

DERECHO DE DEFENSA – No se vulnera por citar otras normas jurídicas en el acto que resuelve el recurso

Encuentra la Sala que si bien la Administración, al resolver el recurso, citó otras disposiciones jurídicas que no fueron contempladas en el acto recurrido, en ambas resoluciones se reitera que el fundamento legal que da origen a la obligación determinada es la Ley 21 de 1982. Por tanto, el hecho de que se citen otras normas para fortalecer la decisión administrativa no afecta el derecho de defensa del contribuyente. Además, no se configura una violación al debido proceso, pues, como se observa en los antecedentes administrativos, el contribuyente tuvo conocimiento de los fundamentos que dan lugar al pago de los aportes, así como la oportunidad de controvertirlos en el recurso de reposición. Por lo anterior, es evidente que el contribuyente ejerció el derecho a la defensa dentro de la oportunidad legal, y con base en sus argumentos la Administración resolvió el recurso de reposición.

APORTES AL SENA – Están obligados los empleadores que ocupen por lo menos uno o más trabajadores permanente / NOMINA MENSUAL DE SALARIOS – Definición / SALARIO – Elementos que lo conforman / CONTRATISTAS INDEPENDIENTES – Son verdaderos empleadores / INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCION – Los aportes parafiscales deben liquidarse al 0.5%

El artículo 7º de la Ley 21 de 1982 señala, dentro de los sujetos obligados a efectuar aportes al SENA, a los empleadores que ocupen por lo menos uno o más trabajadores permanentes. Este aporte corresponde al 2% del monto de sus respectivas nóminas. Para efectos de la liquidación de estos aportes, la ley establece que 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. En ese sentido, el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo dispone los elementos integrantes del salario: Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. Por consiguiente, la obligación establecida en la Ley 21 de 1982, de efectuar aportes al SENA, surge en virtud del vínculo laboral entre el empleador y el trabajador, y la nómina mensual de salarios es la base sobre la cual deben calcularse tales aportes. En ese sentido, el pago que el dueño de una obra realice a quien la ejecuta podría eventualmente constituir base de aportes al SENA en la medida en que dicho pago constituya "salario". A ese respecto el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo establece que los contratistas independientes son verdaderos patronos, y no representantes ni intermediarios de las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras, por un precio determinado. La misma norma consagra a cargo del dueño de la obra una responsabilidad solidaria con el contratista, pero con relación a "los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores", pero no está consagrada igual responsabilidad en relación con los aportes parafiscales, como son los que corresponden al SENA. Así mismo, nótese que la normativa invocada por la Administración como sustento legal de la obligación exigida, esto es, la Ley 21 de 1982, no establece que el empleador sea responsable o deudor solidario por los aportes parafiscales que se deriven de sus contratistas independientes, precisamente porque los aportes a que se refiere dicha ley se originan en una relación laboral y la base de liquidación de los mismos la

constituye el monto de sus respectivas nóminas, como se observa en sus artículos 9º, 12 y 17. Además, si bien el Decreto 2375 de 1974 fue utilizado como complemento de los argumentos esgrimidos en el acto principal para referirse a las normas de la industria de la construcción, resulta improcedente dicho argumento adicional, dado que la regulación establecida en la Ley 21 de 1982 y el Decreto 2375 de 1974 está referida a contribuciones diferentes. La primera se refiere a los aportes parafiscales que debe pagar el empleador sobre la nómina de salarios pagado a sus trabajadores, es decir, se deriva de una relación eminentemente laboral, y la otra se origina por el hecho de pertenecer a la industria de la construcción y se liquida sobre el 0.5% del valor de las obras que ejecuten directamente o mediante sus subcontratistas. Así las cosas, teniendo en cuenta que las liquidaciones se expiden con fundamento en la Ley 21 de 1982 y la administración de manera específica citó los artículos 7,11, 12, 14 y 17, normativa en la que se establece el porcentaje del aporte correspondiente al SENA (2%) y cómo se liquida el mismo, es claro que a la actora, en los términos de los actos aquí demandados no le asistía obligación derivada de los subcontratistas de la empresa.

