

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 121

Santiago de Cali, agosto seis (6) de dos mil dieciocho (2018).

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Tributario
Radicación	76001-33-33-005-2014-00363-00
Demandante	ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S.
Demandado	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA
Juez	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter tributario, instaurado a través de apoderado judicial, por parte de la empresa ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S., representada legalmente por CAROLINA ROSA STERLING SADOVNIK.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

1.1. Que se declare la Nulidad de las siguientes Resoluciones Nos.:

- a) La Resolución No. 003052 de fecha 20 de Septiembre de 2.013, 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, en la cual se resuelve:

"ARTICULO PRIMERO: Librar orden de pago en favor del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, y a cargo del empleador ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE SAS con Nit. 830.515.415 por la suma de TRECE MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL NOVENTA Y CUATRO PESOS MCTE (\$13.764.394), valor correspondiente a aportes parafiscales dejados de cancelar por los periodos señalados en la parte considerativa, más los intereses de mora que se causen desde su vencimiento hasta su pago total"

- b) La Resolución No. 003053 de fecha 20 de Septiembre de 2.013, por medio de la cual se ordena el pago de una obligación dineraria a favor del Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción-FIC-SENA en la cual se resuelve:

"ARTICULO PRIMERO: Librar orden de pago a favor del FONDO NACIONAL DE FORMACION PROFESIONAL DE LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCION-FIC-SENA, y a

cargo del empleador ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE con Nit 830-515-415, por la suma de CINCO MILLONES CIENTO UN MIL SEISCIENTOS SESENTA PESOS MCTE (\$5.101.660), valor correspondiente a la contribución FIC, dejados de cancelar por los periodos señalados en la aparte considerativa más los intereses de mora que se causen desde su vencimiento hasta su pago total"

- 1.2. Que como consecuencia de las declaraciones de nulidad, de las resoluciones citadas anteriormente, se restablezca el derecho de ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE SAS y se ordene el no pago a favor del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA, y FONDO NACIONAL DE FORMACION PROFESIONAL DE LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCION –FIC-SENA, toda vez que no existe causa jurídica que soporte la existencia y mucho menos la exigibilidad de las mencionadas obligaciones.
- 1.3. Que se condene en costas al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA.
- 1.4. Que en el evento que durante el trámite de esta demanda se cobre el valor de las obligaciones que ALTITUD VIDRIERA DEL VALLES SAS, 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 las sumas de dinero pagadas en su valor actualizado y el pago del lucro cesante.
- 1.5. Subsidiariamente, en caso de llegar a establecer que mi poderdante, si está obligado a pagar los citados aportes, solicito 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.
- 1.6. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo".

2. HECHOS

Los hechos invocados a manera de resumen son:

- 2.1. La empresa ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S, tiene domicilio en la ciudad de Yumbo (Valle), se encuentra identificada con matricula mercantil No. 651396-16 de fecha de Enero de 2.005, se constituyó por documento privado

del 28 de Enero de 2.005, como VIDRIERA DEL VALLE E.U. Posteriormente mediante la escritura pública No. 0105 del 30 de Enero de 2.009, de la Notaría Cuarta de Cali, se convirtió de empresa Unipersonal en Sociedad Anónima bajo el nombre de VIDRIERA DEL VALLE S.A.; mediante la escritura pública 1582 del 08 de Junio de 2.010 de la Notaría Cuarta de Cali, cambio su nombre por el de ALTITUD Sil VIDRIERA DEL VALLE SAS. SIGLA ALTITUD Sil. W.S.A.S., posteriormente, por Acta No. 16 de fecha 08 de Julio de 2010, cambio su nombre por el de ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S, SIGLA ALTITUD W SAS.

2.2. Que por auto No. 620-000253 del 03 de Diciembre de 2.012 inscrita en la Cámara de Comercio el día 18 de Enero de 2.013, la Superintendencia de Sociedades autoriza dar inicio al proceso de reorganización a ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S., posteriormente por auto No. 2014-03018944 del 16 de Junio de 2.014, inscrito en la Cámara de Comercio el día 03 de Junio de 2.014, la Superintendencia de Sociedades autoriza el ACUERDO DE REORGANIZACION.

2.3. Que en los estatutos de la empresa **VIDRIERA DEL VALLE SAS** y en el Certificado de Cámara de Comercio que se adjunta la sociedad tiene como objeto social lo siguiente: *"la sociedad tendrá como objeto principal las siguientes actividades : elaboración de productos de vidrio, espejos, aluminio, acero y similares y su respectiva comercialización o distribución al por menor y al por mayor de vidrio, espejos, aluminio, acero y similares no manufacturados por la empresa; en desarrollo de su objeto social podrá distribuir al por mayor y por menor aluminio y similares, maquinaria, equipo, suministros, insumos y accesorios de la industria de la construcción; podrá efectuar instalación de toda clase de vidrios y similares para construcción e instalación de carpintería en aluminio y otros similares"*

2.4. En el formulario 001 de Registro Único Tributario de los años 2008 a diciembre 2 de 2010, se declaró las actividades económicas derivadas de los contratos y ventas ejecutadas durante estos periodos, como son la actividad 3699 Otras industria manufactureras NCP, 2610 Fabricación de vidrios y productos de vidrio, 5141 comercio al por mayor de materiales de construcción, vidrio artículos de ferretería y quipo y materiales de fontanería y calefacción; **actividades estas no catalogadas en los códigos de CIU para pertenecer al sector de la industria de la construcción y por ende no estábamos para**

estos años legalmente obligados por las disposiciones de los decretos 2375 de 1974 y 083 de 1976, resolución 2370 de 2008.

