



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERO PONENTE: WILSON RAMOS GIRÓN

Bogotá, D. C., trece (13) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000-23-37-000-2017-01418-01 (26153)
Demandante: Escuela Colombiana de Carreras Industriales, ECCI
Demandada: SENA

Temas: Fondo de Formación Profesional de la Industria de la Construcción (FIC)
Aportes 2010 a 2014. Sujeción Pasiva. Responsabilidad solidaria.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 18 de marzo de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, que resolvió (índice 2 de Samai):

Primero. Declarar la nulidad parcial de la Resolución nro. 2164, del 28 de marzo de 2017, a través de la cual el (...) SENA determinó la contribución al Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción FIC a cargo de la Escuela Colombiana de Carreras Industriales, ECCI, por los años 2010 a 2014; y de la Resolución nro. 3272, del 26 del mayo de 2017, que confirmó el primer acto administrativo.

Segundo. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, declarar que (...) ECCI está obligada a pagar por concepto de contribución FIC de los años 2010 a 2014, la suma equivalente a \$106.099.856 (incluidos los intereses moratorios hasta la fecha de la liquidación oficial), de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero. En lo demás, negar las pretensiones de la demanda.

Cuarto. Por no haberse causado ni demostrado, no se condena en costas.

(...).

ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Mediante la Resolución nro. 2164, del 28 de marzo de 2017, el Servicio Nacional de Aprendizaje (en adelante SENA) determinó a cargo de la demandante, el tributo destinado al Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción (en adelante FIC) por los períodos 2010 a 2014, en cuantía de \$115.529.847, junto con los intereses moratorios causados. Tras recurrirse esta decisión mediante el recurso de reposición, la misma fue confirmada con la Resolución nro. 3272, del 26 de mayo de 2017 (índice 2 de Samai).

ANTECEDENTES PROCESALES

Demanda

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo, Ley 1437 de 2011), la demandante formuló las siguientes pretensiones (índice 2 de Samai):

A. Pretensiones declarativas

Primera. Que se declare nula la Resolución nro. 2164 de 2017, notificada el 7 de abril de 2017, en la que se determinó una deuda por valor de (...) \$115.529.847, más los intereses de mora correspondientes.

Segunda: Que se declare nula la Resolución nro. 3272, notificada el 13 de junio de 2017, en la que se decidió confirmar en su totalidad la Resolución nro. 2164 y se puso fin al proceso administrativo de fiscalización.

B. Pretensiones de condena a título de restablecimiento del derecho

Primera. Que se condene al (...) SENA a reintegrar a mi representada la suma (...) \$158.534.460, suma que fue cancelada por mi representada el 11 de julio de 2017.

Segunda: Que se condene al (...) SENA a indexar la suma de dinero que sea ordenada devolver entre el 11 de julio de 2017 y hasta el momento en que la demanda realice el pago.

Tercera: Que se condene al (...) SENA al pago de los intereses moratorios sobre la suma ordenada a devolver e indexada, a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia, de conformidad con el inciso 3 del artículo 192 del CPACA.

A los anteriores efectos, invocó como vulnerados los artículos 1.º, 2.º, 13, 29 y 150 de la Constitución; 32 de la Ley 789 de 2002; 6.º del Decreto Ley 2375 de 1974; 7.º y 8.º del Decreto 083 de 1976; 3.º del Decreto 1047 de 1983, y 1.º del Decreto 2585 de 2003, bajo el siguiente concepto de violación (índice 2 de Samai):

