CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil quince (2015).

Radicación: 76001-23-31-000-2008-00650 01 **[21448]**

Actor: **JARAMILLO MORA S.A.**[1] **(**NIT. 800.094.968-9)

Demandado: **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA**

Aportes parafiscales. 2000 a 2003

FALLO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia del 18 de mayo del 2011, proferida por el Tribunal Administrativo

[1] La empresa fue constituida como "CONSTRUCTORA JARAMILLO MORA Y ASOCIADOS LTDA", luego, por escritura pública Nº5496 del 16 de octubre de 2003, cambió su nombre por el de "**JARAMILLO MORA S.A.**", según el certificado de la Cámara de Comercio de Cali, que está en el folio 2 del cuaderno 1.

del Valle del Cauca, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. La parte resolutiva del fallo apelado dispuso:

> "**DECLARAR** la nulidad de las Resoluciones Nº431 del 25 de mayo de 2004 y Nº000486 del 16 de abril de 2008, proferidas por la Directora Regional del SENA Valle del Cauca".

ANTECEDENTES

La demandante liquidó y pagó los aportes al SENA correspondientes a los años 2000, 2001, 2002 y 2003.

Previa visita, el Director Regional del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA Regional Valle del Cauca, mediante la **Resolución Nº0431 del 25 de mayo de 2004**, liquidó y ordenó, a la actora, pagar la suma de $210.866.145, por concepto de los aportes de las vigencias 2000, 2001, 2002 y 2003[2].

Contra el acto anterior, la empresa interpuso el recurso de reposición que sustentó en que la resolución recurrida no contenía ninguna motivación que le permitiera deducir la razón por la que le exigían el pago de aportes;

[2] Fl. 5 c.1

además, sostuvo que, como empleador, cumplió oportunamente la obligación a su cargo por los periodos exigidos[3].

El funcionario confirmó el acto recurrido, mediante la **Resolución Nº000486 del 16 de abril del 2008**[4], en la que señaló que la obligación determinada está fundamentada en la liquidación 762004-41-34 que contiene el informe de la visita del 12 de marzo de 2004. Informe que fue firmado por la empresa, por el señor Helmer Ortiz, en el que consta que fue revisado el auxiliar de la cuenta 74.01 "*Contratos de construcción*" y que cruzada la información estableció que los pagos efectuados a los contratistas corresponden a actividades de mano de obra, sobre los que debía pagar aportes al SENA.

DEMANDA

La actora, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, formuló las siguientes pretensiones:

> "1. Se declaren nulos, los actos administrativos contenidos en las resoluciones 431 del 25 de mayo del 2004 y 000486 del 16 de abril del 2008, proferidos por la Directora Regional del SENA del Valle del

[3] Fl. 17 c.1
[4] Fl. 7 c.1

Cauca, notificados personalmente los días 6 de julio del 2004 y 30 de abril del 2008, respectivamente, por haber sido proferidos con FALSA MOTIVACIÓN E INFRACCIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN QUE DEBÍAN FUNDARSE, al incluir en la base para liquidar aportes patronales, sumas de dinero pagadas a terceros.

"2. Que a título de restablecimiento del derecho, se libere a mi poderdante del pago de los aportes irregularmente liquidados por la entidad demandada.

"3. Se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada".

Indicó como normas violadas las siguientes:

- Artículo 29 de la Constitución Política.
- Artículos 7, 9, 11, 12 y 17 de la Ley 21 de 1982
- Artículo 30 [lit. b) del num. 4] de la Ley 119 de 1994

Desarrolló el concepto de la violación, así:

La resolución 431 del 25 de mayo de 2004 indicó como fundamento jurídico los artículos 7, 11, 12 y 17 de la Ley 21 de 1982, normas que hacen

referencia a los aportes parafiscales a cargo de los empleadores, entre los que están los aportes al SENA, que se liquidan sobre la nómina mensual de salarios.

Esta Resolución 431 de 2004 alude a la liquidación 762004-4134, en la que el SENA relacionó el valor total de la nómina de empleados sobre el que la empresa liquidó y pagó los aportes oportunamente y las sumas correspondientes a "*contratos y subcontratos*" pagadas a terceros por diferentes servicios prestados, estas sumas las adicionó a la base para determinar los aportes que, según el SENA, la actora adeuda a esa entidad.

