



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

CONSEJERA PONENTE: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Bogotá D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 25000-23-37-000-2015-00522-01 (23200)
Demandante: COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)

Temas: Aportes parafiscales. Base de liquidación. Docentes hora cátedra.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 9 de febrero de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección “B”, que dispuso¹:

«**PRIMERO:** DECLARAR la nulidad parcial de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. 006138 del 12 de diciembre de 2013, por medio de la cual se ordena el pago de una obligación dineraria a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA por incumplimiento en el pago de aportes parafiscales, y 03336 del 10 de junio de 2014, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto de liquidación.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, realizar una nueva liquidación de los aportes parafiscales correspondientes a los años 2009, 2010, 2011, 2012 y enero a abril de 2013, a cuyo efecto deberá excluir de la base de liquidación de los pagos realizados por la demandante a título de honorarios “hora cátedra” y, como consecuencia de ello, deberá devolver la diferencia entre el valor que resulte de la nueva liquidación y el monto pagado por la actora mediante consignación del 04 de julio de 2014 realizada en el Banco Corpbanca, junto con los intereses corrientes que deberán liquidarse de conformidad con lo previsto en los artículos 863 y 864 del Estatuto Tributario.

TERCERO: De conformidad con el memorial allegado el 20 de enero de 2017 por la apoderada del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, se **ACEPTA** la renuncia presentada por la doctora Nubia González Cerón [...]

CUARTO: Por no configurarse no se condena en costas.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, liquidense los gastos del proceso y archívese el expediente».

¹ Fls. 218 y 219

ANTECEDENTES

El 31 de octubre de 2013, el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA – Regional Distrito Capital, expidió la Liquidación de Aportes Parafiscales 103-023, mediante la cual estableció una obligación a cargo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, por aportes parafiscales derivados de los pagos realizados por concepto de «hora cátedra» causados durante los periodos de septiembre a diciembre de 2008, enero a diciembre de 2009 a 2012 y de enero a abril de 2013, en cuantía de \$1.216.366.489².

El 12 de diciembre de 2013, el SENA profirió la Resolución 006138, en la que determinó oficialmente la obligación liquidada en el anterior acto y ordenó su pago, por valor de \$606.642.192, conforme con lo establecido por la Ley 21 de 1982³.

Contra ese acto administrativo la demandante interpuso recurso de reposición⁴, el cual fue decidido mediante Resolución 03336 del 10 de junio de 2014, expedida por la Dirección Regional Distrito Capital del SENA, en el sentido de modificar el acto recurrido, para en su lugar, ordenar a la contribuyente el pago de \$554.633.838, por las vigencias 2009 a 2013, pues reconoció que el periodo 2008 prescribió⁵.

DEMANDA

EL COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, formuló las siguientes pretensiones:

² Fl. 35

³ Fls. 49 y 50

⁴ Fls. 53 a 70

⁵ Fls. 55 a 63

«1. Se declare la nulidad de la Resolución No. 006138 del 12 de diciembre de 2013 proferida por el Director de la Regional Distrito Capital del SENA “por medio de la cual se ordena el pago de una obligación dineraria a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA por incumplimiento en el pago de aportes parafiscales”, así como la nulidad de la Resolución No. 03336 del 10 de junio de 2014 proferida por el mismo servidor público, “por la cual se resuelve un recurso”, con la que se agotó la vía gubernativa, las cuales se encuentran ejecutoriadas.

2. Como consecuencia de la anterior declaración, se restablezca el derecho del demandante y en tal virtud se deje sin efecto la sanción que le fue impuesta y se ordene la devolución a su favor por la suma pagada por valor de \$1.173.418.578, con actualización de su valor a partir de la fecha en que fue realizado el pago y sobre la que se deberán reconocer intereses comerciales a la tasa máxima autorizada hasta la fecha en que se realice la devolución por parte de la demandada.

3. Como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones, se condene en costas a la entidad demandada.

4. Se ordene al SENA dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011».

La demandante invocó como normas violadas las siguientes:

- Artículo 29 de la Constitución Política.
- Artículos 3, 91, 40, 67 y 80 de la Ley 1437 de 2011.
- Artículo 17 de la Ley 21 de 1982.
- Artículo 2 de la Ley 712 de 2001.