FUENTE FORMAL: LEY 21 DE 1982 – ARTICULO 7 / CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTICULO 127 / CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTICULO 34

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: WILLIAM GIRALDO GIRALDO

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-27-000-2007-00152 01 (17585)

Actor: VERGEL INGENIEROS ASOCIADOS LTDA-VERING

Demandado: SENA

FALLO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 22 de enero de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección “B”, que declaró la nulidad de los actos acusados. La sentencia dispuso:

“PRIMERO. Declárase la nulidad de la Resolución No. 2265 del 1º de septiembre de 2006 expedida por la Dirección Regional de Bogotá del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA y de la Resolución No. 3705 del 6 de diciembre de 2002 (sic) proferida por la misma dirección.

*En consecuencia y como restablecimiento del derecho declárase que la sociedad VERGEL INGENIEROS ASOCIADOS LTDA. no adeuda las sumas relacionadas en los actos demandados.
(....)”*

I) ANTECEDENTES

Mediante la Resolución No. 2265 del 1º de septiembre de 2006, el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA-, Regional Bogotá Distrito Capital, ordenó a la sociedad Vergel Ingenieros Asociados Ltda. el pago de la suma de \$207.377.021 por concepto de aportes parafiscales e intereses de mora correspondientes a los años 2002, 2003, 2004 y 2005.

El 5 de octubre de 2006, el contribuyente interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la anterior resolución.

El 6 de diciembre de 2006, el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA-, Regional Bogotá Distrito Capital, mediante la Resolución No. 3705 resolvió el recurso de reposición que confirmó el acto administrativo recurrido y declaró improcedente el recurso de apelación.

II) DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la sociedad Vergel Ingenieros Asociados Ltda., solicitó:

“1. Declarar nula la Resolución No. 2265 del 1º de septiembre de 2006, expedida por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA- mediante la cual se declaró “ordenar a VERGEL INGENIEROS ASOCIADOS LTDA. el pago de la suma de doscientos siete millones trescientos setenta y siete mil veinte y un pesos Mcte (\$207.377.021) por los conceptos y períodos relacionados anteriormente, además de los intereses que se causen a partir del día siguiente a la ejecutoria ...”, así como de la Resolución 3705 del 6 de diciembre de 2006, mediante la cual se desató desfavorablemente el recurso interpuesto por VERGEL INGENIEROS ASOCIADOS LTDA.

2. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se restablezca el derecho de VERGEL INGENIEROS ASOCIADOS LTDA. y se ordene el no pago a favor del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, toda vez que no existe causa jurídica que soporte la obligación.

3. Que se condene en costas al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA.

4. Que en el evento que durante el trámite de esta demanda se cobre el valor de la obligación que VERGEL INGENIEROS ASOCIADOS LTDA. no reconoce por cuanto siempre ha sido cumplidor de sus obligaciones laborales, se solicita que a título de restablecimiento del derecho se ordene la devolución de la suma pagada en su valor actualizado y el pago del lucro cesante.

5. Subsidiariamente, en caso de llegar a establecer que se deben pagar aportes parafiscales, se solicita que se dé aplicación al porcentaje establecido en el artículo 4º del Decreto 2375 de 1974, es decir el 0.5% del valor de las obras que se ejecuten directamente o mediante subcontratistas.

6. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo”.

Respecto de las normas violadas y el concepto de la violación, dijo:

Violación del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. Infracción de las normas en que debería fundarse

Indicó que el fundamento legal de la Resolución No. 2265 de 2006 fueron las Leyes 21 de 1982 y 68 de 1923.

Manifestó que la Resolución 3705 de 2006, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el anterior acto administrativo, señaló nuevos fundamentos jurídicos como son los Decretos 2375 de 1974, 083 de 1976 y 1047 de 1983. Por tanto, se trata de un acto administrativo totalmente diferente al principal.

Que dicha situación constituye una vulneración del derecho al debido proceso, toda vez que la única defensa que tuvo el contribuyente fue ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Advirtió que no existe fundamento legal para establecer, con base en las normas citadas, que la suma adeudada corresponde al 2% del valor anual de los contratos, toda vez que el artículo 4º del Decreto 2375 de 1974 consagra una presunción legal para la industria de la construcción, que consiste en que ésta destina un 25% de sus costos al pago de jornales y subcontratos de prestación de servicios, en consecuencia el valor que deben pagar como aporte al SENA es de ½% del valor de las obras que ejecuten directamente o mediante contratistas.