Se vulnera el derecho a la igualdad y al debido proceso, en la medida en que la demandada la calificó como sujeto pasivo del tributo debatido sin atender que este, recae exclusivamente en los empleadores del sector constructivo cuando contratan del personal de la construcción sin importar que sean contratistas de un tercero, lo cual no corresponde a su caso, por cuanto su actividad económica es la educación superior pues tiene la calidad de universidad. A esos efectos, señaló que las contribuciones parafiscales son gravámenes que afectan a un determinado sector en beneficio del propio sector lo cual no puede predicarse en su caso, de manera que tal como lo señaló Camacol, la obligación de contribuir se deriva de la circunstancia de tener trabajadores de la construcción, por lo que no se enmarca en la sujeción pasiva de la contribución, y al pretenderse esto, se viola el debido proceso, ni mucho menos habría responsabilidad solidaria como contratante de la obra, pues esta solo se encuentra previsto respecto de salarios y prestaciones (artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo), y así lo ha concluido la jurisprudencia de esta Sección¹ respecto de obligaciones relacionadas con los aportes parafiscales como el debatido, pero de ninguna manera incluye las contribuciones parafiscales, hecho que, en su concepto, acepta la propia demandada.

Aduce que la actuación vulnera el principio de legalidad, pues el artículo 6.º del Decreto 2375 de 1974 señala expresamente quienes son los sujetos obligados al pago de la contribución FIC, la cual es atribuible a los que se dediquen al sector de la construcción, de manera que carece de fundamento exigirle su pago, por el solo hecho de haber contratado a un tercero para que por su cuenta y riesgo levantara una edificación necesaria para el cumplimiento del objeto social de la universidad, simplemente por ser la dueña del inmueble, lo que confunde la demandada con la propiedad de la obra.

¹ Sentencias del 15 de noviembre de 1991 (exp. 3122, CP: Jaime Abella Zárate) y del 19 de abril de 2012, (exp. 17585, CP: William Giraldo Giraldo).

En línea con lo anterior, señaló que el artículo 6.º del Decreto 2375 de 1974, creó el Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción (FIC), que administraría el Sena, el cual estaba destinado al pago de las contribuciones salariales de los aprendices que recibieran formación profesional en los oficios de la industria de la construcción, y en ese orden, los empleadores de ese sector, fueron exonerados de contratar aprendices, pues el aporte parafiscal se realiza a través de la contribución económica al dicho fondo (un salario mínimo mensual por cada 40 trabajadores). Agregó que para dar claridad respecto de quienes pueden considerarse como empleador del sector de la construcción, se profirió el Decreto 083 de 1976 definiendo en su artículo 7.⁰² quienes son las personas dedicadas a la industria de la construcción, y a su turno, el artículo 4.º Del Decreto 2585 de 2003 definió empleadores dedicados a la construcción.

En tal contexto, anotó que i) no ha levantado ni erigido estructuras por su cuenta y riesgo, que la entidad demandada revisó ligeramente los contratos que señalan que son a todo costo; ii) que los contratos no implicaron construcción, sino actividades de mantenimiento y mejoras locativas; iii) la obligación de la contribución es del contratista, la normativa no grava al beneficiario de las obras. En esa misma línea, aclaró que ninguno de los contratos de obra que celebró durante los años 2010 a 2014 se ejecutaron bajo la modalidad de administración delegada, único evento en el cual el beneficiario de la obra sería sujeto pasivo del tributo en discusión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8º del Decreto 083 de 1976³, situación que refuerza la tesis de que no está obligado al gravamen bajo estudio.

Por todo lo anterior, insistió en que se violaron los preceptos constitucionales indicados, la ley y las disposiciones reglamentarias (decretos 083 de 1976, 1047 de 1983 y 2585 de 2003), estas últimas porque aun si lo fuese (lo que no acepta) entonces no se le podría exigir al mismo tiempo la cuota de aprendices como ocurrió, toda vez que durante los periodos en disputa cumplió con tal obligación, lo que inclusive le fue fiscalizado. Al respecto, expuso que la demandada le expidió actos administrativos en los que le hizo exigible tal obligación y mediante la Resolución 1414, del 09 de marzo de 2017, la consideró parcialmente incumplida, de suerte que, a su entender, exigirle una doble prestación (*i.e.* cumplir con la cuota de aprendices y el pago al FIC) comportaría una doble sanción por los mismos hechos, máxime cuando el tributo destinado al FIC se da a cambio de contratar aprendices.