Para desarrollar el concepto de la violación propuso los siguientes cargos:

Manifestó que la entidad demandada desconoció el debido proceso, al expedir los actos administrativos acusados sin tener en cuenta el principio de «cosa juzgada administrativa», en tanto la autoridad adelantó dos procesos

de fiscalización sobre los mismos hechos. A su vez, indicó que se determinó la obligación a su cargo sin la práctica de todas las pruebas decretadas, por lo que no pudieron ser controvertidas.

En el mismo sentido destacó que el SENA no se pronunció respecto de todos los argumentos planteados en el recurso de reposición, y que la notificación de la Resolución 03336 del 10 de junio de 2014 que lo resolvió, se realizó de manera irregular, en tanto se adelantó conforme con lo establecido por los artículos 44 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, que para esa fecha estaba derogado por el CPACA.

Sustentó la inexistencia de la obligación de efectuar el pago de aportes parafiscales por los periodos discutidos en los términos señalados por el SENA, pues conforme con lo dispuesto por la Ley 21 de 1982, están obligados a pagar dicho aporte, quienes empleen uno o más trabajadores permanentes y se calcula sobre su nómina mensual de salarios, normativa que no establece ningún tipo de responsabilidad en cabeza del empleador respecto de los honorarios pagados a los conferencistas de los programas de posgrado de la universidad, en virtud de contratos de prestación de servicios.

Adujo que la entidad demandada no tenía competencia para incluir dentro de la base de liquidación de los aportes parafiscales, los pagos por concepto de «hora cátedra» que devienen de los contratos de prestación de servicios celebrados por la universidad con los «conferencistas» de posgrados, al considerar esa relación laboral como un contrato de trabajo, pues esa atribución está otorgada a los jueces de la jurisdicción laboral.

Destacó que para cubrir de manera temporal actividades académicas con modalidades especiales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional le ha permitido a las instituciones de educación superior vincular por contratos de prestación de servicios a conferencistas o panelistas, sin que ello suponga una relación de subordinación o dependencia con la empleadora.

Afirmó que los docentes vinculados por contrato de prestación de servicios, prestan sus servicios en forma ocasional, para una actividad especializada, de corto plazo y sin relación de subordinación, condiciones distintas a las de los profesores que cuentan con contrato de trabajo para los demás programas en otros niveles de formación.

Indicó que no es suficiente para distinguir un contrato de prestación de servicios de un contrato de trabajo, el solo hecho de que el rubro en el que se registran los pagos a los conferencistas se denominara «*honorarios hora cátedra*», sin tener en cuenta que ese concepto se encuentra calificado como honorarios, que corresponde a la verdadera noción de la retribución por un servicio independiente.

Por lo anterior consideró que no es procedente imponer la obligación de liquidar los aportes parafiscales a favor del SENA, teniendo en cuenta el monto de los honorarios pagados, como si se tratara de salarios incluidos en la nómina.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-** se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los argumentos que se exponen a continuación⁶:

Indicó que no se vulneró el debido proceso, pues en el trámite administrativo los únicos actos que crearon una situación jurídica particular y concreta para la actora fueron las resoluciones que ahora se demandan, por lo que las demás decisiones dieron impulso al trámite de fiscalización y sirvieron como fundamento, pero no establecieron obligaciones diferentes, de modo que no se configuró la «cosa juzgada administrativa».

⁶ Fls. 114 a 132

Adujo que no se desconoció el derecho de la actora a controvertir las pruebas, por cuanto los actos administrativos acusados se sustentaron precisamente en los documentos aportados por esta, por lo cual, como no se trató de medios probatorios allegados por la contraparte o decretados de oficio, no es válido invocar ese cargo de nulidad. A su vez, destacó que el SENA resolvió todos los puntos planteados en el recurso de reposición, y que si bien para efectos de la notificación en la Resolución 03336 de 2014, se citaron las normas del C.C.A., lo relevante es que la misma se surtió en debida forma y cumplió su finalidad, en la medida en que la contribuyente conoció la decisión y contra ella instauró la respectiva demanda.

Señaló que para efectos de la liquidación de los aportes parafiscales con destino al SENA se debe tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, que dispone que la nómina mensual está constituida por 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.

