pensiones, procedimiento laboral*. Bogotá: Leyer.
- Montenegro T., S., Jiménez S., L., Ramírez B., S., Nieto R., A., & Hurtado M., C. (2013). Distribución de ingresos en el sistema pensional y el impacto de algunas medidas de flexibilización. *Documentos CEDE*, (32), 1-38.
- Nieto R., A. (2014). El efecto de las pensiones sobre la desigualdad de ingresos en Colombia. *Documentos CEDE*, (47), 1-39.
- Presidencia de la República. (1996). *Decreto 111, por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto*. Bogotá: Diario Oficial 42692 del 18 de enero de 1996.
- Tobón, C. (2003). La encrucijada del sistema pensional colombiano: causas de la crisis y perspectivas de solución. *Perfil de Coyuntura Económica*, 21-36.

C.V.

Manuela Hernández Lopera: Estudiante de derecho con línea de profundización en derecho público.

Sara Taborda Jiménez: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, con línea de profundización en

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 21 de 21

derecho civil, practicante del Juzgado Primero Civil Municipal de Envigado.

Lina Moncada Arango: Estudiante de derecho con línea de énfasis en derecho público, trabajadora independiente.