

**ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Providencia cuestionada incurre en defecto sustantivo / VULNERACION DE LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO Y DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Se otorgó carácter definitivo al acto de liquidación individual a pesar de ser un acto preparatorio dentro del proceso de fiscalización / PROCESO DE FISCALIZACION - Por contribuciones parafiscales adeudadas al SENA**

En relación con los actos de liquidación dentro del proceso de fiscalización por contribuciones parafiscales adeudadas al SENA la Sección Cuarta de esta Corporación –voz autorizada para ese tipo de asunto, por ser de su especialidad– ha proferido una serie de decisiones que resultan ser bastante ilustrativas de la connotación que, en este caso, tiene la liquidación individual de 21 de noviembre de 2011 para le empresa M.S. CONSTRUCCIONES S.A... En el citado pronunciamiento, resultan palmarias tres cosas, algunas de las cuales coinciden con lo dicho en líneas previas del presente proveído: (i) el Director Regional del SENA es quien determina la existencia de la obligación, (ii) para ello toma como base la liquidación individual, (iii) cuya elaboración está a cargo del departamento de Tesorería de la entidad. Ergo, es claro que tal liquidación individual, por ser un insumo del acto del cual surge la obligación –el emitido por el referido director– impuesta por el SENA, es de trámite... Esta última sentencia fue reiterada recientemente por la Sección Cuarta en fallo de 30 de julio de 2015... bajo este panorama, la Sala considera que, en el asunto de la referencia, el Tribunal Administrativo del Cesar vulneró el derecho fundamental al debido proceso de M.S. CONSTRUCCIONES S.A., habida cuenta que incurrió en un defecto sustantivo, al darle, en contravía de lo señalado por el artículo 43 del CPACA, el carácter de acto definitivo a la liquidación individual de 21 de noviembre de 2011, a pesar de tratarse de un acto preparatorio dentro del proceso de fiscalización adelantado en su contra por el SENA, el cual debía culminar con un acto administrativo posterior, expedido por la autoridad competente. Observa la Sala que dicha liquidación fue suscrita por un funcionario autorizado por el SENA, lo cual se aviene a lo explicado en precedencia, en torno al trámite que se surte al interior del proceso de fiscalización. A partir de ella, correspondía al Director Regional de la entidad determinar la existencia de una obligación en favor de la administración y con cargo a M.S. CONSTRUCCIONES S.A. No obstante, el 9 de febrero de 2012, antes de que ello ocurriera, la sociedad pagó... lo que le había sido liquidado por concepto de aportes correspondientes a la mano de obra... En ese orden de cosas, no es cierto que la empresa tutelante hubiera podido cuestionar la liquidación en vía contenciosa, como equivocadamente lo concluyó el Tribunal Administrativo del Cesar, pues contra ella ni siquiera tuvo la oportunidad de interponer los recursos en sede administrativa, por ser un acto de trámite cuestionable a través del definitivo que, se insiste, nunca se emitió. Por tal motivo, ésta bien podía solicitar al SENA la devolución de los dineros voluntariamente cancelados antes de la culminación del procedimiento administrativo y a propósito de tal liquidación, si es que consideraba que dicho pago carecía de sustento legal, cosa distinta es que le asistiera o no razón en su reclamo, ya que esto debía resolverlo la entidad pública, como en efecto lo hizo a través de los oficios de 20 de noviembre y 18 de diciembre de 2012, que ciertamente constituyeron los únicos actos administrativos que la sociedad tutelante podía demandar, dadas las particulares circunstancias del caso. De otro lado, aunque la Sala entiende que el hecho del pago pudo hacer inocua cualquier iniciativa de cobro por parte de la entidad pública en cuestión, brilla por su ausencia un pronunciamiento que formalmente pusiera fin al proceso de fiscalización. Entonces, mal podría endilgarse a la empresa tutelante una consecuencia adversa por su diligencia e iniciativa en el cumplimiento de sus

obligaciones parafiscales; así como tampoco podría privilegiarse a la administración por las falencias y vacíos del trámite mencionado. Una conclusión contraria –como la que se refleja en el fallo contencioso enjuiciado–, emerge transgresora del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia del contribuyente. De conformidad con lo explicado en precedencia, la Sala amparará los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la empresa accionante y dejará sin efectos la sentencia contenciosa de segunda instancia, para que el Tribunal enjuiciado dicte una nueva, atendiendo las razones consignadas en el presente fallo de tutela.