- 2.5. De enero de 2011 a 2013 se sucede cambio en el RUT, por adición de la actividad económica principal 4551 Instalación de vidrios y ventanas, producto de contratos de obras especiales firmados en el mes de diciembre de 2010 los cuales fueron ejecutados y facturados durante 2011 y principios de 2012, conservando la actividad secundaria 3699-Otras industria manufactureras NCP, sobre la cual se producen ingresos por ventas cobijadas en esta actividad.
- 2.6. El SENA Regional Valle del Cauca, recibió de la empresa ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE SAS, las aclaraciones y documentaciones por ellos requeridas, durante todos estos años (2008-2013), producto de sus auditorías, determino la cuota de aprendices y emitió certificaciones referentes a estos declarando la empresa a paz y salvo con el SENA.
- 2.7. El pasado 20 de Febrero de 2013, el SENA Regional Valle del Cauca profirió la Resolución 000307 vigente a la fecha, en la que resuelven fijarnos la cuota de cinco (5) aprendices, basados en la ley 789 de Diciembre de 2002 en su artículo 32 *"EMPRESAS OBLIGADAS A LA VINCULACIÓN DE APRENDICES. Las empresas privadas, desarrolladas por personas naturales o jurídicas, que realicen cualquier tipo de actividad diferente de la construcción..."*
- 2.8. El SENA es conocedor, que desde el año 2006, hasta la actualidad, ha asignado cuota de aprendices, que mi poderdante ha cumplido a cabalidad hasta el mes de abril de 2013, donde producto de la auditoria actual del SENA, nos encontramos en espera de definir lo que el SENA como entidad del Estado, nos emita el procedimiento justo y adecuado de acuerdo a las diferentes actividades económicas que la empresa ejecuta a través de su objeto social.
- 2.9. La empresa ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE SAS realizó el pago cumplido por cuota de aprendices, en el cual vemos que para los años 2008 a 2010 en el que la empresa Altitud vidriera del Valle S.A.S no pertenecía al sector de la construcción, cancelo por aprendices lo requerido por el SENA, siendo así que para estos periodos no se causaría obligación alguna con el Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción FIC.

2.10. Que mediante la Resolución No. 003052 de fecha 20 de Septiembre de 2.013, el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, resolvió librar orden de pago a su favor y a cargo del empleador ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S con Nit. 830.515.415 por la suma de TRECE MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS MCTE (\$13.764.394), valor correspondiente a aportes parafiscales dejados de cancelar por los periodos 2008 al 2013 más los intereses de mora que se causen desde su vencimiento hasta su pago total.

2.11. Indica que no existe claridad en cuanto a los valores liquidados por parafiscales y FIC en la resoluciones, ya que se suman impuestos e intereses y generan un solo valor, sin discriminar aparte los impuestos que para el caso de los parafiscales ascienden a la suma de \$9.222.128, que corresponde a los años 2.008, 2.009, 2.010, 2.011, 2.012 y 2013, y para el FIC, asciende a la suma de \$3.817.622 correspondiente a los mismos años, lo demás corresponde a intereses de esos mismos periodos, liquidados hasta el mes de Marzo de 2.013, que no debían sumarse, ya que se sabe que se causan desde que se hicieron exigibles hasta su pago total.

2.12. Que mediante la Resolución No. 003053 de fecha 20 de Septiembre de 2.013, el SENA resuelve Librar orden de pago a favor del FONDO NACIONAL DE FORMACION PROFESIONAL DE LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCION-FIC-SENA, y a cargo del empleador ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE con Nit. 830-515-415, por la suma de CINCO MILLONES CIENTO UN MIL SEISCIENTOS SESENTA PESOS MCTE (\$5.101.660), valor correspondiente a la contribución FIC, dejados de cancelar por los periodos señalados en la aparte considerativa más los intereses de mora que se causen desde su vencimiento hasta su pago total.

2.13. La empresa demandante mediante escrito de fecha 06 de Noviembre de 2.013, presento recurso de reposición contra las resoluciones No. 003053 y 003052 de fecha 20 de Septiembre de 2.013, en la cual se solicita al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, la revocatoria de las Resoluciones Nos. 003052 de fecha 20 de Septiembre de 2.013 y Resolución No. 003053, con el argumento de que la empresa ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE SAS, no está

obligada a pagar los APORTES PARAFISCALES e igualmente los APORTES FIC, entre otras por no ser una empresa dedicada a la construcción.

2.14. Mediante la Resolución No. 002376 de fecha 30 de Abril de 2014 y Resolución No. 002375 de fecha 30 de Abril de 2014, EL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, resuelve el recurso de reposición presentado mediante escrito de fecha 06 de Noviembre de 2.013, y resuelve no reponer las Resoluciones Nos. 003052 y 003053 de fecha 20 de Septiembre de 2.013 notificadas el día 15 de Mayo de 2.014, por medio de la cual se libra orden de pago a favor del SENA y a cargo del empleador ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE.

2.15. La empresa ALTITUD VIDRIERA SAS, se encuentra en LEY DE REORGANIZACION EMPRESARIAL; el SENA ha desconocido lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1116 de 2006, continuo con el proceso coactivo, cuya radicación es 76202214009900, embargándole las cuentas a mi representada ocasionándole perjuicios y haciéndole más gravosa su situación económica tal como lo demuestro con la citación para la notificación como prueba

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Señala el demandante que se han transgredido los artículos 29, 95 numeral 9, de la Constitución Política, Decreto 2375 de 1974 y 083 de 1976, Resolución 2370 de 2008 y demás normas concordantes, las cuales se están vulnerando porque en el Formulario 001 del Registro Único Tributario, en los años 2008 a Diciembre de 2010, se declaró las actividades económicas de los contratos y vetas ejecutadas durante estos periodos, como son la actividad 2639, otras industrias manufactureras NCP, 2610 fabricación de vidrios y productos de vidrios, 5141 comercio al por mayor de materiales de la construcción, vidrio, artículos de ferretería equipo y materiales de fontanería y calefacción. Actividades estas no catalogadas en los códigos CIU, para pertenecer al sector de la industria de la construcción y por ende la empresa demandante para estos años no estaba legalmente obligada a realizar el aporte

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El SENA, respondió oportunamente la demanda, manifestando su oposición a las pretensiones, sobre la base de considerar que no ha indicado la parte actora, cual fue el procedimiento vulnerado en la expedición de los actos administrativos acusados, por lo que queda sin sustento alguno la presunta violación del Debido Proceso aludido.