Al tomar "*sumas diferentes a las de la nómina*", el demandado amplió la base de cálculo sin autorización legal para ello. Y, como dicha liquidación sirvió de fundamento a los actos demandados, se configura la nulidad de las resoluciones acusadas, por falsa motivación.

Destacó que el SENA adicionó, en la mencionada liquidación, los valores, sin verificar si los terceros, beneficiarios de los pagos, estaban obligados a pagar aportes parafiscales y sin depurar los valores, solo los sumó a la base de cálculo del aporte parafiscal.

La Resolución 000486 del 16 de abril de 2008, al desatar el recurso gubernativo, modificó el fundamento jurídico del acto inicial, pues invocó los Decretos 083 de 1976, 2375 de 1974 y 083 de 1976, normas distintas de las que sirvieron de fundamento a la decisión recurrida; además, al señalar que "*se trataba de aportes que debían haber pagado los terceros*" adicionó a la base, valores sobre los cuales los terceros debían liquidar los aportes a su cargo, como lo prevén los decretos mencionados.

El artículo 8 del Decreto 083 de 1976 dispone que, solo en los casos de administración delegada, el dueño de la obra es el obligado a efectuar los aportes; en los demás casos, el obligado directo es el contratista y no el contratante como, de manera errada, lo entendió el demandado, pues el Decreto no establece solidaridad frente a la obligación.

La solidaridad debe estar prevista en la ley, sin que pueda ser presumida y si el SENA la presumió, debió adelantar el trámite pertinente para garantizar los derechos fundamentales al debido proceso, contradicción y de defensa, tanto del proveedor del servicio como de la demandante.

La liquidación y pago de aportes de las empresas del sector de la construcción está en cabeza de cada una de ellas, de manera separada y se

calcula sobre la nómina mensual, como lo establecen las Leyes 21 de 1982 y 119 de 1984.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El demandado contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en lo siguiente:

Para establecer las obligaciones con el SENA, los empleadores del sector de la construcción, sector al que pertenece la demandante, deben aplicar las siguientes normas: la Ley 21 de 1982, los Decretos 2375 de 1974, 083 de 1976, 1047 de 1983 y resoluciones internas del SENA.

Los Decretos 2375 de 1974 y 083 de 1976, "*especialmente el artículo 8*", disponen que el contratista principal asumirá las obligaciones de los subcontratistas, en caso de que ellos no lo hagan. Así, los actos se fundamentan en la ley y no en la solidaridad.

Los valores incluidos en la base de cuantificación de los aportes fueron pagados "*al personal de las obras que han tenido en esas vigencias*" y

tomados de los estados financieros y de los libros de contabilidad de la actora.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal anuló los actos administrativos demandados al encontrar configurada la causal de nulidad, por falta de motivación, del acto por el que modificó la liquidación de los aportes de los años 2000 a 2003.

Advirtió que si la Administración, luego de las visitas realizadas a la actora, estableció y constató la existencia de situaciones sujetas a normas especiales que obligaban al empleador a incluir en la base de cuantificación de los aportes otros factores, debió incluirlas en el acto definitivo y explicarlas y no limitarse, como lo hizo, a citar "*normas que no corresponden exactamente a la situación de la contribuyente y se remite, en forma escueta, al número que distingue las visitas oficiales realizadas sin otorgar el detalle del estudio efectuado y en qué sustentaba su decisión*".

Advirtió que la resolución que desató el recurso gubernativo si explicó las razones en que se funda la liquidación recurrida, pero que ello no subsanó la omisión en que incurrió, porque la liquidación era el acto en el que "*se*

imponía poner de presente, por parte del SENA, la relación existente entre los hechos y el derecho, aplicable a aquellos, omisión que afectó el derecho a la defensa".

Concluyó que "*la Administración estaba en la obligación de otorgarle al contribuyente, en el acto administrativo definitivo emitido, las razones de orden jurídico como contables tenidas en cuenta como resultado de las investigaciones adelantadas en las visitas que realizó en las oficinas de la empresa auditada, requisito que por la naturaleza de la decisión tomada, se impone expresamente, omisión que resalta en el procedimiento que la Administración adelantó*".

