

**APORTES A LA
SEGURIDAD SOCIAL
Y SOLIDARIDAD DE
LOS EMPLEADORES
POR DICHAS
CONSIGNACIONES**

Humberto Jairo Jaramillo Vallejo
Abogado egresado de la Universidad Pontificia
Bolivariana, Profesor de Procesal Laboral U.P.B.

En el año 1.957, mediante el decreto de estado de sitio 118 de 1.957, se fundó en Colombia el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" y se impulsó a los empleadores la obligación como gravámen fiscal de aportar un porcentaje de los salarios para su establecimiento, y aunque antes por iniciativa de la Asociación Nacional de Industriales "ANDI" un grupo de empleadores habían creado en beneficio de los trabajadores a su servicio, el subsidio familiar, esta misma norma lo convirtió en una prestación social obligatoria fijando el total de aporte para el SENA y el subsidio familiar del 5% del salario el cual se repartía en un 4% para pago de subsidio familiar con un sentido obligatorio cuando no se pagaba directamente y el 1% para el SENA, esto luego se cambió mediante la Ley 58 de 1.963 en cuantía del 6% repartido en igual cuantía para el subsidio familiar, 1/2 por ciento para el SENA, igual cuantía para la Escuela Superior de Administración Pública y el 1% para las escuelas e institutos industriales que funcionaban en el país, años mas con la facultad constitucional de legislar en el año de 1.974 mediante el decreto de emergencia económica según el artículo 122 de la Constitución Nacional entró en vigencia el Decreto 2375 de ese año el cual reguló que para efectos de aportes al SENA se consideraba actividad de la construcción todas aquellas personas naturales o jurídicas dedicadas a contruir obras de ingeniería, vias, movimiento de tierras, casas, edificios, bien sean construidos por su cuenta o de un tercero, canalización, construcción de estructuras, alcantarillados, acueductos, riesgo, embalses, e instalaciones eléctricas y mecánicas; y la reparación de todas ellas con esto se empieza a perder la unidad del ordenamiento jurídico Colombiano ya que esta descripción o definición de actividad de construcción es diferente a la que consagra con igual sentido el Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 309. Esto muestra que uno es el fin de regulación del Derecho Sustantivo y otro el sentido fiscal (D.R. 83 de 1976 art. 7o.).

En lo referente al SENA, el legislador de emergencia económica consideró que la actividad de la construcción es de difícil programación y por ello los exoneró de contratar aprendices de acuerdo al régimen de la Ley 188 de 1.959 y el decreto 2838 de 1.960, por ello el decreto 2375 de 1.974 y su decreto reglamentario 83 de 1.976 a cambio de ello le impulsó la obligación fiscal de aportar un salario mínimo legal por cada 40 trabajadores que laboren a sus

órdenes en cada obra, aporte con destino específico cual es el sostenimiento del Fondo Nacional de Formación de la construcción (FIC) el cual es administrado por el SENA, en asesoría y en la formación de trabajadores del ramo, por la Cámara Colombiana de la Construcción. Aquí debo anotar que ésto sólo opera en las grandes ciudades ya que no llega a las denominadas intermedias ni a las pequeñas, ni se efectúan programas satélites en estas, de ahí la consecuencia negativa que continúa lo empírico en esas poblaciones y se aumenta el exhodo en las grandes ciudades en busca de trabajo en esta actividad.

Con los artículos 4o y 5o del decreto 2375 de 1.974 y el reglamentario 83 de 1.976, se consagró una presunción legal relativa a que toda persona dedicada a la actividad de la construcción según el estado del decreto y no el de la norma sustantiva, destinan un 25% de todos sus costos al pago de mano de obra ya sea de manera directa o por medio de contratistas y subcontratistas, los que más bien pudiéramos llamar simples o meros intermediarios ya que es total su ausencia en la calidad de autónomos e independientes en la actividad que contratan; por ello se le impuso la obligación de aportar cada año fiscal el 1/2 por ciento del valor de la obra que construye de manera directa o por medio de las personas antes citadas, obligándolo a demostrar el valor de la obra según el presupuesto presentado a las autoridades administrativas locales o la licitación pública en su caso; de esta obligación que no es que se exonere sino que se cambia por el aporte al SENA, consagrado inicialmente en la norma del decreto 118 de 1.957 que es regulado en su cuantía actualmente en la Ley 21 de 1.982, artículos 11 y 12 para el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", y otras entidades según los obligados al pago se da que si demuestra con las planillas de pago suyas, de sus contratistas y subcontratistas que los costos de mano de obra son inferiores al valor que se debe aportar con destino al SENA que es el medio por ciento de la obra aquí cumple pagando el 2% del valor de la nómina, caso en el cual entonces aporta este valor, el que realiza junto con el aporte de la Ley 21 de 1.982 y la Ley 89 de 1.988 que en total es un 9%, y con lo que se regula de manera integra el tema de aportes fiscales derivados del contrato de trabajo. En el tema específico de aportes al SENA por las personas dedicadas a la actividad de la construcción ya descritas según el decreto 2375 de 1.974, la opinión mía, contraria a lo que piensa el recaudador, SENA, es que lo relativo a la citada norma del aporte del medio por ciento del valor total de la obra se encuentra derogado