**NOTA DE RELATORIA:** la Sala Plena de esta Corporación admitió la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial cuando la misma vulnera derechos fundamentales, al respecto, consultar sentencia del 31 de julio de 2012, exp. 11001-03-15-000-2009-01328-01(AC), MP. María Elizabeth García González. Así mismo, la Sala Plena aceptó que la acción de tutela es procedente para cuestionar providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado, pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, tal mecanismo puede ser ejercido contra cualquier autoridad pública, sobre el particular ver sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014, exp. 11001-03-15-000-2012-02201-01(IJ), M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Sobre los requisitos generales de procedencia y las causales específicas de procedibilidad, consultar la sentencia C-590 de 2005 de la Corte Constitucional.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION QUINTA**

**Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ**

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01547-00(AC)**

**Actor: M.S. CONSTRUCCIONES S.A.**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR**

Procede la Sala a resolver la solicitud de amparo presentada por la entidad accionante contra el Tribunal Administrativo del Cesar, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política y los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1.1. La tutela**

La sociedad **M.S. CONSTRUCCIONES S.A.**, a través de apoderado<sup>1</sup>, promovió acción de tutela contra el **Tribunal Administrativo del Cesar**, invocando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerado por tal autoridad judicial al proferir la **sentencia de 5 de mayo de 2016**, que revocó la de primera instancia dictada dentro del trámite del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el número 20001-33-33-006-2013-00211 que adelantó contra el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA).

## 1.2. Hechos

El apoderado de la sociedad tutelante los narró, en síntesis, así:

1.2.1. El 21 de noviembre de 2011 **M.S. CONSTRUCCIONES S.A.** fue visitada por un funcionario del SENA, que, al revisar su contabilidad, encontró, luego de realizar la respectiva liquidación, que adeudaba a la última la suma de \$53.594.066 por concepto de contribuciones parafiscales dejadas de cancelar, correspondiente a las vigencias que van de 2007 a 2011, en razón de “los contratos de obra o mano de obra” no incluidos en la base gravable.

1.2.2. Con fundamento en tal liquidación, de buena fe y sin mediar acto administrativo que lo ordenara, la empresa pagó la referida suma.

1.2.3. El 3 de septiembre de 2012 solicitó al SENA la devolución de lo pagado y no debido, por considerarlo un enriquecimiento sin causa, toda vez que no estaba en la obligación de pagar las sumas liquidadas, toda vez que se calcularon con base en cifras ajenas a la nómina de empleados.

1.2.4. Mediante oficio de 20 de noviembre de 2012, confirmado con oficio de 18 de diciembre de 2012, la administración despachó negativamente la petición.

1.2.5. El 16 de abril de 2013, la empresa presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los dos actos administrativos inmediatamente mencionados, alegando que hubo un enriquecimiento sin justa causa por parte del SENA, pues la obligación pagada era inexistente. Esta fue radicada con el No. 20001-33-33-006-2013-00211.

1.2.6. El Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, en fallo de 24 de junio de 2015, accedió a las súplicas de la demanda contenciosa y ordenó el reintegro de las sumas canceladas al SENA, luego de concluir que la liquidación de las contribuciones parafiscales supuestamente adeudadas se efectuó sobre los contratos celebrados con contratistas independientes, y no sobre la nómina de empleados. También afirmó que la falta de impugnación de la liquidación de 21 de

---

<sup>1</sup> Debidamente facultado (fl. 62).

noviembre de 2011 no era óbice para reclamar “... la devolución de unos aportes cancelados sin tener la obligación legal de hacerlo...” (fl. 107 n.r.d)

1.2.7. El Tribunal Administrativo del Cesar, mediante sentencia de 5 de mayo de 2016, revocó la decisión de primera instancia, luego de considerar que la liquidación de 21 de noviembre de 2011 era el acto definitivo que decidió de fondo la situación de la sociedad y que, por tanto, era el que debía demandarse; pero como no fue controvertido, no había lugar proferirse un pronunciamiento de fondo frente a ella.

