

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION CUARTA

Magistrado ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 76001-23-31-000-2008-01233-01
No. Interno: 19152
Demandante: CONSTRUCTORES FERROVIARIOS
DEL PACÍFICO S.A. EN LIQUIDACIÓN
Demandado: SERVICIO
NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES

FALLO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por CONSTRUCTORES FERROVIARIOS DEL PACÍFICO S.A. EN LIQUIDACIÓN contra la sentencia del 15 de abril de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las siguientes pretensiones de la demanda:

“1.1 Declarar nula la Resolución 0404 del 20 de junio del año 2005, que condenó a mi representada CONSTRUCTORES FERROVIARIOS DEL PACÍFICO S.A., actualmente en liquidación, a cancelar la suma de \$1.099.728.021 millones por aportes al SENA. (Servicio Nacional de Aprendizaje).

1.2 Declarar Nula la Resolución 0420 del 28 de junio de 2005 que condenará a mi representada CONSTRUCTORES FERROVIARIOS DEL PACÍFICO S.A. actualmente en liquidación, a cancelar la suma de \$533.874.480 millones por aportes al FIC., (Fondo de Formación Profesional de la Industria y la Construcción).

2. Que como consecuencia de lo enunciado en los sub literales 1.1 y 1.2, anteriores se declare igualmente Nula las siguientes Resoluciones que resolvieron los recursos de Reposición interpuestos contra la mentada resoluciones así:

2.1 Declarar Nula la Resolución 00981 del dieciséis (16) de julio de 2008, por la cual se confirma la decisión contenida en la Resolución 0404 del 20 de junio de 2005, que condenó a CONSTRUCTORES FERROVIARIOS DEL PACÍFICO S.A., actualmente en liquidación, a pagar aportes al SENA (Servicio Nacional de Aprendizaje).

2.2 Declarar nula la Resolución 00989 del diecisiete (17) de julio de 2008, por la cual se confirma la decisión contenida en la Resolución 0420 del 28 de junio de 2005, que condenó a CONSTRUCTORES FERROVIARIOS DEL PACÍFICO S.A.,

actualmente en liquidación, a pagar aportes al FIC, (Fondo de Formación Profesional de la Industria y la Construcción).

3. Que como consecuencia de lo anterior se ordene efectuar la liquidación de aportes al Sena y al FIC, como se ordena en el Decreto 2365 de 1974; Ley 21 de 1982, artículo 7, numeral 4; Decreto 083 de 1976, Resolución 0662 de 1986, y demás normas concordantes de la legislación Civil y Comercial.

4. Que como consecuencia de lo anterior se ordene al SENA que es y le corresponde como entidad obligada, adelantar las investigaciones necesarias para determinar que sub contratistas de los que afirma haber confirmado no han generado los pagos correspondientes a los aportes; así proceder a ejercer las acciones de cobro de los dineros adeudados”.

1. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

- El 20 y el 28 de junio de 2005, el SENA profirió, respectivamente, las Resoluciones No. 0404 por medio de la cual ordenó a la empresa CONSTRUCTORES FERROVIARIOS DEL PACÍFICO S.A. el pago de los aportes al SENA, y No. 0420 por medio de la cual ordenó a la actora el pago de la contribución para el Fondo de Formación Profesional de la Industria de la Construcción FIC, ambas por los períodos septiembre a diciembre de 2000, enero a diciembre de 2001 y de 2002.
- El 2 de agosto de 2005, el representante legal de la sociedad actora interpuso el recurso de reposición en contra de las anteriores resoluciones.
- El 16 y 17 de julio de 2008, el SENA profirió las Resoluciones No.000981 y No.000989, que resolvieron los recursos interpuestos, en el sentido de confirmar las decisiones recurridas.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1. LA DEMANDA

La sociedad CONSTRUCTORES FERROVIARIOS DEL PACÍFICO S.A., mediante apoderado judicial, formuló las pretensiones transcritas inicialmente.

2.1.1. Normas violadas

La demandante invocó como violados los artículos 13 y 29 de la Constitución Política.