Indica la apoderada de la entidad demandada que la parte actora argumenta que en el formulario del Registro Único Tributario en los años 2008 a Diciembre de 2010, se declararon las actividades económicas de los contratos y ventas ejecutadas durante esos periodos, actividades no catalogadas en el código CIIU para pertenecer al sector de la industria de la construcción, afirmando su no obligatoriedad de realizar aportes.

Expresa que por parte del SENA, se realizaron las liquidaciones 70-120 y 70-122 del 24 de junio de 2013, tomando como base los valores de la información contable que fuera suministrada por la misma empresa demandante, fiscalización derivada de solicitud de paz y salvo por APORTES y FIC que pretendía le fuera otorgada por mi representada, el que a su vez, se presentaría por parte de ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S. a una empresa del sector de la construcción con la cual la empresa tenía pendiente la liquidación de un contrato, es decir, que la génesis de la fiscalización, fue a petición de la misma empresa demandante, donde se observaron subcontratos derivados de la construcción.

La contribución para el Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción -FIC- es un gravamen parafiscal obligatorio destinado a atender los programas y modos de Formación Profesional que guarden relación con los diferentes oficios de la industria de la construcción; por tratarse de un gravamen parafiscal (Obligatoriedad legal) conformado por los empleadores de la industria de la construcción, se origina la obligación a cargo del usuario o beneficiario de responder directamente por la contribución de los trabajadores que estén bajo su nómina mensual, advirtiéndose además por parte del SENA, que la empresa demandante subcontrató para la realización de obras atinentes a la construcción, tal y como consta en la liquidación 70-122.

Por lo tanto, la Entidad demandada ha actuado conforme a Derecho, por lo que considera que el demandante debe cumplir con este mandato legal, tal como lo vienen haciendo los demás empleadores, concedores y conscientes de que estas

normas legales son de orden público y de obligatorio cumplimiento, por lo tanto la Sociedad ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S., está obligada al pago de las sumas dinerarias descritas en los actos administrativos acusados, obligaciones que no han sido satisfechas.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandada se ratificó en los argumentos esbozados al momento de contestar la demanda¹ y además indicó que la parte actora omitió probar los supuestos de hecho que alegó a su favor y en los que fundó la demanda y concretamente los que aluden a la violación de la ley; es decir que nunca probó en el curso del proceso, en qué hechos el SENA, contravino el ordenamiento jurídico y por oposición, el SENA logró probar los hechos en los cuales sustentó su defensa.

Así mismo, la parte actora, ni siquiera compareció al proceso para la práctica de las pruebas que en su favor pretendía hacer valer, lo que da cuenta del abandono del mismo y que obra en su contra para la consecución del derecho que pretendía le fuera reconocido; es decir **NO LOGRÓ DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD** que sobre los actos administrativos acusados pesa y no hay evidencia alguna en el expediente de que las actuaciones surtidas en sede administrativa sean violatorias ni de nuestro ordenamiento superior, ni de la ley.

Por lo anterior, expresó que ante la no vulneración de derechos y ante la falencia de recaudo probatorio que ofreciera el grado certeza para la consecución de los derechos pretendidos, solicitó al Despacho resolver desfavorablemente las pretensiones de la demanda que ha sido incoada.

La parte demandante y el Ministerio Público no presentaron alegatos de conclusión.

6. CONSIDERACIONES

6.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES

Sobre la excepción propuesta por el Municipio de Santiago de Cali, que denominó “innominada”, aclara el despacho que no se advierte ningún tipo de excepción que esta juzgadora deba declarar de oficio.

¹ Folios 125 a 132

Por otra parte, respecto a la excepción llamada “*Legalidad de los actos administrativos demandados*”, es de anotar que se confunde con el fondo del asunto, por tanto será dilucidada en el transcurso de esta sentencia, sin necesidad de entrar a analizarla independientemente.

6.2. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control, y atendiendo la fijación del litigio hecha en la audiencia inicial², debe el despacho determinar si se ajustan a derecho los actos administrativos demandados expedidos por el SENA (Resolución No. 003052 de Septiembre 20 de 2013 y Resolución No. 003053 de Septiembre 20 de 2013 que libran orden de pago por concepto de aportes parafiscales y contribución FIC a cargo de la demandante) y si la empresa demandante está obligada o no a cancelar a favor del SENA aportes parafiscales y contribuciones FIC durante la vigencia de abril de 2008 a enero de 2013 más intereses, o por el contrario debe ser exonerada para el pago de los mismos.

6.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

- (i) Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto;
- (ii) Analizar el marco normativo del trámite administrativo adelantado con la finalidad de señalar e imponer el pago de aportes a favor del SENA, vía actuación administrativa.
- (iii) Determinar si en el **caso concreto**, le asiste o no a la empresa demandante el derecho reclamado.

(i) HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS

- **Con el certificado de Cámara y Comercio visible a folio 3 a 5 del expediente**, se reitera lo afirmado en los hechos 1, 2 y 3 cuanto que la empresa ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S efectivamente tiene domicilio en la

² Folio 145 vuelto

ciudad de Yumbo (Valle), se encuentra identificada con matrícula mercantil No. 651396-16 de fecha de Enero de 2.005, se constituyó por documento privado del 28 de Enero de 2.005, como VIDRIERA DEL VALLE E.U. y sus posteriores modificaciones en el nombre; así mismo, dicho documento prueba que mediante auto No. 620-000253 del 03 de Diciembre de 2012, la Superintendencia de Sociedades autoriza dar inicio al proceso de reorganización y autoriza el ACUERDO DE REORGANIZACION de la empresa demandante, así como su objeto social.