RECURSO DE APELACIÓN

El demandado apeló porque, a su juicio, los actos demandados se ajustan a las normas vigentes y fueron expedidos por el funcionario competente con el lleno de los requisitos legales. Solicitó que se revoque la sentencia apelada y, en su lugar, se denieguen las súplicas de la demanda.

Reiteró lo dicho al contestar la demanda, en cuanto a que la actora pertenece al sector de la construcción y que este sector liquida los aportes al SENA conforme con la Ley 21 de 1982, los Decretos 2375 de 1974, 083 de 1976, 1047 de 1983 y resoluciones internas del SENA.

Insistió en que los valores incluidos en la liquidación se ajustan a la normativa, fueron pagados "*al personal de las obras que han tenido en esas vigencias*" y tomados de los libros de contabilidad y de los estados financieros de la empresa.

De otra parte, expresó:

> "La motivación de la primera providencia, aunque no tan extensa como la que resolvió el recurso de reposición, si existe y la constituye la enumeración de las normas en que se sustenta, las obligaciones que tienen los empleadores con el SENA, la mención del acta de visita con firma del representante del empleador que verificó y al que se le explicó, cada una de las razones para hacer esa liquidación y llegar a esas cifras. Es decir, no se ha vulnerado el derecho de defensa y Jaramillo Mora S.A., sabía suficientemente porqué el SENA le fijaba esos montos como su obligación y en qué se fundamentaban, la motivación estaba y está latente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El **demandado** indicó que en la visita del 11 de marzo de 2004 inspeccionó los estados financieros y los libros de contabilidad, documentos que sirvieron para liquidar los aportes y son el soporte de los actos acusados, cuyo fundamento jurídico son los Decretos 2375 de 1974 y 083 de 1976 que indican como se deben pagar aportes por la mano de obra que emplearon en sus operaciones y transcribió los artículos 4º y 5º del Decreto 083 de 1976.

Sostuvo que la actuación no vulneró los derechos fundamentales de la actora, porque le informó "*que era responsable por el pago de los aportes parafiscales de las obras que ejecuta mediante la celebración de sub contratos*" y, que al resolver el recurso gubernativo es posible estructurar los argumentos jurídicos que "*completen, adicionen y le den mayor solidez a la decisión recurrida*".

Expresó que el acto inicial se sustentó en la Ley 21 de 1982 y que en la resolución que desató el recurso de reposición "*se citaron otras disposiciones jurídicas que no habían sido contempladas en el acto principal*", sin que ello afecte el derecho de defensa de la demandante. Indicó que no se desconoció el debido proceso, toda vez que la actora, desde la visita, "*tuvo conocimiento*

de los fundamentos que dan lugar al pago de los aportes, así como la oportunidad de controvertirlos en el recurso de reposición".

La **actora** y el **Ministerio Público** guardaron silencio en esta etapa procesal.

Cuestión previa

El expediente de la referencia fue inicialmente repartido y tramitado por la Sección Primera que, atendiendo la naturaleza de los actos y la distribución interna de los procesos por especialización, lo remitió a esta Sección por auto del 28 de agosto de 2014, decisión que fue puesta en conocimiento de las partes, mediante providencia del 30 de enero de 2015[5].

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el caso, se discute la legalidad de la Resolución Nº0431 del 25 de mayo de 2004, por la que la Dirección del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, Regional Valle del Cauca liquidó y ordenó a la actora pagar la suma

[5] Fl. 21 y 25 c.r.

de $210.866.145, por concepto de aportes causados por las vigencias 2000, 2001, 2002 y 2003 y de la Resolución Nº000486 del 16 de abril del 2008, que confirmó la anterior, al resolver el recurso de reposición.

En los términos del recurso de apelación, la Sala determina si el acto principal contiene una motivación y, de existir, si la motivación es suficiente para garantizar los derechos fundamentales a la defensa y el debido proceso.