2.1.2. Concepto de la violación

La demandante sostuvo que en la Resolución 981 de 2008, el SENA afirmó que mediante auto del 29 de febrero de 2008 se decretó el vencimiento del periodo probatorio, mientras que, mediante comunicación enviada a la sociedad actora el 10 de abril de 2008, se afirmó que en respuesta a la solicitud presentada respecto al otorgamiento de un plazo adicional para allegar documentos, el 29 de febrero de 2008, el SENA cerró el término probatorio. Que la comunicación del 10 de abril de 2008 es inane toda vez que ya se había cerrado el término probatorio.

Adujo que la Directora del SENA Regional Valle del Cauca no valoró las pruebas allegadas. Que, además, la visita efectuada el 14 de diciembre de 2004 no se practicó en las instalaciones de la empresa y la liquidación definitiva no fue notificada a la actora.

Señaló que el tema principal en que se sustentan las Resoluciones 981 y 989 de 2008 son las obligaciones y facultades para cobrar los aportes al SENA (Decreto 249 de 2004 art. 24 num 9; Ley 21 de 1982 arts 7, 11, 12, 14 y 17 y Art. 9 de la ley 68 de 1923), facultades que son inherentes al cargo y funciones que ostenta la directora regional.

Que, en el recurso de reposición interpuesto se alegó la indebida liquidación de los aportes, no las funciones, deberes y obligaciones de la Directora Regional del SENA y de las empresas obligadas a pagar aportes.

Alegó que no es coherente que el ICBF cobre \$408.957.751 por aportes por los mismos periodos, que equivalen a una tarifa del 3%, mientras que el SENA por las mismas vigencias cobre \$1.099.728.021, que equivalen a una tarifa mucho menor, esto es, del 2%.

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹

El apoderado del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA contestó la demanda en los siguientes términos.

Señaló que contrario a lo afirmado por la demandante, el SENA no tenía resuelto el recurso de reposición antes de julio de 2008. Que el que se haya manifestado un cierre de término probatorio no quiere decir que ya se tenga una decisión y tampoco que los documentos o pruebas que llegan antes de hacerse los pronunciamientos oficiales, no se deban tener en cuenta. Que el actor no allegó pruebas que desvirtuaran las liquidaciones oficiales.

Que el hecho de que difiera la liquidación por aportes parafiscales efectuada por el ICBF de la realizada por el SENA no es indicativo de violación al derecho a la igualdad, por cuanto no se demostró que se tomaron los mismos rubros.

Que la Liquidación No. 76-2004-08-106 del 14 de diciembre de 2004 no tenía que notificarse, ni siquiera comunicarse, pues era un documento de trámite que soporta el verdadero acto administrativo que fueron las resoluciones que fijaron los valores, los cuales si se notifican y el obligado tiene derecho a interponer el recurso de reposición, como lo hizo la actora.

En cuanto al argumento según el cual la inspección no se practicó en las instalaciones de la empresa, señaló que el SENA cuenta con amplias facultades de fiscalización y para el efecto puede realizar vistas a las empresas como en efecto se hizo, revisar documentos de contabilidad y soportar visitas y liquidaciones de otros entes que recojan esa información, caso Bienestar Familiar o Cajas de Compensación.

Que lo cierto es que mientras no se compruebe que los valores determinados por el SENA no son veraces, no se pueden modificar las liquidaciones cuestionadas.

¹ Folios 151 a 162 del cuaderno principal.

Afirmó que se debe tener en cuenta que el SENA, desde el 22 de noviembre de 2007, solicitó algunas pruebas, y para el 26 de marzo de 2008 la actora seguía pidiendo extensiones del plazo para el efecto.

Que los pagos o valores tomados por el SENA de los estados financieros y de los libros de contabilidad de la parte actora, para realizar las respectivas liquidaciones que soportan las resoluciones impugnadas, si constituyen base para aportar al Fondo para la Industria de la Construcción que maneja el SENA, pues los decretos 2375 de 1974 y 083 de 1976 estipulan que el contratista principal asumirá las obligaciones de los subcontratistas, en caso de que éstos no lo hagan.