Falta de competencia del SENA para declarar derechos laborales

Explicó que los aportes supuestamente adeudados, se originaron en el pago que la sociedad efectuó a personas naturales que fueron contratadas por vínculos civiles de obra, no laborales. De conformidad con la ley, estas personas son consideradas independientes y no están obligadas a realizar aportes al SENA o al ICBF; además, que en virtud de la Ley 21 de 1982 dicha carga impositiva corresponde exclusivamente a los empleadores sobre su nómina de salarios y no por honorarios.

Consideró que el SENA no es competente para determinar que los contratos de prestación de servicios celebrados por la sociedad son de carácter laboral, puesto que ello vulnera el principio de buena fe. Además, que tratándose de una entidad administrativa no puede declarar derechos laborales entre particulares, puesto que con ello usurparía competencias asignadas a la Rama Judicial.

Violación del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo. Expedición irregular

Señaló que el acto principal está viciado de falta de motivación porque únicamente tuvo como fundamento la Ley 21 de 1982 y, reiteró, que sólo en la resolución que la confirmó se citó la normativa sobre la industria de la construcción, en particular los Decretos 2375 de 1974, 083 de 1976 y 1047 de 1983.

Consideró que de aceptarse la validez de los actos demandados se estaría obligando al contribuyente a pagar dos veces por un mismo concepto tributario, puesto que la presunción establecida en el artículo 4º del Decreto 2375 de 1974 solo se da cuando la empresa no ha realizado los pagos de los aportes parafiscales por los empleados vinculados mediante contrato de trabajo, situación que no se configuró en el presente caso como se verificó en la investigación administrativa.

Que el SENA, en la resolución que resolvió el recurso de reposición, consideró como pago a empleados de la empresa, lo que se denominó de manera errónea en la contabilidad de la sociedad como *mano de obra* (que incluye materiales, transporte, trasiegos, costos financieros y honorarios). Lo anterior, no obstante que la empresa le explicó en la inspección que tal concepto obedecía a todo pago que se hacía a los subcontratistas.

Desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa por omitir el procedimiento para establecer la liquidación presuntiva

Alegó que de conformidad con el Concepto No. 1-0014-026300 del 19 de julio de 2006, cuando no se tiene a disposición la nómina de los obreros debe seguirse el procedimiento establecido en la Resolución No. 0662 de 1986, por la cual se reglamentan los procedimientos para el recaudo y control de la contribución destinada al Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción FIC, relativo a la liquidación presuntiva, el cual no fue practicado por la entidad administrativa.

Desviación del poder

Indicó que las actuaciones de los funcionarios del SENA buscan perjudicar al contribuyente, haciéndolo responsable del pago de los aportes parafiscales adeudados por sus contratistas, ante la imposibilidad de sancionarlo con la Resolución 0133 de 2006, que reguló la cuota de aprendices, la cual fue revocada por la entidad al aceptar que la sociedad no tiene esta obligación.

III) CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la actora, con los siguientes argumentos:

Según el artículo 4º del Decreto 2375 de 1974, las personas naturales y jurídicas dedicadas a la industria de la construcción, deben pagar por cada año, como aporte parafiscal, el medio por ciento del valor de las obras que ejecuten directamente o mediante subcontratistas. Esta norma fue reglamentada por el artículo 8º del Decreto 083 de 1976, en el sentido de que, estas personas son responsables del pago cuando han construido directamente o mediante subcontratistas.

Consideró que si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado señaló que el artículo 4º del Decreto 2375 de 1974 fue derogado tácitamente por la Ley 21 de 1982, el artículo 8º del Decreto 083 de 1976 mantuvo su vigencia, por cuanto la derogatoria del artículo 4º *ibidem* se realizó respecto a la cuantía del aporte parafiscal, y no en cuanto a la obligación de pagar el aporte.

Que la finalidad de la norma es que las empresas dedicadas a la industria de la construcción verifiquen que los subcontratistas paguen los aportes parafiscales correspondientes, o en su defecto, deben pagarlos. Es por esto que el Decreto 83 de 1976 establece que los aportes parafiscales los debe pagar el contratista así la obra se haya realizado directamente o mediante subcontratistas.

