

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones

Parafiscales de la Protección Social (la “UGPP”)

**-Análisis y Reflexiones sobre la competencia frente a la fiscalización de los
aportes parafiscales del Sistema de Seguridad Social Integral-**



Natalia Arbeláez Rivera

Maria Alejandra Franco

Junio de 2015

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Contenido

Introducción.....	4
Capítulo 1 ¿Qué es la UGPP y qué son los aportes parafiscales?	8
Titulo 1.1. La UGPP	9
Titulo 1.2. ¿Por qué surgió la UGPP?.....	10
Titulo 1.3. Funciones	13
Titulo 1.4. ¿Qué son los aportes parafiscales de la Seguridad Social?.....	14
Titulo 1.5. ICBF, SENA y Cajas de Compensación	16
Titulo 1.6. Cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral.....	20
Titulo 1.7. ¿Quiénes están obligados?	22
Capítulo 2 ¿Cuáles son los límites en materia de competencia?	25
Titulo 2.1. Alcance de la Competencia y determinación del Conflicto que se plantea	28
Titulo 2.2. Competencia del Sistema de Protección Social	31
Titulo 2.3. Competencia de la UGPP	36
Titulo 2.4. Otras problemáticas relevantes.....	40
Prescripción	40
Titulo 2.5. El Conflicto de Competencia.....	47
Capítulo 3 Aplicación e interpretación del Artículo 30 de la Ley 1393 de 2010.....	50
Titulo 3.1. Interpretación del Artículo 30 de la Ley 1393 de 2010.....	50
Titulo 3.2. Proyecto de Ley – Interpretación Teleológica.....	50
Titulo 3.3. Concepto de ingreso en el contexto de la ley laboral y tributario. Interpretación Sistemática.....	55
Titulo 3.4. Descomposición conceptual del artículo. Interpretación Exegética.....	60
Titulo 3.5. Interpretación Exegética.....	64
Capítulo 4 . Conclusiones.....	66
Bibliografía y Referencias	71
Anexos.....	75

El presente trabajo de grado tiene como objeto realizar un análisis de dos de los problemas, que se considera, surgieron con la creación de la Unidad Administrativa de Gestión de Pensiones y Parafiscales UGPP; pertinentes al conflicto de competencia generado con las demás administradoras de los aportes parafiscales, así como la dificultad en la aplicación del artículo 30 de la ley 1393 de 2010. Se pretende además de evaluar las hipótesis planteadas, sugerir posibles soluciones a la dispersión y conflictos normativos.

Palabras Clave: Aporte parafiscal, Competencia, Interpretación, Desalarización.

Introducción

La Unidad Administrativa de Gestión de Pensiones y Parafiscales (UGPP) fue creada con el fin de garantizar la seguridad jurídica de los derechos pensionales que administra el régimen de prima media del Sistema de Seguridad Social, por medio de la racionalización y eficiencia operativa del reconocimiento pensional a cargo de las administradoras públicas del régimen de prima media. A su vez la creación de la UGPP se debió a la necesidad de fortalecer la gestión de fiscalización y cobro de los aportes parafiscales, con el fin de evitar la evasión y elusión de dichas contribuciones, lo anterior se traduce en las dos funciones principales que desarrolla la UGPP, así pues, el trabajo de grado versara sobre esta última función, pertinente al proceso de fiscalización, que será el eje central de esta investigación..

Según un informe sobre el mercado laboral, proferido por la ACRIP, la evasión del régimen contributivo de la seguridad social, especialmente en los sistemas de salud y pensiones asciende al 30 %, según el estudio el monto evadido es equivalente al 1.67% del PIB, en pensiones, y 1.31% del PIB en salud; además en comparación con otros países de Latinoamérica como Perú y Argentina, Colombia ocupaba la peor posición de acuerdo a los indicadores mencionados.(ACRIP.2014)

Además el nivel de evasión representa en nuestro país un monto aproximado de 14.6 billones de pesos, representado en diferentes modalidades de evasión, como morosidad, inexactitud en las liquidaciones, o simple incumplimiento de la obligación. Todo lo anterior alertó al Gobierno sobre la necesidad de tomar medidas conducentes a la erradicación de este problema.

De acuerdo a lo anterior es creada la UGPP, entidad sobre la cual versará el estudio y verificación de dos hipótesis, que son los problemas de investigación planteados para esta investigación y que consisten en:

1. La competencia otorgada a las diferentes entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral, así como la competencia otorgada a la UGPP, ocasionan conflictos prácticos de fiscalización y funciones de cobro; lo que se traduce en un choque de funciones de los empleadores y sus obligaciones frente a estas entidades y las funciones de la UGPP; y que puede provocar un conflicto con quien tenga la competencia legítima para dirimir la interpretación sobre salario.
2. En desarrollo de la competencia otorgada a la UGPP como parte de su función fiscalizadora, el alcance y la aplicación del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 ha generado problemas de interpretación que han influido directamente sobre el reconocimiento o no de beneficios no constitutivos de salario otorgados a los trabajadores, y sobre el manejo de los pactos de exclusión salarial frente a la liquidación de los aportes parafiscales de la seguridad social.

Con esto en mente, la presente monografía se abordará en dos partes, una pertinente al estudio de la competencia de la UGPP, en la cual se delimitará y se expondrá por medio de todas las normas oportunas, el conflicto planteado en la hipótesis. Posteriormente, y una vez habiendo delimitado la competencia de la UGPP, se pasará a revisar la aplicación e interpretación del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010.

Ahora, para el desarrollo de las hipótesis planteadas, en un primer capítulo se realizará una contextualización del tema, para lograr una delimitación del objeto sobre el cual versará el

estudio de los problemas planteados, de esta forma, se hará una explicación de las razones fundamentales que dieron lugar a la creación de la Unidad, así como sus funciones, esto con el fin de lograr el entendimiento de estas, y qué competencias se desprenden de esas funciones. Además, se expondrá el concepto de aportes parafiscales de la seguridad social, cuáles son los rubros que los componen, y las personas obligadas a su pago; logrando de esta forma identificar los pagos sobre los cuales versa la competencia de la UGPP, y la aplicación del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010.

Es importante tener en mente que el objetivo general que se quiere alcanzar con este trabajo de grado consiste en comprobar la existencia y consecuencias de los problemas planteados para el desarrollo de la monografía de grado, para lograr dar un panorama de las consecuencias actuales de la creación de la UGPP, como entidad fiscalizadora. Teniendo además como objetivos específicos los siguientes:

- Proponer soluciones posibles para un mejor desarrollo de funciones de la UGPP.
- Identificar la interpretación correcta que debería dársele al artículo 30 de la ley 1393 de 2010.
- Establecer los principales problemas prácticos que surgen a partir del conflicto de competencia.

A continuación se abordarán en dos capítulos separados el problema de la competencia de la UGPP, y en un tercer capítulo la aplicación e interpretación del artículo 30 de la Ley 1393, llegando por medio de la descripción de los problemas a la verificación de las hipótesis planteadas, a partir de la revisión de la legislación aplicable, evaluando sus posibles vacíos y contradicciones; parte dentro de la cual era objetivo de este trabajo tener como fuente la respuesta a varios Derechos de Petición que fueron enviados a las entidades involucradas en el objeto de estudio de esta monografía; pero que desafortunadamente no han sido contestados.

Finalmente se expondrán las conclusiones derivadas de la investigación y los resultados de la misma.

Capítulo 1 ¿Qué es la UGPP y qué son los aportes parafiscales?

Bien, para comenzar a continuación se explicará de forma global qué es la UGPP y las labores que lleva a cabo, para así entender la naturaleza del sujeto de esta investigación, las razones de su creación y sus funciones específicas.

Antes de iniciar el estudio de la Unidad, cabe señalar que las entidades pertenecientes a los subsistemas de la Seguridad Social, eran las que adelantaban de manera exclusiva las acciones de verificación del pago de los aportes, así como el cobro persuasivo y coactivo de los mismos, que es la función primordial que se estudiará y se explicará más adelante, sin embargo es apropiado dejar la claridad de que esta función antes pertenecía de forma exclusiva a otras entidades.

Por ejemplo, en el sistema de pensiones, el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, autoriza expresamente a las entidades administradoras para llevar las acciones de cobro pertinentes en caso de incumplimiento por parte de los empleadores, en los siguientes términos: “Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador [...] La liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestara merito ejecutivo”(Art. 24 L.100/1993).

Lo que se busca dejar en claro es que por medio de ley se le dieron facultades similares a las que tiene la UGPP, como a continuación se explicará, a las entidades administradoras del sistema, sin embargo esta parte se expondrá más a fondo con la correspondiente descripción de las normas en el capítulo pertinente a la competencia.

Titulo 1.1. La Unidad Administrativa de Gestión pensional y contribuciones parafiscales (La “UGPP”)

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales (la “UGPP”) es una entidad administrativa del orden nacional con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La UGPP, tiene principalmente dos objetivos; velar por el adecuado reconocimiento y administración de los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y efectuar, en coordinación con las demás entidades del Sistema de Protección Social (el “Sistema”) las tareas de seguimiento, colaboración y adecuada determinación, completa y oportuna de la liquidación y pago de las contribuciones parafiscales del Sistema (los “aportes”), así como el cobro de las mismas.

Para la segunda función mencionada previamente, la UGPP realiza una actividad, si se quiere de policía para la adecuada vigilancia y control de una apropiada liquidación de los aportes. Así, la UGPP inicia una actuación administrativa requiriendo información del aportante para establecer entre otras, si la afiliación realizada es correcta, si la base de liquidación de los aportes es acorde a la realidad, o si se presentan fenómenos de evasión o elusión. Una vez, verificada, estudiada y corroborada la información con las demás entidades del Sistema, la UGPP tiene la posibilidad de emitir un auto de archivo de la investigación o proferir un requerimiento para declarar o corregir, donde se propone al aportante que cumpla con sus obligaciones frente al Sistema, y que tiene como finalidad que el aportante acepte el valor de liquidación establecido por la UGPP o presente las razones de hecho o derecho que lleven a la UGPP a replantear su concepto emitido, finalmente, una vez la UGPP da cuenta de esto puede tomar la decisión de archivar la

investigación o emitir una liquidación oficial, momento en el cual se establece una deuda en cabeza del aportante a favor del Sistema.

En el momento en que la UGPP instaura una deuda en cabeza del aportante, éste último tiene dos meses para presentar un recurso de reconsideración frente a la UGPP, cumpliendo el requisito de agotar la vía gubernativa y así poder acceder a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Brindando claridad, sobre el camino de acción de la UGPP se considera importante hacer alusión a su invención y desarrollo.

Título 1.2. ¿Por qué surgió la UGPP?

La UGPP fue creada por la Ley 1151 de 2007, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, teniendo como uno de los fines centrales, el hacer frente a la grave situación de evasión de los aportes parafiscales que como se anunció en la introducción, era de tal magnitud que requirió una reacción del gobierno, ante las cifras que se estaban presentando.

Ahora bien, es importante acercarnos a los propósitos y objetivos que llevaron a la expedición de la Ley 1151 de 2007, para entender a cabalidad el por qué de la creación de una entidad administrativa que tiene como una de sus intenciones centrales el control de los aportes parafiscales. El Gobierno de turno, cumpliendo su función constitucional presentó en dos tomos el Plan Nacional de Desarrollo (el “Plan”) para el período comprendido entre el 2006 y el 2010 denominado “Estado Comunitario: Desarrollo para todos.” Este Plan, se desarrolló bajo la idea de “un instrumento para lograr un desarrollo sostenible que beneficie a todos y a generaciones futuras,” desarrollándose a través de 6 temas centrales, donde uno de ellos giraba alrededor de la reducción de la pobreza y promoción del empleo y la equidad.

De esta manera, se deseaba el acceso a la población colombiana a servicios sociales básicos, solidarios y de calidad, basado en un Sistema de Protección Social “que contribuya a fortalecer el capital humano y el ingreso de los hogares, a mitigar y superar de manera efectiva situaciones de crisis y asistir a las familias pobres”(Álvaro Uribe Vélez, 2007, p.107). Esto se desarrollaría bajo los pilares de eficiencia del gasto social, consolidación del Sistema, pues buscaba una articulación coherente entre todas las instituciones que componen el Sistema para generar un fortalecimiento en la protección contributiva y generar una actividad coordinada y coherente en todos los niveles del Sistema.

El plan presenta tres objetivos centrales para el Sistema que se resumen a continuación:

1. Combatir la evasión y elusión de los recursos del sistema, para aumentar la cobertura y garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema.
2. El diseño y ajuste de los mecanismos de recaudación de impuestos y aportes.
3. Implementación de herramientas eficaces que permitan un monitoreo del equilibrio de los recursos del Sistema, Unidad de Pago por Capitación y el plan de beneficios subsidiado.

Para el desarrollo de los objetivos, el Gobierno Nacional solicitó la ayuda del Ministerio de Hacienda, y el Ministerio de la Protección Social, ahora Ministerio del Trabajo, buscando la creación de una entidad pública consolidada en la confianza hacía el Gobierno Nacional, basada en reglas transparentes que permitan una ejecución armoniosa de las actividades. Con esto, se garantiza que la función del patrimonio sea reflejado en el servicio de la comunidad, generando riqueza pública para proveer buenos servicios que demuestren un crecimiento de instituciones prioritarias para un mayor desarrollo económico, social, ambiental y político.