Cabe señalar que el motivo es uno de los elementos que determinan la existencia de los actos administrativos, tiene relación con las razones fácticas y jurídicas que dieron origen a la decisión de la Administración, si se mencionan, de manera expresa, constituyen la motivación del acto.

Al respecto, en oportunidad anterior, la Sala precisó:

> "… cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada y que esa motivación conste, al menos en forma sumaria, en el texto del acto administrativo, se está condicionando la forma del acto administrativo, el modo de expedirse. Si la Administración desatiende esos mandatos

> normativos, incurre en el vicio de expedición irregular y, por ende, se configura la nulidad del acto administrativo[6].
>
> "En efecto, la expresión de los motivos por los cuales se profiere un acto administrativo de carácter particular y concreto es indispensable, pues es a partir de los mismos que el administrado puede controvertir aquellos aspectos de hecho y de derecho que considera no pueden ser el soporte de la decisión, pero cuando se prescinde de la motivación se impide que el particular afectado con la decisión pueda ejercitar cabalmente su derecho de defensa y contradicción"[7].

De lo anterior, se colige que tratándose de actos administrativos de contenido particular y concreto, el ordenamiento[8] exige que deben ser motivados "*al menos en forma sumaria*", exigencia que si falta da lugar a la nulidad del acto por expedición irregular. La Sala en oportunidad anterior precisó:

> De acuerdo con los artículos 35 y 59 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos, en general, deben estar motivados, aun sumariamente, en sus aspectos de hecho y de derecho; la motivación del acto administrativo, constituye, pues, un elemento estructural del mismo, cuya ausencia o insuficiencia, conforme al artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, conduce a su nulidad, no sólo por expedición irregular, sino por el

---

[6] Sentencia 16090 del 23 de junio de 2011, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.
[7] Ib. Nota 5
[8] C.C.A. art. 35.- Adopción de decisiones. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares (…)".

desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, dado que la motivación de los actos de la administración constituyen un mecanismo de protección del administrado frente a las prerrogativas del poder público derivadas de la obligatoriedad de sus manifestaciones de voluntad[9].

En consecuencia, la motivación, entendida como la exposición de motivos o razones en que se funda la voluntad de la administración, es el soporte fáctico y jurídico del sentido y alcance de la decisión de la autoridad y debe ser suficiente para que le permita a los administrados ejercer efectivamente los derechos de defensa y contradicción.

Teniendo en cuenta el marco jurisprudencial, la Sala revisará el acto principal con el fin de determinar si cumple con el requisito de la motivación.

El SENA liquidó y ordenó el pago de los aportes parafiscales a cargo de la demandante, mediante el acto que a continuación se transcribe:

Resolución Nº0431 del 25 de mayo de 2004

Por medio de la cual se fijan aportes a un empleador.

[9] Sentencia de 1º de abril de 1997, Exp. 8299, C.P. Consuelo Sarria Olcos, citada en el fallo del 14 de julio de 2005, Exp. 15072, C.P. Héctor J. Romero Díaz.

“El Director del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA Regional Valle del Cauca en uso de sus facultades legales y en especial de las delegadas por el Director General mediante Resolución 00770 de 2001 y

CONSIDERANDO:

“Que el empleador JARAMILLO MORA S.A.,

“NIT (…),

“Actividad económica CONSTRUCCIÓN

“Dirección (…) Cali,

“Teléfono (…).

“Está obligado a pagar aportes al SENA de conformidad con lo establecido en los artículos 7, 11, 12 y 17 de la Ley 21 de 1982 y de acuerdo con la obligación determinada en la (s) liquidación (es):

Número	Vigencia	Valor
762004-41-34	Ene a Dic /2000	44.096.771
762004-41-34	Ene a Dic /2001	42.348.574
762004-41-34	Ene a Dic /2002	58.394.182
762004-41-34	Ene a Dic /2003	66.026.618

“que le fue practicada, por la suma de $210.866.145 y que es (son) soporte de esta Resolución.