Indicó que la Resolución No. 2265 de 2006 se encuentra debidamente motivada, y teniendo en cuenta que la sociedad la recurrió alegando que el SENA estaba liquidando aportes parafiscales sobre los pagos realizados a personas que no se

encontraban en la nómina de sus trabajadores, esto condujo a que la resolución que resolvió dicho recurso se pronunciara sobre tal circunstancia.

Señaló que los actos demandados no establecen que los pagos a terceros que contrató la empresa demandante para cumplir el objeto de su actividad económica se hayan realizado mediante contratos laborales, sino que se refieren a la obligación que tiene la sociedad de cancelar los aportes parafiscales, en su condición de empleador.

Advirtió que en la certificación suscrita por la revisora fiscal del contribuyente se observa que, entre los años 2002 a 2005, la sociedad atendió 400 clientes para la realización de obras. Por tanto, no resulta lógico que tenga una planta de personal de 5 a 12 empleados.

Manifestó que no se siguió el procedimiento establecido en la Resolución 0662 de 1986 por cuanto en el presente caso se discute la liquidación de aportes parafiscales y no la contribución al Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción FIC.

Afirmó que los actos demandados no están viciados por la causal de desviación de poder, porque el fin perseguido por la entidad fue el de dar aplicación a la Ley 21 de 1982, y a los Decretos 2375 de 1974, 083 de 1976 y 1047 de 1983.

IV) LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "B", mediante providencia del 22 de enero de 2009, declaró la nulidad de los actos acusados, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Indicó que si bien la Resolución No. 2265 de 2006 se fundamentó en las normas generales que regulan los aportes parafiscales y estableció que la sociedad estaba en la obligación de pagarlos, no expuso las razones de hecho y de derecho por las cuales la parte actora, en su calidad de contratista principal o dueño de la obra, estaba cobijada por la presunción contenida en los artículos 4º y 6º del Decreto 2375 de 1974 y 7º y 8º del Decreto Reglamentario No. 083 de 1976, como sí lo hizo la resolución que resolvió el recurso de reposición.

Que lo anterior, evidencia que el SENA modificó los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en el acto principal, lo cual vulnera el derecho de defensa de la sociedad, debido a que no tuvo oportunidad de controvertir los nuevos planteamientos propuestos en el acto que resolvió la reposición.

Indicó que las resoluciones demandadas determinaron el aporte en un 2%, el cual no es concordante con lo dispuesto en la presunción prevista en los mencionados decretos que establecen que deben liquidarse sobre el 0.5%. Por tanto, fueron expedidos desconociendo el procedimiento especial previsto en las disposiciones que se refieren a los aportes parafiscales para la industria de la construcción, que prevé el cálculo del valor del aporte sobre una presunción que puede ser desvirtuada.

V) EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada impugnó la sentencia de primera instancia, con fundamento en lo siguiente:

Afirmó que el acto principal y el confirmatorio versan sobre los mismos hechos, esto es, que la sociedad en su calidad de empresa dedicada a la actividad de la construcción debe pagar los aportes parafiscales por las obras que ejecuta mediante la celebración de subcontratos.

Que a la entidad le está permitido ampliar los fundamentos jurídicos cuando resuelve un recurso gubernativo, puesto que debe analizar los argumentos expuestos por el recurrente, así como los que complementan o adicionan la decisión controvertida.

Consideró que la entidad no vulneró el debido proceso de la sociedad, toda vez que en la actuación administrativa ésta tuvo la oportunidad de allegar pruebas, rindió explicaciones verbales sobre la forma como se construyeron las obras, y se le dio a conocer la liquidación de los aportes.

Indicó que el Consejo de Estado en la sentencia del 14 de junio de 1996 rectificó la posición jurisprudencial que sostenía que el artículo 4º del Decreto 2375 de 1974 había sido derogado tácitamente. Por tanto, se encuentra vigente la obligación a cargo de las empresas o personas naturales dedicadas a la actividad de la construcción de pagar los aportes parafiscales al SENA. Esta norma fue reglamentada en el artículo 8º del Decreto 083 de 1976, en el sentido de que estas personas son responsables del pago cuando han ejecutado la obra directamente o mediante subcontratistas.

Como consta en el expediente administrativo, la empresa suscribió sendos contratos sin que ésta o los subcontratistas hayan pagado los aportes parafiscales.

