**APORTE PARAFISCAL AL SENA**

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN CUARTA**

**Bogotá D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2019)**

**Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00822-02(22907)**

**Actor: CONSTRUCTORA VILLA LINDA S.A.S**

**Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)**

**Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ**

**FALLO**

Procede la Sección Cuarta a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 8 de septiembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que dispuso:

***“PRIMERO: Declárase****no probada la excepción denominada “Legalidad de los actos acusados”, propuesta por el SENA.*

***SEGUNDO: DECLÁRASE****la nulidad de la Resolución No. 394 del 12 de junio de 2013, “por medio de la cual se ordena el pago de una obligación dineraria a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA- por incumplimiento en el pago de aportes parafiscales”, y de la Resolución No. 532 del 31 de julio de 2013 “por medio de la cual se resuelve un recurso” proferidas por el Director Regional (E) del SENA.*

***TERCERO:****Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho,****DECLÁRASE****que la demandante CONSTRUCTORA VILLA LINDA S.A.S., no adeuda suma alguna de las contenidas en los actos anulados.*

***CUARTO: CONDÉNASE****al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, a título de restablecimiento del derecho, a devolver por concepto de lo indebidamente pagado por aportes parafiscales correspondientes a los años 2008 a 2010, a CONSTRUCTORA VILLA LINDA S.A.S., conforme valores contenidos, pagados y aplicados a la Liquidación No. 082013-03-18 A de 6 de mayo de 2013, con la aplicación de intereses corrientes desde la fecha en que efectuó el pago, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia.*

***QUINTO:****Sin costas (Art. 188 Ley 1437 de 2011)”.*

**ANTECEDENTES**

**1. Demanda**

**1.1. Pretensiones**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la Constructora Villa Linda S.A.S., solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*“Los actos administrativos que demando en acción de nulidad y restablecimiento del derecho son:*

*a) Resolución No. 394 de 12 de junio de 2013, proferida por la Dirección Regional Atlántico del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, mediante la cual se ordena el pago de una obligación dineraria a favor de la mencionada entidad, por incumplimiento en el pago de aportes parafiscales, correspondiente a los años 2008 a 2010.*

*b) Resolución No. 532 del 31 de julio de 2013, proferida por la Dirección del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición, confirmando en su totalidad la Resolución No. 394 de 2913.*

*Como consecuencia de la nulidad solicitada, a título de restablecimiento del derecho se decrete lo siguiente:*

***Primero:****Que mi representada no se encuentra obligada a realizar el pago de los aportes parafiscales con destino al SENA, toda vez que de los contratos de prestación de servicios suscritos por mí representada, no emana ni puede emanar de una relación laboral.*

***Segundo:****Que a consecuencia de la nulidad declarada, se ordene la devolución de lo pagado por la sociedad en la suma de ciento cincuenta y un millones doscientos noventa y siete mil seiscientos cincuenta y un pesos ($151.297.651), por tratarse de un pago de lo no debido, junto con los intereses moratorios liquidados, correspondientes hasta la fecha de pago.*

***Tercero****: Que en los términos del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, se condene en costas a la demandada y se ordene su liquidación”.*

**1.2. Hechos relevantes para el asunto**

1.2.1. El Servicio Nacional de Aprendizaje (en adelante SENA), dio apertura al proceso de fiscalización No. 018-2013 contra la sociedad demandante, y el funcionario fiscalizador designado realizó visita el 15 de marzo de 2013, se le entregaron, entre otros documentos, las declaraciones de renta de los años 2008 a 2010, balances de prueba de esos periodos y movimientos por sus centros de costos.

1.2.2. El 6 de mayo de 2013 profirió la que denominó liquidación -distinguida con el No. 08-2013-30-18 A- y exhortó a la empresa a hacer el pago de aportes parafiscales. Luego, mediante la Resolución No. 394 del 12 de junio de 2013, invocando la Ley 21 de 1982, la Dirección de la Regional Atlántico del SENA ordenó el pago de los aportes parafiscales derivados de contratos de prestación de servicios suscritos por la Constructora Villa Linda S.A.S., en calidad de contratante, correspondiente a los años 2008 a 2010.