RESUELVE:

> "ARTÍCULO 1. Liquidar y ordenar a: Jaramillo Mora S.A. el pago de la suma de: DOSCIENTOS DIEZ MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO PESOS MCTE., por concepto de los aportes causados a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, por la(s) vigencia(s) de Ene a Dic / 2000, Ene a Dic / 2001, Ene a Dic / 2002, Ene a Dic / 2003.
>
> "ARTÍCULO 2: El pago deberá efectuarse al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA Regional Valle del Cauca, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la presente Resolución, en la Tesorería de esta Regional.
>
> "…"

Contra este acto, la demandante interpuso el recurso de reposición, en el que sostuvo que la resolución recurrida carece de motivación que le permita deducir "*de manera clara*" la razón de la decisión, con apoyo en lo siguiente:

- El encabezado del acto sugiere que, "a título de empleador", le cobran aportes sin saber de cuáles empleados y afirmó que, en su momento, pagó los aportes parafiscales y que aportó los paz y salvos correspondientes.

- Los artículos 7, 11, 12 y 17 de la Ley 21 de 1982 hacen referencia a la obligación de pagar aportes parafiscales y la empresa la cumplió periódicamente.
- El acto hace referencia a una “liquidación”, pero este acto no tenía anexo alguno.
- Dijo suponer que la resolución se refería a la visita del mes de marzo de 2004, en la que, empleados del SENA, revisaron algunos contratos de obra y, sin análisis de fondo, sin verificar si los contratistas estaban obligados a pagar aportes parafiscales, si utilizaron sus propios empleados o subcontrataron y si suministraron materiales o solo mano de obra, concluyeron que la empresa debía pagar aportes por trabajadores de los contratistas y se limitaron a adicionar a la base de cálculo los valores pagados.

El 16 de abril de 2008, el SENA expidió la Resolución Nº000486, por la que resolvió el recurso de reposición. En este acto, se refirió a la normativa constitucional y legal que regula los aportes parafiscales [arts. 150-12 y 179-3 C.P., D.118 de 1957, Ley 21 de 1982, Ley 119 de 1994, Ley 225 de 1995 y Decreto 111 de 1996] e indicó que la decisión recurrida se fundamenta en la liquidación 762004-41-34 que contiene el informe de la visita realizada el 12 de marzo de 2004, por el SENA, “*Informe de visita que fue revisado y firmado en ese entonces por el Dr. Helmer Ortiz, quien atendió la visita (…) por lo tanto la Empresa si conoció el informe al que alude y que sirvió de fundamento para proferir la Resolución*” (fl. 8).

Precisó que en ese informe consta que los documentos presentados por la empresa, en la visita, pusieron en evidencia que los pagos efectuados a los contratistas fueron por mano de obra.

Explicó que en la visita, los funcionarios encargados revisaron el Libro Auxiliar de la cuenta 74-01 *contratos de construcción,* el balance de comprobación de las vigencias 2000, 2001, 2002 y 2003 y el listado de contratistas. Que cruzada la información, el resultado mostró que la empresa debía aportes al SENA por las sumas indicadas en la resolución recurrida.

Sostuvo que la empresa tenía conocimiento de las razones por las que fue expedido el acto recurrido, toda vez que el informe de visita del 1º de marzo de 2004 fue firmado por Helmer Ortiz, persona que atendió la visita y quien también suscribió la liquidación 762004-41-34 a que hace referencia la Resolución 0431 del 25 de mayo de 2004, en la que se detallaron los factores con base en los cuales se liquidó el valor a pagar respecto de cada uno de los periodos discutidos.

Indicó que los artículos 4º, 5º y 6º del Decreto 2375 de 1974, reglamentado por el Decreto 083 de 1976, establecen la responsabilidad de pagar los

aportes al SENA y la contribución al FIC[10] al dueño de la obra cuando es por administración delegada y a los contratistas cuando es a precio unitario.

Luego, con apoyo en la sentencia del 14 de junio de 1996, expediente 7663, advirtió que la Ley 21 de 1982, reglamentada por el Decreto 1047 del 12 de abril de 1983, no derogó el Decreto 2375 de 1974, reglamentado por el Decreto 083 de 1976.

Del recuento anterior, la Sala advierte que, en oportunidad anterior, se resolvió asunto en el que se debatían supuestos de hecho y de derecho semejantes a los aquí discutidos[11], por lo que se resolverá haciendo un análisis similar al efectuado en ese proceso, pero con los elementos propios de este proceso.