### 1.3. Fundamentos de la solicitud

El libelista considera que la sentencia de segunda instancia vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de su prohijada, por cuanto adolece de los siguientes yerros:

- **Defecto sustantivo**, porque no se aplicó debidamente el artículo 43 del CPACA que define los actos definitivos como aquellos que directa o indirectamente resuelven el fondo del asunto e imposibilitan continuar con la actuación, ya que la liquidación de 21 de noviembre de 2011 era preparatoria de la Resolución que debía imponer la obligación de pagar las contribuciones supuestamente adeudadas. Ello también descarta, a las voces del artículo 75 *ejusdem*, que contra ella procediera recurso alguno.
- **Desconocimiento del precedente**, toda vez que no fueron atendidas las sentencias de 15 de noviembre de 1999<sup>2</sup>, de 30 de abril de 1993<sup>3</sup>, 24 de febrero de 1994<sup>4</sup> y de 19 de abril de 2012<sup>5</sup>, todas del Consejo de Estado, que establecen que las contribuciones parafiscales se liquidan sobre la nómina y no sobre los contratistas.

### 1.4. Pretensiones

En la demanda de tutela se consignaron así:

*“PRIMERO: Solicito al señor Juez, de manera respetuosa, tutelar a favor de mi mandante M.S. CONSTRUCCIONES S.A. el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, debido proceso y aquellos otros que usted considere conculcados o amenazados por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR, al negar el derecho plenamente probado*

---

<sup>2</sup> C. P. Jaime Abella Zárate, sentencia 3122 (así la referenció el libelista).

<sup>3</sup> C. P. Consuelo Sarria Olcos, sentencia 4499 (así la referenció el libelista).

<sup>4</sup> C.P. Consuelo Sarrio Olcos, sentencia 5129 (así la referenció el libelista).

<sup>5</sup> C. P. William Giraldo Giraldo, sentencia 17585 (así lo referenció el libelista).

*SEGUNDO: Que como consecuencia de lo anterior se ordene revocar las segunda instancia [sic], para en su lugar adoptar una decisión que se ajuste a derecho.*

*TERCERO: Tutelar todos aquellos derechos que usted considere proteger” (fl. 20).*

## **1.5. Trámite de instancia**

En auto de 2 de junio de 2016, se admitió la tutela, se dispuso su notificación a los magistrados del Tribunal Administrativo del Cesar; así como su comunicación al Director del SENA y al Juez Sexto Administrativo Oral del Circuito de Valledupar. También se requirió en préstamo el expediente contencioso, se asignó el valor probatorio de ley a los documentos aportados y se reconoció personería al apoderado del tutelante.

## **1.6. Oposición a la demanda**

**1.6.1. El Tribunal Administrativo del Cesar**, a través de su presidente, pidió que se denegara la solicitud de amparo, luego de señalar que la decisión enjuiciada se ajustó a derecho. Para ello, reprodujo los motivos consignados en su parte considerativa.

**1.6.2. El Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA)**, por conducto de apoderado, calificó de improcedente la tutela, por cuanto la sociedad actora ejerció su derecho de defensa al interior del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. Adicionalmente, refirió que aquella pretende servirse de la administración judicial para revivir los términos que dejó fenecer para controvertir la liquidación de 21 de noviembre de 2011.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **2.1. Competencia**

Esta Sala es competente para conocer la tutela, de conformidad con lo establecido por el Decreto 2591 de 1991, por el numeral 2º del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015 y por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

### **2.2. Problema jurídico**

Corresponde a la Sala determinar, acorde con los fundamentos de la tutela, si el Tribunal Administrativo del Cesar, con la sentencia de 5 de mayo de 2016, incurrió en defecto sustantivo o desconocimiento del precedente que vulnerara los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la sociedad **M.S. CONSTRUCCIONES S.A.** al no acceder a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, por considerar que la liquidación de 21 de noviembre de 2011 era un acto definitivo y debía demandarse en su momento.

Con el propósito de resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: **(i)** criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** estudio sobre los requisitos de procedibilidad; y finalmente, de encontrarse superados, se analizará **(iii)** el fondo del reclamo.

En atención al antecedente jurisprudencial proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012<sup>6</sup>, mediante el cual **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales<sup>7</sup>, conforme al cual:

*“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.”<sup>8</sup> (subraya fuera de texto).*

La Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, conforme a él, es necesario estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los “..fijados hasta el momento jurisprudencialmente...”. En efecto:

<sup>6</sup> Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

<sup>7</sup> El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

Sabido es que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia<sup>9</sup> a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -procedencia sustantiva- y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto -procedencia adjetiva-.