1.2.3. Contra ese acto administrativo la sociedad interpuso recurso de reposición, argumentando violación al debido proceso e inexistencia de la obligación. Recurso resuelto negativamente a través de la Resolución No. 532 del 31 de julio de 2013.

1.2.4. El 25 de septiembre de 2013, la empresa hizo el pago de ciento cincuenta y un millones doscientos noventa y siete mil seiscientos cincuenta y un pesos ($151.297.651), por concepto del monto ordenado en el acto administrativo demandado, más intereses.

**1.3. Normas violadas y concepto de violación**

Como normas violadas mencionó el artículo 29 de la Constitución Política; los artículos 7,14 y 17 de la Ley 21 de 182, y el artículo 30-4 de la Ley 119 de 1994.

El concepto de la violación lo desarrolló de la siguiente manera:

*1.3.1. Vulneración al debido proceso*, al considerar que el acto administrativo demandado es resultado de un proceso de cobro coactivo, y que frente a ese tipo de actos, el mecanismo con el que cuentan los administrados es el de las excepciones, y no los recursos, como lo indicó la entidad demandada. Por esto, afirma que la liquidación 08-2013-30-18 A no se encuentra en firme, debido a que se pretermitió la oportunidad para que presentara argumentos que condujeran al archivo de las diligencias.

*1.3.2. Inexistencia de la obligación de efectuar el pago de aportes parafiscales por los periodos 2008, 2009 y 2010*, porque conforme a la Ley 21 de 1982, ese aporte se genera para quienes empleen uno o más trabajadores permanentes y se calcula sobre su nómina mensual de salarios.

Por lo tanto, esa obligación deriva de la existencia de un vínculo laboral entre empleador y trabajador, por tanto, la relación contractual existente entre el dueño de la obra y/o contratante con sus contratistas o sub contratistas, queda por fuera del alcance de la norma. Y según el artículo 34 del C.S.T., y la jurisprudencia del Consejo de Estado, solo existe solidaridad entre el dueño y/o contratante de la obra con los contratistas y/o sub contratistas, en cuanto al pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, pero no respecto al pago de aportes parafiscales.

**2. Oposición**

El SENA compareció al proceso mediante apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso la excepción de “*legalidad de los actos acusados*”.

Reseñó lo que establecen los artículos 7-4 y 17 de la Ley 21 de 1982, con relación al pago de aportes parafiscales con destino al SENA, y además, lo consagrado en los Decretos 2375 de 1974, 083 de 1976 y 1047 de 1983, relacionados con la contribución que deben hacer al Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción (FIC) los empleadores de ese ramo de la actividad económica.

Luego, anotó que los empleadores de ese sector “*no solamente deben cancelar el valor correspondiente por la contribución FIC, sino que adicionalmente deben cancelar los parafiscales, pagos que son excluyentes entre sí, es decir, que las liquidaciones se deben hacer de manera independiente bien sea sobre los contratos de obra o sobre la nómina del empresario de la construcción”*.

Por eso, expuso que la empresa demandante se encuentra legalmente obligada al pago de los aportes parafiscales y FIC liquidados por el SENA, por el solo hecho de tener obras a su cargo, o ser los contratantes o dueños de obras. Que el hecho que haya entregado a contratistas independientes la ejecución de la obra no lo releva de la obligación de realizar los aportes de ley.

**3. Sentencia de primera instancia**

Mediante sentencia del 8 de septiembre de 2016, la Sala de Decisión A del Tribunal Administrativo del Atlántico accedió a las pretensiones de la demanda, en las condiciones anotadas en la parte inicial de esta providencia, y no condenó en costas, al no advertir mala fe o una conducta dilatoria en la demandada.

i) Despachó desfavorablemente el primer cargo, pues, contrario a lo sostenido por la parte demandante, el acto administrativo cuestionado no es resultado de un procedimiento de cobro coactivo, sino de un proceso de fiscalización llevado a cabo por el SENA conforme al procedimiento administrativo consagrado en el CPACA, como lo ha dicho el Consejo de Estado.

ii) Pero, accedió al segundo cargo, al concluir que “*es errada la actuación del SENA, porque interpretó de manera indebida lo de la solidaridad entre el dueño de la obra y el contratista que consagra el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, y desatiende de igual forma los precedentes jurisprudenciales”*que han indicado que esa solidaridad solo aplica para el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, pero no para el aporte parafiscal de que trata Ley 21 de 1982.