En la actuación aquí acusada, en la resolución inicial el demandado indicó que la empresa estaba obligada a pagar aportes al SENA de conformidad con lo establecido en los artículos 7, 11, 12 y 17 de la Ley 21 de 1982 y con fundamento en dicha normativa exigió los aportes liquidados.

[10] Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción.
[11] Sentencia del 19 de abril de 2012, expediente 17585, C.P. William Giraldo Giraldo.

Al desatar el recurso de reposición no solo aplicó la Ley 21 de 1982 sino su Decreto Reglamentario 1047 de 1983 y el Decreto 2375 de 1974 y el Decreto 083 de 1976 que lo reglamentó y aclaró que estos últimos no fueron derogados por la Ley 21 de 1982.

Nótese que el motivo y el fundamento jurídico expuesto en la Resolución Nº0431 de 2004, sustentan el acto administrativo en el hecho de que la sociedad está obligada a pagar los aportes parafiscales en virtud de lo dispuesto en la Ley 21 de 1982, situación que igualmente fue prevista en el acto que resolvió el recurso gubernativo.

Advierte la Sala que si bien el demandado, al resolver el recurso de reposición, citó otras disposiciones jurídicas que no fueron contempladas en el acto recurrido, en ambas resoluciones se reitera que el fundamento legal que dio origen a la obligación determinada es la Ley 21 de 1982. Por tanto, el hecho de que se citen otras normas para fortalecer la decisión administrativa no afecta el derecho de defensa del contribuyente.

Igualmente, no se configura violación al debido proceso, pues, como se observa en los antecedentes administrativos, la empresa tuvo conocimiento de los fundamentos fácticos y jurídicos que dieron lugar a la liquidación de

los aportes, así como tuvo oportunidad de controvertirlos con ocasión del recurso de reposición del que se evidencia que, efectivamente, ejerció el derecho a la defensa en la oportunidad legal para oponerse al acto con argumentos de fondo, y el demandado, al resolver el recurso, decidió sobre las inconformidades planteadas. Al respecto, resalta la Sala que la falta de motivación, si bien fue planteada en sede administrativa, no constituyó un cargo de la demanda.

En cuanto a la obligación de pagar los aportes al SENA, la Ley 21 de 1982, en los artículos 7, 11, 12 y 17, fundamento jurídico de los actos acusados, prevé:

> "ARTÍCULO 7º. Están obligados a pagar el subsidio familiar y a efectuar aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje Sena (SENA):
>
> 1. La Nación, por intermedio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias.
>
> 2. Los Departamentos, Intendencias, Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios.
>
> 3. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de los órdenes nacional, departamental, intendencial, distrital y municipal.
>
> 4. **Los empleadores que ocupen uno o más trabajadores permanentes**."

"ARTÍCULO 11º. Los aportes hechos por la nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías las Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, tendrán la siguiente *destinación*: (…)".

"ARTÍCULO 12º. Los aportes hechos por los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de los órdenes nacional, departamental, intendencial, comisarial, distrital y municipal y **empleadores del sector privado**, tendrán la siguiente *destinación*:

1. El cuatro por ciento (4%) para proveer el pago de subsidio familiar.

2. **El dos por ciento (2%) para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA)**".

"ARTÍCULO 17º. **Para efectos de la liquidación de los aportes al** régimen del Subsidio Familiar, **Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA**, Escuela Superior de Administración Pública, (ESAP), Escuela Industrial e Institutos Técnicos, **se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de Ley y convencionales o contractuales**.

"Los pagos en moneda extranjera, deberán incluirse en la respectiva nómina, liquidados al tipo de cambio oficial y vigente el último día del mes al cual corresponde el pago".

Según la normativa transcrita, son sujetos obligados a pagar aportes al SENA, entre otros, los empleadores del sector privado que ocupen por lo menos uno o más trabajadores permanentes y, el aporte correspondiente es el equivalente al 2% de la respectiva nómina mensual.

Para este efecto, la ley define que la nómina mensual de salarios es la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la legislación laboral[12].