Advirtió que la norma en la que se fundamentó la sentencia recurrida para sostener que los aportes se deben liquidar sobre el 0.5% no es la aplicable al caso en estudio, pues si bien, el artículo 4º del Decreto 2375 de 1974 dispone una presunción legal que consiste en que las personas o empresas dedicadas a la actividad de la construcción destinan para la realización de los trabajos que ejecutan, un 25% de sus costos al pago de la mano de obra, y que conlleva que los aportes se liquiden sobre un 0.5%, también lo es que el artículo 9º del Decreto 083 de 1976 permite desvirtuar esta presunción cuando los costos de la mano de obra tengan una incidencia inferior, evento en el cual se deberá liquidar sobre el 2% de la mano de obra utilizada.

Que conforme con los estados financieros de la sociedad, se certificó que ésta pago por mano de obra una suma inferior al 25%, razón por la cual la liquidación de los aportes se debe efectuar sobre el 2%.

VI) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandante en esta etapa procesal reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

La demandada en esta etapa procesal reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación.

El **Ministerio Público** rindió concepto en los siguientes términos:

Indicó que las razones expuestas en la parte motiva del acto que impuso la obligación de pagar los aportes parafiscales no permiten determinar respecto de qué eventos se origina dicha obligación fiscal, esto es, si corresponde al de un empleador de más de cuatro trabajadores, como de manera general lo prevé el artículo 7º de la Ley 21 de 1982 o a su actividad de construcción, conforme con los Decretos 2375 de 1974 y 083 de 1976.

Que, a su vez, no permite determinar si las sumas cobradas se derivan del pago de aportes parafiscales o de la contribución al Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción FIC, y adolece de una verdadera motivación en cuanto a las normas que, indicó, regulan el aporte al SENA de las personas naturales o jurídicas del sector de la construcción o al FIC, lo que conlleva que no exista correspondencia entre los hechos y las consideraciones jurídicas.

VII) CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 22 de enero de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "B", que declaró la nulidad de las Resoluciones Nos. 2265 del 1º de septiembre de 2006 y 3705 del 6 de diciembre de 2006, por medio de las cuales se ordenó a la sociedad Vergel Ingenieros Asociados Ltda. el pago de aportes parafiscales por los períodos 2002, 2003, 2004 y 2005.

El apelante ataca la sentencia impugnada bajo el argumento de que los actos administrativos demandados no vulneraron el debido proceso y el derecho de defensa del contribuyente, y en que se debe aplicar el 2% para liquidar los aportes parafiscales que debe cancelar el contribuyente por la mano de obra contratada por los subcontratistas.

1. Violación al derecho de defensa y el debido proceso

Para el apelante la Resolución No. 2265 de 2006, y su confirmatoria, no vulneraron el derecho de defensa y el debido proceso del contribuyente, por cuanto en ambas se le informó que era responsable por el pago de los aportes parafiscales de las obras que ejecuta mediante la celebración de sub contratos, y agregó, que está permitido que al resolverse un recurso gubernativo éste se estructure sobre los argumentos jurídicos que complementen, adicionen y le den mayor solidez a la decisión recurrida.

Según el demandante, la actuación administrativa demandada vulneró el artículo 29 de la Constitución Política, norma superior en la que debía fundarse, debido a que en la Resolución No. 2265 del 1º de septiembre de 2006 se invocó como sustento jurídico la Ley 21 de 1982 y la Ley 68 de 1923, y en la resolución que resolvió el recurso de reposición se citaron otras disposiciones jurídicas que no habían sido contempladas en el acto principal.

Verificados los antecedentes administrativos se observa que la Resolución No. 2265 del 1º de septiembre de 2006, indicó que la sociedad **está obligada a pagar aportes parafiscales, intereses de mora al SENA de conformidad con lo establecido en los artículos 7º, 11, 12, 14 y 17 de la Ley 21 de 1982 y en el**

artículo 9º de la Ley 68 de 1923¹. Con fundamento en dicha normativa liquidó los aportes parafiscales exigidos sobre el 2%.

La resolución que resolvió el recurso de reposición, además de invocar la Ley 21 de 1982, citó los Decretos Nos. 2375 de 1974, 083 de 1976 y el Decreto 1047 de 1983, en los aspectos relativos a la industria de la construcción².