- A folio 67 y 68 del expediente, se observa Formulario de Registro Único Tributario del año 2008, donde se observa que las actividades económicas de la empresa ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S. para ese entonces eran 3699- Otras Industrias Manufactureras y 5141-Comercio al por mayor de materiales de construcción de vidrio, artículos de ferretería, equipo y materiales de fontanería y calefacción.
- A folios 60 a 62 del expediente, reposa Formulario de Registro Único Tributario correspondiente a los años 2010, 2011 y 2012, donde se confirma lo manifestado en el hecho quito de la demanda, pues se observa un cambio de actividad económica por parte de la empresa ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S. al 4551- Instalación de vidrios y ventanas, producto de contratos de obras.
- Que para comprobar los hechos enumerados del sexto al noveno se allegaron al expediente los siguientes documentos:

Copia de la Resolución No. 692³ mediante la cual el SENA fijó cuota de aprendizaje a la empresa VIDRIERA DEL VALLE EU hoy ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S. en dos (2) aprendices.

Resolución No. 000307 de febrero 20 de 2013⁴ mediante la cual el SENA fijó cuota de aprendizaje a la empresa ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S. en cinco (5) aprendices.

Copia de certificación de fecha diciembre 02 de 2009⁵ donde consta que *“de acuerdo con el certificado de constitución, el objeto social de la empresa*

³ Folios 52-53

⁴ Folios 34-35

⁵ Folio 51

corresponde al sector industrial, por lo tanto no estaría obligada a pagar FIC-Fondo Nacional de la Industria de la Construcción, sino a contratar aprendices, que la empresa tiene cuota regulada de aprendices y que la verificación de su cumplimiento está en proceso de revisión”

Copia de certificaciones de fechas junio 12 de 2012, agosto 24 de 2012 y noviembre 15 de 2012⁶, expedidas por el SENA, donde consta que la empresa demandante se encuentra al día en los pagos de los aportes a parafiscales y no presenta registros en cartera; así mismo que se encuentra regulada mediante Resolución No. 692 de 2 aprendices en la regional Valle.

Copia de certificaciones de fechas febrero 12 de 2013 y marzo 22 de 2013⁷ donde consta que la empresa demandante se encuentra al día en los pagos de los aportes a parafiscales y no presenta registros en cartera, así mismo que se encuentra regulada mediante Resolución No. 0307 de 5 aprendices en la Regional Valle.

- Copia de la Resolución No. 003052 de septiembre 20 de 2013 mediante la cual el SENA libra orden de pago a su favor a cargo de la empresa ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S., por la suma de TRECE MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS MCTE. (\$13.764.394), por concepto de parafiscales dejados de cancelar por los periodos de abril de 2008 a enero de 2013, más los intereses de mora que se causen desde su vencimiento hasta su pago total⁸. (hecho No. 10)
- Copia de la Resolución No. 003053 de septiembre 20 de 2013 mediante la cual el SENA libra orden de pago a su favor a cargo de la empresa ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S., por la suma de CINCO MILLONES CIENTO UN MIL SESICIENTOS SESENTA PESOS MCTE. (\$5.101.660), por concepto de contribución FIC dejados de cancelar por los periodos de abril de 2008 a enero de 2013, más los intereses de mora que se causen desde su vencimiento hasta su pago total⁹. (hecho No. 12)

⁶ Folios 46, 49 y 50

⁷ Folio 36, 44

⁸ Folios 8 a 10

⁹ Folios 11 a 13

- Copia del recurso de reposición contra las resoluciones Nos. 003052 y 003053 fechadas del 20 de septiembre de 2013¹⁰. (hecho No. 13)
- Copia de la Resolución No, 002375 de 2014, mediante el cual se resuelve el recurso de reposición en contra de la resolución No. 003053 del 20 de septiembre de 2013¹¹. (hecho No. 14)
- Copia de la Resolución No, 002376 de 2014, mediante el cual se resuelve el recurso de reposición en contra de la resolución No. 003052 del 20 de septiembre de 2013¹². (hecho No. 14)

(ii) **ANÁLISIS DEL MARCO NORMATIVO DE LA DECISIÓN CONTENIDA EN LAS RESOLUCIONES NOS. 003052 Y 003053 FECHADAS DEL 20 DE SEPTIEMBRE DE 2013:**

Breve referencia a la normativa de los aportes parafiscales. De los aportes al SENA.

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

“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, Comisariías, 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:

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)”.**

¹⁰ Folios 27 a 33

¹¹ Folios 14 a 20

¹² Folios 21 a 26

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 uno o más trabajadores permanentes. Este aporte corresponde al 2% del monto de sus respectivas nóminas.

Respecto de la contribución al Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción (FIC), se observa lo siguiente:

Los artículos, 4º y 6º del Decreto Ley 2375 de 1974, 1º y 3º del Decreto 1047 de 1983, 1º de la Resolución No. 704 de 1985, Resolución 662 de 1986 y 7º parágrafo de la Resolución 397 de 1987 y el Manual de Normas y Procedimientos de Aportes, expedidos por el SENA establecen:

Decreto Ley 2375 de 1974

"Artículo 4º.- Se presume que la industria de la construcción destina para la realización de los trabajos que ejecuta, un veinticinco por ciento (25%) de sus costos al pago de jornales y subcontratos de prestación de servicios.

"En consecuencia, las personas jurídicas y naturales dedicadas a la industria de la construcción deberán pagar en cada año fiscal, como aporte al Servicio Nacional de Aprendizaje, el medio por ciento (1/2) del valor de las obras que ejecuten directamente o a través de sub-contratistas."