En ese orden, primero se verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: *i)* que no se trate de tutela contra tutela; *ii)* inmediatez y *ii)* subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará **improcedente** el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

Por el contrario, cumplidos esos requisitos, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o **negación** del amparo impetrado, se requerirá: *i)* que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y *ii)* que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

2.4.1. No se trata de tutela contra sentencia de tutela. Es claro que se controvierte un fallo de nulidad y restablecimiento del derecho.

2.4.2. Se cumple con la inmediatez, dado que, según constancia secretarial del Tribunal (fl. 171 n.r.d) el fallo enjuiciado cobró ejecutoria el 17 de mayo de 2016, mientras que la tutela se instauró el 23 de mayo de 2016, lo que implica que entre uno y otro evento transcurrió un plazo razonable.

2.4.3. Hay subsidiariedad, toda vez que la sociedad actora no cuenta con otro medio de defensa judicial, distinto a la tutela, para conjurar la eventual

---

<sup>8</sup> Ídem.

<sup>9</sup> Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.

transgresión que la aludida decisión pueda irrogarle a sus derechos fundamentales, pues los recursos extraordinarios de revisión y unificación no tienen cabida en el *sub examine*.

2.4.4. Bajo esas consideraciones, la Sala se pronunciará de fondo respecto del reclamo deprecado, no sin antes insistir en el carácter excepcional de la acción de amparo, que tiene como fin garantizar la intangibilidad de la cosa juzgada, el respeto por la autonomía judicial<sup>10</sup>, la protección de los derechos obtenidos de buena fe por terceros, la seguridad jurídica y la confianza en los fallos judiciales<sup>11</sup>.

## 2.5. Caso concreto

La Sala no se pronunciará respecto del desconocimiento del precedente alegado, comoquiera que el libelista lo estructura en el derecho que le asiste a su representada a obtener el reembolso por el supuesto pago de lo no debido.

Ello, por cuanto el Tribunal censurado se relevó de examinar tal aspecto, en razón de que no encontró superada una cuestión adjetiva de la demanda, en tanto estimó que no se demandó el acto que definió la situación de la empresa actora.

Por tanto, este juez constitucional solo se ocupará de definir si en el fallo enjuiciado se configuró un defecto sustantivo por atribuirle a la liquidación de 21 de noviembre de 2011 la connotación de acto administrativo definitivo, pues de prosperar dicho cargo, será el Tribunal acusado quien resuelva si los actos administrativos demandados en vía contenciosa son o no acordes a derecho.

Sea lo primero advertir que en la sentencia de 5 de mayo de 2016, objeto del reparo constitucional, se precisó:

*“Mediante la liquidación No. 132 del 11 de noviembre de 2011 [sic] el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA– impuso a la constructora M.S. CONSTRUCCIONES S.A. la obligación de realizar el pago de los aportes parafiscales correspondientes a la mano de obra contratada por los períodos correspondientes al año 2007, 2008, 2009, 2010 y enero a agosto de 2011, decisión que **constituye un acto administrativo definitivo, por cuanto decide fondo** [sic] **sobre la obligación que le corresponde al contribuyente y en esa medida pone fin al procedimiento.***

*Ahora, no es admisible la argumentación del apoderado de la sociedad demandada cuando manifiesta que liquidación [sic] es un acto de trámite, pues no solamente está debidamente motivada, dado que se hace una relación detallada de los conceptos en los que de manera definitiva establecen los ítems a cancelar por parte del obligado, estipulando de forma específica la suma liquidada, sino que fue aceptada por el gerente, quien le imprimió su rúbrica, además como lo demuestra el mismo demandante, la suma de cincuenta y tres millones quinientos noventa y cuatro mil sesenta y seis pesos (\$53.594.066) que aparece en la referida liquidación de aportes,*

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

<sup>11</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-315 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

*fue cancelada por la sociedad M.S. CONSTRUCCIONES S.A., lo que implica que dicha liquidación fue aceptada por la misma, sin que en su momento se objetara. (folio 23). Es decir, que es claro que **la liquidación que reposa a folio 24, es un verdadero acto administrativo, que le puso fin a la situación administrativa relacionada con la obligación legal de pagar los aportes parafiscales al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.***

(...)