Adujo que para efectos de la liquidación oficial, se tuvo en cuenta que los pagos efectuados por la demandante a los docentes, cumplen con las condiciones de los conceptos de salario y contrato de trabajo definidos por la ley (Código Sustantivo del Trabajo), la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en cuanto a que estos prestan servicios con subordinación o dependencia, corresponden a una contraprestación por la labor encomendada, son habituales, constituyen un ingreso personal del trabajador y la actividad la realiza el empleado directamente.

Indicó que para el desarrollo de su objeto social, la Universidad del Rosario requiere de una planta completa de docentes hora cátedra, profesores de tiempo completo y conferencistas, a quienes les debe pagar por los servicios prestados, erogación que debe registrarse en la nómina mensual que, a su vez, sirve de base para liquidar el aporte discutido.

Destacó según las pruebas que soportan los actos acusados, los pagos realizados por la actora corresponden a los docentes de todo tipo que

contrató en los periodos en discusión, sin distinguir si se trataba de hora cátedra, tiempo completo o conferencistas.

AUDIENCIA INICIAL

El 13 de abril de 2016, el Tribunal llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011⁷. En dicha diligencia se precisó que no se presentaron irregularidades procesales, nulidades y no se propusieron excepciones previas ni se solicitaron medidas cautelares, por lo cual, al encontrarse saneado el proceso, se decretaron las pruebas pertinentes y se dio traslado a las partes para alegar de conclusión. El litigio se concretó en establecer la legalidad de los actos administrativos acusados.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección “B”, en sentencia del 9 de febrero de 2017, declaró la nulidad parcial de los actos administrativos demandados. No condenó en costas en esa instancia, con fundamento en lo siguiente⁸:

El *a quo* señaló que no había lugar al estudio de fondo del cargo denominado «*cosa juzgada administrativa*», en razón a que este se formuló contra actos administrativos que no fueron objeto de la presente demanda.

Afirmó que no se vulneró el debido proceso, pues las decisiones de la administración se basaron en las mismas pruebas aportadas por la actora, por lo que no le era dable a ella misma controvertir sus propios documentos, además del hecho de que participó en todo el proceso administrativo respondiendo los requerimientos e interponiendo recursos. A su vez, precisó que si bien en la resolución que resolvió el recurso de reposición se ordenó notificar en los términos del artículo 44 del C.C.A., lo cierto es que su

⁷ Fls. 146 a 152

⁸ Fls. 189 a 219

práctica se surtió conforme con las reglas dispuestas por el CPACA, y la actora fue notificada personalmente.

En cuanto al fondo del asunto, indicó que la obligatoriedad del pago de los aportes a que hace referencia el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, se predica respecto de aquellos contratos de índole laboral, por lo que se liquidará sobre lo que se entiende como salario según las normas del Código Sustantivo del Trabajo.

Destacó que los honorarios corresponden a pagos realizados por la demandante en virtud de contratos de prestación de servicios, motivo por el cual no pueden catalogarse como salarios por la ausencia de subordinación respecto del empleador, y tales vinculaciones bajo esa modalidad no han sido desvirtuadas por la jurisdicción ordinaria laboral, de manera que corresponde aceptar su exclusión de la nómina y de la base para liquidar los aportes parafiscales en los términos señalados por la Ley 21 de 1982.

Aclaró que en razón a que la administración incluyó, además de los honorarios discutidos por «hora cátedra», otras erogaciones como base de la liquidación de aportes, que no fueron objeto de controversia, declaró la nulidad parcial de los actos cuestionados.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandada**, inconforme con la decisión de primera instancia, interpuso recurso de apelación, con fundamento en lo siguiente⁹:

Alegó que desdibuja las facultades de administración y fiscalización que ostenta el SENA respecto de los aportes parafiscales, el hecho de que tuviera que acudir previamente a la justicia ordinaria para establecer si el

⁹ FIs. 227 a 232

cobro del tributo se efectuó sobre contratos de trabajo o de prestación de servicios.

Indicó que el Tribunal no tuvo en cuenta los pagos realizados por la universidad relativos a la «hora cátedra», que en virtud del material probatorio se pudo verificar que se trataba de contraprestaciones por contratos de trabajo, que no habían sido integrados por la universidad a la base de aportes parafiscales de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 21 de 1982.