Que toda vez que el actor no allegó todas las planillas, el SENA aplicó el artículo 3 de la Resolución No. 0662 de 1986 que señala lo siguiente:

Artículo Tercero: Liquidación Presuntiva: Excepcionalmente, el número de trabajadores que laboran bajo sus órdenes, mes a mes, durante la respectiva vigencia, se aceptará la liquidación presuntiva para lo cual se procederá así:

- a. Solicitará al empleador 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.*
- c. Cuando el empleador haya realizado algún pago por los mismos conceptos y vigencias, lo deducirá del valor total liquidado”.*

Lo anterior tiene que confrontarse con los contratos de obra así:

En los contratos de obra a todo costo, se liquida el 0.5 % por concepto de aportes sobre el valor total del contrato, sin escindir lo pagado por materiales.

En los contratos de obra “solo a mano de obra” se liquida el 2% por concepto de aportes sobre el valor total del contrato.

Que el aporte presunto de los industriales del sector de la construcción fue dispuesto como un mecanismo de cálculo y liquidación de aportes, cuando el personal que sea vinculado mediante contrato laboral, con ocasión de la ejecución de una obra, no sea determinado expresamente, ya sea por la fluctuación del

mismo, o porque cuando se debieron presentar las planillas de nómina respectivas, dicha actuación no fue cumplida por la empresa constructora.

Afirmó que este ingreso no constituye una doble tributación, por cuanto, y como se infiere de la lectura de la norma, tal forma de liquidación es excluyente, es decir, o se aplica el ingreso presuntivo para la liquidación de aportes al SENA por parte del sector de la construcción, o se toma como referencia la nómina de la planta de personal de dicha persona jurídica, pero no se liquidan los aportes respectivos tomando las dos bases gravables de forma simultánea.

2.3. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda.

Indicó que el tema de la controversia es el atinente a los aportes parafiscales, que las empresas públicas o privadas que tengan más de un trabajador permanente, están obligados a pagar y la contribución, a cargo de las empresas que se desempeñan en el área de la construcción, al Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción – FIC.

Que la Ley 21 de 1982² dispone que los empleadores que ocupen más de un trabajador permanente en la empresa deben pagar aportes parafiscales correspondientes al 2% de la nómina mensual de salarios, es decir, sobre la totalidad de los pagos efectuados por concepto de los diferentes elementos que integran el salario, en los términos de la ley laboral, cualquiera que sea su denominación, además de las vacaciones.

Que el Decreto Ley 2375 de 1974³, el Decreto 083 de 1976⁴ y la Resolución No. 0662 de 1986⁵, regulan las contribuciones al Fondo nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción FIC, por parte de las empresas que se dedican a la construcción.

² Por la cual se modifica el régimen del subsidio familiar y se dictan otras disposiciones.

³ Por el cual se dictan medidas destinadas a combatir el desempleo

⁴ Por el cual se reglamenta el Decreto Ley No. 2375 de 1974 y parcialmente el parágrafo del artículo 55 del Decreto 2053 de 1974.

⁵ 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

Que el artículo tercero de la resolución No. 0662 de 1986 señala que 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 1ª, que 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 reducirá del valor total liquidado.
- d. Una vez el empleador demuestre el pago, se procederá a la expedición del certificado de Paz y Salvo correspondiente.

El a quo efectuó un recuento de las pruebas recaudadas y concluyó que el procedimiento efectuado por el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA fue el adecuado para liquidar los aportes parafiscales y las contribuciones al Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción.

Que la sociedad actora tuvo la oportunidad de intervenir en todo el procedimiento de liquidación de los aportes, tanto así que en varias de las visitas efectuadas a la empresa, por parte de los funcionarios del SENA, estuvo presente un representante de la misma⁶, quien facilitaba los documentos e información que en su momento estaban a su alcance y que se requerían para efectos de realizar la respectiva liquidación de los aportes.

Advirtió que la sociedad actora no logró demostrar que durante el trámite de liquidación de los aportes parafiscales y la contribución al FIC, se hubiese presentado algún tipo de vulneración al derecho de defensa o al debido proceso. Que la actora solicitó un plazo para demostrar con pruebas documentales que los contratos no tenían la categoría dada por el SENA y que por tal razón, no era la

⁶ El Coordinador Administrativo, señor Emmanuel Varona García.

base a tener en cuenta para liquidar los aportes parafiscales. Vencido el plazo la demandante no aportó los documentos que sustentaran su defensa, no obstante las continuas visitas técnicas efectuadas.