Por esto, determinó que la entidad demandada impuso un pago indebido a la demandante, toda vez que no le correspondía asumir obligaciones que legalmente conciernen a sus contratistas y subcontratistas.

**4. Recurso de apelación**

**La entidad demandada** apeló la sentencia de primera instancia con el fin de que sea revocada y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.

En términos generales, reiteró lo expuesto en su contestación a la demanda, insistiendo en que los empleadores de la industria de la construcción no solamente deben cancelar el valor correspondiente por la contribución FIC, sino que adicionalmente deben cancelar los aportes parafiscales, que no son excluyentes entre sí.

**5. Alegatos de conclusión de segunda instancia**

5.1. La**sociedad demandante,**reiteró los argumentos expuestos en la demanda, en particular, resaltó que “*la obligación de realizar aportes al Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción (FIC) no es objeto de la controversia*”. Motivo por el cual, afirmó que la argumentación contenida en el recurso de apelación deja ver la intención de la apelante, de desviar la atención del tema objeto de controversia.

5.2. La **entidad demandada,** reiteró los argumentos expuestos en la contestación y en la apelación.

**6. Concepto del Ministerio Público**

Rindió concepto solicitando confirmar la sentencia apelada, toda vez que la obligación de efectuar aportes al SENA en los términos de la Ley 21 de 1982, 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.

Que en este caso los aportes exigidos por el SENA se generaron por los contratistas y/o subcontratistas de la empresa demandante, y del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo se desprende que no existe solidaridad respecto a los aportes parafiscales consagrados en esa ley a favor del SENA. Agregó que resulta improcedente el argumento adicional del acto principal, en el que involucró el Decreto 2375 de 1974 (FIC), dado que la contribución dispuesta en ese Decreto es distinta a la contemplada en la Ley 21 de 1982.

**CONSIDERACIONES**

**1. Problema jurídico a resolver**

Atendiendo al recurso de apelación, la cuestión jurídica a resolver se circunscribe a determinar si existe solidaridad entre la sociedad Constructora Villa Linda S.A.S., y sus contratistas y subcontratistas, en cuanto al pago del aporte parafiscal contemplado a favor del SENA en la Ley 21 de 1982.

**2. Aclaración previa**

La Sala ha sido del criterio que el acto principal es la liquidación de aportes y por ende, si este no es demandado, el fallo debería ser inhibitorio. Sin embargo, se advierte que dicha “liquidación”, que bien podría calificarse como un acto de trámite, no agotó la potestad de fiscalización y determinación ejercida por el SENA.

Los actos demandados, según se deduce de su contenido, expresan que esa liquidación hace parte integral de la Resolución, lo que permite concluir que solo es un soporte de los mismos, que son en realidad los que determinan oficialmente la obligación parafiscal. Esta ha sido la tesis de la Sala, expresada en providencia del 14 de abril de 2016[[1]](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_documento.asp?DocumentoID=37387" \l "_ftn1" \o "), dictada en el presente proceso.

Refuerza lo anterior, el hecho de que el Acta de liquidación no consagra que contra ella procedan recursos, lo que sí establece la resolución mediante la cual se determina el pago de la obligación a favor del SENA.

Con esta precisión se abordará el caso.

**3. Obligación de pago de aportes parafiscales al SENA (Ley 21 de 1982). Reiteración de jurisprudencia. El caso concreto**

La Jurisprudencia de la Sección Cuarta[[2]](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_documento.asp?DocumentoID=37387" \l "_ftn2" \o ") ha dicho que conforme a lo consagrado en la Ley 21 de 1982 (en particular los artículos 7, 11,12 y 17), dentro de los sujetos obligados a efectuar aportes al SENA, se hallan los empleadores privados que ocupen por lo menos uno o más trabajadores permanentes.