Como se observa, los motivos y las consideraciones jurídicas expuestos en la Resolución No. 2265 de 2006, sustentan el acto administrativo en el hecho de que la sociedad está obligada a pagar los aportes parafiscales en virtud de lo dispuesto en la Ley 21 de 1982, situación que igualmente fue prevista en el acto que resuelve el recurso de reposición.

A ese respecto, encuentra la Sala que si bien la Administración, al resolver el recurso, citó otras disposiciones jurídicas que no fueron contempladas en el acto recurrido, en ambas resoluciones se reitera que el fundamento legal que da origen a la obligación determinada es la Ley 21 de 1982. Por tanto, el hecho de que se citen otras normas para fortalecer la decisión administrativa no afecta el derecho de defensa del contribuyente.

Además, no se configura una violación al debido proceso, pues, como se observa en los antecedentes administrativos, el contribuyente tuvo conocimiento de los fundamentos que dan lugar al pago de los aportes, así como la oportunidad de controvertirlos en el recurso de reposición³, el cual indicó:

"I. Hechos.

(...)

3.(...)la funcionaria del SENA que realizó la investigación, determinó erradamente que la empresa debía realizar aportes parafiscales por los trabajos pagados a personas naturales por mano de obra NO CONTRATADOS POR CONTRATO DE TRABAJO, por los años 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006.

4. La investigación y la correlativa liquidación de aportes que sustenta el acto administrativo que se impugna, padece de indebida motivación, por cuanto calcula aportes sobre pagos a personas que no están en la nómina de trabajadores, bajo contrato laboral, y por ende, no le corresponde aportar, entre otras razones, porque ellas mismas no están obligadas a aportar por ser consideradas legalmente como trabajadores independientes.

II. Fundamento de Impugnación.

No se puede efectuar control o retención de aportes parafiscales a personas que no tienen la obligación de pagarlos.

(...)carece de todo fundamento legal y fáctico pretender que la empresa que contrata a dichos contratistas independientes, pague aportes que legalmente no le son exigibles a ninguna persona en el marco de la legislación colombiana vigente.

(...)

Debemos concluir entonces, que carece de fundamento legal la exigencia de pagos de aportes parafiscales a una entidad de naturaleza privada que no puede

¹ FI 19 c.p.

² FI 5-9 c.a.

³FI. 22 c.a

utilizar un control de aportes, ni retenerlos, y mucho menos, realizarlos por su propia cuenta.

(...)

Por lo anterior, la resolución que aquí se impugna se arroga una facultad que no le corresponde a la entidad que la emite, por cuanto pretende hacer recaer obligaciones derivadas de la existencia de contratos de trabajo sobre mi representada, al considerar que todas las personas naturales que le han prestado servicios lo han hecho bajo el amparo de un contrato de trabajo, y que por tal razón, debe pagarse aportes parafiscales y al FIC por ello, declaración está que solo le corresponde a un juez laboral”.

Por lo anterior, es evidente que el contribuyente ejerció el derecho a la defensa dentro de la oportunidad legal, y con base en sus argumentos la Administración resolvió el recurso de reposición. En consecuencia, no procede el cargo.

2. Obligación de Pago de los aportes parafiscales al SENA

Se discute la responsabilidad que puede tener la empresa constructora frente al SENA por el no pago de los aportes parafiscales causados por los subcontratistas.

La Resolución No. 2265 del 1º de septiembre de 2006 ordenó a la sociedad el pago de aportes parafiscales al SENA, *de conformidad con lo establecido en los artículos 7º, 11, 12, 14 y 17 de la Ley 21 de 1982*⁴, situación que fue confirmada en la Resolución No. 3705 del 6 de diciembre de 2006, que resolvió el recurso de reposición interpuesto. Es importante precisar que en estos actos administrativos la liquidación de los aportes se efectuó tomando como porcentaje el 2%.

La Ley 21 de 1982, por la cual se modifica el Régimen de Subsidio Familiar y se dictan otras disposiciones, estableció:

“ARTICULO 7o. Están obligados a pagar el subsidio familiar y a efectuar aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje Sena (SENA):

1. La Nación, por intermedio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias.
2. Los Departamentos, Intendencias, Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios.
3. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de los órdenes nacional, departamental, intendencial, distrital y municipal.

4. Los empleadores que ocupen uno o más trabajadores permanentes.

(...)