Reiteró que en el caso se identificó que los pagos exigidos por el SENA se dieron como consecuencia de una relación laboral entre la contribuyente y sus empleados, independiente de su denominación de profesor o conferencista, pues hay subordinación o dependencia por parte del empleado, en cuanto al modo de realizar al labor contratada en el horario establecido para dictar la cátedra; el servicio se presta de manera personal y; se pactó previamente una remuneración por ese servicio, todo lo cual constituye los elementos del salario.

Adujo que los profesores, bien sea permanentes o vinculados por hora cátedra, tienen con las instituciones de educación superior una relación de subordinación, en la medida en que los servicios que prestan están ligados al cumplimiento del objeto social, que implica el acatamiento de obligaciones predeterminadas por la entidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **demandante** solicitó que se confirmara el fallo recurrido, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Agregó que para modificar la naturaleza jurídica de los contratos de prestación de servicios suscritos por la universidad, correspondía al SENA acudir previamente al juez ordinario laboral, de lo contrario, los honorarios que se pagan deben continuar

excluidos de la nómina como pagos salariales y, en consecuencia, de la base para liquidar el aporte parafiscal.

La **demandada** solicitó que se revocara la sentencia apelada. Al efecto señaló que, en aplicación de lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-517 de 1999, y las pruebas recolectadas en el trámite de fiscalización, se determinó que el aporte parafiscal en cabeza de la demandante se dio al verificar la ocupación permanente de los docentes bajo la modalidad de hora cátedra o de contratación que llevaban a inferir una vinculación permanente a la institución y los pagos se consideran salario.

El **Ministerio Público** solicitó que se confirmara la sentencia apelada¹⁰, pues consideró que, si bien en virtud de la facultad fiscalizadora, el SENA puede determinar la realidad sustancial de los contratos, en lo que tiene que ver con los aportes parafiscales, también es su deber fundamentar probatoriamente la relación laboral entre la demandante y los docentes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala decide sobre la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- Regional Distrito Capital, ordenó el pago de aportes parafiscales, derivados de los pagos realizados por concepto de «hora cátedra» causados durante los periodos de enero a diciembre de 2009 a 2012 y de enero a abril de 2013.

En los términos del recurso de apelación, corresponde a la Sala determinar si los pagos que efectuó la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, como institución de educación superior, a los docentes de hora cátedra, integran la base para calcular los aportes parafiscales a favor del SENA, en virtud de lo dispuesto por la Ley 21 de 1982.

¹⁰ Fls. 276 a 280

Conforme con lo dispuesto por el artículo 30 de la Ley 119 de 1994, el aporte que deben hacer al Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- los empleadores particulares, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, será del 2% sobre los pagos que efectúen como retribución por concepto de salarios, es decir, sobre el valor total de la respectiva nómina, de acuerdo con la definición que al respecto señala el artículo 17 de la Ley 21 de 1982¹¹.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 17 ib., para efectos de la liquidación de aportes parafiscales, se entiende por nómina mensual la totalidad de los pagos efectuados por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales. Norma que a su vez remite a la ley laboral para efectos del concepto de salario.

En ese orden, la determinación de la base de los aportes viene dada en los términos establecidos en la normativa laboral, es decir, que la calificación de los emolumentos asumidos por el empleador a favor de su personal parte de la noción de salario contenida en los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo (CST).

Así, los artículos 127 y 128 ib. prevén los elementos que constituyen salario y la definición del mismo, y discriminan aquellos que no son catalogados como tal, en los siguientes términos:

«ARTICULO 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

¹¹ «ARTICULO 17. Para efectos de la liquidación de los aportes al régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje, **SENA**, Escuela Superior de Administración Pública, (ESAP), Escuela Industrial e Institutos Técnicos, se entiende **por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de Ley y convencionales o contractuales.**

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

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.

ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> *No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».*

En ese entendido, y como lo ha definido la Sala en anterior oportunidad, «*la legislación laboral define como salario todos los pagos recibidos por el trabajador como contraprestación directa del servicio, cualquiera que sea la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, horas extras, porcentajes de ventas y comisiones, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, entre otros. Por el contrario, los pagos recibidos ocasionalmente por el trabajador y por mera liberalidad del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, no constituyen salario y, en esa medida, no están llamados a integrar la base de liquidación de los aportes parafiscales que se discuten*»¹².