Con los anteriores propósitos, se desarrolla la Ley 1151 de 2007 donde en su artículo 156 crea la UGPP, como entidad encargada de la fiscalización de los aportes parafiscales. La Honorable Corte Constitucional, se ha pronunciado sobre la creación de la UGPP en diferentes pronunciamientos, y ha establecido que:

La decisión legislativa de crear la mencionada Unidad Administrativa Especial presenta una relación de conexidad teleológica directa con el programa de reorganizar el marco institucional del régimen de prima media del orden nacional. (...) Adicionalmente, las funciones de seguimiento a la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales revestirá una importancia decisiva de cara al propósito de lograr la mencionada eficiencia operativa y la garantía de los derechos asegurados, los cuales, como es sabido, en múltiples oportunidades se ven truncados por el incumplimiento de la obligación de liquidar y pagar en forma legal y oportuna las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, (...) adecuando las estructuras administrativas para superar las dificultades operativas que hoy en día hacen ineficiente el proceso de reconocimiento de pensiones y el control de la obligación de trasladar las cotizaciones al Sistema, es posible lograr las metas de eficiencia operativa de las cuales depende la garantía de los derechos de los asegurados, que constituye la ratio última del propósito reorganizativo previsto en la parte General y programática del Plan. Además, la creación de esta Unidad, y las funciones que están llamadas a desarrollar, garantizan por sí mismas dichos objetivos. (C-376/2008.)

Entonces, es evidente el propósito intrínseco de la UGPP como una entidad de carácter estatal encaminada, entre otros propósitos, a la fiscalización de los aportes parafiscales para garantizar un adecuado manejo, prestación y desarrollo de los derechos de los asegurados. Con la creación de la UGPP el Gobierno Nacional pretendía el posicionamiento de una entidad idónea para controlar la evasión y elusión de los aportes, y correcta liquidación de los mismos; ésto a realizar

en concordancia con las demás entidades que integran el Sistema y la normatividad existente y aplicable.

Título 1.3. Funciones

Para desarrollar sus propósitos, la UGPP deriva sus funciones del Decreto Reglamentario 169 de 2008, el cual plantea sus funciones en dos grupos principales:

- I. En el reconocimiento de derechos pensionales y derechos de prestaciones económicas, a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional, servidores públicos que hayan cumplido el tiempo de servicio requerido por la ley para acceder a su reconocimiento y se hubieren retirado, desafiliado del Régimen de Prima Media, de las entidades públicas del orden nacional que se encuentren en proceso de liquidación, o se ordene su liquidación y aquellas que reconozca la UGPP.
- II. En el seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social

Teniendo en cuenta estas dos funciones básicas conviene establecer, tal y como fue dicho en la introducción, que la presente investigación versará de manera exclusiva en la segunda función descrita, pertinente a la fiscalización de los aportes parafiscales de la Seguridad Social por parte de la UGPP. Así pues, para la determinación aún más exhaustiva de las actividades que giran alrededor de esta función, es de vital importancia hacer referencia al Decreto 575 de 2013, el cual de forma específica, contiene todas aquellas funciones que se derivan de la función fiscalizadora.

Así, la UGPP desarrolla estrategias de fiscalización de los aportantes del Sistema, con colaboración de las entidades que lo conforman e instituciones públicas, pues ésta tiene la competencia de establecer un amplio canal de comunicación con el Sistema para corroborar e informar las irregularidades e incumplimiento con el pago de los aportes.

Se encuentra facultada también, para hacer seguimiento a los procesos sancionatorios en relación con la determinación y cobro de los aportes parafiscales, pero quizás la función más importante y conexas al tema de estudio, se refiere a la posibilidad que tiene la UGPP de adelantar acciones de determinación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social de acuerdo con las competencias otorgadas (Decreto 575 de 2013). Esto último es el eje central del tema en cuestión, pues se pretende resaltar las irregularidades que se presentan en el ejercicio de esta función.

Título 1.4. ¿Qué son los aportes parafiscales de la Seguridad Social?

Una vez expuesta la UGPP en cuanto al motivo de su creación y las funciones que desarrolla, es importante hacer una delimitación del concepto de aportes parafiscales de la seguridad social, claro está, sin pretender una descripción exhaustiva de los mismos. Al determinarse qué ha sido entendido como aporte parafiscal y cuáles pagos que están obligados a hacer los empleadores en Colombia constituye un aporte parafiscal; deberán establecerse, específicamente los conceptos jurídicos sobre los cuales versará el trabajo de grado.

Ahora bien, como ya fue mencionado en desde la introducción, la presente investigación versará sobre la función de la UGPP referida a la fiscalización de los aportes parafiscales de la seguridad social, por lo que es menester comenzar el estudio de dicho concepto de forma general, para tener un entendimiento claro de cuáles son entonces los dineros sobre los que recae el control conferido por la ley a la UGPP.

Así pues lo primero que hay que decir es que la Corte Constitucional en sentencia C – 132 de 2009 definió el concepto de aporte parafiscal como:

Un instrumento para la generación de ingresos públicos, caracterizado como una forma de gravamen que se maneja por fuera del presupuesto -aunque en ocasiones se registre en él- afecto a una destinación especial de carácter económico, gremial o de previsión social, en beneficio del propio grupo gravado, bajo la administración, según razones de conveniencia legal, de un organismo autónomo, oficial o privado. (S. C-132/2009)

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 225 de 1995, define las contribuciones parafiscales como “(...) los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector”.

Del concepto general entonces, se extrae que las contribuciones parafiscales son un medio de financiación pública, es decir son parte de los ingresos del Estado destinados para su funcionamiento, con la salvedad que dichos recursos no pertenecen directamente al presupuesto público, sino que están destinados de manera especial a una actividad específica.

Ahora bien, existen en cabeza de los empleadores ciertos pagos a los que están obligados a realizar respecto de la relación laboral que hay entre estos y sus trabajadores; luego se quiere

determinar en este fragmento cuáles de estos pagos son contribuciones parafiscales y por lo mismo están bajo la función de vigilancia de la UGPP.

Titulo 1.5. ICBF, SENA y Cajas de Compensación

En primer lugar, aparece en el ordenamiento jurídico la obligación para los empleadores tanto públicos como privados, de efectuar el pago de aportes al subsidio familiar, al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) , y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF); estos aportes en conjunto se denominan “aportes parafiscales” (Arenas, 2011, p.734). De esta primera explicación se infiere cuáles son considerados aportes parafiscales en las relaciones laborales; pasaremos ahora a explicar cada uno de ellos.

- **Subsidio Familiar:** el pago del subsidio familiar es una prestación social, que se realiza mediante la afiliación a una Caja de Compensación Familiar, las cuales tienen la obligación de aceptar a cualquier empleador que desee hacer la correspondiente afiliación, estas cajas pagan a sus afiliados subsidio en dinero, en especie o por medio de servicios; incluso con la Ley 789 de 2002 se prevé el apoyo al desempleo y la posibilidad de una afiliación voluntaria (Arenas, 2011, p.734). El aporte que deberá hacerse para proveer el pago del subsidio familiar será del 4% del valor de la nómina del respectivo empleador (L.21/82 art.12).
- **SENA e ICBF:** consisten en aportes parafiscales que deben hacer los empleadores que estén obligados en los términos que más adelante se explicaran. La mencionada exigencia, respecto de los pagos al ICBF, está sustentada, como primera medida en la Ley 27 de 1974, la cual reza en su artículo 2:

A partir de la vigencia de la presente Ley, todos los patronos y entidades públicas y privadas, destinarán una suma equivalente al 2% de su nómina mensual de salarios para que el Instituto de Bienestar Familiar atienda a la creación y sostenimiento de centros de atención integral al pre escolar, para menores de 7 años hijos de empleados públicos: y de trabajadores oficiales y privados. (L. 27/74 art. 2)

Sobre el artículo previamente citado, se debe aclarar que el monto del 2% fue aumentado mediante ley posterior, al 3% del valor de la nómina mensual de salarios (L. 89/88 art. 1).

Ahora, respecto a los aportes al SENA, la Ley 119 de 1994, en el capítulo pertinente a la financiación de la entidad, establece que una de sus fuentes de recursos serán los aportes de los empleadores para la inversión en el desarrollo social y técnico de los trabajadores, recaudados mediante cajas de compensación o directamente por el SENA así:

- a) El aporte mensual del medio por ciento (1/2%) que sobre los salarios y jornales deben efectuar la Nación y las entidades territoriales, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes;
- b) El aporte del dos por ciento (2%) que dentro de los diez (10) primeros días de cada mes deben hacer los empleadores particulares, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, sobre los pagos que efectúen como retribución por concepto de salarios. (L. 119/94 art. 30)

Y finalmente, el artículo 12 de la Ley 21 de 1989, dice que los aportes hechos por los empleadores tendrán la siguiente destinación: el 4% para el pago del subsidio familiar, y el 2% para el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA (L. 21/89 art. 12).

Luego estos aportes parafiscales mencionados son a los que se refiere la Ley 169 de 2008, cuando establece las funciones de la UGPP, al decir que la Unidad “efectuará tareas de

seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social.”

En este mismo sentido, es menester hablar sobre la modificación que introdujo en cuanto a los aportes parafiscales por parte de los empleadores, el Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE), implantado por la Ley 1607 de 2012. La mencionada ley en el artículo 20 establece de manera concreta este nuevo tributo a partir del 1 de enero de 2013, será un aporte con el que contribuirán las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios, en beneficio de los trabajadores, la generación de empleo y la inversión social; también serán sujetos pasivos de dicho impuesto las sociedades extranjeras contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta, por los ingresos de fuente nacional. Así, esta misma ley en su artículo 24 ordena una destinación específica para el tributo descrito, la cual consiste en la financiación de inversión social, orientada prioritariamente a la población usuaria a cargo del SENA y del ICBF. Igualmente, esta ley estableció que a partir el 1 de enero de 2014, el impuesto CREE se destinará a la financiación del Sistema de Seguridad Social en Salud, garantizando el monto equivalente al que aportaban los empleadores a título de cotización para los mismos fines por cada uno de sus empleados (L. 1607/12 art .20, 24).

Quiere decir lo anterior, que aquellas personas que quedaron grabadas con el impuesto para la equidad, quedaron también exoneradas del pago a las cotizaciones al sistema de Seguridad Social en Salud, así como a los aportes parafiscales pertinentes a ICBF y SENA. Lo primero que se podría pensar a partir de esta idea es que dichos aportes parafiscales tuvieron un cambio en su fuente de financiación, sin embargo de la lectura de la ley mencionada, se deduce que ésto no es así; sino que más bien, existen dos medios de financiación de estos aportes, los explicados más

arriba en virtud de los cuales los aportes se pagan sobre la nómina mensual de salarios, y los introducidos por la creación del impuesto sobre la renta para la equidad CREE, los cuales se liquidan sobre la utilidad, lo dicho se infiere de los párrafos del artículo 20 de la Ley 1607, los cuales establecen lo siguiente:

Parágrafo 1: En todo caso, las personas no previstas en el inciso anterior, continuarán pagando las contribuciones parafiscales de que tratan los artículos 202 y 204 de la Ley 100 de 1993, el artículo 7o de la Ley 21 de 1982, los artículos 2o y 3o de la Ley 27 de 1974 y el artículo 1o de la Ley 89 de 1988 en los términos previstos en la presente ley y en las demás disposiciones vigentes que regulen la materia.

Parágrafo 2: Las entidades sin ánimo de lucro no serán sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE), y seguirán obligados a realizar los aportes parafiscales y las cotizaciones de que tratan los artículos 202 y 204 de la Ley 100 de 1993, y los pertinentes de la Ley 1122 de 2007, el artículo 7o de la Ley 21 de 1982, los artículos 2o y 3o de la Ley 27 de 1974 y el artículo 1o de la Ley 89 de 1988, y de acuerdo con los requisitos y condiciones establecidos en las normas aplicables.

Parágrafo 3: Las sociedades declaradas como zonas francas al 31 de diciembre de 2012, o aquellas que hayan radicado la respectiva solicitud ante el Comité Intersectorial de Zonas Francas, y los usuarios que se hayan calificado o se califiquen a futuro en estas, sujetos a la tarifa de impuesto sobre la renta establecida en el artículo 240-1 del Estatuto Tributario, continuarán con el pago de los aportes parafiscales y las cotizaciones de que tratan los artículos 202 y 204 de la Ley 100 de 1993 y los pertinentes de la Ley 1122 de 2007, el artículo 7o de la Ley 21 de 1982, los artículos 2o y 3o de la Ley 27 de 1974 y el artículo 1o de la Ley 89 de 1988, y de acuerdo con los requisitos y condiciones establecidos en las normas aplicables, y no serán responsables del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE).(L. 1607/12 párrafo.)

Las anteriores exclusiones dejan por fuera del pago del CREE a aquellas personas no grabadas con el impuesto de renta y complementarios, las personas naturales, las sociedades sin ánimo de lucro y las zonas francas.

Así pues, los obligados a la declaración y pago del CREE, esto es personas jurídicas en general, estarán bajo el control y vigilancia de la DIAN, como autoridad tributaria, luego la UGPP no es competente para fiscalizar el pago de este tributo.

Por último, hay que decir que con estos pagos se desnaturaliza un poco el concepto de contribución parafiscal, si bien hay una destinación específica, no hay un beneficio para la persona gravada, que en este caso son los empleadores, pero este problema no hace parte del estudio que se quiere realizar con la presente investigación.