Contestación de la demanda

La demandada se opuso a las pretensiones de la actora (índice 2 de Samai), para lo cual estimó improcedentes los cargos de violación de las garantías constitucionales y las normas legales invocadas, porque, según afirmó, los actos demandados observaron los principios de legalidad y debido proceso, y se fundaron en las normas procedentes. En ampliación de esto, señaló que son concurrentes las obligaciones de cuota de aprendices, que se satisface según el número de empleados, y del pago de la contribución destinada al FIC que surge por la actividad desarrollada de manera permanente u ocasional.

Sobre esto último, destacó que el artículo 7.º del Decreto 2375 de 1974 determinó que eran personas dedicadas a la construcción, entre otras, las naturales o jurídicas que de

² Artículo 7. Entiéndese 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.

³ Artículo 8. Decreto 083 de 1976: «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».

forma ocasional o permanente ejecuten algunas de las obras relacionadas en el norma citada o construcciones civiles, calidad que en su concepto no se pierde por el hecho de que se construya a través de terceros, como ocurrió en el *sub lite*, en el que la demandante subcontrató la realización de actividades de obra que eran de su propiedad, lo que determinó su sujeción pasiva a la contribución debatida y, en ese sentido, debió cumplir con la contribución, de la que pudo haberse eximido, si hubiera acreditado que los contratistas realizaron los pagos al FIC, lo cual no ocurrió, y por ello no puede sacar provecho de su propia culpa por no probar esto, al hilo de ello, arguyó que, la demandada, en diligencia de fiscalización (acta de visita del 22 de febrero de 2017), procuró verificar los pagos al FIC a cargo de la actora o sus subcontratistas, lo cual no se logró por cuanto no se encontró soportes del pago del FIC por parte de la universidad o los contratistas.

Sentencia apelada

El tribunal accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (índice 2 de Samai). Luego de efectuar el recuento del marco normativo de la contribución FIC, y señalar que la actora era una institución de educación superior (universidad), en cuyo objeto social no estaban contempladas las actividades de construcción de bienes propios o ajenos, advirtió que durante los años 2010 a 2014 la demandante suscribió contratos de obra y de prestación de servicios con terceros dedicados a la construcción y mejoramiento de instalaciones eléctricas y obras, señalando como allegados 11 contratos que identifica con su objeto y contratista, algunos de los cuales entiende enmarcados en obras civiles y reparación de inmuebles.

Seguidamente manifestó que, con base en la investigación de la demandada, la actora no entregó la totalidad de los contratos de obra pactados durante las vigencias estudiadas, por lo que la entidad efectuó el estudio conforme con los registros contables allegados por la analista de la actora, por lo que no hay certeza de las modalidades de los contratos (refiere todo costo, precio fijo o mano de obra), ni de la solidaridad de las prestaciones sociales y pago de parafiscales en aquellos contratos, ni tampoco de quien asumió las obligaciones respecto del pago de la contribución cuestionada.

A partir de lo anterior señaló que conforme a lo afirmado por la actora, el pago de la contribución FIC debió ser asumido por los contratistas principales o dueños de las labores, como lo prevé el artículo 8.º del Decreto 083 de 1976; sin embargo, cuando no se acreditara que el contratista hubiera pagado y no se hubiera pactado en los contratos la obligación de éstos de asumir la contribución, la misma estaría a cargo de la contratante, aunque no hubiera ejecutado directamente la construcción, sino a través de terceros. Dijo que esto último no la exoneraba de tal obligación, a menos que demostrara que el contratista pagó el aporte por los trabajadores subcontratados que laboraron en la construcción, lo que no ocurrió en el caso concreto.

Bajo tales premisas, verificó las cláusulas de los contratos aportados, dos para el año 2013 y tres para el año 2014, concluyendo que los sujetos responsables en el pago de la contribución eran los contratistas, en virtud de lo previsto en el artículo 8º del Decreto 083 de 1976, en tanto ejecutaron la obra con plena autonomía, fungiendo como empleadores, y además por ser contratos a todo costo con precios unitarios fijos, que comprendían todos los costos directos e indirectos, y reliquidó la contribución.