En el caso, la parte demandante sostiene que la jurisprudencia de la Corte Constitucional le ha permitido a las instituciones de educación superior vincular por contratos de prestación de servicios a conferencistas o panelistas, sin que ello suponga una relación de subordinación o dependencia con la empleadora. En efecto, manifiesta que los docentes vinculados por contrato de prestación de servicios, prestan sus servicios en

¹² Sentencia del 21 de junio de 2018, Rad. 2010-01720-01 (21833), C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez.

forma ocasional, para una actividad especializada, de corto plazo y sin relación de subordinación, condiciones distintas a la de los profesores que cuentan con contrato de trabajo para los demás programas en otros niveles de formación, por lo que no pueden ser incluidos en la nómina de salarios y por lo tanto de la base para liquidar el aporte exigido.

Por su parte, la demandada aduce que, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, la nómina mensual de salarios sobre la que se liquidan los aportes en discusión está integrada por la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario, en los términos de la ley laboral y añade que, comoquiera que la Corte Constitucional precisó que los pagos recibidos por los profesores de cátedra son de naturaleza salarial, estos forman parte de la base de liquidación de los aportes parafiscales.

Pues bien, en relación con esta discusión, la Corte Constitucional, en sentencias C-006 de 1996 y C- 517 de 1999, se pronunció sobre la autorización a las instituciones privadas de educación superior, para vincular a los profesores por horas cátedra, a través de contratos de prestación de servicios. Al respecto señaló:

« [...] Reiteración de jurisprudencia. Las instituciones de educación superior no pueden vincular profesores hora cátedra a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

Debe anotar la Corte que el cargo formulado contra la norma acusada fue previamente analizado por la Corporación en la Sentencia C-006 de 1996 (M.P., doctor Fabio Morón Díaz), en la que se declaró la inexecutable parcial del artículo 73 de la propia Ley 30 de 1992, precisamente, en aquellos apartes que preveían la misma modalidad de contratación para los profesores hora cátedra vinculados a las universidades estatales.

En el fallo enunciado, la Corte, luego de referirse al principio de la autonomía universitaria (C.P. art. 69), cuyo objetivo no es otro que otorgar a las instituciones de educación superior las condiciones necesarias para facilitar el libre ejercicio de la enseñanza y la investigación sin interferencias del poder público, dejó claro que el mismo no es absoluto y que debe desarrollarse en armonía con los principios constitucionales de equidad, justicia, igualdad de oportunidades, reconocimiento de las diferencias y respeto a la dignidad de quienes intervienen en el proceso educativo.

[...] ya en el plano de la relación docente-institución, la Corte señaló que las distintas modalidades de vinculación del personal de profesores –por tiempo completo o medio tiempo, ocasionales y hora cátedra- obedecen a las necesidades y expectativas -algunas permanentes y otras circunstanciales- que tienen las instituciones para cumplir con sus objetivos académicos.

En ningún caso, esos parámetros de contratación son imputables al docente quien, sin importar la forma como ha de ser vinculado, cumple funciones similares en el campo educativo y, en consecuencia, está obligado a acreditar iguales condiciones de formación y experiencia. Ello, por supuesto, descarta que la ley y las propias instituciones, dentro de la autonomía de que gozan para darse sus propios estatutos, puedan establecer regímenes restrictivos que desconozcan el derecho de los docentes ocasionales y hora cátedra, a percibir las prestaciones sociales reconocidas por el orden jurídico para todos los trabajadores públicos o privados, las cuales deben otorgarse en proporción al tiempo laborado».

Sobre el particular, agregó la Corte:

«Se trata de tres modalidades que permiten la vinculación de docentes universitarios, que desde diferentes perspectivas suplirán las distintas necesidades propias de una institución de educación superior...»

En los tres casos, los docentes deben acreditar el cumplimiento de los requisitos y condiciones mínimas exigibles para el desarrollo de una actividad académica de calidad, pues no se trata de labores que se diferencien por los niveles de exigencia o cualificación de quienes las asumen, sino por su origen en necesidades y expectativas, unas permanentes y otras eventuales, que dentro de la instituciones confluyen al logro del objetivo esencial de las mismas: propender por la creación, generación y adecuación del conocimiento y educar integralmente a los individuos que acuden a ella.