de manera tácita por la Ley 21 de 1.982 que en el artículo 93 consagró en ella derogaba las normas que le fueran contrarias y como la citada ley 21 de 1.982 reguló de manera íntegra el tema del subsidio familiar y aportes parafiscales, de estas dos obligaciones en dicha ley su artículo 7o indicó la obligación legal a todo empleador que ocupe uno o más trabajadores permanentes la obligación de efectuar los aportes para el subsidio familiar por medio de una Caja de Compensación al SENA y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, siendo recaudador la respectiva Caja de Compensación Familiar, quien lo reparte siguiendo el mandato de los artículos 11 y 15, así mismo en estos artículos se regula lo referente a los empleadores obligados a pagarlos y en ellos para nada excepciona, excluye o se le dá un tratamiento diferente a los empleadores dedicados a la actividad de la construcción, por ello, con un sentido lógico de interpretación de la ley y aplicando el principio general del derecho que donde el legislador no distingue, no le es dable al intérprete distinguir es que se aplica en su integridad lo mandado por la ley 21 de 1.982, la cual es una norma única, especial y posterior al mandato de aportes que tratan los artículos 4o y 5o del decreto 2375 de 1.974 y su ya citado decreto reglamentario en el artículo 8o. Es también de resaltar que la vigencia de las normas en el tiempo es temporal el ordenamiento jurídico es uno sólo y como tal debe ser interpretado y aplicado, la derogación de las normas no tiene que ser siempre expresa pues de acuerdo con los artículos 71 y 72 se da la derogatoria tácita de una norma, cuando ésta es incompatible e insubsistente con otra, como también cuando pugnan entre sí, esto lo consagran el artículo 3o de la Ley 153 de 1.987 que dice "estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores o por existir una nueva Ley que regula íntegramente la materia a que la disposición anterior se refería"; obsérvese con lo aquí expresado y con respecto al tema de obligaciones y aportes de los empleadores dedicados a la actividad de la construcción, de esto se resumen en que la obligación consagrada en el decreto 2375 de 1.974, art. 6o y su decreto reglamentario en el artículo 12 que trata la exoneración de contratar aprendices a cambio de aportar un salario mínimo por cada cuarenta (40) trabajadores es una obligación vigente, más no así la de los aportes del medio por ciento del valor de la obra que tratan los artículos 4o y 5o del citado decreto, ya que esta obligación fué derogada de manera tácita por la Ley 21 de 1.982, art. 7, 9, 10, 11, 12 y 14.

En el Gobierno del expresidente Carlos Lleras Restrepo se creó mediante la Ley 75 de 1.968 el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el cual tiene como finalidad fortalecer la familia y proteger al menor trabajador. En principio su sostenimiento era con el presupuesto nacional, pero mediante la ley 27 de 1.974 en el artículo 2o, se impuso a todo empleador la obligación de aportar el 2% de su nómina mensual de salarios para dicha institución legal y en la sabiduría del legislador mediante la Ley 89 de 1.988 se elevaron dichos aportes al 3%, donde como justificación legal se dijo que el aumento del aporte se dedicaría a dar continuidad y desarrollo a los hogares comunitarios de Bienestar Familiar mas vulnerables en el pais; esto es un engaño de la ley, pues creo que todos son igualmente vulnerables, dado que el problema de la niñez desamparada es grave, siendo muy poca la presencia del Estado y de gran esfuerzo la que hacen fundaciones privadas.