ARTICULO 9o. Los empleadores señalados en los artículos 7º y 8º de la presente Ley, **pagarán una suma equivalente al seis por ciento (6%) del monto de sus respectivas nóminas**, que se distribuirán en la forma dispuesta en los artículos siguientes.

(...)

ARTICULO 12. Los aportes hechos por los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de los órdenes nacional, departamental, intendencial, comisarial, distrital y municipal **y empleadores del sector privado**, tendrán la siguiente destinación:

⁴ Fl 19 c.p.

1. El cuatro por ciento (4%) para proveer el pago de subsidio familiar.

2. El dos por ciento (2%) para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA).

ARTICULO 17. Para efectos de la liquidación de los aportes al régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Escuela Superior de Administración Pública, (ESAP), Escuela Industrial 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.

Los pagos en moneda extranjera, deberán incluirse en la respectiva nómina, liquidados al tipo de cambio oficial y vigente el último día del mes al cual corresponde el pago”.

El artículo 7º ibídem señala, dentro de los sujetos obligados a efectuar aportes al SENA, a los empleadores que ocupen por lo menos uno o más trabajadores permanentes. Este aporte corresponde al 2% del monto de sus respectivas nóminas.

Para efectos de la liquidación de estos aportes, la ley establece que 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.

En ese sentido, el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo dispone los elementos integrantes del salario: *Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.*

Por consiguiente, la obligación establecida en la Ley 21 de 1982, de efectuar aportes al SENA, surge en virtud del vínculo laboral entre el empleador y el trabajador, y la nómina mensual de salarios es la base sobre la cual deben calcularse tales aportes. En ese sentido, el pago que el dueño de una obra realice a quien la ejecuta podría eventualmente constituir base de aportes al SENA en la medida en que dicho pago constituya “salario”.

En el sub examine, las partes demandante y demandada coinciden en señalar que los aportes exigidos por el SENA se generaron por los subcontratistas de la empresa.

A ese respecto el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo establece que los contratistas independientes son verdaderos patronos, y no representantes ni intermediarios de las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras, por un precio determinado. La misma norma consagra a cargo del dueño de la obra una responsabilidad solidaria con el contratista, pero con relación a "los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores", pero no está consagrada igual responsabilidad en relación con los aportes parafiscales, como son los que corresponden al SENA⁵.

⁵ Sentencia del 24 de febrero de 1994, C.P. Dra. Consuelo Sarria Olcos, exp. 5129

Así mismo, nótese que la normativa invocada por la Administración como sustento legal de la obligación exigida, esto es, la Ley 21 de 1982, no establece que el empleador sea responsable o deudor solidario por los aportes parafiscales que se deriven de sus contratistas independientes, precisamente porque los aportes a que se refiere dicha ley se originan en una relación laboral y la base de liquidación de los mismos la constituye el monto **de sus respectivas nóminas**, como se observa en sus artículos 9º, 12 y 17.

Además, si bien el Decreto 2375 de 1974 fue utilizado como complemento de los argumentos esgrimidos en el acto principal para referirse a las normas de la industria de la construcción, resulta improcedente dicho argumento adicional, dado que la regulación establecida en la Ley 21 de 1982 y el Decreto 2375 de 1974 está referida a contribuciones diferentes. La primera se refiere a los aportes parafiscales que debe pagar el empleador sobre la nómina de salarios pagado a sus trabajadores, es decir, se deriva de una relación eminentemente laboral, y la otra se origina por el hecho de pertenecer a la industria de la construcción y se liquida sobre el 0.5% del valor de las obras que ejecuten directamente o mediante sus subcontratistas.

Así las cosas, teniendo en cuenta que las liquidaciones se expiden con fundamento en la Ley 21 de 1982 y la administración de manera específica citó los artículos 7, 11, 12, 14 y 17, normativa en la que se establece el porcentaje del aporte correspondiente al SENA (2%) y cómo se liquida el mismo, es claro que a la actora, en los términos de los actos aquí demandados no le asistía obligación derivada de los subcontratistas de la empresa.

En consecuencia, las razones que anteceden son suficientes para confirmar el fallo apelado, por lo que no hay lugar a examinar los demás argumentos expuestos por la actora en la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del 22 de enero de 2009 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "B", por las razones expuestas en este proveído.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
Presidente

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