El 4 de diciembre de 2004, se practicaron las respectivas liquidaciones de aportes parafiscales y contribución al FIC, que se materializaron en la Resolución No 0404 del 20 de junio de 2005, por medio de la cual se ordena el pago de los aportes a la sociedad actora por \$1.099.728.021⁷, acto administrativo notificado por edicto que se desfijó el 27 de julio de 2005.⁸

Señaló que mediante la Resolución No. 0420 del 28 de junio de 2005, el SENA fijó la contribución para el Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción FIC a cargo de la actora por \$533.879.480⁹, acto administrativo notificado personalmente el 28 de julio de 2005¹⁰.

En ambas liquidaciones se tomó el rubro de subcontratistas de Mano de Obra personas naturales y jurídicas, por cuanto se verificó que la empresa no demostró su pago y ninguno de los subcontratistas figuraba pagando sus aportes por los contratos celebrados con la sociedad actora¹¹.

Afirmó que contra las anteriores resoluciones la actora interpuso el recurso de reposición, resuelto mediante las Resoluciones Nos. 000981 del 16 de julio de 2008¹² y 000989 del 17 de julio de 2008¹³.

Que en la Resolución 000981 del 16 de julio de 2008 se anotó lo siguiente: “... No se pudo realizar ninguna otra actuación para desvirtuar lo liquidado por el Sena, a pesar que mediante oficio No. 006731 de diciembre 11 de 2007, la empresa CONSTRUCTORES FERROVIARIOS DEL PACIFICO S.A., solicita un plazo de sesenta días (60), a partir de la fecha de recibo para presentar la información requerida al Sena. Con oficio No. 0062 de enero 9 de 2008, el SENA le concede el plazo solicitado. Nuevamente con oficio No. 00992 de febrero 12 de 2008, la

⁷ Fls 68-69 c.p.

⁸ Fl. 19 c. No. 2

⁹ Fls 48-49 c.p.

¹⁰ Fl 25 c.a. No. 2

¹¹ Fl 35 c.a. No 2

¹² Fls. 5-14 c.p.

¹³ Fls. 16-23 c.p.

*empresa CONSTRUCTORES FERROVIARIOS DEL PACIFICO S.A., solicita un plazo adicional de treinta días (30) al SENA, para allegar la documentación requerida, sin que hasta el momento la empresa cumpla con la presentación de la documentación requerida y se excedió el término señalado para este fin, según lo señalado en el artículo 58 del Decreto 01 de 1984; mediante auto de febrero 29 de 2008 se decretó el vencimiento del período probatorio, procediendo a decidir de plano el recurso interpuesto...*¹⁴

El a quo precisó que tal deficiencia probatoria persistió en primera instancia, por cuanto no existen elementos probatorios adicionales que ofrezcan certeza y convicción de que las liquidaciones efectuadas por el SENA no se encuentran conforme con la ley.

2.4. EL RECURSO DE APELACIÓN

La demandante recurrió la decisión del Tribunal en los siguientes términos:

- El SENA violó el derecho de defensa por cuanto, mediante auto del 29 de febrero de 2008, decretó el vencimiento del periodo probatorio, y mediante comunicación del 10 de abril de 2008 se informó que se contaba con un término adicional para allegar pruebas.
- La liquidación No. 76-2004-08-106 del 14 de diciembre de 2004 no se realizó en las dependencias de la empresa.
- La liquidación No. 76-2004-08-106 del 14 de diciembre de 2004 no fue notificada a la sociedad actora, solo fue conocida el 21 de agosto de 2008 con la notificación de la Resoluciones 00981 y 00989.
- Mientras que el ICBF generó un cobro de \$408.957.751, por aportes correspondientes al 3% por los años 2000, 2001 y 2002, el SENA, por las mismas vigencias, generó un cobro del 2% por \$1.099.728.021.