En relación con los años 2010, 2011 y 2012 señaló que si bien la actora aducía que los responsables de la contribución eran los contratistas, no había allegado prueba de los contratos donde se hubiere pactado que el riesgo de la obra sería asumido por los

contratistas y que, a su vez, estos estaban obligados al pago y contratación del personal que trabajaría en las labores contratadas, obrando como verdaderos empleadores.

Por último, negó la devolución solicitada, por cuanto el debate no comprendía ninguna decisión administrativa respecto de la devolución del pago efectuado y el cálculo de los intereses moratorios liquidados por la entidad demandada y determinados por el tribunal, se efectuaron hasta la fecha de expedición del acto de determinación oficial, mas no hasta la fecha efectiva del pago, advirtiendo que la sociedad actora, con fundamento en la sentencia ejecutoriada, podría acudir ante la Administración para tramitar la solicitud de devolución que reclama.

Recurso de apelación

El extremo activo apeló la decisión del *a quo* (índice 2 de Samai). Puntualmente, censuró la conclusión del tribunal en la que determinó que era sujeto pasivo de la contribución FIC por el hecho de haber contratado la ejecución y adecuación de algunos inmuebles requeridos para desarrollar su actividad educativa. En ese sentido, insistió en que los únicos sujetos obligados al pago del tributo son las empresas del sector de la construcción. Señaló que resulta desatinado y sin fundamento que, se haya determinado solidaridad en el pago de la contribución FIC.

Argumentó que con la creación del FIC, con la Ley 2375 de 1974, se exoneró a los empleadores del sector de la construcción, de la obligación de contratar aprendices, a cambio del aporte destinado al Fondo Nacional de Formación Profesional (FIC); y que para claridad, el artículo 7° del Decreto 083 de 1976 determinó quien podía considerarse como un empleador que pertenece al sector de la construcción. Con posterioridad, la Ley 789 de 2002, siguiendo los mismos parámetros, indicó que estaban obligados a contratar aprendices las empresas que realicen cualquier tipo de actividad económica, diferente de la construcción, lo cual fue reglamentado por el Decreto 2585 de 2003, para precisar que son empleadores dedicados a la actividad de la construcción, quienes ocasional o permanentemente, por su cuenta o la de un tercero erigen o levantan estructuras inmuebles. De manera que erró el tribunal, al desconocer que no ostentaba la calidad de empleador de la actividad de construcción por el simple hecho de haber contratado a un tercero para realizar de manera independiente la construcción de algunos inmuebles, lo cual efectuó por no contar con el expertiz y para diversificar el riesgo; además, su actividad económica descrita en su objeto social no le habría permitido realizarlas, siendo connatural que, quien hace las obras asuma todas las obligaciones, sin que pueda predicarse solidaridad.

Adujo que se cometía un gran error, al considerar que la universidad estaba obligada al pago del FIC por no haber demostrado que el contratista, que desarrolló las obras, la pagó, o como lo consideró el *a quo*, que por el simple hecho de levantar o erigir edificaciones estaba obligada a cancelar el aporte, puesto que el hecho generador del FIC, es pertenecer a la industria de la construcción, por lo que no es correcto que el operador judicial entienda que quien esporádicamente construye, o realiza obras civiles para cumplir con su objeto social, es el obligado directo del pago del aporte, comoquiera que la ejecución de obras por parte de un tercero a cuenta y riesgo propio, no implica el surgimiento de la obligación a cargo del contratante que no pertenece a ese sector económico.