*Conforme a lo expuesto, una vez se ha dado lugar a la liquidación por la cual se impuso la obligación de los aportes parafiscales, M.S. CONSTRUCCIONES S.A. **se encontraba facultada para ejercer el derecho de contradicción directamente ante la jurisdicción**, dado que dentro de la misma decisión no se indicó la procedencia de recurso alguno, para lo cual contaba con cuatro (4) meses, término previsto en la norma para controvertir la decisión a través del medio de control de nulidad y restablecimiento.*

*No obstante, la parte actora acudió a la administración ejerciendo la reclamación de los aportes, por haberse realizado la liquidación a través del acta No. 123 del 21 de noviembre de 2011, en contravención de las normas que lo regulan, nueve (9) meses después de haber adoptado la decisión, cuando ya ha fenecido el término para acudir a la jurisdicción.*

*La Sala considera que la parte actora a través de los actos administrativos demandados [oficios de 20 de noviembre y 18 de diciembre de 2012] generó una contestación a una petición, con la que **pretende revivir los términos para el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho**, que en últimas tiene como trasfondo dejar sin efectos la liquidación de aportes parafiscales No. 132 del 21 de noviembre de 2011, la cual estima contraviene las normas previstas para realizar la liquidación de los aportes, al tener en cuenta los contratos de obra celebrados con los contratistas, pues al respecto se consigna en el escrito de petición lo siguiente:*

(...)

*La Corporación no comparte la decisión de primera instancia, por cuanto **la liquidación de parafiscales es un acto definitivo, dado que contiene la voluntad de la administración con capacidad de producir efectos jurídicos en lo que se refiere a las contribuciones que corresponden a la constructora**, quien al encontrar desfavorable la decisión debió demandarla ante esta jurisdicción dentro del término de los cuatro (4) meses previstos en la norma para el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.*

*Conforme a lo expuesto, la decisión contenida en los actos administrativos [oficios de 20 de noviembre y 18 de diciembre de 2012] no puede generar el análisis de fondo de **la decisión contenida en el acta de liquidación No. 132 del 11 de noviembre de 2011 [sic], a través de la cual se impuso la obligación al contribuyente**, por cuanto esta última se encuentra en firme” (negrillas propias) (fls. 161-164 n.r.d.).*

El libelista cuestiona la tesis del Tribunal, pues, en su criterio la liquidación practicada el 21 de noviembre de 2011 no podía ser demandada en vía

contenciosa al ser un acto de trámite dentro del proceso administrativo de fiscalización adelantado por el SENA, que debía concluir con un acto administrativo en el que se estableciera la existencia de una obligación basada en tal liquidación.

El artículo 43 del CPACA prescribe: “*Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación*”. En cambio, el acto de trámite es “... *de mero impulso de la actuación y no decide nada sobre el asunto debatido, pero instrumenta la decisión final o definitiva...*”<sup>12</sup>.

El Consejo de Estado, en sentencia de 2 de febrero de 2012<sup>13</sup>, explicó:

*“... únicamente las decisiones de la Administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos de trámite que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de modo tal que los actos de trámite o preparatorios distintos de los antes señalados se encuentran excluidos de dicho control...”*

En relación con los actos de liquidación dentro del proceso de fiscalización por contribuciones parafiscales adeudadas al SENA la Sección Cuarta de esta Corporación –voz autorizada para ese tipo de asunto, por ser de su especialidad– ha proferido una serie de decisiones que resultan ser bastante ilustrativas de la connotación que, en este caso, tiene la liquidación individual de 21 de noviembre de 2011 para le empresa **M.S. CONSTRUCCIONES S.A.**

Así, de la sentencia de 3 de abril de 2008 se extracta:

***“Con base en las liquidaciones en mención, el Director Regional del SENA del Quindío por Resolución 234 de 1999 determinó la obligación por aportes a cargo de la actora, para lo cual estaba plenamente facultado, con base en el artículo 25[a] de la Resolución 434 de 1998.***

*Lo anterior, porque dentro de las funciones de los Directores Regionales del SENA se encuentra la de liquidar a nivel regional los aportes adeudados por los diferentes empleadores públicos o privados y constituir así el título ejecutivo a cargo de los obligados.*

***En consecuencia, tanto el acto definitivo, como las liquidaciones individuales que le sirvieron de soporte fueron expedidos por quienes estaban debidamente facultados para ello.***

*En cuanto a la imposibilidad de impugnar las liquidaciones individuales, se aclara 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 actos (fls. 118 y 119).*

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, C. P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (E), exp. 11001-03-24-000-2012-00096-00(19673).