"Artículo 6º.- Exonerase a la industria de la construcción de la obligación que, conforme a las disposiciones vigentes, tiene de contratar aprendices.

*"En su lugar, **créase el Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción** a cargo de los empleadores de ese ramo de la actividad económica, quienes deberán contribuir mensualmente al mismo **con una suma igual a una vez el salario mínimo por cada cuarenta (40) trabajadores que laboran bajo sus órdenes.***

"El Fondo será administrado por el Servicio Nacional de Aprendizaje con la asesoría de la Cámara Colombiana de la Construcción y con cargo a él se atenderá el pago de la proporción salarial que corresponda a los aprendices que reciben formación profesional en los diversos oficios de la industria de la construcción."

Decreto 083 de 1976

"ARTICULO 7o. Entiéndase por personas dedicadas a la industria de la construcción para los efectos del Decreto 2375 de 1974, quienes ocasional o permanentemente, por su cuenta o la de un tercero, erigen o levantan estructuras inmuebles como construcción de casas o edificios, vías de

comunicación, oleoductos, gasoductos, canalización, alcantarillado, acueducto, pavimentos, obras de desecación, riego y embalses, instalaciones eléctricas y mecánicas y demás construcciones civiles no mencionadas y quienes trabajan en el mantenimiento y reparación de dichas obras.

ARTICULO 8o. Entiéndase por "valor de las obras" para los efectos del Artículo 4o. del Decreto 2375 de 1974, el que resulte de la suma de todos los pagos que con cargo a una obra determinada hagan su propietario o el contratista.

Anualmente los propietarios de obras, ya sean personas naturales, jurídicas o entidades de derecho público, certificarán con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, el valor total que con cargo a cada obra, cualquiera que sea su naturaleza, fue pagado al contratista o constructor durante el año fiscal. Este valor no podrá ser inferior a aquel por el cual se solicitó licencia de construcción. Exceptúense los gastos de financiación, impuestos e indemnizaciones a terceros, lo mismo que el valor del lote sobre el cual se levanta la construcción.

Serán responsables, ante el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, del pago de los aportes de que trata este Artículo, el propietario de la obra en las construcciones por el sistema de administración delegada y los contratistas o constructores principales de la misma en los contratos a precio alzado o a precios unitarios fijos"

Decreto 1047 de 1983

"Artículo 1°.- Los empleadores de la industria de la construcción, en aplicación de lo establecido por el artículo 6° del Decreto 2375 de 1974, se hayan exonerados de la obligación de contratar aprendices.

"En su lugar seguirá funcionando el Fondo de Formación Profesional de la Industria de la Construcción -FIC-, creado por la citada norma, a cargo de los empleadores de dicha rama de la actividad económica, quienes deberán contribuir mensualmente al mismo con una suma igual a una vez el salario mínimo mensual legal más alto, por cada 40 trabajadores que laboren en cada una de las obras bajo su responsabilidad, y, proporcionalmente por fracción de cuarenta (40)."

"Artículo 3°.- El Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, como administrador del Fondo, queda facultado para establecer los procedimientos necesarios relacionados con la liquidación, recaudo y control de los valores correspondientes al FIC así como también para regular la administración, funcionamiento y destinación específica del mismo."

(Se Subraya).

Resolución 704 de 1985

"Artículo 1°.- Adopción: Adoptase el Manual de Aportes del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA."

Resolución 0662 de 1986¹³

"ARTICULO PRIMERO: LIQUIDACIÓN Y PAGO MENSUAL. El propietario cuando la obra sea por administración directa o delegada, o el Constructor, el Contratista o el Subcontratista, cuando la obra se ejecute por el sistema de contratos civiles de obra, (a precios unitarios fijos o a precio global o alzado u otro similar) deberá pagar al SENA en forma mensual, la contribución destinada al FIC, correspondiente al mes inmediatamente anterior, contribución, que será liquidada con base en el número promedio mensual de trabajadores que hayan laborado en las obras, bajo sus órdenes. Para ello el funcionario de aportes procederá así:

a. Solicitará al contribuyente la forma F4-0369 firmada por el Contador, Jefe de Personal, Gerente o Propietario, donde se indique claramente el número de trabajadores promedio vinculados a la obra u obras por las cuales se va a pagar.

¹³ Por medio de 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.

b. Con base en la constancia anterior, el funcionario verificará aritméticamente los datos, diligenciará la forma F1-063^a y la entregará al contribuyente para su pago en Tesorería.

(...)

ARTÍCULO 3o. LIQUIDACION PRESUNTIVA. Excepcionalmente, cuando el contribuyente no pueda demostrar el número de trabajadores que laboraron bajo sus órdenes, mes a mes, durante la respectiva vigencia, se aceptará la liquidación presuntiva, para lo cual el funcionario de aportes procederá así:

a. Solicitará al empleador la forma F4-370 diligenciada en la parte correspondiente a costos de obra, firmada por Contador Público.

b. Con base en la constancia anterior procederá a aplicar el 0.25% al total de los costos certificados por el Contador, luego diligenciará la forma F1-063A y la entregará al empleador para su pago en la Tesorería del SENA.

c. Cuando el empleador haya realizado algún pago por los mismos conceptos y vigencia, lo deducirá del valor total liquidado.

d. Una vez el empleador demuestre el pago se procederá a la expedición de certificado del Paz y Salvo correspondiente".

Resolución 397 de 1987

"Artículo 7º- (...)

"**PARAGRAFO.-** La liquidación de los recaudos del FIC se hará con base en el manual de normas y procedimientos de aportes numeral 3.3 'Liquidación FIC' adoptado mediante Resolución 0704 de 11 de Junio de 1985".