Titulo 1.6. Cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral

Por otra parte, vale la pena entrar a revisar específicamente la naturaleza jurídica de los aportes realizados al Sistema de Seguridad Social Integral (el “Sistema”), dichos aportes se realizan por parte de empleadores y trabajadores de manera compartida con el fin de financiar los servicios prestados por el Sistema a los usuarios del mismo; al respecto la Corte Constitucional ha dicho que estos aportes son de naturaleza parafiscal puesto que se cobran de manera obligatoria a un grupo determinado de personas cuyos intereses se satisfacen, con los recursos recaudados. Dichos recursos no engrosan las arcas de la nación, dado que tienen una destinación específica y no son de ésta sino que son administradas por otras entidades, ya sean públicas o privadas, y la cotización realizada no constituye un pago por la contraprestación de un servicio, sino la manera de financiar colectivamente el Sistema (S. C-577/95). De otro lado la propia Constitución

Política señala en el Artículo 48: “No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella”.

De entonces acá, se entiende frente a los aportes parafiscales en los términos explicados anteriormente, y particularmente bajo el entendido de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social encajan dentro del concepto de aporte parafiscal. Pero ahora, lo siguiente que se debe delimitar es si estos aportes parafiscales están bajo la función fiscalizadora de la UGPP.

Así, la mencionada función consiste en el seguimiento y determinación adecuada de las contribuciones parafiscales de la seguridad social (D. 169/08). Luego para determinar si los rubros de cotizaciones al Sistema hacen parte de las contribuciones parafiscales, a las cuales se refiere el decreto, es necesario remitirse a la Ley 1438 de 2011, la cual en su artículo 123 promulga lo siguiente:

La Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) verificará el cumplimiento de los deberes de los empleadores y otras personas obligadas a cotizar, en relación con el pago de las cotizaciones a la seguridad social. La Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la protección Social (UGPP), previa solicitud de explicaciones, podrá imponer, en caso de violación a las normas contenidas en los artículos 161, 204 y, 210 de la Ley 100 de 1993 por una sola vez, o en forma sucesiva, multas en cuantía hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales (...)

Una primera lectura a este artículo indica que en efecto la función fiscalizadora de la UGPP se extiende a verificar el pago de las cotizaciones al Sistema, teniendo en cuenta además que los artículos a los cuales se remite la norma previamente citada, ordenan la obligación de los

empleadores de realizar la afiliación de sus trabajadores y aportes al Sistema, así como los montos de los mismos y el establecimiento de las sanciones por el no cumplimiento de la obligación. Queda claro entonces que dentro de las contribuciones parafiscales que están bajo la vigilancia de la UGPP se encuentran los aportes a salud, pensión y riesgos laborales.

Entonces, los aportes parafiscales de la seguridad social, que están bajo la vigilancia de la UGPP, en cuanto a su pago son: aportes a salud, pensión, riesgos laborales, ICBF, SENA y cajas de compensación familiar.

Teniendo claro que los aportes parafiscales comprenden todos los rubros anteriormente mencionados, y estos tienen sus respectivos administradores, la ley les ha otorgado a ellos una competencia para la verificación del cumplimiento y cobro de los aportes; lo que parece generar un problema de competencia con la UGPP, que se desarrollará en el siguiente capítulo.

Titulo 1.7. ¿Quiénes están obligados?

Bien, lo último que conviene incluir en este primer acercamiento a la UGPP es la descripción de quiénes son los sujetos obligados al pago de lo que ya determinamos como los aportes parafiscales de la seguridad social.

Así, la Ley 21 de 1982 en su artículo 7 señala que los empleadores de los sectores público y privado, están obligados a pagar el subsidio familiar y a efectuar aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje; en el numeral 4 del mismo artículo se dice que en el sector privado están obligados a aportar al subsidio familiar y SENA “los empleadores que ocupen uno o más trabajadores permanentes”. Establece también en su artículo 14 que es empleador toda persona natural o jurídica que tenga trabajadores a su servicio.

En el sector público, pagan aportes para el subsidio familiar las entidades del sector central y descentralizado, tanto en el nivel nacional como en el nivel territorial.

En cuanto al pago de los aportes de seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales está obligado a hacer dicho pago cualquier empleador, así como los trabajadores independientes, en los términos de la Ley 100 de 1993. Esto sin perjuicio de las demás personas que están obligadas a pertenecer al sistema como afiliados en los términos del artículo 26 del Decreto 806 de 1998.

El artículo 1 de la Ley 1233 de 2008 creó la obligación de pagar contribuciones parafiscales a cargo de las cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado, con destino al SENA, al ICBF y a las Cajas de Compensación Familiar que las mencionadas escojan libremente; cuya liquidación será la compensación ordinaria mensual establecida en el régimen de compensaciones. (L. 1233/08 art.1)

Finalmente, son exonerados del pago de SENA, ICBF y aporte a la seguridad social en salud a cargo del empleador, en los términos del artículo 25 de la Ley 1607 de 2012:

Las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios, correspondientes a los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, hasta diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.(...) Así mismo las personas naturales empleadoras (...) por los empleados que devenguen menos de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Lo anterior no aplicará para personas naturales que empleen menos de dos trabajadores, los cuales seguirán obligados a efectuar los aportes de que trata este inciso. (L.1607 art. 25)

Igualmente, el artículo 19 de la Ley 1739 de 2014 estableció que los consorcios y uniones temporales empleadores, en los cuales la totalidad de sus miembros estén exonerados del pago de

los aportes parafiscales a favor del Sena, ICBF y aportes al Sistema en salud, de acuerdo con la Ley 1607: “estarán exonerados del pago de los aportes parafiscales a favor del Sena y el ICBF y al Sistema de Seguridad Social en Salud correspondientes a los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, hasta diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.”

Capítulo 2 ¿Cuáles son los límites en materia de competencia?

Una vez delimitada la materia de estudio de esta investigación en cuanto a su sujeto y objeto, a continuación se abordará de forma específica la primera parte de la hipótesis planteada, pertinente a la competencia de la UGPP, y los conflictos que surgen entre esta y las demás entidades administradoras del Sistema.

Cabe recordar que antes de la creación de la UGPP en los términos que ya fueron explicados, por medio de la Ley 100 se le dio competencia a las entidades administradoras del Sistema para la verificación del pago de los recursos destinados a estas, una vez surge la UGPP se generan los problemas que a continuación se desarrollan.

Así, empezaremos por delimitar la competencia que tiene el Sistema de Seguridad Social Integral y sus entidades respecto del control de los aportes parafiscales. Esta competencia tiene su inicio con en la Ley 100 de 1993, y fue hasta el Decreto 1406 de 1999, que se instrumentó un mecanismo de control, a través del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, que tiene como finalidad garantizar el pago oportuno y completo de los aportes que financian el Sistema, a través de un mecanismo adecuado y eficiente que permita el cumplimiento de las obligaciones contempladas en la ley, de esta manera deben inscribirse en el Registro Único de Aportantes que conformen las distintas Administradoras y en un principio tenía el objetivo de convertirse en un:

Sistema Unificado de Recaudo de los aportes en materia de Seguridad Social. (...) garantizando que el Registro cuente con información completa, confiable y oportuna y se convierta en una herramienta para el control y cumplimiento de las obligaciones que la ley

establece en materia de Seguridad Social, y para la lucha de evasión y elusión de aportes y la multifiliación (Decreto 1406 de 1999, artículo 6.)

Se evidencia entonces, la existencia de un problema que siempre ha existido, la evasión y elusión de los aportes; y esto es así, porque como se ve, ya en anteriores oportunidades se habían implementado mecanismos de control como lo fue el Registro Único de Aportantes. Estos problemas han tratado de ser resueltos por el legislador a través de varias leyes y que no han cumplido con su cometido.

Desde la expedición del Decreto 1406 de 1999 se requiere para los aportantes establecer dentro de su contabilidad, el visto bueno de los revisores fiscales sobre el adecuado cumplimiento de las obligaciones frente el Sistema, puesto que es de vital importancia cumplir adecuadamente con la obligación de pagar los parafiscales, pero aún más importante es realizar la liquidación de los mismos de forma correcta, puesto que esta tarea es también realizada por la UGPP y se refiere a la primera parte del proceso de fiscalización que adelanta, es una tarea esencialmente contable. Se evidencia entonces que se le otorgó competencia a un órgano estatal para una actividad que aún se encontraba contemplada en normatividad vigente.

El artículo 50 del Decreto 1406 de 1999 establece la posibilidad en cabeza de las entidades que conforman el Sistema para formar una alianza estratégica que les permita facilitar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, una alianza que se centre en el recaudo y administración de los aportes.

A través del Decreto 3367 de 2004, el Gobierno Nacional presentó la primera intención de establecer un mecanismo contundente para el cumplimiento en el pago de los aportes parafiscales, ordenando la creación de un formulario único o integrado, de esta forma se crea la

Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (la “PILA”), debido a esto el Decreto 1445 de 2005 en su artículo primero establece que:

Las Administradoras del Sistema de Seguridad Social Integral y el SENA, el ICBF y las Cajas de Compensación Familiar, deberán permitir a los aportantes el pago de sus aportes mediante la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes, por medio electrónico, la cual será adoptada mediante resolución expedida por el Ministerio de la Protección Social.

Desde entonces, los aportes han sido liquidados a través de la PILA, como mecanismo idóneo de los aportantes para el cumplimiento de sus obligaciones frente al Sistema y Subsistemas, se les otorgó competencia a las Administradoras para que ellas pudieran ser operadoras de la información, desarrollando actividades para permitir al aportante el ingreso de los conceptos detallados de pago, su modificación o su ajuste previo o posterior a su envío, aplicación de reglas de validación, generación de informes sobre inconsistencias encontradas para su ajuste, o modificación por parte de las otras entidades del Sistema o alguna entidad estatal correspondiente, realizar procesos de conciliación o contingencias del proceso de intercambio de información, entre otros.

Según el Decreto 1465 de 2005:

Las Administradoras del Sistema podrán asumir en forma conjunta por cada subsistema las funciones del Operador de Información, por sí o a través de sus agremiaciones en representación de sus afiliados o contratarlas con terceros, garantizando en todo caso que la operación cumpla con todas las especificaciones establecidas en la ley, lo cual constará en los acuerdos o convenios que se suscriban para el efecto.

También podrán prestar dichas funciones las instituciones financieras, directamente o

contratarlas con terceros, cumpliendo para ello los mismos requisitos exigidos a las Administradoras en el inciso anterior, lo cual también constará en los acuerdos o convenios suscritos con las Administradoras para el efecto.

Titulo 2.1. Alcance de la Competencia y determinación del Conflicto que se plantea

Como ya fue señalado la UGPP es una entidad adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual, busca cumplir varios de sus objetivos, tales pero no limitados a “definir, formular y ejecutar la política económica del país, los planes generales, programas y proyectos relacionados con ésta, así como la preparación de las leyes, y decretos; la regulación en materia fiscal, tributaria, aduanera, de crédito público, presupuestal, (...) a través de organismos adscritos o vinculados para el ejercicio de las actividades que correspondan la intervención del Estado” (Pagina web Ministerio de Hacienda y Crédito Público). Pero en este punto no debemos olvidar que ante el tema que nos ocupa se encuentran de por medio las relaciones de trabajo entre empleadores y trabajadores, lo que nos deja el cumplimiento de una función por parte de la unidad con un carácter interdisciplinario de vital importancia para su armonioso funcionamiento; ahora, la función adelantada tiene una incidencia directa en las relaciones laborales, e interfiere de manera descuidada con la competencia de la jurisdicción laboral, ya que es el juez laboral, quien tiene la competencia otorgada por ley para pronunciarse sobre ciertos temas como la determinación de qué es o no salario.

Ahora bien, se quiere desarrollar el concepto de competencia de la UGPP, la cual ejerce sus funciones a través de lo que se conoce como competencia administrativa; este concepto se desprende del principio de legalidad consagrado en la Constitución Política, el cual plantea que

toda actuación de un ente o funcionario público tiene que estar debidamente habilitada por la ley, en cualquiera de sus expresiones. El Consejo de Estado se ha pronunciado estableciendo que:

Las disposiciones constitucionales y legales que atribuyen competencia a entidades, organismos y autoridades públicas, tienen una especial significación que va más allá de lo simplemente formal o procedimental. Dichas disposiciones tienen una connotación sustancial, porque mueven a la acción e inyectan vitalidad y dinamismo al Estado, materializan en acciones concretas los fines constitucionales del Estado, se constituyen en referente para determinar si sus actos se ajustan a derecho y fijan límites tajantes a los posibles abusos de la autoridad. (Consejo de Estado, auto: 201200006, p. 6)

De entonces acá, se desprende que el marco de acción de la UGPP, aquel que le permite desarrollar sus funciones dentro del ámbito de su competencia, es en primer lugar el Decreto 169 de 2008 donde se implementan las funciones de la UGPP y se establece el proceso de fiscalización de la entidad, claro, sin dejar atrás el decreto 575 de 2013, a través del cual se da la estructura de la unidad, y de esta se desprenden las funciones de cada dependencia de la UGPP; además de la normativa que ha sido desarrollada por la UGPP para darle fundamento a sus actuaciones.

Así como la UGPP tiene un estatuto normativo que delimita su campo de actuación, se puede decir lo mismo del Sistema de la Protección Social y de las entidades que lo componen. La Ley 100 de 1993 establece el marco general de acción, pero son normas posteriores como los Decretos 1703 del 2002 o 1465 del 2005, que se encuentran actualmente vigentes, los que establecen el marco de actuación del Sistema y de las entidades que lo componen, una competencia tan clara como la de la UGPP en materia de parafiscales.