<sup>13</sup> Sección Segunda, Subsección “B”, C. P. Bertha Lucia Ramírez de Páez, exp. 23001-23-31-000-2011-00337-02(2085-11).

*Sin embargo, las liquidaciones fueron conocidas por la actora, como consta en el texto de las mismas, en las que aparece sello y firma de recibido.*

*De otra parte, no se afectó el derecho de defensa de la actora, pues, a través del recurso de reposición contra el acto que determinó los aportes a su cargo, pudo cuestionar las liquidaciones individuales que le sirvieron de soporte” (negrillas propias).*

Nótese que en aquella oportunidad se demandó el acto definitivo expedido por el Director Regional del Sena –quien es el competente para determinar la obligación adeudada– y la Corporación concluyó que a través de él era que se debían cuestionar las liquidaciones individuales, dado su carácter de acto de trámite.

En similar sentido, de la misma providencia se lee:

*“Por Resolución 434 de 1998 el Director General delegó algunas de sus funciones en distintos funcionarios de la entidad. En el artículo 25[a] ibídem delegó en los directores regionales y seccionales del SENA, la facultad de “ordenar las acciones que sean necesarias para obtener el pago de las sumas de capital e intereses adeudados por los empleadores públicos o privados, de acuerdo con las liquidaciones que individualmente hayan sido efectuadas por concepto de aportes a la entidad y contribuciones al Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción –FIC-administrado por el Sena, dictando las resoluciones correspondientes y resolviendo los recursos de la vía gubernativa”.*

*Así pues, al Director Regional le corresponde ordenar las acciones necesarias para obtener el pago de las deudas por aportes parafiscales, con base en las liquidaciones individuales. Esta facultad comprende desde la constitución del título o determinación de la obligación con base en las liquidaciones de aportes, hasta el cobro mismo de la obligación. Para cumplir dicha finalidad puede proferir los actos administrativos que sean necesarios y resolver los recursos.*

*Las liquidaciones individuales de los aportes que sirven de soporte a los actos de determinación de los mismos, son expedidas por la Tesorería de la entidad (fl.119). Tales liquidaciones, entonces, no son de competencia de los Directores Regionales, como erróneamente lo entiende la actora. Además, las liquidaciones sin número de 21 de julio de 1998 no fueron dictadas por el Director Regional del SENA en el Quindío, sino por la funcionaria de Tesorería autorizada por la entidad para ello”.*

En el citado pronunciamiento, resultan palmarias tres cosas, algunas de las cuales coinciden con lo dicho en líneas previas del presente proveído: (i) el Director Regional del SENA es quien determina la existencia de la obligación, (ii) para ello toma como base la liquidación individual, (iii) cuya elaboración está a cargo del departamento de Tesorería de la entidad. Ergo, es claro que tal liquidación individual, por ser un insumo del acto del cual surge la obligación –el emitido por el referido director– impuesta por el SENA, es de trámite.

Esta última sentencia fue reiterada recientemente por la Sección Cuarta en fallo de 30 de julio de 2015, en los siguientes términos:

***“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 actos<sup>14</sup> (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” (negrillas propias).*

Como puede verse, en esta oportunidad también hubo un acto definitivo precedido de la liquidación individual –y aunque no hace parte de la cita, también corresponde a un informe de visita realizada al contribuyente, tal y como ocurre en el *sub examine*– y la Sección Cuarta le dejó en claro al correspondiente actor que la forma de cuestionar tal liquidación era a través del recurso interpuesto contra el acto definitivo, lo cual, sin atisbo de duda, la connotó como acto de trámite, pues constituyó el sustento de este último.

Pues bien, bajo este panorama, la Sala considera que, en el asunto de la referencia, el Tribunal Administrativo del Cesar vulneró el derecho fundamental al debido proceso de **M.S. CONSTRUCCIONES S.A.**, habida cuenta que incurrió en un defecto sustantivo, al darle, en contravía de lo señalado por el artículo 43 del CPACA, el carácter de acto definitivo a la liquidación individual de 21 de noviembre de 2011, a pesar de tratarse de un acto preparatorio dentro del proceso de fiscalización adelantado en su contra por el SENA, el cual debía culminar con un acto administrativo posterior, expedido por la autoridad competente.