¹⁴ Fl. 37 c.a 2

2.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.5.1. Alegato de la demandante

La demandante no presentó alegatos de conclusión.

2.5.2. Alegato del SENA

La entidad reiteró lo dicho en la contestación a la demanda.

2.6 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público guardó silencio.

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por CONSTRUCTORES FERROVIARIOS DEL PACÍFICO S.A. EN LIQUIDACIÓN contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca del 15 de abril de 2011, que negó las pretensiones de la demanda.

3.1. Problemas jurídicos:

En los términos del recurso de apelación, la Sala debe decidir si los actos administrativos demandados son nulos por:

- (i) violación del derecho de defensa, presuntamente derivado de las inconsistencias presentadas en el periodo probatorio, alegadas por la apelante;
- (ii) Violación del debido proceso por el hecho de que el SENA no practicó la liquidación de los aportes parafiscales No. 76-2004-08-106 del 14 de diciembre de 2004 en las instalaciones de la empresa; y porque, presuntamente, no se notificó
- (iii) Por violación del principio de igualdad por el hecho de que la liquidación que formuló el SENA difiere de la liquidación hecha por el ICBF.

Para resolver, la Sala hará una breve referencia a las normas que regulan los aportes parafiscales y, concretamente, los aportes que deben efectuarse al SENA. Posteriormente, precisará los hechos que ocurrieron en el caso concreto y procederá a solucionarlo.

3.1.1. 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, 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:

- 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 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), la Sala 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 4.º.- 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 subcontratistas."

"Artículo 6.º- Exonérase 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 1047 de 1983

"Artículo 1.º- Los empleadores de la industria de la construcción, en aplicación de lo establecido por el artículo 6º 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.º- 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.º- Adopción: Adóptase el Manual de Aportes del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA."

Resolución 0662 de 1986¹⁵

“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.

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”.

¹⁵ 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.

Resolución 397 de 1987

"Artículo 7°.-

"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 0404 del 20 de junio de 2005, por medio de la cual liquidó y ordenó el pago de los aportes a cargo de la sociedad actora por las vigencias de septiembre a diciembre de 2000, enero a diciembre de 2001 y enero a diciembre de 2002, en los artículos 7, 11, 12 y 17 de la Ley 21 de 1982¹⁶.

La Resolución 0420 del 28 de junio de 2005, 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 047 de 1983 y el artículo 3º de la Resolución 662 de 1996¹⁷.

¹⁶ Folio 68 c.p.

¹⁷ Folio 48 c.p.

3.1.2. El caso concreto

3.1.2.1. Los hechos del caso

Para decidir, se tienen como relevantes los siguientes hechos:

- Los días 17 de junio de 2003, 27 de junio de 2003, 29 de agosto de 2003 y 11 de septiembre de 2003, el SENA practicó visitas en las dependencias de la sociedad actora, tendientes a recolectar información para efectuar la liquidación de aportes (según informe de visita Nos. 8-20).¹⁸
- En la visita practicada el 11 de septiembre de 2003, el SENA determinó que la empresa no exigía a los subcontratistas de mano de obra, el pago de los aportes parafiscales y la contribución al FIC al momento de liquidar o de realizar el acta de liquidación de la obra. En el informe de visita 8-76 también se plasmó una liquidación preliminar de los aportes parafiscales correspondientes a los años 2000, 2001 y 2002.¹⁹
- En el informe de visita No. 8-80 del 22 de septiembre de 2003, en el que se liquidaron los valores destinados al Fondo de la Industria de la Construcción FIC, se dejó la siguiente constancia: *“La presente liquidación es un acto de trámite, por lo cual contra ella no procede ningún recurso según el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo pero puede tomarse como base de una resolución de cobro de los valores destinados al FIC, la que, en caso de no pago y una vez agotada la vía gubernativa, prestará mérito ejecutivo. Por lo anterior se le informa que debe cancelar los valores liquidados directamente en la tesorería del SENA en un plazo máximo de cinco (5) días”*.
- En el informe de visita No. 8-38 del 23 de abril de 2004, el SENA analizó la información financiera de las vigencias 2000, 2001 y 2002 concernientes a los contratos celebrados por la empresa, los cuales consideró como cuenta de mano de obra, y como tal, base para liquidar los aportes parafiscales.