Es así necesario, realizar un análisis normativo y jurídico de las disposiciones vigentes y aplicables a la fiscalización y aportes parafiscales para evidenciar un claro conflicto de competencia y brindar un razonamiento suficiente para llegar a una hipotética solución del problema planteado. Es esto importante, pues de conformidad con el principio de coordinación y colaboración entre las entidades estatales consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política de 1991 y desarrollado por el artículo 6 de la Ley 489 de 1998, debe existir una armonía funcional y jurídica con las entidades estatales, es de gran relevancia esta coordinación entre la UGPP y las entidades del Sistema, ya que como se ha mencionado con anterioridad uno de sus objetos es el control de los aportes de naturaleza parafiscal, aportes de relevancia jurídica.

Ahora, antes de iniciar, es importante establecer que todas las normas jurídicas, material de análisis en el presente trabajo, son de carácter sustancial y no se encierran en temas meramente procedimentales, lo que permite un estudio integral del tema en cuestión; esto es porque:

Las leyes que asignan competencias a una entidad u organismos del Estado no son de carácter procedimental sino eminentemente sustancial. En este sentido se expresó la Sala de Consulta y Servicio Civil al absolver una consulta referente a la competencia en segunda instancia del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, concepto en el cual se afirmó: Respecto de la competencia, hay que señalar que ésta se considera como un elemento integrante de la parte sustantiva, no de la adjetiva, de un código o de un estatuto legal. (Consejo de Estado, auto: 1416, p. 23.)

Es por la anterior explicación que podemos concluir, que frente a un mismo tema, como lo es el cobro y determinación de deudas sobre aportes parafiscales, intervienen varias entidades al mismo tiempo, que son la UGPP y los integrantes del Sistema de Seguridad Social, puesto

que la ley ha otorgado esta competencia a todas estas, y en su ejercicio es cuando se genera el conflicto.

Titulo 2.2. Competencia del Sistema de Protección Social

Como lo hemos evidenciado en líneas anteriores, ya existían unas funciones para el control del pago de los aportes al Sistema, claro, no exclusivamente de los aportes de naturaleza parafiscal, pero se trata de una competencia en cabeza de los operadores de información y estos operadores están habilitados legalmente para ser las Administradoras del Sistema o entidades ajenas contratadas por las mismas. Es decir, en simples términos de tareas funcionales encaminadas al control y pago de aportes parafiscales, ya existía un conjunto de entidades designadas para ello, no con mecanismos concretos que les permitiera actuar acertadamente para garantizar una ejecución exitosa de las tareas designadas, pero sí con una competencia clara que les permite actuar a la par de la UGPP, en varios de sus aspectos.

El legislador, ha desarrollado diferentes disposiciones en aras de garantizar el control a la evasión en los aportes de naturaleza parafiscal, ejemplo de esto son las Leyes 789 de 2002, 1093 de 2010 y 828 del 2003 donde se establecen medidas de control implementadas a través de la contratación estatal, actividades de carácter mercantil y movilidad de Administradoras de Riesgos Laborales o Cajas de Compensación, así como la atención a la situación financiera del régimen de salud. Pero es a través de la Ley 828 del 2003 donde se evidencia con mayor facilidad la intención del Gobierno de brindar herramientas concretas a entidades públicas o privadas para ejercer un mecanismo de control en la evasión de aportes parafiscales, otorgándole competencia al antes Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia de Salud, dispone la Ley 828 de 2003 que:

Artículo 5°. 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. (...)

Parágrafo 1°. 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.

Parágrafo 2°. 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.

Y a las entidades que componen el Sistema,

Artículo 8°. Requerimiento de información. Las Entidades Promotoras de Salud, Administradoras de Riesgos Profesionales, las administradoras de Fondos de Pensiones, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Servicio Nacional de Aprendizaje y las Cajas de Compensación Familiar podrán solicitar conforme lo determine el Gobierno Nacional, tanto a los afiliados cotizantes y beneficiarios, como a los empleadores, la documentación que requieran para verificar la veracidad de sus aportes o la acreditación de la calidad de beneficiarios, sin perjuicio de la reserva que por ley tengan algunos documentos. En caso de que los documentos sean requeridos y no se entreguen dentro de los treinta (30) días siguientes a su solicitud por parte del afiliado cotizante, se procederá a informarle al usuario conforme al Reglamento que si no los aporta en los treinta (30) días siguientes se procederá a suspender temporalmente el sistema de acreditación de derechos para el acceso de los servicios de salud frente al usuario respecto del cual no se entregue la documentación. Salvo aquellos casos en que el reglamento determine que existe justa causa. (...)

Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones que debe imponer tanto la Superintendencia Nacional de Salud o quien haga sus veces como el Ministerio de la Protección Social, al empleador y al afiliado que no entregue la documentación. Las multas por el incumplimiento a este deber podrán llegar a los 10 salarios mínimos.

Sin olvidar que la Ley 633 de 2000 establece de manera inequívoca una competencia radicada en las Administradoras del Sistema para solicitar explicaciones sobre las inconsistencias que se presenten en la liquidación de aportes presentadas,

las entidades administradoras del Sistema de Seguridad Social Integral son responsables de

ejercer las tareas de control a la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de los aportes que financian dicho Sistema y están facultadas para verificar la exactitud y consistencia de la información contenida en las declaraciones de autoliquidación de aportes; para lo cual podrán solicitar, de los aportantes, afiliados o beneficiarios las explicaciones sobre las inconsistencias en la información relativa a sus aportes a los distintos riesgos que hayan sido detectadas por parte de estas entidades.

Es evidente entonces, que existe una competencia radicada en todas las anteriores instituciones para ejercer un control y recaudo de los aportes de naturaleza parafiscal, sin dejar atrás la facultad que tienen los destinatarios de los mencionados aportes, ICBF, SENA y Cajas de Compensación para ejercer el cobro coactivo de los aportes adeudados. Capacidad que también tienen las Administradoras pertenecientes al Sistema, pues en materia de pensiones se ha establecido que: “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, 1993, artículo 23.) El Ministerio del Trabajo se ha pronunciado estableciendo que:

Se concluye que las entidades administradoras de fondos de pensiones a partir de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, esto es, 10 de abril de 1994, están en la obligación de adelantar contra los empleadores las acciones de cobro por los aportes adeudados junto con los intereses moratorios respectivos, bajo los parámetros señalados en el Decreto 2633 de 1994, en armonía con las instrucciones contenidas en la Circular Externa 009 de 1995 emanada de esta entidad, razón por la cual el empleador deberá cancelar la totalidad de los aportes adeudados más los intereses de mora causados hasta la fecha del pago total de las

mismas, sin perjuicio, de la obligación del empleador de efectuar las cotizaciones dentro de los términos legales anteriormente mencionados.

Así, se evidencia que entidades ajenas a la UGPP, pero que se encuentran dentro del Sistema de Protección Social, donde se establece el concepto de aportes parafiscales, tienen la posibilidad de realizar procesos y acciones que se venían desarrollando con anterioridad a la UGPP y que evidencian a esta última, como un participante más en un proceso de control y recaudo. Se adiciona una persona de derecho público más, que no tiene ninguna competencia exclusiva y excluyente frente a las labores a desarrollar, generando de esta manera un conflicto de competencia que puede ser de carácter positivo o negativo y que se traduce en un obstáculo más a la eficacia del Sistema y todos los elementos que lo componen.

Entidades, como el SENA o la Superintendencia de Subsidio Familiar se han pronunciado acentuando el conflicto de competencia que se desprende con el funcionamiento de la UGPP. La Superintendencia de Subsidio Familiar expidió la Circular Conjunta 49495 del 23 de abril del 2015 donde señala que:

De conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Decreto 2150 de 1992, concordante con el numeral 1 del artículo 24 de la Ley 789 de 2002 y el artículo 1 del Decreto 2595 de 2012 corresponde a la Superintendencia del Subsidio Familiar ejercer supervisión, inspección, vigilancia y control a las Cajas de Compensación Familiar; recaudadoras y pagadoras del subsidio familiar, y aquellas que constituyan o administren una o varias de las entidades sometidas a su vigilancia, siempre que comprometan fondos del subsidio familiar. Igualmente, de acuerdo con lo señalado en el numeral 9 del artículo 2 del Decreto 2595 de 2012, corresponde a la Superintendencia del Subsidio Familiar velar porque no se presente evasión y elusión de los aportes por parte de los afiliados al Sistema de Cajas de

Compensación y conforme a lo establecido en el numeral 4 del artículo 7 del Decreto 2150 de 1992, en consonancia con lo establecido en el numeral 4 del artículo 24 de la Ley 789 de 2002 y el numeral 2 del artículo 5 del Decreto 2595 de 2012, es función del Superintendente del Subsidio Familiar instruir a las entidades vigiladas sobre la forma como deben cumplir las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.

Se evidencia entonces que las Cajas de Compensación Familiar deben cumplir con las acciones de verificación y cobro de los aportes parafiscales con destino al subsidio familiar, tarea que también tiene la UGPP.

Por otro lado, el SENA conforme a lo establecido en el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 8 de la Ley 828 de 2003, los artículos 4 y 5 del Decreto 562 de 1990 y, la Ley 789 de 2009 lo facultan para intervenir a través de profundización en el proceso de fiscalización adelantado por la UGPP, es decir, la ley habilita al SENA para participar en conjunto con la UGPP en el proceso de fiscalización, pues el SENA se encuentra facultado para solicitar la información que considere pertinente y relevante para cumplir a cabalidad la revisión iniciada por la UGPP.

Titulo 2.3. Competencia de la UGPP

Por otra parte, la UGPP ha sido designada por la Ley 1151 de 2007 como la entidad competente para adelantar las acciones de determinación y cobro de las contribuciones parafiscales en los casos de omisión, inexactitud y mora, ésta última por acción preferente. Pero son en las mismas regulaciones de la UGPP donde se plantean disposiciones que dan pie a una confusión en el campo de actuación de la misma entidad y del Sistema, bien plantea el artículo 3 del Decreto

3033 del 2013:

Las entidades administradoras del Sistema de la Protección Social, deberán verificar la exactitud y consistencia de la información contenida en las declaraciones de autoliquidación de aportes de las contribuciones que éstas entidades administran, para lo cual solicitarán de los aportantes, afiliados o beneficiarios las explicaciones y correcciones sobre las inconsistencias detectadas.

Si realizadas estas acciones los aportantes no corrigen las inconsistencias detectadas, informarán de éste hecho a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP para que conforme con sus competencias, políticas, estrategias y, procedimientos adelante las acciones a que hubiere lugar.

Entonces, ¿en qué punto termina e inicia la competencia de la UGPP? Es una pregunta que tiene una respuesta clara cuando se está enfrente de procesos adelantados por el SENA, ICBF o Cajas de Compensación, pues aquí fue evidente el traslado de competencia que se realizó de estas últimas instituciones a la UGPP, se dispuso que todos los procesos adelantados por las entidades destinatarias de los aportes parafiscales “con anterioridad a la fecha de expedición de la Ley 1607 de 2012, deberán ser culminados por dichas entidades, sin perjuicio de las competencias que sobre esta materia ostenta la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP” (Decreto 3033, 2013, artículo 2.)

Pero no ocurre lo mismo con las otras entidades que configuran el Sistema, las Administradoras; la ley no ha establecido un traslado claro de competencias de éstas a la UGPP. Hasta el momento, puede haber un control de los aportes a través de solicitud de información, cobros coactivos e imposición de multas tanto por la UGPP, como por las otras entidades.

La Ley 1607 de 2012, establece la competencia para la determinación y el cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social en la UGPP, sin que se requieran actuaciones previas por parte de las administradoras, éstas se encuentran habilitadas para adelantar la mora de sus afiliados, cumpliendo los estándares de la UGPP, pero ésta tiene la facultad de adelantar las acciones correspondientes para aquellos casos que considere necesario, sin que esto exima de las responsabilidades contenidas en la ley a las entidades administradoras. (Ley 1607 de 2012, artículo 178.)

Así se desprende de la misma ley una competencia que salta de una a otra entidad, sin que exista una delimitación clara que permita verificar concretamente el marco de actuación de la UGPP y las administradoras.

Es importante resaltar que la UGPP desarrolla sus funciones en tres posibles eventos, estos son la omisión de afiliación, omisión en la vinculación, omisión y mora en el pago de los aportes:

1. **Omisión en la afiliación:** Es el incumplimiento de la obligación de afiliar o afiliarse a alguno o algunos de los subsistemas que integran el Sistema de la Protección Social y como consecuencia de ello, no haber declarado ni pagado las respectivas contribuciones parafiscales, cuando surja la obligación conforme con las disposiciones legales vigentes.
2. **Omisión en la vinculación:** Es el no reporte de la novedad de ingreso a una administradora del Sistema de la Protección Social cuando surja la obligación conforme con las disposiciones legales vigentes y como consecuencia de ello no se efectúa el pago de los aportes a su cargo a alguno o algunos de los subsistemas que integran el Sistema de la Protección Social.
3. **Inexactitud:** Es cuando se presenta un menor valor declarado y pagado en la autoliquidación de aportes frente a los aportes que efectivamente el aportante estaba

obligado a declarar y pagar, según lo ordenado por la ley.

4. **Mora:** Es el incumplimiento que se genera cuando existiendo afiliación no se genera la autoliquidación acompañada del respectivo pago de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social en los plazos establecidos, en las disposiciones legales vigentes. (Decreto 3033 de 2012.)

Frente a cada uno de estos eventos, es posible que tanto la UGPP como las administradoras del Sistema puedan actuar. Frente a la mora se ha establecido que las Administradoras tendrían preferencia en la competencia para realizar sus actuaciones, pues esta situación se refiere a una extemporaneidad en el cumplimiento de los aportes, pero el vínculo ya existe, las Administradoras cuentan con aproximación o cercanía con el aportante para realizar el control pertinente en esta situación.