Observa la Sala que dicha liquidación fue suscrita por un “*funcionario autorizado por el SENA*”, lo cual se aviene a lo explicado en precedencia, en torno al trámite que se surte al interior del proceso de fiscalización.

A partir de ella, correspondía al Director Regional de la entidad determinar la existencia de una obligación en favor de la administración y con cargo a **M.S. CONSTRUCCIONES S.A.**

No obstante, el 9 de febrero de 2012, antes de que ello ocurriera, la sociedad pagó los \$ 53.594.066 (fl. 23 n.r.d.) que le habían sido liquidados por concepto de “*...aportes correspondientes a la mano de obra de Don Carmelo, Altos de Ziruma,*

---

<sup>14</sup> El siguiente texto es nota al pie de la sentencia que se transcribe: “*Se reitera el criterio expuesto por la Sala en sentencia del 3 de abril de 2008, exp. 15199 C.P. Héctor J. Romero Díaz*”.

*y Casa Blanca realizadas en la ciudad de Valledupar-Cesar correspondientes a los años 2007, 2008, 2009, 2010 y enero a agosto de 2011” (fl. 24 n.r.d.).*

Quiere decir ello que cuando canceló la referida suma no existía acto administrativo definitivo que sobre el particular le impusiera obligación alguna; y es claro que con posterioridad a este evento, dicho acto tampoco se produjo.

En ese orden de cosas, no es cierto que la empresa tutelante hubiera podido cuestionar la liquidación en vía contenciosa, como equivocadamente lo concluyó el Tribunal Administrativo del Cesar, pues contra ella ni siquiera tuvo la oportunidad de interponer los recursos en sede administrativa, por ser un acto de trámite cuestionable a través del definitivo que, se insiste, nunca se emitió.

Por tal motivo, ésta bien podía solicitar al SENA la devolución de los dineros voluntariamente cancelados antes de la culminación del procedimiento administrativo y a propósito de tal liquidación, si es que consideraba que dicho pago carecía de sustento legal, cosa distinta es que le asistiera o no razón en su reclamo, ya que esto debía resolverlo la entidad pública, como en efecto lo hizo a través de los oficios de 20 de noviembre y 18 de diciembre de 2012, que ciertamente constituyeron los únicos actos administrativos que la sociedad tutelante podía demandar, dadas las particular circunstancias del caso.

De otro lado, aunque la Sala entiende que el hecho del pago pudo hacer inocua cualquier iniciativa de cobro por parte de la entidad pública en cuestión, brilla por su ausencia un pronunciamiento que formalmente pusiera fin al proceso de fiscalización.

Entonces, mal podría endilgarse a la empresa tutelante una consecuencia adversa por su diligencia e iniciativa en el cumplimiento de sus obligaciones parafiscales; así como tampoco podría privilegiarse a la administración por las falencias y vacíos del trámite mencionado.

Una conclusión contraria –como la que se refleja en el fallo contencioso enjuiciado–, emerge transgresora del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia del contribuyente.

De conformidad con lo explicado en precedencia, la Sala amparará los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la empresa accionante y dejará sin efectos la sentencia contenciosa de segunda instancia, para que el Tribunal enjuiciado dicte una nueva, atendiendo las razones consignadas en el presente fallo de tutela.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**PRIMERO: AMPARAR** los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la empresa **M.S. CONSTRUCCIONES S.A.**

**SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS** la sentencia de 5 de mayo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar dentro del trámite del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el No. 20001-33-33-006-2013-00211, para que, dentro de los 30 días siguientes a la notificación del presente fallo de tutela, dicte una nueva, de conformidad con las razones expuestas.

**TERCERO:** Si no fuese impugnado este fallo, **ENVÍESE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión al día siguiente de la ejecutoria, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 31 del Decreto Ley 2591 de 1991.

**CUARTO:** Cópiese y notifíquese a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto Ley 2591 de 1991, publíquese y cúmplase.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ**  
**BERMÚDEZ**  
Presidenta

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

**ALBERTO YEPES BARREIRO**