¹⁸ Folios 1-9 c.a. 2

¹⁹ Folios 98 – 102 c.p.

En dicha diligencia, la sociedad actora solicitó plazo para demostrar que no eran contratos de mano de obra.²⁰

- En el informe de visita No. 8-104 del 14 de diciembre de 2004, el SENA señaló que a pesar del plazo concedido al representante legal de la sociedad Constructores Ferroviarios del Pacífico S.A. en Liquidación, para que aportara documentos que desvirtuaran que los contratos celebrados por ellos no correspondían a contratos de mano de obra, (y por tanto, que hacen parte de la cuenta mano de obra) la empresa no allegó las pruebas pertinentes. Por tal razón efectuó la liquidación de aportes parafiscales y a la contribución al FIC de los años 2000, 2001 y 2002.
- En el informe de visita No. 8-105 del 14 de diciembre de 2004, el SENA determinó los aportes adeudados por la actora, cuyos valores son los siguientes: 2000 (sep-dic) \$74.953.376; 2001 (ene-dic) \$76.425.802 y 2002 (en-dic) \$801.492.301.²¹
- El 14 de diciembre de 2004, el SENA profirió la Liquidación No. 762004-08-105 correspondiente a los periodos citados, por concepto de aportes parafiscales.

3.1.2.2. Solución de los problemas jurídicos

- **De la nulidad por violación del derecho de defensa, derivada de las presuntas inconsistencias ocurridas en el periodo probatorio**

Según el apelante, los actos demandados son nulos por violación del derecho de defensa por cuanto en la Resolución 981 de 2008 [acto demandado que liquidó los aportes parafiscales], se afirmó que, mediante auto del 29 de febrero de 2008, se decretó el vencimiento del periodo probatorio, pero, mediante comunicación del 10 de abril de 2008, se le informó a la demandante que todavía contaba con un término adicional para allegar pruebas, lo que no era cierto, pues el período probatorio ya se había cerrado.

²⁰ Folio 97 c.p.

²¹ Fol 11 c.a 2

La Sala considera que, contrario a lo afirmado por la demandante, el SENA no tenía resuelto el recurso de reposición antes de julio de 2008, y prueba de ello es que si bien en la Resolución 0981 del 16 de julio de 2008 se precisó que mediante auto de febrero 29 de 2008 se decretó el vencimiento del período probatorio, en los considerandos de la resolución se analizaron las pruebas que obraban en el expediente, se analizaron las operaciones contables extraídas de los libros, balances, estados financieros, registros, soportes y demás información suministrada en las visitas efectuadas. Además, se precisó lo siguiente:

“Se tomó el rubro de subcontratistas de Mano de Obra personas naturales y jurídicas, en razón a que se verificó en el aplicativo de aportes y ninguno figuraba pagando sus aportes por los contratos celebrados con CONSTRUCTORES FERROVIARIOS DEL PACIFICO S.A., como tampoco la empresa demostró su pago, de acuerdo con la información de la profesional que elaboró la liquidación.

El señor EMANUEL VARONA, solicitó a las funcionarias del SENA, un aplazamiento, para verificar la información de la empresa CONSTRUCTORES FERROVIARIOS DEL PACÍFICO S.A., debido a que muchos de los libros análisis y demás, se encontraban en ese momento en la Ciudad de Barranquilla. Se atendió por las funcionarias del SENA la solicitud suspendiendo la visita, no quiere esto indicar que el estudio contable realizado por segunda vez, a los documentos, libros, y anotaciones de registro de la actividad desarrollada por la Constructora, no fueran tenidos en cuenta para la liquidación. EL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, informó con anterioridad la realización de la visita, la cual se llevaría a cabo en el domicilio de la CONSTRUCTORA FERROVIARIO DEL PACIFICO S.A. fijando fecha para la realización de la misma, acontecimiento por el que se intuyó consumado y ejecutado, con la visita de verificación contable al pago de Aportes Parafiscales correspondiente a los periodos Sep-Dic 2000, Ene-Dic 2001, Ene-Dic2002.