Pero es una situación diferente, cuando se está frente a los casos de omisión o inexactitud, pues pese a que la UGPP como las Administradoras tienen campo de acción en ambas eventualidades, la UGPP tiene la competencia para exigir unos determinados documentos que le permiten realizar una verificación contable más precisa; aunque las Administradoras cuenten con la posibilidad de solicitar información a los aportantes, esta posibilidad no es precisa al establecer qué tipo de información es posible solicitar, es un concepto amplio que puede llegar a ser aplicado de diversas formas, pues la información a solicitar no se encuentra reducida en un simple listado taxativo, sin embargo, las Administradoras deben establecer en sus actuaciones los parámetros de ejecución de la UGPP, es decir, la UGPP se convierte en un manual de acción para las Administradoras, lo que lleva a concluir que las Administradoras pueden solicitar la misma información que la UGPP requiere.

Titulo2. 4. Otras problemáticas relevantes.

Ahora bien, dentro de los múltiples problemas que han surgido con la UGPP, hay dos que se quieren tratar en este trabajo, dado que de alguna manera se derivan del tema de competencia, aunque son extensos, y ofrecen la posibilidad de ahondar mucho más sobre ellos, se pretende explicarlos de manera tangencial, dada la importancia que estos tienen respecto del tema de competencia que es eje central de esta investigación.

Prescripción

Un punto importante a desarrollar, es el término de prescripción que tiene la UGPP y las Administradoras, para ejercer sus acciones de control, determinación, y cobro. La Ley 1607 de 2012 es completamente clara en el caso de la UGPP donde se establece que podrá realizar sus acciones de determinación y cobro de aportes a obligaciones frente al Sistema, dentro de los cinco años siguientes al momento en que el aportante debió cumplir con su obligación o desde el momento en que se presenta una declaración extemporánea o corregida. Dice la ley en mención que:

La UGPP podrá iniciar las acciones sancionatorias y de determinación de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, con la notificación del Requerimiento de Información o del pliego de cargos, dentro de los cinco (5) años siguientes contados a partir de la fecha en que el aportante debió declarar y no declaró, declaró por valores inferiores a los legalmente establecidos o se configuró el hecho sancionable. En los casos en que se presente la declaración de manera extemporánea o se corrija la declaración inicialmente presentada, el término de caducidad se contará desde el momento de la presentación de la declaración extemporánea o corregida. (Ley 1607 de 2012, artículo 178)

Sin embargo, es una situación diferente la que se presenta frente a las Administradoras de pensiones, pues se presenta un vacío normativo ya que no hay una norma concreta que establezca un término que limite las actuaciones de las Administradoras de pensiones, se ha establecido frente al Sistema General de Pensiones que:

Respecto a la prescripción de los aportes al Sistema General de Seguridad Social, es preciso indicar que dicha figura no ha sido contemplada taxativamente en las normas que regulan dicho sistema. Por tanto, considera esta Oficina Jurídica que aplicar por analogía la prescripción consagrada en el Código Civil o aquella que se ocupa de las prestaciones sociales, atenta y menoscaba los derechos irrenunciables de los trabajadores. En efecto, la obligación de cobrar las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, sin que medie término alguno se fundamenta en el hecho de que con el recaudo de dichos recursos, se garantiza que los afiliados puedan reunir los requisitos legalmente exigidos para el reconocimiento pensional. (Concepto 129198 de 2014, Ministerio del Trabajo.)

Sobre este aspecto, la Superintendencia Financiera, a través del Oficio 2005048381-001 del 1 de febrero de 2006 señaló:

(...) en la medida en que estas acciones involucran el recaudo de sumas que por ley están destinadas al reconocimiento de prestaciones de carácter vitalicio, cuyo derecho es imprescriptible e irrenunciable para sus beneficiarios, este Derecho considera que no es viable aplicar el fenómeno extintivo de la prescripción a la acción de cobro de los aportes, más cuando sus actores no pueden sustraerse de su reconocimiento y pago. (Ministerio del Trabajo, 2014, concepto 129148.)

El concepto anterior hace referencia únicamente a los aportes para pensiones, la acción de cobro que tienen las Administradoras de pensiones frente a los aportes del Sistema, incluidos los

aportes parafiscales no pueden prescribir pues se refieren a aportes con una naturaleza superior y diferente a cualquier otra suma adeudada, bien menciona el concepto que no es posible utilizar la analogía para acercarnos a normas civiles o la prescripción laboral, pues estos se refieren a aportes con una destinación específica y fueron creados por la ley para cumplir una finalidad concreta, su trato es especial. El anterior concepto refiere también a pronunciamientos jurisprudenciales que soportan lo anterior:

El Tribunal Superior de Cali –Sala Laboral- del 9 de diciembre de 2005, M.P. Dra. Maley Chávez, señaló:

El artículo 270 de la ley 100 de 1993, señala “los créditos exigibles por conceptos de las cotizaciones y los intereses a que hubiere lugar, tanto en el Sistema General de Pensiones como en el Sistema de Seguridad Social en Salud, pertenecen a la primera clase de que trata el artículo 2495 del C.C. y tiene el mismo privilegio que los créditos por conceptos de salario, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales.” Es decir que tal como lo dispone el artículo 2495 C.C. este crédito hace parte de los de primera clase.

Observemos en este caso que el documento presentado como título ejecutivo lo constituye la liquidación de cotizaciones obligatorias al Sistema General de Pensiones en mora, esto es, obligaciones a cargo del empleador dentro del Sistema General de Seguridad Social, luego es un documento diferente al consagrado en el artículo 509 del C.P.C., y resulta incompatible aplicar por analogía la norma establecida en el C.S.T., ya que este estatuto regula expresamente las relaciones individuales entre el trabajador y el empleador, siendo por tanto incompatible con el Sistema de Seguridad Social teniendo en cuenta las especiales relaciones que lo integran: primero las administradoras de los diferentes regímenes, segundo los empleadores, tercero los trabajadores, sus familiares, quienes son en última instancia los directos beneficiarios, todos ellos, la parte más débil del trípode, y

adicionalmente debemos tener en cuenta que los aportes a cargo de las empresas con destino al fondo de pensiones, tiene como finalidad constituir el capital, es decir administra dineros de terceros, destinados a atender los riesgos de vejez, invalidez y muerte; entonces si el derecho pensional como tal no prescribe –no así las mesadas pensionales- tampoco podría prescribir el pago de dichos aportes.

Se comprende entonces, que aunque los aportes del Sistema de Seguridad Social Integral en pensiones no prescriben, pues son aportes de una naturaleza especial encaminados a cumplir objetivos específicos y de vital importancia, para la UGPP se limita su campo de actuación de cobro y determinación de deudas frente al sistema en un periodo temporal de cinco años desde que se debía cumplir con la correspondiente obligación, o desde su presentación extemporánea o corrección. Para las Administradoras de pensiones, esta limitación temporal no existe, su campo de actuación no se encuentra limitado en el tiempo y pueden ejercer control o cobro de los aportes en cualquier momento, y tiene sentido que esto sea así pues los aportes de naturaleza parafiscal están encaminados a crear un beneficio para un determinado sector de la población, mal haría el legislador en perjudicar a los beneficiarios estableciendo un límite temporal para ello; cuando la UGPP pierde su competencia las Administradoras pueden ocupar su lugar, o hacerlo desde un inicio.

Analizado este punto, es pertinente examinar la competencia de la UGPP en periodos anteriores al 26 de diciembre de 2012, fecha en la que fue publicada la Ley 1607 de 2012. Veamos:

Hasta el 25 de diciembre de 2012 la competencia de la UGPP para adelantar los procesos de fiscalización a su cargo estaba reglada en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, que en sus apartes relevantes prevé lo siguiente:

Previamente a la expedición de la liquidación oficial deberá enviarse un requerimiento de declaración o corrección, el cual deberá ser respondido dentro de los tres (3) meses siguientes a su notificación por correo. Si no se admite la propuesta efectuada en el requerimiento, se procederá a proferir la respectiva liquidación oficial dentro de los seis (6) meses siguientes. Contra la liquidación oficial procederá el recurso de reconsideración, el cual podrá interponerse dentro de los dos (2) meses siguientes a la notificación de la liquidación oficial y la resolución que lo decida, que deberá proferirse en el máximo de un (1) posterior a la interposición de recursos, agotará vía gubernativa.

En lo (no) previsto en este artículo, los procedimientos de liquidación oficial se ajustarán a lo establecido en el Estatuto Tributario (E.T), Libro V, Títulos I,IV,V y VI.

Se evidencia entonces, que el anterior artículo no establece algún tipo de prescripción de la facultad de fiscalización de la UGPP, y hace una expresa remisión a lo consagrado en el Estatuto Tributario, Libro V, Títulos I, IV, V y VI. De esta remisión se desprende:

- Artículo 705 del E.T. El requerimiento de que trata el artículo 703, deberá notificarse a más tardar dentro de los dos (2) años, siguientes a la fecha de vencimiento del plazo para declarar.
- Artículo 714 del E.T. La declaración tributaria quedará en firme, si dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha del vencimiento del plazo para declarar, no se ha notificado requerimiento especial.

En este orden de ideas, es claro que respecto de las autoliquidaciones presentadas antes de la modificación de la Ley 1607 de 2012, la UGPP sólo puede ejercer su función de fiscalización dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término para declarar por cada mes, pues eso es lo que prevé el E.T., al cual es necesario remitirse en ausencia de la regulación especial en

el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007.

Panilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA)

Se entiende que a primera vista la PILA no evidencia un problema de competencia ya que este es únicamente un mecanismo a través del cual se cumplen las obligaciones, sin embargo, parece ser un punto que de forma tangencial se relaciona con la competencia ya que es la forma en la que se materializa la función fiscalizadora de la UGPP y además es la evidencia práctica de lo que genera el conflicto de competencia entre la UGPP y las demás administradoras, puesto que si son dineros que hacen parte del Sistema, ¿Quién tiene la facultad de hacer devoluciones en casos donde ello sea necesario? O ¿Qué pasa cuando la competencia de la UGPP es insuficiente para poder cumplir obligaciones respecto al funcionamiento de la PILA?

Así, teniendo en cuenta que de conformidad con el Decreto 1670 de 2007 se está en la obligación de cumplir con el pago de los aportes al sistema de seguridad social a más tardar el sexto día hábil del mes siguiente a la causación de la obligación referida, se desprende que todas las autoliquidaciones que fueron presentadas dentro del término legal correspondiente delimita el campo de actuación de la UGPP, pues ésta únicamente será competente para la fiscalización de aportes presentados con anterioridad al mes de diciembre de 2012, hasta enero de 2014, por lo que en liquidaciones anteriores la UGPP ha perdido competencia.

Ahora, es importante hablar de quizás uno de los más grandes problemas que existe en la competencia de la UGPP y las Administradoras, la PILA como mecanismo para el pago de los aportes, la ley ha establecido:

El pago de los recursos correspondientes a las Contribuciones Parafiscales de la Protección

Social y las sanciones correspondientes, se realizará haciendo uso de la planilla integrada de liquidación de aportes - PILA. La entidad que tenga a su cargo la administración de la planilla, debe implementar los ajustes y cambios solicitados, a más tardar dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de radicación de la respectiva solicitud por parte de la UGPP. (...)

Los recursos recaudados a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes PILA, así como la forma de pago cuando las acciones de determinación y cobro sean adelantadas sobre omisos del Sistema de la Protección Social. (Decreto 3033, 2013, artículo 7.)

Según la Resolución 1303 de 2005, la PILA es un sistema implementado por el “Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Protección Social, que busca facilitar a los aportantes realizar los pagos a la Seguridad Social (pensiones, salud, riesgos profesionales), el SENA, el ICBF y las Cajas de Compensación Familiar, ESAP, Ministerio de Educación, a través de transferencias electrónicas.” (Resolución 1303, 2005.) Una vez se realiza el pago a través de la PILA, se está en presencia de recursos que pertenecen al Sistema de Seguridad Social Integral, es decir, se convierten en recursos que componen el Sistema y que hacen parte de éste y no son de propiedad de ninguna Administradora o cualquier otra entidad que conforme el Sistema.

Desde un punto de vista ideológico, estamos en presencia de un trato completamente adecuado a los lineamientos del Sistema pues garantiza su funcionamiento, sin embargo desde una perspectiva práctica se presentan diversos inconvenientes. Imaginemos, si el proceso de fiscalización adelantado por la UGPP, después de completadas todas las actuaciones legales establecidas termina con un saldo a favor del aportante, quién podrá regresarle lo adeudado; ciertamente no la UGPP, pues no son recursos de su propiedad, son nuevamente, recursos del Sistema; frente a qué entidad se podrá realizar un trámite que busque la restitución de los

aportes, en principio es posible realizar una reclamación a cualquier entidad que sea parte del Sistema, este es el problema práctico que no fue contemplado por la normatividad.

Esta situación, evidencia de manera clara el conflicto de competencia positiva que se presenta con la UGPP, pues ésta como cualquier Administradora pueden actuar frente a los recursos de naturaleza parafiscal, las Administradoras son entidades del Sistema, mientras que la UGPP es ajena a éste, en todo caso cualquiera puede actuar y no existe ninguna restricción para la competencia a ejercer de una y otra. La UGPP es un órgano especializado, pero también lo son las entidades del Sistema, si ambas aceptan competencia en un determinado tema, ninguna puede desplazar a la otra.

Titulo 2.5. El Conflicto de Competencia.

El artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 se puede considerar el punto de partida del conflicto de competencias que se presenta con las otras entidades que administran recursos de naturaleza parafiscal así, esta ley establece que:

- Todas las entidades que administren contribuciones parafiscales de la Protección Social están obligadas a adelantar las acciones de cobro persuasivo que tienen en sus competencias,
- Pueden adelantar los procedimientos persuasivos correspondientes cuando se presentan casos de omisión de liquidación o pago incorrecto,
- Pueden adelantar cobro coactivo cuando son entidades competentes para ello y;
- La UGPP adelantará el proceso de cobro correspondiente en los casos donde las entidades integrantes del Sistema no puedan adelantar cobro coactivo.

Con esto se evidencia que la misma Ley que crea la UGPP mantiene la competencia de diferentes entidades integrantes del Sistema, para realizar funciones que deberían corresponder exclusivamente a la UGPP. El cobro coactivo se reconoce a todas las entidades que conforman los diferentes subsistemas.

Las entidades administradoras de los distintos riesgos que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral establecido en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1295 de 1994, independientemente de su carácter público o privado, tendrán la responsabilidad, conjuntamente con la Superintendencia Nacional de Salud y el Ministerio de Trabajo, de ejercer las tareas de control a la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de los aportes que financian dicho Sistema. Para el ejercicio de las tareas de control que aquí se establecen, las mencionadas entidades gozarán de las facultades de fiscalización que establece el Libro V del Estatuto Tributario, en cuanto ellas resulten compatibles con el ejercicio de tales atribuciones. (Ley 383 de 1997, artículo 54)

La ley le brinda las mismas facultades a las entidades administradoras y a la UGPP, siendo ésta última una entidad que de manera preferente puede adelantar un proceso de fiscalización, pero sin olvidar que las demás entidades se encuentran habilitadas por la ley para ejercer distintas funciones de naturaleza similar a las de la UGPP, pues las administradoras pueden adelantar tareas de control para verificar la exactitud y consistencia de la información contenida en las declaraciones de autoliquidación.

A pesar de que la UGPP tiene acción preferente, la cual consiste en que si la Unidad considera que debe iniciar un proceso de fiscalización desplaza la competencia en cabeza de todas las demás entidades; realmente no es claro que exista un traslado de competencia excluyente hacia la UGPP, lo que genera todo el conflicto que ya fue explicado.

Como se ha evidenciado, la ley no le dio competencia exclusiva y excluyente a la UGPP para realizar el adecuado control de los aportes parafiscales, lo que hace que los límites de actuación entre una y otra entidad no sean claros, por lo que habrá un punto en el cual van a chocar; siendo el mayor problema que se presenta el que ni las entidades del Sistema ni la UGPP lo tienen claro, ni siquiera ellas mismas tienen la suficiente claridad sobre cómo opera la competencia tras la creación de la UGPP.

Capítulo 3 Aplicación e interpretación del Artículo 30 de la Ley 1393 de 2010

Ya explicado el conflicto de competencia, dentro de las funciones que realiza la UGPP, lo que más ha llamado la atención y al mismo tiempo ha generado controversia es la aplicación del artículo 30 de la Ley 1393, debido a las varias interpretaciones que pueden dársele a la norma, y que resulta aplicada por la UGPP al momento de realizar su función fiscalizadora.

Título 3.1. Interpretación del Artículo 30 de la Ley 1393 de 2010.

El problema planteado sobre el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, consiste en que dicha norma genera problemas de interpretación que han influido directamente sobre los beneficios otorgados a los trabajadores, y sobre el manejo de los pactos de desalarización, en relación a la liquidación de los aportes parafiscales de la seguridad social.

Antes de iniciar, conviene citar el contenido del artículo objeto de la hipótesis planteada:

Sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración.(Ley 1393 de 2010, artículo 30)

Título 3.2. Proyecto de Ley – Interpretación Teleológica.

Lo primero a lo que haremos referencia, es a los motivos facticos y jurídicos que dieron lugar al nacimiento de la Ley 1393, y en especial al artículo 30; por esta razón la exposición de motivos cumple un papel crucial para poder entender cuáles son los alcances de la mencionada norma;

por medio de esta explicación se buscara comprender el espíritu del legislador y plantear una interpretación teleológica del artículo 30.

Ahora bien, la Ley 1393 de 2010 fue creada a iniciativa del Gobierno, con el propósito específico de fortalecer financieramente el Sistema de Seguridad Social en Salud, por medio de la implementación de medidas específicas dirigidas a la consecución de nuevas fuentes de recursos, y la optimización de los ya existentes. La exposición de motivos del proyecto de ley, estableció que uno de los objetivos principales de esta ley era superar el deterioro financiero del sistema, para de esta forma asegurar un cubrimiento del servicio universal, por lo que se buscó también la creación de nuevas fuentes de recursos, y un control más riguroso sobre los mismos para evitar la evasión y la elusión en materia de aportes al sistema de salud. (Exposición de Motivos Ley 1393 de 2010.)

Conviene hacer un breve recuento histórico del estado de cosas que existía antes de la expedición de esta ley, para comprender más exactamente las razones que dieron lugar a su expedición.

Así pues en el año 2009, mediante el Decreto 4975 del 23 de diciembre, el Gobierno Nacional decretó estado de emergencia social, con el fin de atender la grave situación que se presentaba en la prestación del servicio de salud en todo el país, en especial lo que tenía que ver con la insuficiencia de recursos en el sistema, para atender los gastos provenientes de la demanda del servicio de salud, en cuanto a servicios y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, así como los deberes de universalización y unificación de los planes de beneficios.

Entonces, con el fin de conjurar la emergencia social, el Decreto 4975 planteó varias alternativas para aumentar las fuentes de recursos del sistema de salud, generadas en la “explotación de los monopolios de juegos de suerte y azar, licores, vinos y aperitivos, así como los provenientes de

los cigarrillos y tabaco elaborado, las cervezas, sifones y refajos, entre otros” (Exposición de Motivos Ley 1393 de 2010), y la necesidad de optimizar los recursos, evitando la evasión y la elusión de las rentas que financiaban el sector. Las anteriores determinaciones quedaron plasmadas en los Decretos 127, 129, y 132 de 2010, que establecían modificaciones al IVA en cervezas, juegos de suerte y azar, cigarrillos, tabaco y licores, recursos que se destinarían de manera especial a la financiación de los gastos excepcionales del servicio de salud, así como la unificación de los planes de beneficios; medidas en materia de control de evasión y elusión de cotizaciones y aportes al sistema de seguridad social; y mecanismos para administrar y optimizar el flujo de recursos de financiación del sistema de salud.

Sin embargo, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-252 de 2010, declaró la inexecutable del decreto que ordenó el estado de emergencia social, por considerar que la crisis invocada como causante de la emergencia no se originaba en hechos sobrevinientes ni inminentes, como lo exige la Constitución Política de 1991 (S. C/252 de 2010). Consecuencia de esta declaratoria, se deriva a su vez la inconstitucionalidad de las medidas adoptadas mediante los respectivos decretos; sin dejar pasar que la Corte reconoció la gravedad de la situación financiera, la cual ponía en riesgo el disfrute del derecho a la salud, entonces otorgó un efecto diferido respecto de las normas consignadas en los decretos que establecían fuentes tributarias de financiación, orientadas al goce del derecho a la salud. Por lo anterior la inexecutable del decreto que declaraba la emergencia social se haría efectiva a partir del 16 de diciembre de 2010.

Fueron estos hechos los que generaron la necesidad de expedir una ley donde quedaran consignadas todas las medidas que se habían destinado a hacerle frente a la grave situación

financiera del sistema de salud. Dado que la declaratoria diferida de inexequibilidad dejaría de surtir efectos, era necesario dejarlos previstos en una ley permanente; lo que al final demostraba que la emergencia no era inminente y se requerían medios definitivos para hacer frente a la grave situación, los cuales evidentemente no podían llevarse a cabo por medio de la declaratoria de un estado de emergencia. Entonces, la situación crítica financiera del sistema de salud había llegado a tal punto en el que el Gobierno ante la gravedad de la situación, declaró un estado de emergencia que se tradujo en la creación de una ley permanente destinada a hacer frente a la crisis.

En este orden de ideas, como consecuencia de la decisión tomada por la Corte Constitucional, se motivó la expedición de la Ley 1393 de 2010, en cuya exposición de motivos se expresa entre otras cosas, la necesidad de adoptar una ley en la cual consignar definitivamente las medidas puestas en los decretos legislativos, que tenían como objetivo la consecución de nuevos recursos con destino a la salud.

Ahora bien, explicado el contexto en el que nace la Ley 1393 de 2010, es menester ahora exponer, cuáles eran las circunstancias que afectaban financieramente al sistema de salud, y que finalmente requerían de una regulación que su momento se intentó hacer por medio de un estado de emergencia y que terminó consagrada en una ley.

Básicamente las situaciones que produjeron la crisis fueron la excesiva demanda de servicios no incluidos en el POS, y que no estaban fijados en la Ley 100 de 1993, el aumento acelerado de esta demanda comprometía los recursos del sistema y amenazaba la viabilidad del mismo, y

ponía en riesgo la continuidad en la prestación del servicio. Se planteó en la exposición de motivos que:

Por ejemplo en el Régimen Contributivo, los recursos que se orientan a la prestación de servicios No POS superan ya el 20% de la totalidad de los ingresos de la Cuenta de compensación del Fosyga. En las entidades territoriales, para finales de 2009, el déficit financiero en la prestación de servicios se incrementó de manera sustancial, alcanzando cerca de 1 billón de pesos. (Exposición de Motivos Ley 1393 de 2010)

Se expuso también que el mencionado aumento en los gastos, hacía que los ingresos fueran insuficientes para atender la demanda de los servicios de salud; y por otra parte la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional, estableció la necesidad de lograr una cobertura universal; además instó al Gobierno a realizar la unificación de los planes de beneficios, esto es el POS del régimen contributivo y el del régimen subsidiado.

Dado lo anterior el problema a solucionar era la escasez de recursos del sistema, por lo que con la ley lo que se quiso fue generar nuevos recursos, y hacer eficientes los que ya existían, así como controlar la evasión y elusión; entonces, en sentencia C-133 de 2012, se establecieron de manera concreta los aspectos en materia de regulación de la Ley 1393 de 2010, en los siguientes términos: “(i) definir rentas de destinación específica para la salud; (ii) adoptar medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud; (iii) evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud; y (iv) re direccionar recursos al interior del sistema de salud.”(S. C-133/12)

Así la interpretación teleológica del artículo es aquella que tiene como finalidad hacer un control a la evasión y elusión de los empleadores, al realizar acciones tendientes a modificar un pago que por su naturaleza es salarial, luego lo que busca esta norma es que a la base de liquidación se le integren todos los pagos que son salario, e incluso que en el evento en el que haya una discusión sobre la naturaleza de cierto pago, se entenderá que éste es salario, tratando así de dotar de mayores y más beneficios al sistema de salud.

Por lo anterior es menester que el análisis que se realice sobre la naturaleza salarial o no, de un pago a un trabajador debe ser tan estricta que determine realmente aquellos componentes que remuneran el servicio como elemento esencial del contrato de trabajo.

Titulo 3.3. Concepto de ingreso en el contexto de la ley laboral y tributario. Interpretación Sistemática.

El artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 dice textualmente: “los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración (...).” Hablamos entonces de manera general del concepto de ingreso, luego lo primero que se definirá será lo que se entiende en el ordenamiento jurídico como un ingreso, predominantemente en las normas tributarias; y partiendo de este entendimiento se llegara a una interpretación sistemática, teniendo en cuenta que el ingreso se desprende de la normatividad tributaria y ésta es la base de las actuaciones de la UGPP. Cabe señalar que estamos frente a una ley tributaria en la cual se enmarca la aplicación de artículo 30 y que por ende puede ser interpretada atendiendo a este criterio, y no a lo laboral, pero que repercute en las relaciones de trabajo.

Se considera importante extraer de las normas tributarias el significado de ingreso, puesto que la norma dice que los pagos no constitutivos de salario no podrán superar el 40% de la

remuneración, al hablar el artículo de remuneración, se muestra una clara incoherencia, puesto que la remuneración, desde el punto de vista laboral, es *per se* salario, como elemento esencial del contrato, es decir, no existen en el derecho laboral, pagos no constitutivos de salario que sean remuneración; luego el artículo laboralmente ni siquiera sería aplicable, entonces partimos de la base de entender remuneración como ingreso, es por esto que dentro de una interpretación sistemática es menester entender este concepto desde el punto de vista tributario. Vemos acá una clara interdisciplinaria entre lo laboral y lo tributario.

El artículo 27 del Estatuto Tributario en cuanto al ingreso expresa: “Se entienden realizados los ingresos cuando **se reciben efectivamente** en dinero o en especie, en forma que equivalga legalmente a un pago, o cuando el derecho a exigirlos se extingue por cualquier otro modo legal distinto al pago, como en el caso de las compensaciones o confusiones”. En términos económicos, ingreso es toda **entrada de dinero** que recibe una persona, familia empresa u organización. (Diccionario Quillet, 1972) (Negrillas fuera de texto)

Ahora, se debe delimitar el hecho de que el artículo nos habla de ingresos laborales pero no constitutivos de salario, pues bien, esto quiere decir que se trata de pagos que se dan en desarrollo de la relación de trabajo entre el empleador y el trabajador, pero que no son salario, para lo cual debemos remitirnos al Código Sustantivo del Trabajo que expresa que tipo de pagos no constituyen salario; en su artículo 128:

No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de

transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad. (Código Sustantivo del Trabajo. Art 128)

De este artículo, a primera vista se puede concluir que los pagos no constitutivos de salario se dividen en cuatro categorías: las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador como los **beneficios extralegales**; los que recibe en dinero o especie como **gastos** para desarrollar sus labores; las **prestaciones sociales** y los pagos acordados convencional o contractualmente como **no constitutivos de salario**; una primera consideración apunta a que es sobre este último elemento de los pactos de desalarización sobre el cual versa la aplicación del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010.