Seguidamente, sintetizó sus conclusiones en que: i) está demostrado que no ha levantado o erigido estructuras inmuebles por su cuenta y riesgo, a lo sumo corresponden a mantenimiento y mejoras locativas; ii) las obligaciones respecto de los empleados de la construcción no son del contratante, sino del contratista, esta es la implicación de que un

contrato se ejecute “a todo costo”; iii) ninguno de los contratos celebrados durante los años 2010 a 2014 se ejecutaron bajo la modalidad de administración delegada, único evento en el cual el beneficiario de la obra sería sujeto pasivo del tributo en discusión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8° del Decreto 083 de 1976, lo que sustentó en las sentencias del 14 de noviembre de 1991, exp. 3122, CP: Jaime Abella Zárate, y del 24 de febrero de 1994, exp. 5129, CP: Consuelo Sarria Olcos; iv) no le asiste responsabilidad directa ni solidaria en el pago de los aportes parafiscales FIC, pues el artículo 1568 del Código Civil, establece que este tipo de obligaciones solo surge ex lege, o por declaración expresa de las partes, lo que no sucede en el caso concreto; v) no existe fuente legal, que obligue a la actora, a responder por una obligación que única y exclusivamente compete al contratista de la industria de la construcción; sin embargo, el tribunal no hizo el más mínimo esfuerzo argumentativo sobre el particular. Si se asumiera, en gracia de discusión como fuente de la solidaridad el artículo 34 del CST, debe tenerse en cuenta que esto solo aplica respecto del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, no se hace mención alguna al pago de aportes parafiscales, entre ellos, el FIC.

Finalmente, señaló que cumplió con la contribución parafiscal, a través de la contratación de aprendices, de manera que no podía exigírsele al mismo tiempo el pago de la contribución FIC, porque esto implicaría imponerle una doble carga parafiscal, lo cual no cuenta con sustento jurídico. En la misma línea, señaló que no entendía cómo el tribunal en consonancia con la demandada haya dejado de lado que el SENA verificó que mi representada no pertenece al ramo de la construcción, y que además cumplió con la contratación de aprendices, por lo que inclusive ha tenido procesos de fiscalización por cuota de aprendices frente a los mismos periodos que dieron lugar al pago de la contribución parafiscal FIC.

No planteó reparos contra la decisión que negó la devolución pretendida, aunque sí la puso de presente cuando solicitó revocar la sentencia y restablecer su derecho.

Pronunciamientos finales

La actora presentó escrito refiriéndose a su propio recurso (índice 9 de Samai), el cual no será considerado, por cuanto esta etapa está reservada para que la contraparte se pronuncie sobre el recurso interpuesto (ordinal 4º artículo 247 CPACA).

Por su parte, la demandada presentó su escrito extemporáneamente (índice 13 de Samai) y el ministerio público guardó silencio (índice 14 de Samai).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1- Juzga la Sala la legalidad de los actos acusados, atendiendo los cargos formulados por la demandante, en calidad de apelante única, contra la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Así, corresponde establecer si la actora era responsable de los aportes al FIC por los contratos de obras civiles y de adecuación de la infraestructura de algunos de sus inmuebles, que suscribió entre el 2010 y el 2014 en calidad de contratante, por no haber demostrado el pago de la contribución por parte de los contratistas.

2- Aduce el apelante que las obligaciones respecto de los empleados de la construcción no son del contratante, sino del contratista y que ninguno de los contratos celebrados durante los años 2010 a 2014 se ejecutaron bajo la modalidad de administración delegada, único evento en el cual el beneficiario de la obra sería sujeto pasivo del tributo en

discusión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8° del Decreto 083 de 1976. En línea con esto, señala que no le asiste responsabilidad directa ni solidaria en el pago de los aportes parafiscales FIC, pues el artículo 1568 del Código Civil, establece que este tipo de obligaciones solo surge ex lege, o por declaración expresa de las partes, lo que no sucede en el caso concreto, en tanto no existe fuente legal que obligue al contratante a responder por una obligación que única y exclusivamente compete al contratista de la industria de la construcción, cuyo incumplimiento no daría lugar a exigirle el pago del tributo.

Igualmente cuestionó que no podía conminársele al pago de la contribución parafiscal, y a la cuota de aprendices, porque esto implicaría imponerle una doble carga impositiva, sin sustento jurídico alguno.