“...

“No se pudo realizar ninguna otra actuación para desvirtuar lo liquidado por el Sena, a pesar que mediante oficio No. 006731 de diciembre 11 de 2007, la empresa CONSTRUCTORES FERROVIARIOS DEL PACIFICO S.A., solicita un plazo de sesenta días (60), a partir de la fecha de recibo para presentar la información requerida por el Sena. Con oficio No. 0062 de enero 9 de 2008, el SENA, le concede el plazo solicitado.

Nuevamente con oficio No. 00992 de febrero 12 de 2008, la empresa CONSTRUCTORES FERROVIARIOS DEL PACIFICO S.A. solicita un plazo adicional de treinta días (30) al SENA, para allegar la documentación requerida, sin que hasta el momento la empresa cumpla

con la presentación de la documentación requerida y se excedió del término señalado para este fin, según lo señalado en el artículo 58 del Decreto 01 de 1984; mediante auto de febrero 29 de 2008 se decretó el vencimiento del periodo probatorio”.

Así, el SENA analizó las pruebas y precisó que a pesar de haberse otorgado un plazo inicial de sesenta días y otro adicional de treinta el actor no allegó los medios de prueba tendientes a desvirtuar las liquidaciones efectuadas, ausencia probatoria que se mantiene en esta instancia.

La parte actora tenía la carga de probar los hechos en que fundó su inconformidad, pues conforme con el artículo 177 del C. de P.C., aplicable por disposición del artículo 267 del C.C.A., incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Es mediante el uso de los medios probatorios previstos en la ley que se busca que el juez tenga elementos que le permitan verificar la existencia o certeza de los hechos que se aducen, o comprobar la veracidad de las afirmaciones efectuadas por el demandante, de las cuales se deriva la consecuencia jurídica que se pretende.

Adicionalmente, se observa que la actora intervino en las visitas efectuadas y que a pesar de haber sido requerida por el SENA no allegó las pruebas solicitadas, razón por la que no existe violación al derecho de defensa.

- **De la nulidad de los actos demandados por violación del debido proceso por dos hechos: (i) La liquidación No. 76-2004-08-105 del 14 de diciembre de 2004 no se realizó en las dependencias de la empresa, y (ii) esa liquidación no se notificó.**

(i) La liquidación No. 76-2004-08-105 del 14 de diciembre de 2004 no se realizó en las dependencias de la empresa.

El apelante, sin indicar qué norma resulta vulnerada, alegó que: “...la liquidación DEL 14 DE DICIEMBRE DE 2004, que practicó la Señora AURA TULIA NEIRA ALEGRÍA, NO FUE REALIZADA AL INTERIOR DE LA COMPAÑÍA, así lo deja

entrever la misma Señora AURA TULIA NEIRA en la declaración y es puntual en observar que si las documentales y soportes se encuentran COMPLETOS esta se puede practicar al interior del SENA”

Observa la Sala que el SENA le garantizó a la actora el debido proceso y el derecho de defensa. Para efectos de proferir la liquidación No. 76-2004-08-105 del 14 de diciembre de 2004 practicó una visita de auditoría en las instalaciones de la empresa el mismo día. Según informe de visita No. 8-104²² se dejó la siguiente constancia:

“...se les solicitó demostrar mediante documentos fuentes las cuentas subcontratistas (mano de obra) y a la fecha diciembre 14 de 2004 transcurridos 7 meses y 22 días no ha sido posible la entrega de estos documentos, razón por la cual se procede a dar curso de la liquidación de aportes y FIC de los años 2000 (9-12); 2001 (1-12); 2002 (1-12)”.

El hecho de no haberse practicado la liquidación definitiva en el momento de la visita no implica violación al debido proceso, toda vez que la determinación del tributo se basó en los documentos recaudados y en las pruebas allegadas por la actora. No procede el cargo.