Manual de Normas de Procedimientos de Aportes

"5. LIQUIDACION FIC

"5.1 Definición

"Es la liquidación de la contribución que se hace a los empleadores dedicados a la industria de la construcción, de acuerdo con el número de trabajadores que laboran en las obras.

"5.2 Criterios Básicos

"...

"5. Pagar anualmente, en casos excepcionales, la contribución al FIC en forma presuntiva, para lo cual el funcionario de aportes procederá así:

"a. Solicitar al empleador la forma F 4-370 diligenciada en la parte correspondiente a 'costo de obra' firmada por el Contador Público.

"b. Con base en la constancia anterior procede a aplicar el 0.25% al total de los costos certificados por el Contador Público, ..."

El Servicio Nacional de Aprendizaje fundamentó la Resolución 003052 de Septiembre 20 de 2013, por medio de la cual liquidó y ordenó el pago de los aportes a cargo de la sociedad actora por las vigencias de abril de 2008 a enero de 2013, en los artículos 7, 14 y 17 de la Ley 21 de 1982¹⁴.

¹⁴ Folio 9.

La Resolución 003053 de Septiembre 20 de 2013, por medio de la cual se fija la Contribución para el Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria a cargo de la sociedad actora, por las mismas vigencias fiscales, se fundamentó en el artículo 6º del Decreto 2375 de 1974, el Decreto 083 de 1976, Decreto 1047 de 1983 y el artículo 3º de la Resolución 662 de 1996¹⁵.

CASO CONCRETO

El presente caso se trata de dos contribuciones diferentes, la primera se refiere a aportes parafiscales y la otra se origina por el hecho de pertenecer a la Industria de la construcción o contribución FIC.

Es importante resaltar que aunque los actos administrativos demandados, se fundamentaron en las normas generales que regulan los aportes parafiscales y contribución FIC, solo estableció que la sociedad estaba obligada a pagarlos, pero no expuso las razones de hecho y de derecho por las cuales la parte actora, en calidad de contratista principal, se encontraba obligada al pago de estas contribuciones; como sí lo hizo en las Resoluciones 2375 y 2376 de abril 30 de 2014¹⁶ que resolvieron los recursos; vulnerando el derecho de defensa de la sociedad, pues no tuvo la oportunidad de controvertir los nuevos planteamientos propuestos en los actos que resolvieron la reposición; sin embargo, de conformidad con el artículo 163 del CPACA se estudiarán de fondo estos actos.

Así las cosas, una vez revisado el acontecer factico de las decisiones de la entidad demandada, contenido como se dijo en las 2375 y 2376 de abril 30 de 2014¹⁷, que resolvieron el recurso de reposición contra los actos demandados; se pudo establecer la razón de las obligaciones allí contenidas, así:

“Que la liquidación No. 70-120 del 24 de Junio de 2013 se realizó tomando como base los valores de la información contable suministrada por la empresa. Ahora bien la fiscalización realizada se hizo a raíz de un paz y salvo de aportes y FIC que ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S. solicitó para presentarlo a una empresa del sector de la construcción con la cual la empresa tenía pendiente de liquidar un contrato. Entonces el origen de la fiscalización prácticamente fue a solicitud de la empresa.

La empresa aportó toda la información requerida y luego de revisada la información se estableció que si bien la empresa ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S. no tenía empleados propios de obra, esta si contrataba con terceros servicios propios del sector de la construcción, es decir, la empresa tiene subcontratos de obra civil (instalaciones de vidriería, ventanería, divisiones en obras civiles, etc.)

¹⁵ Folio 11

¹⁶ Folio 14 a 26

¹⁷ Folios 14 a 26

(...)

De la anterior revisión, la fiscalización detectó que sus contratistas no realizaron los aportes parafiscales y tampoco contribución al FIC, debiendo la empresa ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S. exigirle dichos pagos a sus subcontratistas; lo que convierte a la empresa en responsable de dicha obligación”

Así las cosas iniciaremos abordando la contribución de parafiscales y al respecto es importante referenciar la postura del Consejo de Estado, quien ha señalado lo siguiente¹⁸:

“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, 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 el artículo 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:*

- 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”.

¹⁸Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta. Sentencia del 19 de abril de 2012, C.P. William Giraldo Giraldo, exp. 17585.

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 SENA¹⁹.

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"

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta claro para el Despacho que los aportes parafiscales los debe pagar el empleador sobre la nómina de salarios pagados a sus trabajadores, es decir, se deriva de una relación eminentemente laboral como

¹⁹ Sentencia del 24 de febrero de 1994, C.P. Dra. Consuelo Sarria Olcos, exp. 5129.

lo establece la Ley 21 de 1982, por lo tanto, este no puede ser responsable o deudor solidario por los aportes parafiscales que se deriven de sus contratistas independientes.

En consecuencia, se tiene que la empresa demandante no estaría obligada al pago de aportes parafiscales por el hecho de que sus contratistas no hayan realizado estos pagos, pues solo estaría obligado al pago de aportes de sus empleados directos y como se observa en la liquidación de aportes No. 70-122 visible a folio 38, se tuvo en cuenta el rubro correspondiente a contratos y subcontratos, por consiguiente se declarará la nulidad de la Resolución 3052 de 2013, en tanto la parte actora no está obligada al pago de parafiscales por sus contratistas o subcontratistas.

Ahora, respecto a la contribución FIC, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente²⁰:

“Ahora bien, el apelante sustenta la errónea interpretación de las normas que regulan el aporte al FIC en que el Tribunal no examinó cuáles de dichos trabajadores eran subcontratados.

El artículo 6 del Decreto 2375 de 1974 exoneró a la industria de la construcción de contratar aprendices; en su lugar, creó el Fondo Nacional de la Industria de la Construcción -FIC- y estableció que los empleadores de este ramo de la economía debían contribuir mensualmente con una suma igual a una vez el salario mínimo por cada cuarenta (40) trabajadores que laboren bajo sus órdenes.