Se define entonces que en los pagos que no constituyen salario se pueden identificar varios elementos característicos para poder determinar en los casos concretos la naturaleza del pago, puesto que como vemos la norma no ofrece una lista taxativa. Así pues, el primer elemento característico es la **habitualidad**, en el sentido que dice que las sumas ocasionalmente recibidas no son salario, dando así ejemplos como primas y bonificaciones; el siguiente elemento que se ha identificado es el **desempeño de funciones**, dado que denota la importancia del pago hecho por el empleador como retributivo de la prestación personal para la cual fue contratado, en contraposición a aquellos pagos que contribuyen al desempeño de la función o la facilitan, como gastos de representación y útiles de trabajo; las **prestaciones sociales**, que en este caso no es

tanto un elemento característico, pero se establece que éstas, no serán consideradas salario, lo cual es apenas lógico.

Y finalmente, se encuentra lo pertinente a los **acuerdos sobre la desalarización**, en los que se permite, dentro de la voluntad de las partes y los acuerdos que hagan, excluir ciertos pagos del salario; al respecto el artículo 17 de la Ley 344 de 1996 establece que: “[...] se entiende que los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y los pagos por auxilio de transporte no hacen parte de la base para liquidar los aportes con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, Régimen del Subsidio Familiar y contribuciones a la seguridad social [...]”. Pero es importante señalar que no son libres, puesto que deben respetar aquellos rubros que obligatoriamente se consideran salario, estipulados en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, o que por el principio de realidad sobre las formas se entiende que, aunque se pacten con otro nombre, realmente retribuyen la prestación personal del servicio, lo cual, como se explicará más adelante, tiene una relevancia específica respecto de la competencia de la UGPP.

Como uno de los preceptos contenidos en otras normas que tocan directamente el tema de la determinación del ingreso, específicamente en la liquidación de los parafiscales, se encuentra el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, que consagra:

Para efectos de la liquidación de los aportes al Régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración (ESAP), Escuelas Industriales e Institutos Técnicos, se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados

por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales.[...] (Ley 21, 1982, Art. 17)

Pero para el entendimiento y correcta aplicación del artículo 17 de la Ley 21 de 1982, debe tenerse en cuenta que el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 se refiere únicamente a los aportes al Sistema en Salud, Riesgos Laborales y Pensiones, dado que los artículos a los cuales remite hablan de la obligación de pagar estos aportes; lo que querría decir el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 no aplica para los aportes parafiscales de ICBF, SENA y Cajas de Compensación. Una vez revisadas estas normas, se pensaría que la liquidación para pagar los aportes a Salud, Riesgos Laborales y Pensión, se hace con reglas diferentes a las que se utilizan con otros aportes, esto crea una dispersión normativa que hace para el empleador mucho más difícil la liquidación de los aportes, e incrementa la posibilidad de errar a la hora de llevar a cabo las liquidaciones y conformar la base de cotización.

De forma específica el artículo 30, materia del presente estudio, se ubica en la Ley 1393, en el capítulo pertinente a las medidas en materia de control a la evasión y elusión de las cotizaciones y aportes, lo primero que queda claro entonces, es que el artículo 30 fue creado como una medida de control; y esto es así, puesto que la base de liquidación de los aportes parafiscales se conformaba por aquellos pagos que constituyan salario, así, para un empleador terminaba siendo menos costoso pactar un porcentaje significativo del salario como no constitutivo del mismo, pacto que bajo el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo le es permitido; para así no incluirlo dentro de la base de cotización de los parafiscales, luego el sistema se veía afectado porque ante la práctica recibía menos recursos.

Entonces, la interpretación sistemática de acuerdo a lo ya explicado consiste en que al ser una ley tributaria dentro de la cual se enmarca el artículo 30; deberá haber una armonía entre lo que dice el artículo con el contexto en el cual se enmarca la ley, que en este caso es dentro del derecho tributario, luego en ese orden de ideas, se concluiría que cualquier ingreso, sin atender a su naturaleza jurídica se debe tener en cuenta para la conformación del IBC de los aportes parafiscales.

Titulo 3.4. Descomposición conceptual del artículo. Interpretación Exegética.

Para el entendimiento integral del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 se deben analizar otros conceptos que se incluyen en él y así tener la definición de cada uno de ellos, para abordar una interpretación exegética.

Así pues, hay un concepto que no está de forma expresa consignado en el artículo pero que es parte fundamental de la aplicación del mismo, y es el de pactos de desalarización, teniendo en cuenta que como se dijo, es sobre este punto sobre el cual versa la aplicación del artículo 30; puesto que como ya vimos los pagos no constitutivos de salario no hacen parte de la base de liquidación de los parafiscales; y una forma de excluir salario es por medio de los mencionados pactos. Al respecto el artículo 128 del CST dice en su parte final “auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como alimentación, habitación o vestuario, primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”

Quiere decir lo anterior que sobre ciertos pagos como los mencionados en el artículo, se puede pactar que no constituyen salario, así, la jurisprudencia ha dicho al respecto en sentencia del 12 de febrero de 1993, al referirse a la interpretación del artículo 127 y 128 del CST:

En efecto ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas, y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye a la actividad del trabajador ya no sea salario. Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la Ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia pagos que son “salario” pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc.).

Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aun cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que una determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter. El legislador puede entonces también –y es estrictamente lo que ha hecho– autorizar a las partes celebrantes un contrato individual de trabajo, o de una convención colectiva de trabajo o de un pacto colectivo, para disponer expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal, a pesar de su carácter retributivo del trabajo, no tenga incidencia en la liquidación y pago de otras prestaciones o indemnizaciones. Lo no que puede lógicamente hacerse, ni por quienes celebran un convenio individual o colectivo de trabajo, es disponer que aquel o que por esencia es

salario, deje de serlo. (Corte Suprema de Justicia, 12 de Febrero de 1993) (subrayado fuera de texto)

Resulta un poco contradictoria la interpretación de la Corte Suprema en este tema, sin embargo, lo que debe rescatarse de lo dicho es que los pagos que recibe el trabajador y que sean objeto de pactos de desalarización acordados de manera previa y expresa, no constituyen salario para liquidar los aportes parafiscales. Dice la Corte que estos pactos están permitidos en tanto no se contraríe que ciertos pagos que son salario por su esencia dejen de serlo; y sobre este punto que se le atribuyen a la UGPP funciones, al decir que determinará la liquidación y cobro de los aportes, dado que entrara a definir pagos esencialmente salariales. Además, el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 en principio ordena que estos pactos no pueden superar el 40% de toda la remuneración; pero sabemos que hay otros pagos que recibe el trabajador que no son salario como las primas y las prestaciones sociales a cargo del empleador, luego cabría concluir que lo que exceda al 40% del que habla el artículo 30 bajo estudio, se compone únicamente de aquellos pagos que bajo pacto empleador y trabajador decidieron que no fueran salario.

Un siguiente elemento del artículo que conviene desarrollar se trata de la referencia que éste hace a los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, así: “para efectos de lo dispuesto en los artículos 18 y 204 (...)”. Es pertinente entonces remitirnos a dichas normas con el fin de entender de una manera global el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, y cuál es el objeto del mismo.

De un lado el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 establece:

La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual [...]. (El artículo 17 establece la obligatoriedad de la afiliación de los trabajadores al régimen de seguridad social en pensiones)

[...] El salario mensual base de cotización para los trabajadores particulares será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

En ningún caso la base de cotización podrá ser inferior al monto del salario mínimo legal mensual vigente, salvo lo dispuesto para los trabajadores del servicio doméstico conforme a la Ley 11 de 1988.

Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral, se calculará sobre el 70% de dicho salario. (Ley 100 de 1993. Art 17)

Y por su parte el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 plasma:

La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1o) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado [...]

En conclusión, el artículo 30 fue creado para los efectos de la cotización al régimen de Salud, Riesgos Laborales y Pensiones de la seguridad social, lo cual nos permite establecer que esta norma aplica únicamente para la liquidación de estos aportes, pero que no tiene nada que ver para la liquidación de los demás aportes parafiscales: SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar.

Si bien como ya fue explicado antes, la Ley 1393 de 2010 nació para hacerle frente a la grave situación que afrontaba el sistema de salud, por la falta de recursos, es claro que la base de cotización debe ser igual tanto para pensión, salud y además riesgos laborales aunque el artículo

no haga alusión a este último rubro, porque al momento de hacer el pago por medio de la PILA, esta no permitiría tomar bases de cotización diferentes para cada aporte, es por esto que la regla aplica también para pagar Riesgos. Pero entonces estamos ante dos maneras diferentes de liquidar todos los aportes parafiscales, por un lado la manera de liquidar pensión, salud y ARL; y por el otro las reglas para liquidar ICBF, SENA y Cajas de Compensación.

Título 3.5. Interpretación Exegética.

Ahora bien, queremos plantear la interpretación exegética de acuerdo a lo explicado en el título anterior, como propuesta de la interpretación que se considera correcta para garantizar la adecuada implementación del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010.

Así, conviene nuevamente citar el artículo bajo estudio “Sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración”.(Ley 1393 de 2010, artículo 30)

Como primera medida, se está frente a dos problemas de interpretación, uno relacionado con la determinación de lo que es salario, porque como ya se examinó anteriormente, no todas las normas de salario aplican igual para todos los aportes, lo que crea una dispersión y al final deja radicado en cabeza de la UGPP la determinación de lo que es salario,

Por otro lado, estamos ante un problema interpretativo de la regla planteada en el artículo; en este sentido, la forma de entender el artículo, es estableciendo que los pagos no constitutivos de salario no podrán ser de más del 40% de forma general, es decir, si por ejemplo un trabajador tenía como salario dos millones de pesos y como un auxilio un millón, que bajo pacto se acordó que no sería salario, tenemos que ese millón sobrepasa el 40%, luego ese auxilio debió disminuir

a ochocientos mil pesos para cumplir con la regla del artículo de la Ley 1393 de 2010, entonces lo que se evidencia acá es una disminución de los beneficios al trabajador porque sus ingresos totales ya no serán de tres millones de pesos sino de dos millones ochocientos. Lo anterior atendiendo a una interpretación exegética de la ley.

Lo anterior permite concluir que la interpretación exegética es la más favorable, en el escenario dentro del cual la determinación de lo que es salario se hiciera correctamente y atendiendo a lo estipulado en las normas laborales, es decir cuando el artículo dice para los solos efectos de esta ley, como ya lo mencionamos se refiere únicamente a Salud, Pensión y Riesgos Laborales, luego debe entenderse que aplica únicamente para liquidar estos aportes, y por otro lado, cuando habla de los pagos no salariales no podrán ser superiores al 40%, se refiere a que todo aquello que sobrepase ese 40% que debió incluirse en la base de cotización. Ahora el problema realmente no es el artículo sino la manera como la UGPP lo aplica, puesto que califica como salario pagos que no lo son sin atender a las normas laborales, luego el exceso del 40% termina tergiversándose por una mala aplicación.

Ahora, refiriéndonos específicamente al problema que fue planteado, sobre la repercusión que todo esto tiene sobre los beneficios otorgados a los trabajadores cabría concluir, que en efecto estos disminuyen, puesto que ante el límite del 40%, lo más sensato es disminuir el dinero que se tiene pactado como no salario para no tener que incluirlo dentro de la base de cotización, lo cual incrementaría notablemente los costos de los empleadores, es decir se podría entender que no es necesaria la disminución del beneficio sino simplemente y tal como el artículo lo dice, para los efectos de que la liquidación de los aportes que en ella se nombran, incluir el excedente en la base de liquidación, pero como ya lo dijimos esto incrementa costos.

Capítulo 4 . Conclusiones

Es claro que existe un conflicto de competencia en el proceso de control, determinación y cobro de aportes de naturaleza parafiscal pues la UGPP es una entidad de naturaleza estatal creada para controlar la evasión de los aportes, sin embargo se creó sobre disposiciones jurídicas existentes creadas para la misma finalidad. La UGPP y las Administradoras del Sistema se encuentran habilitadas por la ley para intervenir en las actividades del aportante y asegurarse un efectivo cumplimiento de sus obligaciones correspondientes a los aportes parafiscales. Esta situación, se ha reflejado en las actuaciones de la UGPP que se pueden considerar como abusivas y descuidadas en relación al proceso de fiscalización adelantado frente a los aportantes, y es una situación que puede solucionarse con una planeación legislativa eficiente por parte de las autoridades competentes.

¿Debe la UGPP tener una competencia exclusiva y excluyente en materia de control de aportes parafiscales? Si esto es así, el legislador debe trasladar la competencia de manera clara a la UGPP tal y como se ha hecho en materia pensional, sin embargo esta situación dejaría al margen a las Administradoras quienes no tendrían ninguna herramienta para actuar de manera inmediata al denotar alguna irregularidad, pues son éstas las que tienen una vinculación directa con el aportante. ¿Deben las Administradoras tener una competencia exclusiva y excluyente para el control de los aportes? La UGPP se creó con la intención de adelantar labores que ya se encontraban en cabeza de las Administradoras pero que no estaban cumpliendo, entonces ¿cuál es la solución?