En el otro extremo, su contraparte tanto en los actos acusados como en la contestación aseguró que la actora estaba obligada al pago de la contribución FIC, toda vez que, contrató con terceros la realización de actividades de construcción sobre bienes inmuebles de su propiedad, así que era la propietaria de las obras y por tanto, responsable del pago del tributo, pues no acreditó que los contratistas hubieran satisfecho la aludida obligación tributaria a fin de eximirla de esto. Igualmente, señaló que las obligaciones de cuotas de aprendices y la relativa al aporte con destino al FIC, podían coexistir, pues la primera atendía el número de trabajadores, mientras que la segunda, se derivada del desarrollo de la actividad de construcción.

Por su parte, el *a quo* consideró que, como lo señaló la actora, el pago de la contribución FIC debió ser asumido por los contratistas principales o dueños de las labores, como lo prevé el artículo 8.° del Decreto 083 de 1976; sin embargo, cuando no se acredite que el contratista la pagó, y no se haya pactado en los contratos la obligación para éstos de asumir la contribución, la misma estaría a cargo de la contratante, aunque no la hubiera ejecutado directamente, sino a través de terceros. Dijo que esto último no la exoneraba de tal obligación, a menos que demostrara que el contratista pagó el aporte por los trabajadores subcontratados que laboraron en la construcción, lo que no ocurrió en el caso concreto. Bajo esta premisa, verificó las cláusulas de los contratos aportados, por los años 2013 y, 2014, concluyendo que los responsables de la contribución eran los contratistas, en virtud de lo previsto en el artículo 8° del Decreto 083 de 1976, porque ejecutaron la obra con plena autonomía, fungiendo como empleadores, y además porque eran contratos a todo costo con precios unitarios fijos, que comprendían todos los costos directos e indirectos, y reliquidó la contribución.

En relación con los años 2010, 2011 y 2012 mantuvo la obligación a cargo de la actora, por no haber allegado prueba de los contratos donde se hubiere pactado que el riesgo de la obra sería asumido por los contratistas y que estos estaban obligados al pago y contratación del personal, obrando como verdaderos empleadores.

3- Contextualizada la situación debatida, se advierte que esta judicatura ha fijado un criterio de decisión en relación con los elementos que determinan la sujeción pasiva de la contribución al FIC, y con la responsabilidad solidaria del tributo, en las sentencias del 03 de julio de 2020, (exp. 23532, CP: Milton Chaves García), del 11 y 18 de marzo de 2021, (exps. 25299 y 24600, CP: Stella Jeannette Carvajal Basto), del 22 de julio de 2021, (exp. 25301, CP: Julio Roberto Piza Rodríguez) y del 01 de junio de 2023 (exp. 25858, CP: Wilson Ramos Girón), precedentes que se reiterarán en lo pertinente, para definir el asunto sometido a análisis.

4- Partirá la Sala de destacar que no se discute en el proceso que la actora es una entidad

de educación superior (universidad), que durante los años debatidos contrató a unos terceros para la ejecución de ciertas actividades sobre algunos de sus inmuebles donde presta servicios educativos. Precisado esto, se advierte que el cuestionamiento de la demandada, giró en torno a que la actora estaba obligada al pago de la contribución FIC por cuanto no demostró que los contratistas a quienes les encargó las obras habían pagado la contribución, conforme lo ponen de presente los actos demandados, así:

La Resolución 2164 de 2017 por la cual se determinó la obligación de la contribución a cargo de la actora, se circunscribió a citar de manera general lo señalado en las siguientes disposiciones: artículo 6º del Decreto 2375 de 1974 que exoneró la industria de la contratación de la contratación de aprendices, a cambio del pago de la contribución FIC; artículo 7º del Decreto 083 de 1976 que señala 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 estructuras inmuebles (como casas o edificios), así como instalaciones eléctricas y mecánicas construcciones civiles y quienes trabajan en el mantenimiento y reparación de tales obras; artículo 8.º *ibidem*, que entre otras aspectos, señala como responsable de la contribución al propietario de la obra en las construcciones por el sistema de administración delegada y a los contratistas principales en los contratos a precio alzado o precios unitarios fijos; y tras esto únicamente aseveró que la actora como empleadora estaba obligada a la contribución, sin ninguna consideración o correlación específica con los supuestos del caso concreto.

