

Atención empresas: No abonar aportes de empleados al Sistema de Pensiones configura delito

Como es de conocimiento público, existe un alto porcentaje de omisión del depósito de los aportes previsionales que los empleadores, tanto del sector público como privado, deben realizar al Sistema Público de Pensiones (ONP), así como al **Sistema Privado de Pensiones (AFP)**. A marzo de 2023, la deuda total a ambos sistemas supera los S/ 34 000 millones.

En **el sector público**, 2 593 entidades de los gobiernos central y regionales, además de municipalidades, deben S/ 14 502 438 229 a 425 842 trabajadores afiliados. En el caso del **sector privado**, 167 164 empresas deben la suma de S/ 19 736 908 808 a 1 362 640 trabajadores. Asimismo, existe también una alta omisión al pago de los aportes al seguro social (**EsSalud**) y que también corresponde efectuar a los empleadores.

Dadas las circunstancias, mediante la *Ley N°31823*, publicada el 8 de julio último, se agregó un párrafo al *artículo 190 del Código Penal*, incorporando una nueva modalidad del delito de **Apropiación Ilícita**, descrita de la siguiente manera:

“Cuando el agente se apropia, desvía o dispone indebidamente en todo o en parte, con fines propios o de terceros, los aportes destinados a la constitución, formación, consolidación o desarrollo de un fondo pensionario o del seguro social de

salud, la pena será privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, si el agente tiene la calidad de servidor público la pena será no menor de tres ni mayor de seis años y la inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36º."

En consecuencia, a partir de este tipo penal, la falta de pago del aporte previsional, retenido al empleador, dentro del plazo establecido; así como del pago al seguro social que le corresponde hacer al empleador; pueden dar lugar a la interposición de la denuncia, independientemente de si la empresa ha usado o no el dinero retenido.

Asimismo, **cabe indicar que el empleador podría verse involucrado en tantos procesos penales, como trabajadores "afectados" tenga.** Nótese que no se especifica quién es el sujeto pasivo de este delito, pudiendo ser el trabajador o la entidad que recibe y maneja los aportes (AFP, ONP, o EsSalud) por lo que, le correspondería denunciar a cualquiera de ellos.

De otro lado, el tipo penal aprobado no establece un plazo para que se configure el ilícito penal, es decir bastaría que se encuentre vencido el plazo legal para efectuar el depósito de la retención (dentro de los primeros cinco días siguientes al mes que se devengue) sin que este se efectúe, para que se incurra en el delito.

Cabe recordar que el fondo de las **AFP** se forma por el aporte del propio trabajador, y es por razones administrativas y de practicidad que la ley encarga al empleador la obligación de hacer la retención y efectuar el depósito, por lo que, de

producirse dicha retención y una posterior omisión del pago a la AFP, se configuraría la apropiación ilícita, en términos del tipo penal aprobado por el Proyecto de Ley.

Respecto a los aportes a **EsSalud**, estos son de cargo del empleador, y no del trabajador, por lo que en nuestra opinión se está forzando la figura de la “apropiación ilícita”, toda vez que esta supone que alguien hace suyo, de manera indebida, un bien mueble o una suma de dinero, que previamente le fue entregada bajo cualquier título diferente al traslado de la propiedad (custodia, encargo, depósito, etc.), situación que en estricto no se configura con la omisión del pago de una obligación propia.

En efecto, en el caso del aporte a EsSalud no se retiene el monto al trabajador, porque es un aporte que sale directamente del patrimonio del empleador, sin embargo, el tipo penal aprobado, considera que “desviar” o “disponer” el aporte, es decir, no pagarlo, a EsSalud configuraría la “apropiación ilícita”.

¿Aunque se pague los aportes fuera de fecha con los intereses y moras respectivas permanece el riesgo de que se efectúe una acción penal?

En principio, la regularización de estos aportes podría neutralizar la acción penal, aunque no esté considerado como circunstancia eximente o atenuante; ello, dado que tal conducta (la regularización) podría ser demostrativa de la falta de intención de “apropiarse”, “desviar”, o “disponer indebidamente”, y para la configuración del delito tiene que

cumplirse un aspecto subjetivo, que es tener el ánimo de apropiarse del dinero de los aportes. Si no está presente este aspecto subjetivo, a nuestro criterio, no se configura el delito.

Al respecto, debemos recordar que es muy común que, en la realidad diaria, no exista esta intención, si no que ocurren circunstancias propias de la dinámica empresarial donde se dan problemas económicos transitorios que originan los retrasos en el pago, siendo una imposibilidad material la realización del depósito y no una voluntad de apropiarse del dinero; claro está que esta situación deberá acreditarse con medios probatorios.

Asimismo, el delito de apropiación ilícita es susceptible de acogerse al “principio de oportunidad” por el cual, a pedido de parte o de oficio, la fiscalía puede desestimar el continuar con la acción penal, si el imputado ya ha reparado el daño y no hay afectación mayor al interés público, entre otros requisitos.

¿Quién es el sujeto activo del delito?

El sujeto activo del delito (entendido como la persona que realiza la conducta típica del delito) es señalado de manera general, por lo que podría ser cualquiera que tenga capacidad para la ejecución de las conductas ilícitas indicadas (“apropriarse, desviar, o disponer indebidamente”). En consecuencia, es probable que la acción penal se dirija contra las personas que ejercen cargo de dirección en la empresa, y luego sea materia de probanza su intervención en la decisión

de omitir el pago de los aportes.

REGLAMENTO PARA LA REPROGRAMACION DE APORTES A LA AFP

Coincidentemente, el 5 de julio último, fue emitido el ***Decreto Supremo N°145-2023-EF***, se aprobó el ***Reglamento de la Ley N°31690***, que crea el régimen de reprogramación de aportes previsionales del Sistema Privado de Pensiones para entidades del sector privado, el cual permite a las empresas privadas regularizar sus deudas por aportes previsionales a la AFP, con ciertos beneficios.

A continuación, le informamos de las principales características de este régimen:

1. ¿Qué deudas pueden acogerse?

Pueden acogerse las deudas por aportes previsionales al fondo del SPP devengados hasta el 31 de diciembre de 2022, que no fueron cancelados en su oportunidad por los empleadores, cualquiera fuese el estado de su cobranza o que hayan sido materia de algún régimen de fraccionamiento o regularización de aportes previsional.

2. ¿Cuál es el procedimiento para acogerse?

A través del AFPnet se realiza el procedimiento para determinar la deuda que puede ser materia de acogimiento, su actualización, cálculo de la deuda fraccionada, simulación del fraccionamiento, así como el acogimiento al beneficio.

La totalidad de la deuda actualizada puede fraccionarse hasta en 60 cuotas, que deben pagarse hasta el quinto día hábil del mes siguiente al que corresponde la cuota.

3. ¿Cómo se pierde el beneficio?

Se pierde el beneficio por la falta de pago oportuno de tres cuotas consecutivas.

4. ¿Cuál es la fecha límite para acogerse?

La fecha límite establecida para el acogimiento es el 31 de diciembre de 2023.

La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) dictará las normas complementarias y aprobará los procedimientos operativos necesarios para la implementación del reglamento.