(ii) Falta de notificación de la liquidación No. 76-2004-08-105 del 14 de diciembre de 2004

Observa la Sala que en el informe de visita No. 8-80 del 22 de septiembre de 2003, en la que se liquidaron los valores destinados al Fondo de la Industria de la Construcción FIC, se dejó la siguiente constancia: *“La presente liquidación es un acto de trámite, por lo cual contra ella no procede ningún recurso según el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo pero puede tomarse como base de una resolución de cobro de los valores destinados al FIC, la que, en caso de no pago y una vez agotada la vía gubernativa, prestará mérito ejecutivo. Por lo anterior se le informa que debe cancelar los valores liquidados directamente en la tesorería del SENA en un plazo máximo de cinco (5) días”.*

²² Folio 12 c.a. 2

En la Resolución 0981 del 16 de julio de 2008, el SENA precisó lo siguiente:

“No hay ningún procedimiento ni acto violatorio al Derecho y Principio del Debido Proceso, pues la visita y liquidación efectuada por las contadoras por concepto de pago aportes parafiscales es considerado como un ACTO DE TRAMITE, el empleador fue informado en todo momento del trabajo realizado, aportó y facilitó los soportes los cuales fueron confrontados, por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA., la liquidación efectuada por ser un acto de trámite, contra el no es procedente ningún recurso según el artículo 49 del Decreto 01 de 1984, pero puede tomarse como base de una Resolución de cobros de valores adeudados al SENA”.

En cuanto a la imposibilidad de impugnar las liquidaciones individuales, la Sala reitera que por tratarse de actos de trámite, no procedía recurso alguno (artículo 49 del Código Contencioso Administrativo), tal y como expresamente se menciona en dichos actos²³ (fls. 105 c.p.).

Adicionalmente, se observa que no se violó el derecho al debido proceso por cuanto, la Resolución 404 del 20 de junio de 2005 incorporó dentro de su texto el contenido de la Liquidación 762004-08-105 del 14 de diciembre de 2004, y precisó que es soporte de la misma. En consecuencia, al notificarse la Resolución 0404 del 20 de junio de 2005 se entiende notificada la liquidación aludida.

De otra parte, no se afectó el derecho de defensa, toda vez que la actora interpuso el recurso de reposición contra la Resolución 404 del 20 de junio de 2005, resuelto mediante la Resolución 0981 del 16 de julio de 2008. En consecuencia, tuvo la oportunidad de cuestionar las liquidaciones individuales. No prospera el cargo.

- **De la nulidad de los actos demandados por violación del principio de igualdad por el hecho de que la liquidación de los aportes parafiscales que hizo el SENA difiere de la que hizo el ICBF**

Según el apelante, mientras que el ICBF generó un cobro de \$408.957.751, por aportes correspondientes al 3% por los años 2000, 2001 y 2002, el SENA, por las mismas vigencias, generó un cobro del 2% por \$1.099.728.021, circunstancia que, a su juicio, vulnera el principio de igualdad.

²³ Se reitera el criterio expuesto por la Sala en sentencia del 3 de abril de 2008, exp. 15199 C.P. Héctor J. Romero Díaz.

Observa la Sala que, en el caso *sub examine*, el SENA determinó, con base en las visitas realizadas, el valor a pagar por concepto de aportes y FIC a cargo de la actora por las citadas vigencias fiscales, lo anterior no fue desvirtuado por la actora, a pesar de los plazos concedidos para el efecto. Por el contrario, la actora se opuso a cumplir con tal obligación porque se trataba de contratos civiles, cuya prueba, en todo caso, no aportó.

Adicionalmente, se observa que en la liquidación de aportes efectuadas por el ICBF, que obra en los folios 106 a 110 del cuaderno principal, si bien coinciden los periodos liquidados, no se determinó la actualización de la deuda ni los intereses, mientras que el SENA liquidó la deuda, más su actualización, teniendo en cuenta el porcentaje de ajuste año gravable PAAG mensual vigente para la fecha de cada liquidación. No prospera el cargo.

No prospera el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en consecuencia, se confirma la sentencia apelada.

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

F A L L A

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 15 de abril de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por CONSTRUCTORES FERROVIARIOS DEL PACÍFICO S.A. EN LIQUIDACIÓN contra SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA.

SEGUNDO: RECONÓCESE al abogado Diego Javier Lancheros Perico como apoderado del SENA.

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

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