Por el contrario, la Resolución 3272 de 2017, por la cual se resolvió el recurso de reposición, luego de hacer el recuento de los hechos, razones de la defensa y las disposiciones en materia de FIC, concluyó: *«Es así que serán responsables, ante el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, del pago de los aportes FIC el propietario de la obra o contratistas sobre el costo total de la obra, en los casos que no demuestren que sus subcontratistas cancelaron el FIC.»* Y que *“ si bien la empresa en mención señala que ninguno de los contratos celebrados se ejecutó bajo la modalidad de administración delegada, estos si son los dueños de la obra (...)”* desarrollando a renglón seguido los atributos y características del derecho de propiedad. Y finalizó señalando que: **“De conformidad con el artículo 8º del Decreto 083 de 1976, los propietarios o contratistas principales serán responsables de la contribución FIC sobre el costo total de la obra, en los casos que no demuestren que sus subcontratistas cancelaron el FIC”** (el resaltado y subrayado es del texto transcrito).

A partir de lo anterior, definirá la Sala el problema jurídico planteado.

4.1- Conforme fue señalado en los precedentes que se reiteran en esta oportunidad, el artículo 6.º del Decreto Ley 2375 de 1974 que creó el Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción (FIC), dispuso que su financiación estaría a cargo de los empleadores de *«la industria de la construcción»* a quienes exoneró de la obligación de contratar aprendices a cambio del pago de una contribución equivalente a *«una vez el salario mínimo por cada cuarenta (40) trabajadores que laboren bajo sus órdenes»*. De la Administración y gestión de las contribuciones al FIC encargó al SENA, con la asesoría de la Cámara Colombiana de la Construcción, y previó que los recursos fueran destinados al *«pago de la proporción salarial que corresponda a los aprendices que reciben formación profesional en los diversos oficios de la industria de la construcción»*.

Al reglamentarse la disposición por el Decreto 083 de 1976, el artículo 7.º señaló como *«personas dedicadas a la industria de la construcción»* a *«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».

A su vez, el artículo 8.º previó como «responsables ... del pago de los aportes» a: (i) «*el propietario de la obras en las construcciones por el sistema de administración delegada*», y a (ii) «*los contratistas o constructores principales de la misma en los contratos a precio alzado o a precios unitarios fijos*».

4.2- Repárese en que el citado marco normativo (ley y reglamento), invocados como sustento en los actos demandados, no consagra responsabilidad alguna en cabeza del contratante de una obra, cuando el contratista no paga la contribución FIC.

Si bien, el SENA, como titular de la potestad de la gestión del tributo, expidió la Resolución 1449 de 2012, la cual prevé en su artículo 6º, como responsables de la contribución al FIC: (i) «*los empleadores señalados en el artículo 7º del Decreto 083 de 1976*», y (ii) «*los propietarios o contratistas principales ... sobre el costo total de la obra, en los casos que no demuestren que sus subcontratistas cancelaron el FIC*», disposición que aunque no fue invocada en los actos demandados, se precisa considerar, en tanto contiene el criterio en que sustenta la demandada su actuación, pues se hace menester puntualizar que tal previsión ya fue analizada por la Sala, aclarando su alcance, en el sentido que «*debe entenderse en el contexto de la regulación de rango legal del hecho generador del tributo*», puesto que, en cualquier caso, el obligado tributario debe «*tener la doble connotación de pertenecer al sector de la industria de la construcción y ser empleador*»⁴, se aclara que esto, salvo cuando se contrata bajo el sistema de administración delegada, evento previsto expresamente en la norma reglamentaria de la ley 2375 de 1974, esto es, el Decreto 083 de 1976, artículo 7.º.