Con relación al aporte con destino al subsidio familiar, regulado por la ley 21 de 1.982, el cual es una prestación social no constitutiva de salario, solo embargable en favor de las personas a quienes se les debe alimentos que sean beneficiarias de dicha prestación y de las obligaciones de vivienda del trabajador en favor del Banco Central Hipotecario, el I.C.T. o las mismas Cajas de Compensación Familiar, prestación que se reconoce en dinero, en especie o en servicios que como ya dije fué iniciativa del sector privado en el año 1957, la cual tiene intervención del Estado mediante la Superintendencia del Subsidio Familiar (Ley 25 de 1.982), esta prestación se financia con el 4% de la nómina de los empleadores obligados constituida mediante la totalidad de los salarios según el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo con todas sus interpretaciones de doctrina y jurisprudenciales, más los pagos de descansos remunerados legales y todo pago pactado en contratos colectivos, esta prestación la recibe el trabajador que devengue hasta cuatro (4) salarios mínimos legales. Hasta ahora no existen mayores dificultades en la doctrina y jurisprudencia en su interpretación legal, salvo su contradicción de interpretación con la Ley 50 de 1.990 art. 15 que reformó el art. 128 del C.S.T. en cuanto a los pagos no constitutivos de salario por acuerdo de las partes y mandato legal (Art. 17 Ley 21 de 1.982 y decreto 3063 de 1.989 arts. 19 al 21), la cual también opino que derogó en parte el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 en cuanto "todo pago cualquiera sea su denominación" y la no consideración del auxilio de transporte como salario para dichos aportes, de acuerdo a la jurisprudencia del CONSEJO DE ESTADO - Sección Cuarta, de

fecha Abril 30 de 1993, Magistrado Doctor DELIO GOMEZ LEYVA.

Los aportes de la seguridad social en cabeza del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, es obligación de los patronos y trabajadores tomando para ello el salario devengado, sin ser inferior al mínimo legal, ni superior a \$1'680.539.00 mensual, lo cual varía cada cinco (5) años, en ésto, para asegurar el pago de los aportes el decreto 1650 de 1.977 en su art. 29 consagra como conductas sancionables la mora en el pago de los aportes, no cumplir el régimen de inscripciones, pagar por valor inferior o superior al real devengado y en el decreto 2665 de 1.988 el cual se dictó como reglamentario del antes citado y en desarrollo de los artículos 27 y 30 del mismo, que se refieren a la reglamentación y trámite de los aportes, se fijan diferentes sanciones pecuniarias que se imponen mediante resolución administrativa la que presta mérito ejecutivo e impone otras sanciones tales como el traslado al patrimonio del patrono de otorgar igual prestación que la que hubiese dado el I.S.S. si el patrono hubiese cumplido con la obligación de inscripción. Este es un decreto de múltiples sanciones el cual en mi concepto es ilegal por cuanto se excedió la facultad reglamentaria.

De todo lo antes anotado para los distintos aportes que se causan con base en el salario y ubicados en el tema de la solidaridad, la cual para efectos laborales siempre es legal, el Código Sustantivo del Trabajo regula ésta para la sustitución patronal, antiguo y nuevo patrono por las prestaciones sociales exigibles al día de la sustitución (art. 67 C.S.T.), en el decreto 2351 de 1.965, artículo 3o para los contratistas independientes y subcontratistas de estos, con el dueño de la actividad económica cuando ésta no es extraña con la suya o sea que es conexa. Dicha solidaridad comprende los salarios, prestaciones sociales e indemnización de Ley, el otro ámbito de dicha responsabilidad solidaria es con respecto al simple intermediario regulado en el artículo 35 del Código Laboral la cual es de éste con el dueño de la obra o verdadero patrono cuando no advierte al trabajador que vincula quien es el verdadero patrono, así es que cuando lo dice desaparece su solidaridad legal y el decreto 1650 de 1.977 en el artículo 26, donde regula la responsabilidad por el pago de los aportes, consagró la solidaridad del contratista y subcontratista con el dueño de la obra en el pago de dichas cotizaciones a la seguridad social.

En el tema de la responsabilidad solidaria se crearon tres nuevas solidaridades tomando para ello la facultad reglamentaria

del ejecutivo nacional consagrada por el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política de Colombia que dice: "Corresponde al Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de la leyes", esta es una facultad constitucional que permite al expedir dichos decretos particularizar y hacer mas viable la ley que se reglamenta, y así entrar a interpretarla, siendo ello una especie de colaboración indirecta en la labor de creación del derecho la cual le da oportunidad de ser autoridad que realiza y da eficacia a la tarea del legislador, pero es algo para dar una claridad de interpretación y aplicación, pero nunca con estas facultades constitucionales puede el ejecutivo crear, modificar, o imponer nuevas obligaciones o extinguir situaciones jurídicas ya definidas, por ello se debe limitar a la adopción de las medidas necesarias para hacer producir la plenitud de sus efectos a la ley que reglamenta, lo cual se ejerce de manera concreta, pero nunca en general a todo el ordenamiento jurídico.