El artículo 7 del Decreto 083 de 1976, reglamentario del Decreto 2375 de 1974, dispuso:

“Entiéndase por personas dedicadas a la industria de la construcción para los efectos del Decreto 2375 de 1974, quienes ocasional o permanentemente, por su cuenta o la de un tercero, erigen o levantan estructuras inmuebles como construcción de casas, edificios, vías de comunicación, oleoductos, gasoductos, canalización, alcantarillado, acueducto, pavimentos, obras de desecación, riego, embalses, instalaciones eléctricas y mecánicas y demás construcciones civiles no mencionadas y quienes trabajan en el mantenimiento y reparación de dichas obras”.

El artículo 3 del Decreto No. 1047 de 1983 atribuyó al SENA, como administrador de dicho Fondo, la facultad para establecer los procedimientos necesarios relacionados con la liquidación, recaudo y control de los valores de dicho aporte y para regular la administración, funcionamiento y destinación específica del mismo.

La sala no comparte el planteamiento del apelante en el sentido de que se tenga en cuenta que la actora solo aportaba por los trabajadores a su cargo, pues eso desconoce que la obra que se levantó bajo sus órdenes comprende a todos los trabajadores que intervienen en la misma, para efectos de la contribución de la cual es sujeto pasivo por disposición legal [artículo 6 Decreto 2375 de 1974].

El hecho que el propietario de la obra lo intervenga en su realización porque la desarrolla un tercero, no lo exonera de la contribución sino demuestra que este pagó el aporte por los trabajadores que supuestamente fueron subcontratados y que laboraron en la misma.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN CUARTA-Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. veintitrés (23) de abril de dos mil nueve (2009). Expediente: 76001233100020030417101

La Sala reitera que si bien la construcción de un edificio requiere de conocimientos específicos en distintas áreas y, por lo mismo, de la contratación de diversas personas especializadas, existe un sujeto responsable del pago de los aportes causados al FIC, que es el responsable de la obra, pues de lo contrario fácilmente se podría evadir el cumplimiento de la carga.

En el caso sub examine el SENA determinó, con base en la visita realizada, el número total de trabajadores que intervenían en las obras adelantadas por la actora y que el contratista ejercía funciones de supervisor. No encontró pagos realizados al FIC por cuenta de subcontratistas y estableció claramente que la actora obró como contratista principal.

Lo anterior no fue desvirtuado por la actora, pues los documentos allegados sobre el pago de aportes no demuestran que se trate de aquellos que echó de menos el SENA por valor de \$117'828.098 y respecto de los trabajadores por los que dejó de aportar. Por el contrario, la actora se opuso a cumplir con tal obligación con base en que se trataba de personal subcontratado, cuya prueba en todo caso no aportó. Los testimonios tampoco contribuyeron a aclarar que dicho pago se hubiera efectuado por contratistas o subcontratistas (fls. 7-12 antecedentes).

En este aspecto la Sala comparte la apreciación del Tribunal en cuanto señaló que de acuerdo con las pruebas, no se demostró la existencia de contratistas o subcontratistas que hubieran pagado el aporte, lo cual evidencia que efectuó una acertada valoración probatoria, contrario a lo señalado por el apelante.

Como no existe la comprobación de dicho pago, la liquidación oficial de la contribución no constituye enriquecimiento sin causa a favor del SENA, razón por la cual carecen de sustento los argumentos del apelante y se debe confirmar la sentencia apelada”

Igualmente, en Sentencia del 19 de abril de 2012, citada con anterioridad, se señaló al respecto que:

“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.

De lo anterior, se concluye que la contribución FIC (i) se origina por el hecho de pertenecer a la industria de la construcción, y (ii) se liquida sobre el 0.5% del valor de las obras que ejecuten directamente o mediante sus subcontratistas, es decir que se encuentra obligados a cancelar dicha contribución por la realización de obras de la industria de la construcción, sea que para esta labor utilice su propio personal o lo haga a través de subcontratistas, excepto si demuestra que los últimos realizaron su contribución al FIC.

En el caso que nos ocupa, se observa de conformidad con los Formularios Únicos Tributarios correspondientes a los años 2008 a 2013 visibles a folios 59 a 68 del expediente, que a partir del 2011 la empresa demandante cambió su actividad económica a 4551 – *instalación de vidrios y ventanas*, lo que aduce su apoderada es que en los años anteriores (2008 a 2010) no pertenecían al sector de la

industria de la construcción y por tanto no son sujetos pasivos de la mencionada obligación a favor del SENA.

Siendo así las cosas, resulta extraño para este juzgador que en la liquidación de aportes (fls. 38) documento base para las Resoluciones demandadas, se observa que por el rubro No. 17 de "contratos y subcontratos (construcción)" la empresa recibió los siguientes montos: para el año 2008: \$110.481.188, 2009: \$46.463.733, 2010: \$22.882.916, año 2011: \$118.834.246, año 2012: \$56.594.219 y año 2013: \$26.506.018, por lo que se concluye que desde el año 2008 realizaba actividades en la industria de la construcción sin tenerla como actividad declarada ante la DIAN y no existe prueba en el sumario que indique que dichos montos ingresaron por contratos diferentes a esta industria.

Ahora, de conformidad con el artículo 7º del Decreto 083 de 1976²¹, se entiende que son personas dedicadas a la industria de la construcción, quienes **ocasional o permanentemente por su cuenta o la de un tercero**, erigen o levantan (...) *instalaciones eléctricas y mecánicas y demás construcciones civiles no mencionadas y quienes trabajan en el mantenimiento y reparación de dichas obras* y que dentro del el objeto social de la sociedad demandante esta la *"instalación de toda clase de vidrios y similares para la construcción e instalación carpintería en aluminio y otros similares"*²², se entiende que la demandante se encuentra dedicada a la industria de la construcción.