Como fue explicado antes, la competencia exclusiva de la UGPP ha sido reconocida por el Consejo de Estado, en relación con las entidades públicas, lo cual genera dos problemáticas: la

primera es que la competencia es un asunto que no le es pertinente fijar al juez sino que ésta debe establecerse por ley, no le corresponde a la rama judicial tomar determinaciones sobre este tema, que no le son propias de sus funciones, éste es un tema que es exclusivo de regulación legal; el segundo problema que surge es que, suponiendo que el Consejo de Estado puede otorgarle competencia a la UGPP, esta decisión dejaría un vacío, y es qué sucede con el conflicto de competencia en relación con las entidades administradoras del Sistema de carácter privado, no se pronunció esta alta corte sobre este tema, luego tampoco por esta vía el tema está solucionado.

Es difícil tratar de ofrecer una solución, dado que la situación en general que se ha dado con la creación de la UGPP, es novedosa, en el ejercicio del derecho e incluso para entidades mismas, es hasta ahora donde se están viendo las problemáticas surgidas con la función fiscalizadora de la Unidad, nos encontramos en un momento crucial en donde se está definiendo realmente la competencia de la UGPP, lo que sí queda claro es que las normas que la crearon son insuficientes y no previeron los múltiples problemas que se dieron, además de ser algunas veces demasiado amplias dejándole mucha libertad a la entidad para que se atribuya competencias que no le corresponden.

Al final todo este conflicto sobre la competencia termina perjudicando a las partes del contrato laboral, puesto que es directamente al empleador a quien le afecta este problema, al tener que hacer una rendición de cuentas a numerosas entidades, sin tener la seguridad jurídica sobre los procesos que cada una de ellas pueda llegar a estar adelantando, este conflicto afecta directamente el empleo, porque hace para las empresas más difícil el ejercicio y cumplimiento sano de los deberes que estos tienen frente a los trabajadores, es así como la hipótesis que en un inicio se planteó para este trabajo de grado queda comprobada al verificar las múltiples

contrariedades que surgen al radicar en cabeza de muchas y diferentes entidades una misma competencia, alcanzando así uno de los objetivos que fue propuesto al inicio.

Ahora, teniendo en cuenta que bajo las circunstancias que se expusieron, dentro de la competencia fiscalizadora de la UGPP se encuentra la aplicación del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, conviene concluir la dificultad que se presenta al aplicar la norma, precisamente porque son muchas las entidades que determinan el cobro y la liquidación de los aportes, lo cual se da para que las posibles interpretaciones que fueron expuestas, generen aún más conflictos que repercuten directamente en el empleador. Teniendo en cuenta que la UGPP puede determinar salario se crea una inseguridad jurídica que no existía cuando las otras administradoras daban simple cumplimiento a las normas laborales; además interfiere en la esfera de competencia de la jurisdicción laboral.

Es importante señalar que la dispersión normativa sobre la determinación de salario hace difícil aplicar el mencionado artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, toda vez que es base fundamental de su aplicación, y las normas sobre salario, tal y como fue explicado, hacen alusión a diferentes aportes parafiscales, haciendo que se liquiden de forma diferente, ya que su base de cotización se conforma dependiendo de lo que las normas digan específicamente sobre cada aporte, lo que puede producir mayor probabilidad de error a la hora de liquidar los aportes.

La interpretación exegética propuesta en este trabajo, da a entender que si bien la redacción no es la más afortunada, no resulta tan complicado dar aplicación al artículo, se evidencia que el problema radica más en la manera como se le está dando aplicación por la UGPP; debido a la mala determinación de lo que considera salario, así como a la facultad que se arroga, consistente

en dirimir conflictos sobre rubros en los cuales hay duda de si son salario o no, competencia que por supuesto le corresponde al Juez Laboral.

Aunque se propone la interpretación mencionada, se hace salvedad en que ésta no resulta del todo adecuada, pero no por el artículo en sí, sino por el problema que creó la UGPP, con su mala interpretación sobre el concepto de salario, puesto que ésta sería ideal en el evento en que el salario se definiera correctamente y de acuerdo a normas laborales. Lo que se observa es que hoy en día se le da al artículo una interpretación sistemática, esto es en armonía con las normas tributarias, lo cual suena lógico si se tiene en cuenta que se está hablando de una entidad adscrita al Ministerio de Hacienda, que por obvias razones muy poco tendrá en cuenta las disposiciones laborales aunque así debería hacerlo, se ve entonces la problemática de la interdisciplinariedad que se presenta y que no ha podido ser armonizada.

Respecto a la hipótesis planteada, al inicio de este trabajo, con respecto al artículo 30, por las razones mencionadas en el último capítulo de esta monografía, vemos que queda también comprobada, esto es así, porque en últimas toda la problemática descrita y explicada, tiene como consecuencia que los beneficios otorgados a los trabajadores disminuyan, y esto se da a partir de la interpretación que fue explicada y la que se propuso, porque se generan más costos para el empleador si se deja que los pagos no constitutivos de salario sobrepasen el 40%, ya que incrementara su base de liquidación, lo cual repercute en el beneficio del trabajador.

Finalmente la gran conclusión que se puede inferir de todo el trabajo de grado, será la urgente necesidad que hay de poner normas claras, para una definición correcta de la competencia de la UGPP, y el adecuado funcionamiento de los procesos de fiscalización, así como permitir un ambiente normativo adecuado para el ejercicio de sus funciones como lo es la aplicación del

artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 estudiado, siendo necesaria una forma única y estandarizada de liquidar todos los aportes parafiscales, eliminar la dispersión normativa que existe sobre la diferencia para cada aporte en su base de cotización, y que de esta manera se logre una liquidación sencilla para los obligados que favorezca las relaciones de trabajo y al Sistema en general; que es en últimas el objetivo mismo de la creación de los aportes parafiscales.

Se requieren procesos transparentes y con seguridad jurídica, que se lograrían por medio de una unificación normativa. La UGPP surgió para dar solución a un problema real de evasión y elusión, que generó más problemas, en vez de solucionar el que era objeto de su creación. En este momento no hay posiciones unificadas sobre los temas acá tratados y realmente la entidad no está cumpliendo de forma eficaz los objetivos que se plantearon al momento de iniciarla en el Plan Nacional de Desarrollo de 2006, lo que tal vez daría a pensar que fue un problema de planeación, porque se tenían objetivos muy claros, pero no se supo de la mejor manera cómo cumplirlos, y es lo que evidencian día a día los empleadores en Colombia, quienes en últimas son los principales afectados.

Bibliografía y Referencias

- **Referencias**

- “Guía para atender las visitas y requerimientos de la UGGP”. (2015). Bogotá. Legis.
- Arenas, G. (2011). El derecho colombiano de la seguridad social. Bogotá: Legis.
- Diccionario enciclopédico Quillet, tomo II, Finsu Panamá S.A., 1972
- Exposición de Motivos Proyecto de Ley Por la Cual se Expide el Plan de Desarrollo e Inversiones “Estado comunitario desarrollo para todos” 2006-2010
- República de Colombia (1887). Ley 153 de 1887. Colombia.
- República de Colombia (1950). Código Sustantivo del Trabajo. Colombia.
- República de Colombia (1988). Ley 89 de 1988. Colombia
- República de Colombia (1989). Ley 21 de 1989. Colombia.
- República de Colombia (1991). Constitución Política de Colombia.
- República de Colombia (1993). Ley 100 de 1993. Colombia.
- República de Colombia (1996). Ley 344 de 1996. Colombia.
- República de Colombia (2007). Ley 1151 de 2007. Colombia.
- República de Colombia (2010). Ley 1393 de 2010. Colombia
- República de Colombia (2012). Ley 1607 de 2012. Colombia.
- República de Colombia (2014). Ley 1739 de 2014. Colombia.
- República de Colombia. (1974) Ley 27 de 1974. Colombia.
- República de Colombia. (1982) Ley 21 de 1982. Colombia.
- República de Colombia. (1988) Ley 89 de 1988. Colombia.

- República de Colombia. (1993) Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de febrero de 1993 (radicación 5481). Sección Segunda M.P. Hugo Suescún Pujols.
- República de Colombia. (1994) Ley 119 de 1994. Colombia.
- República de Colombia. (1994) Ley 97 de 1994. Colombia.
- República de Colombia. (1995) Ley 225 de 1995. Colombia.
- República de Colombia. (1996) Ley 344 de 1996. Colombia.
- República de Colombia. (1999) Decreto 1406 de 1999. Colombia.
- República de Colombia. (2000) Ley 633 de 2000. Colombia.
- República de Colombia. (2002) Ley 789 de 2002. Colombia.
- República de Colombia. (2002). Ley 797 de 2002. Colombia.
- República de Colombia. (2003) Ley 828 del 2003. Colombia.
- República de Colombia. (2004) Decreto 3367 de 2004. Colombia.
- República de Colombia. (2005) Decreto 1445 de 2005. Colombia.
- República de Colombia. (2005) Tribunal Superior de Cali. Sala Laboral. 9 de diciembre de 2005, M.P. Dra. Maley Chávez,
- República de Colombia. (2008) Corte Constitucional. Sentencia 376 de 2008, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy.
- República de Colombia. (2008) Ley 1233 de 2008
- República de Colombia. (2008). Decreto 169 de 2008. Colombia.
- República de Colombia. (2009) Sentencia C- 132 de 2009. Corte Constitucional. MP. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.
- República de Colombia. (2012) Ley 1607 de 2012. Colombia.

- República de Colombia. (2012) Sentencia C - 133 de 2012. Corte Constitucional. MP. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- República de Colombia. (2013) Decreto 3033 del 2013. Colombia.
- República de Colombia. (2013) Decreto 575 2013. Colombia.
- República de Colombia. (2014) Ley 1739 de 2014. Colombia.
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Auto: 201200006, Consejero Ponente: Augusto Hernández Becerra.
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Auto: 1416
- Uribe Vélez Álvaro. Plan Nacional de Desarrollo: “Estado Comunitario: Desarrollo para todos.”

- **Bibliografía**

- República de Colombia. (2010). Corte Constitucional. C - 252 de 2010. MP. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.
- República de Colombia. (2010)Decreto 219 de 2010. Colombia.
- República de Colombia. (2010)Decreto 132 de 2010. Colombia.
- República de Colombia. (2010)Decreto 127 de 2010. Colombia.
- República de Colombia. (2009) Decreto 4975 de 2009. Colombia.
- República de Colombia. (2008) Corte Constitucional. Sentencia T - 760de 2008. MP. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- República de Colombia. (1998) Decreto 806 de 1998. Colombia.

- BITRO F. 2013. “Estructura del Estado Colombiano y de la Administración Pública Nacional”. Bogota.
- República de Colombia. Superintendencia de Subsidio Familiar. Circular Conjunta 49495 del 23 de abril del 2015. Colombia
- República de Colombia. (2014) Ministerio del Trabajo. Concepto 129148. Colombia.

Anexos

Derechos de petición radicados:

- UGPP. Radicado 201520050058772
- Ministerio de Trabajo. Radicado 10182
- EPS Compensar. Radicado 13052015

El propósito de los derechos de petición era evidenciar la falta de unidad jurídica y de interpretación normativa de las diferentes entidades relacionadas con el tema del trabajo de grado. A continuación se presentan los derechos de petición presentados:

Bogotá, Abril de 2015

Señores,

Ministerio de Trabajo

Bogotá.

Ref.: Derecho de Petición

Natalia Andrea Arbelaez Rivera, identificada como aparece al pie de la firma, residente en la dirección carrera 55 a No 188 – 28 de la ciudad de Bogotá, con teléfono 301 7963915, en ejercicio del Derecho de Petición consagrado en el art 23 de la Constitución Política de Colombia y con el lleno de los requisitos del art.5 del Código Contencioso Administrativo, respetuosamente me dirijo a su despacho, con fundamento en los siguientes:

Hechos:

Dado que el ministerio de Trabajo es el encargado de las políticas generales sobre trabajo y las relaciones entre trabajadores y empleadores, por medio del presente manifiesto a ustedes la siguiente consulta,

Petición:

Cuál es la interpretación que deber dársele al artículo 30 de la ley 1393 de 2010 en relación con los pagos no constitutivos de salarios, hechos por parte de los empleadores a los trabajadores. Significa este artículo que el tope máximo para todos los efectos será del 40% del salario, o podría ser mayor en cuanto para efectos de liquidar los parafiscales se tenga en cuenta de esa manera?

Recibo notificaciones a mi correo electrónico nataliaarbelaezrivera@gmail.com

Atentamente,

Natalia Arbelaez Rivera

C.C. 1.020.765.841

Bogotá, Abril de 2015

Señores,

EPS Sanitas - Sanitas Internacional

Ref.: Derecho de Petición

Maria Alejandra Franco, identificada con cédula de ciudadanía 1.103.631.398 de Bogotá D.C. residente en la dirección Calle 134 No. 11B-84 en ciudad de Bogotá, con teléfono haciendo uso del artículo 23 de la Constitución Política de Colombia y con el lleno de los requisitos del artículo 5 del Código Contencioso Administrativo, respetuosamente me dirijo a su despacho, para presentar la siguiente petición:

Petición:

1. Como afiliada de EPS Sanitas solicito se me informe el proceso que tiene la entidad para hacer seguimiento a la adecuada y correcta cotización de los aportes realizados por los afiliados.
2. Solicito se me informe las acciones a seguir por EPS Sanitas frente a un caso de mora o inexactitud en el pago de la cotización correspondiente.

Recibo notificaciones en mi dirección de residencia.

Cordialmente,

Maria Alejandra Franco

C.C. 1.013.631.398