La facultad reglamentaria envuelve y exige una interpretación previa de la Ley para poder evaluarla y así determinar su desarrollo y efectos, más un reglamento no puede nunca ampliar ni restringir el contenido lógico de la Ley, tampoco colocar como reglamento lo que se le olvidó al legislador en esa Ley, ni menos contrariar su sentido. La facultad reglamentaria del Presidente de la República, es un simple acto administrativo, nunca legislativo.

Con el anterior comentario referente a la facultad reglamentaria del Presidente, este dictó en temas laborales los decretos consagrando solidaridad en temas de orden laboral, en el pago de aportes legales los cuales en mi concepto son ilegales y por lo tanto inaplicables ya que excedió dicha potestad donde se crearon obligaciones solidarias no consagradas por la Ley que se dice reglamentar, ampliando de esta manera su contenido y ellas son: el decreto 2665 de 1.988 el cual dice que reglamenta el decreto 1650 de 1.977 y en el artículo 13 estipula "el contratista y el intermediario, son responsables solidariamente con la persona en cuyo beneficio o por cuenta de la cual desarrollan su labor, del pago de los aportes correspondientes a los trabajadores que emplee para ejecutarla sin perjuicio de la facultad de repetición". Es facil concluir que creó una obligación en la norma que reglamenta y además invirtió la solidaridad del art. 2351 de 1.965 artículo 3o antes analizado. Más adelante el mismo derecho en el artículo 17o consagra entre el antiguo y nuevo patrono una solidaridad por aportes al ISS en caso

de sustitución patronal. Aquí también consagra obligaciones nuevas y crea solemnidades no existentes en la sustitución patronal y la fusión de sociedades.

Posterior a estos dos decretos y con el título de asegurar el pago de los aportes a la seguridad social, sin decir cual ley sustantiva reglamenta, como ya se dijo, con esta facultad que no es abstracta a todo el ordenamiento jurídico, se dictó el decreto 562 de 1.990, el que entre otras obligaciones consagra la solidaridad entre contratistas, subcontratistas y beneficiarios de trabajos o dueños de obra en el cumplimiento de las prestaciones del subsidio familiar y demás prestaciones sociales a que tienen derecho los trabajadores, aquí también se creó una obligación no consagrada en la norma sustantiva ya que le concede facultades de dirimir el conflicto jurídico sobre el pago de estas a los funcionarios del Ministerio del trabajo, cuando dice que los trabajadores acreedores a dichas prestaciones pueden acudir ante estos para el reconocimiento y pago del subsidio familiar, lo cual es un total absurdo jurídico ya que estos solo son policías administrativos y no tienen facultades de dirimir juicios jurídicos de intereses en conflicto (art. 2 C.S.T. dec. 2351 de 1965 art. 41). En este mismo decreto él se refiere a los contratistas independientes del antes citado decreto y como no distingue, es para todos exista o no la relación de causalidad con el dueño o beneficiario de la obra; además modifica el Código de Procedimiento Civil en cuanto se relaciona con la conformación de litis-consorcios voluntarios en los procesos judiciales y da facultades no existentes en la ley de los funcionarios del Ministerio del Trabajo, los que como empleados públicos, las tienen fijadas en forma taxativa por los decretos 2351 de 1.965 artículo 41 y 1429 de 1.989.

Con relación al citado Decreto 562 de 1990, se dictó la sentencia de fecha Mayo 3 de 1993, por la Sección Segunda del CONSEJO DE ESTADO, con ponencia del Magistrado Doctora CLARA FORERO DE CASTRO, donde lo declaró ajustado al ordenamiento jurídico, en providencia que en su análisis concluye que dicha solidaridad solo se refiere a aporte para subsidio familiar, el cual constituye prestación social.

La conclusión al tema tratado es que en los últimos años en Colombia se abusa por parte de la rama ejecutiva del poder público de la facultad constitucional de dictar decretos reglamentarios, al igual que de las facultades temporales del Presidente de la República para legislar sobre temas específicos y del desarrollo de la Ley Marco de la Seguridad Social Ley 90/48 y D.L. 1650 de 1977 y de la facultad

constitucional del estado de sitio existiendo una verdadera dictadura legislativa y por ello el funcionario encargado de aplicar la ley frente a estos excesos de poder de la rama ejecutiva debe también en guarda de la Constitución Nacional como norma superior aplicar el artículo 215 de la Constitución Nacional que dice: "En todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia, las disposiciones constitucionales"; consagrada en la nueva constitución en su artículo 40. que dice "la constitución es norma de normas, en todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la Ley, se aplicarán las disposiciones constitucionales", esto para que no sean rebasadas en la aplicación de un sistema jurídico positivo con jerarquía de normas los derechos del gobernado y la estabilidad jurídica de la nación.