La Ley 21 de 1982 establece la obligación de pagar aportes al SENA, obligación que surge del vínculo laboral entre el empleador y el trabajador, y señala que la nómina mensual de salarios es la base de cuantificación de tales aportes. En este sentido, el pago que el dueño de una obra realice a quien la ejecuta podría, eventualmente, constituir base de aportes al SENA, en la medida en que dicho pago constituya "*salario*".

[12] Código Sustantivo del Trabajo. Art. 127 "**ELEMENTOS INTEGRANTES.** <Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones".

En el presente asunto, las partes demandante y demandada coinciden en que los aportes exigidos por el SENA, en los actos acusados, se derivan de los pagos efectuados a contratistas de la empresa.

Según el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo[13], los contratistas independientes son verdaderos patronos, no representantes ni intermediarios, de las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras, por un precio determinado.

Si bien la disposición establece responsabilidad solidaria del dueño de la obra con el contratista, es sólo por *los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores*, pero no en relación con los aportes parafiscales, entre éstos, los aportes al SENA.

[13] El **Código Sustantivo del Trabajo, art. 34 "CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.** <Artículo modificado por el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>/ 1o) **Son contratistas independientes** y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

La Administración sustenta la obligación exigida en la Ley 21 de 1982, pero esta normativa no consagra que el empleador sea responsable o deudor solidario por los aportes parafiscales que deban pagar sus contratistas independientes. Por el contrario, los aportes a que se refiere esta ley tienen origen en la relación laboral y la base de cuantificación la constituye el monto **de sus respectivas nóminas**, según lo prevén los artículos 9[14], 12 y 17.

Por otra parte, si bien la resolución que resolvió el recurso de reposición hizo referencia al Decreto 2375 de 1974 para referirse a las normas de la industria de la construcción, resulta improcedente dicho argumento adicional, dado que la regulación prevista en la Ley 21 de 1982 y el Decreto 2375 de 1974 está referida a contribuciones diferentes.

En efecto, como se indicó, la primera hace referencia a los aportes parafiscales que debe pagar el empleador sobre la nómina de salarios pagados a sus trabajadores, es decir, se deriva de la relación eminentemente laboral y, la segunda se origina en el hecho de pertenecer al sector de la industria de la construcción y se liquida sobre el 0.5% del valor de las obras que ejecuten directamente o mediante sus subcontratistas.

[14] L.21 de 1982, art. 9º. "Los empleadores señalados en los artículos 7º y 8º. De la presente ley, pagarán una suma equivalente al seis por ciento (6%) del monto de **sus respectivas nóminas**, que se distribuirán en la forma dispuesta en los artículos siguientes:"

Así las cosas, teniendo en cuenta que el acto de liquidación de aportes fue expedido con fundamento en la Ley 21 de 1982, específicamente, con cita de los artículos 7,11, 12 y 17, normativa que establece el porcentaje del aporte correspondiente al SENA (2%) y cómo se liquida el mismo, es claro que, en los términos de los actos aquí demandados, a la actora no le asistía obligación derivada de los subcontratistas de la empresa.

Por lo anterior, no se dará prosperidad al recurso de apelación y, en consecuencia, se confirmará la sentencia apelada en cuanto anuló las resoluciones demandadas, pero por las razones expuestas en esta providencia.

Sin embargo, la Sala adicionará la parte resolutiva de la sentencia del Tribunal, toda vez que no se pronunció respecto del restablecimiento del derecho, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos demandados. Por lo tanto, se declarará que la demandante no está obligada al pago de suma alguna por concepto de aportes a favor del SENA por las vigencias 2000, 2001, 2002 y 2003.

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

F A L L A :

1. **CONFÍRMASE** el numeral 1º de la sentencia del 18 de mayo de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, pero por las razones expuestas en la parte motiva.

2. **ADICIÓNASE** un numeral a la sentencia apelada, el cual quedará así:

   «2. A título de restablecimiento del derecho, **DECLÁRASE** que la sociedad JARAMILLO MORA S.A., no está obligada al pago de suma alguna por concepto de aportes a favor del SENA por las vigencias 2000, 2001, 2002 y 2003».

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

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA	HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
Presidenta de la Sección	Ausente con permiso
CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ	JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