Por consiguiente, y en vista de que la parte actora no demostró que esos "contratos y subcontratos (construcción)" visibles en rubro 17 de la liquidación de aportes No 70122²³, no corresponden a contratos de la industria de la construcción, y además tampoco se evidenció prueba de que los subcontratistas hubieran realizado el pago de la contribución FIC, este Despacho considera que la empresa empresa ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S. es sujeto pasivo de la contribución, en tanto pertenece a la industria de la construcción y ha ejecutado obras directamente o mediante sus subcontratistas.

²¹ "ARTICULO 7o. Entiéndase por personas dedicadas a la industria de la construcción para los efectos del Decreto 2375 de 1974, quienes ocasional o permanentemente, por su cuenta o la de un tercero, erigen o levantan estructuras inmuebles como construcción de casas o edificios, vías de comunicación, oleoductos, gasoductos, canalización, alcantarillado, acueducto, pavimentos, obras de desecación, riego y embalses, instalaciones eléctricas y mecánicas y demás construcciones civiles no mencionadas y quienes trabajan en el mantenimiento y reparación de dichas obras.

²² Folios 3 a 5

²³ Folio 38

Una vez determinado que la empresa ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S. es sujeto pasivo de la contribución FIC, encuentra el Despacho que su liquidación no es conforme a derecho²⁴, en tanto esta se realizó a todo costo por valor del 0.25% y en las Resoluciones 2375 y 2376 de 2014 se indicó que se haría conforme a la Resolución 1449 de 2012 por el número de trabajadores, ya que la empresa había suministrado dicha información; existiendo incongruencias en lo argumentado en el acto administrativo y en la liquidación realizada por parte del SENA.

Aunado a la anterior, se observa que la empresa demandante tuvo cuota regulada de aprendices desde el 2009²⁵ y para determinar en esta instancia que es sujeto pasivo de la contribución FIC, por pertenecer a la industria de la construcción y ejecutar obras desde el 2008 en este campo, se estaría ante una contradicción y se vulneraría el artículo 6º de la Ley 2375 de 1974 que expresa:

"Artículo 6º.- Exonerase a la industria de la construcción de la obligación que, conforme a las disposiciones vigentes, tiene de contratar aprendices.

En consecuencia, el Despacho declarará la nulidad de la Resolución 003053 del 20 de septiembre de 2013, respecto de la forma de liquidación de la contribución FIC a cargo de la empresa demandante, la cual deberá realizarse con base en el número de trabajadores por obra²⁶, información que aduce fue suministrada por la empresa; de no ser así, deberá argumentar claramente la forma de liquidación utilizada; así mismo deberá realizar una compensación de la contribución FIC periodos 2008 a 2013, con los pagos realizados por la empresa ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S. por concepto de cuota de aprendices durante la misma vigencia, por no estar obligada a contratar.

10. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre **dispondrá** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1º del artículo 365 ib.²⁷, entre otras cosas, establece que:

²⁴ Folio 43

²⁵ Certificaciones visibles a folios 34 a 36

²⁶ Resolución 1449 de 2012

²⁷ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

"(...) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)."

Así las cosas, el referido artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación²⁸:

"(...) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión "dispondrá", lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales (...)" (Se resalta).

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineludiblemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

"ARTÍCULO 365. CONDENAS EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

"(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

En mérito de lo dicho, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santiago de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia,

RESUELVE:

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de fondo propuestas por el apoderado judicial de la entidad demandada.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD del acto administrativo contenido en la Resolución No. 003052 del 20 de Septiembre de 2013, expedida por el Director Regional Valle del Cauca del Servicio nacional de Aprendizaje – SENA y a través de la cual se impuso orden de pago a cargo de la empresa ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S. por aportes parafiscales dejados de cancelar para el periodo abril de 2008 a enero de 2013, según las razones expuestas.

TERCERO: En consecuencia de anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **DECLARAR** que la empresa ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S. no es sujeto pasivo de los aportes parafiscales vigencia abril de 2008 a enero de 2013 y se deberá expedir paz y salvo por este concepto.

CUARTO: DECLARAR LA NULIDAD del acto administrativo contenido en la Resolución No. 003053 del 20 de Septiembre de 2013, expedida por el Director Regional Valle del Cauca del Servicio nacional de Aprendizaje – SENA y a través de la cual se impuso orden de pago a cargo de la empresa ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S. por contribución FIC dejados de cancelar para el periodo abril de 2008 a enero de 2013, según las razones expuestas.

CUARTO: En consecuencia de anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **DECLARAR** que la empresa ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S. es sujeto pasivo de la contribución FIC vigencia abril de 2008 a enero de 2013.

QUINTO: ORDENAR al Director Regional Valle del Cauca del Servicio nacional de Aprendizaje – SENA realizar la liquidación de la contribución FIC a cargo de la empresa ALTITUD VIDRIERA DEL VALLE S.A.S. con base en el número de trabajadores por obra²⁹, información que aduce fue suministrada por la empresa; de no ser así, deberá argumentar claramente la forma de liquidación utilizada; así mismo deberá realizar una compensación de la contribución FIC periodos 2008 a 2013, con los pagos realizados por la empresa ALTITUD VIDRIERA DEL

²⁹ Resolución 1449 de 2012

VALLE S.A.S. por concepto de cuota de aprendices durante la misma vigencia, según las razones expuestas

SEXTO: Si a la fecha ya se hubieran pagado las sumas de dinero contenidas en los actos nulitados **ORDENAR** la devolución conforme a lo aquí ordenado.

SEPTIMO: ORDÉNASE dar cumplimiento a esta providencia con observancia a lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA.

OCTAVO: ABSTENERSE DE CONDENAR en costas a la entidad demandada, por lo expuesto en la parte motiva.

NOVENO: EJECUTORIADA esta providencia **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez

ALZ