Lo que significa que esa obligación surge del vínculo laboral entre el empleador y el trabajador.

Igualmente, en su jurisprudencia esta Sección ha señalado que el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo establece que los contratistas independientes son verdaderos empleadores, y no representantes ni intermediarios de las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras, por un precio determinado.

Y que si bien esa disposición establece a cargo del dueño de la obra y/o contratante una responsabilidad solidaria con el contratista, lo es únicamente 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.

**Para decidir**:

El fundamento jurídico expuesto por el SENA en la Resolución No. 394 del 12 de junio de 2013 (fls. 12-13), es que la empresa demandante está obligada a pagar los aportes parafiscales en virtud de la Ley 21 de 1982 que, como quedó indicado en precedencia, no establece que el empleador sea responsable o deudor solidario por los aportes parafiscales que corresponden a sus contratistas independientes, precisamente porque los aportes a que se refiere esa ley se originan en una relación laboral y la base de liquidación de los mismos la constituye el monto de sus respectivas nóminas.

El SENA estableció la suma a pagar con base en la liquidación previa y asumió como base el monto de contratos y subcontratos de construcción suscritos en esos años por la empresa Constructora Villa Linda S.A.S., en su condición de dueña y/o contratante, con terceros subcontratistas o contratistas independientes. Luego, el cargo formulado por el recurrente no está llamado a prosperar, toda vez que en relación con estos tributos no puede predicarse solidaridad.

El Ministerio Público en su concepto indicó, que en la resolución que resolvió el recurso de reposición se hizo referencia al Decreto 2375 de 1974, que trata de las normas de la industria de la construcción, argumento adicional que es diferente al previsto en la Ley 21 de 1982.

La Ley 21 de 1982, se recuerda, se refiere a los aportes parafiscales que debe pagar el empleador sobre la nómina de salarios pagados a sus trabajadores, es decir, se deriva de la relación eminentemente laboral y, la segunda se origina en el hecho de pertenecer al sector de la industria de la construcción y se liquida de manera distinta, pero, de todas formas, en ambos casos se puede afirmar que no existe solidaridad legal.

Incluso así lo recordó la Sección en sentencias del 19 de abril de 2012 y del 24 de septiembre de 2015, en las que se decidieron asuntos con supuestos de hecho y de derecho semejantes al presente, reseñadas en el pie de página 2.

Así las cosas, es claro que la entidad demandada, haciendo una equivocada aplicación de la ley, impuso a la empresa Constructora Villa Linda S.A.S., el cumplimiento de una obligación que no le correspondía asumir, ante la ausencia de solidaridad.

**4. Sobre la condena en costas**

No se condenará en costas en esta instancia porque según el artículo 365-8 del CGP, solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente exista prueba de su causación, y en este no obra prueba que permita comprobar su causación durante la segunda instancia.

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

**FALLA**

**1. Confirmar**la sentencia del 8 de septiembre de 2016 de la Sala de Decisión A del Tribunal Administrativo del Atlántico, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**2. Sin condena en costas**en esta instancia.

**3. Devolver**el expediente al Tribunal de origen, una vez se halle en firme esta decisión.

**Cópiese, notifíquese y cúmplase**

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

**JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ**

Presidente de la Sala

**STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO**

Ausente con excusa

**MILTON CHAVES GARCÍA**

**JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ**

[[1]](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_documento.asp?DocumentoID=37387" \l "_ftnref1" \o ") Radicado 08001 23 33 000 2013 00822 01 (21930), CP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez (fls. 168-192).

[[2]](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_documento.asp?DocumentoID=37387" \l "_ftnref2" \o ") Ver, entre otras: sentencia del 19 de abril de 2012, radicación 25000-23-27-000-2007-00152-01 (17585), CP. William Giraldo Giraldo, en la que a su vez se cita sentencia del 24 de febrero de 1994, exp. 5129; y sentencia del 24 de septiembre de 2015, radicación 76001-23-31-000-2008-00650-01(21448), CP. Martha Teresa Briceño de Valencia.