Súmese a ello que, la ley no previó solidaridad alguna para el pago de la contribución en cabeza del contratante de una obra⁵. Entonces «*entender que los propietarios o contratistas principales son responsables junto al contribuyente, de la contribución al FIC, supondría un quebrantamiento al principio de reserva de ley, dado que los obligados tributarios deben ser establecidos por la ley*» (sentencia citada *supra*, del 22 de julio de 2021).

5- Así, de conformidad con el derecho aplicable, y el criterio de decisión de esta judicatura, los contratistas de la industria de la construcción, empleadores de los trabajadores que desarrollan las correspondientes obras, son los sujetos pasivos de la contribución, obligación que no fue prevista como trasladable a las entidades o sujetos contratantes. De manera que, no resulta acertado realizar una interpretación descontextualizada de los artículos 7.º y 8.º del Decreto 083 de 1976 para derivar una responsabilidad solidaria para el contratante que no pertenece al sector de la construcción, como equívocamente lo concluyeron la demandada y el *a quo*, pues se reitera que esto no fue previsto por la ley.

En ese sentido, resulta irrelevante la verificación de los contratos que fue efectuada por el tribunal, para determinar si el contrato había sido o no pactado a todo costo, con precios unitarios fijos o no, pues este análisis solo hubiese procedido en el evento que el fundamento de los actos acusados hubiese sido que la demandante contrató bajo el sistema de administración delegada, lo que no corresponde al caso en cuestión, en tanto, la actuación se sustentó en un aspecto de puro derecho, derivado de la equívoca

⁴ Sentencia del 22 de julio de 2021, exp. 25301, CP: Julio Roberto Piza Rodríguez.

⁵ Sentencia del 18 de marzo de 2021 (exp. 24600, CP: Stella Jeannette Carvajal Basto) reiterada en la sentencia del 03 de julio de 2020 (exp. 23532, CP: Milton Chaves García).

interpretación del artículo 8.º del Decreto 083 de 1976 en el sentido de que la no demostración del pago la contribución por parte de los contratistas, responsabilizaba a la contratante.

Considerando que los anteriores razonamientos, resultan suficientes para acceder a la nulidad de los actos demandados, la Sala se relevará de estudiar los demás planteamientos de la impugnación. Prospera el cargo de apelación.

Finalmente se confirmará la decisión del tribunal de negar la devolución solicitada pues no esto no fue apelado, sin perjuicio de lo cual, la actora podría tramitar la respectiva devolución ante la Administración, mediante el procedimiento a que haya lugar, con base en la prueba del pago y esta providencia debidamente ejecutoriada.

En suma, se modificarán los ordinales primero y segundo del fallo apelado, en el sentido de declarar la nulidad plena y señalar como restablecimiento del derecho que la demandante no adeuda suma alguna por concepto de las contribuciones al FIC determinadas en los actos que serán anulados.

6- Por no estar probadas en el expediente, la Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, conforme a lo establecido en el artículo 365.8 del CGP.

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

FALLA

1. **Modificar** los ordinales primero y segundo de la sentencia apelada. En su lugar:

Primero. Declarar la nulidad de la Resolución nro. 2164, del 28 de marzo de 2017, a través de la cual el SENA determinó la contribución al Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción, FIC, a cargo de la Escuela Colombiana de Carreras Industriales, ECCI, por los años 2010 a 2014; y de la Resolución nro. 3272, del 26 del mayo de 2017, que confirmó el primer acto administrativo.

Segundo. A título de restablecimiento del derecho, declarar que la Escuela Colombiana de Carreras Industriales – ECCI no está obligada a pagar por concepto de contribución FIC de los años 2010 a 2014, el tributo determinado en los actos anulados en la presente decisión.

2. Sin condena en costas en esta instancia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese. Devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

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

(Firmado electrónicamente)

MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO
Presidente

(Firmado electrónicamente)

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

(Firmado electrónicamente)

MILTON CHAVES GARCÍA

(Firmado electrónicamente)

WILSON RAMOS GIRÓN