*El hecho de que **la institución requiera transitoriamente los servicios del docente**, al cual vincula para que cumpla actividades inherentes a sus funciones y naturaleza, la docencia y la investigación, y a quien le exige acreditar requisitos y calidades similares a los docentes de planta, no justifica que se le restrinjan sus derechos como trabajador. **Si su vinculación es transitoria, el reconocimiento de las prestaciones sociales será proporcional al término de la misma, pero no se podrá negar**, pues ello además de contrariar el principio de igualdad que consagra la Constitución, atenta contra lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, vulnerando la dignidad de dichos docentes, que se ven privados del derecho al descanso remunerado, a las primas de servicios y de maternidad, a la cesantía, que precisamente pretende proteger al trabajador en los lapsos en que éste se encuentre desempleado, entre otros, además de ser excluido de los programas de capacitación y mejoramiento profesional.»*

*Entonces, si en realidad las funciones y condiciones de trabajo de los **profesores hora cátedra** son similares a las de aquellos que laboran para la institución por tiempo completo o medio tiempo, distintas únicamente en cuanto al tiempo de dedicación, es evidente que los primeros **tienen también con la institución una verdadera relación laboral como quiera que prestan un servicio personal, obtienen a cambio una remuneración y existe una continua y notoria***

subordinación. Esta última, materializada en el cumplimiento de horarios, en la asistencia obligada a reuniones y en la práctica de evaluaciones, de acuerdo a lo expresado por el respectivo reglamento.

*En consecuencia, permitir la vinculación de los profesores hora cátedra a través de la modalidad del contrato civil de **prestación de servicios**, rompe con los principios constitucionales de igualdad, justicia y primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, predicables de todos los trabajadores sin discriminación alguna.*

En efecto, como se ha sostenido anteriormente, estos profesores de cátedra tienen también una relación laboral subordinada, por cuanto cumplen una prestación personal de servicio, igual a la que realizan los profesores de tiempo completo, de medio tiempo o los llamados ocasionales a que se refiere el artículo 74. Ellos devengan una remuneración por el trabajo desempeñado y están sujetos a una subordinación como se les exige a los otros, como horarios, reuniones, evaluaciones, etc., contemplados en el reglamento».

Como se advierte de la citada jurisprudencia, la Corte destacó que los establecimientos de educación superior no pueden vincular profesores hora cátedra a través de contrato civil de prestación de servicios, pues la relación que existe entre éstos y la respectiva institución es eminentemente laboral y cumple fielmente las condiciones o requisitos del contrato realidad.

De igual manera, la Corte Constitucional aclara que ese tratamiento garantista para los docentes en mención, se aplica tanto para las instituciones de educación superior públicas como privadas, pues señaló:

« [...] En este sentido, si todos los docentes hora cátedra desarrollan una misma actividad: la formación académica de los educandos, no es posible que su vinculación a universidades **públicas o privadas** amerite un tratamiento diferente en aquellos aspectos alusivos a su forma de contratación. Máxime, si la regulación de las condiciones de trabajo de los maestros, sin importar la institución a la que sirven, no interfiere con la libertad de enseñanza ni afecta el acceso de los educandos al conocimiento y a la cultura en general.

Precisamente, esta Corte, al adelantar el juicio de inconstitucionalidad de los artículos 101 y 102 del Código Sustantivo de Trabajo, tuvo oportunidad de señalar que: *"No existe fundamento que resulte razonable, proporcional y fundado para discriminar a los profesores de establecimientos particulares de enseñanza frente a los demás docentes y darles un tratamiento diferente en relación con el tipo de contratos que pueden celebrar, ni tampoco para propiciar su abierta desigualdad, en relación con la estabilidad laboral y con el pago de prestaciones sociales, respecto de los demás trabajadores."* (Sentencia C- 483/95, M.P. José Gregorio Hernández Galindo)».

Ahora bien, en la misma decisión la Corte hace una salvedad, en el sentido de advertir que *«la declaratoria de inexecutable de tales expresiones no deslegitima la posibilidad de existencia y aplicación del contrato civil de prestación de servicios, el cual,*

atendiendo a la naturaleza jurídica que lo identifica, puede ser utilizado por las instituciones privadas de educación superior para cubrir otras modalidades de la actividad académica que demanden un servicio temporal y especializado, y cuya ejecución no suponga una relación de subordinación o dependencia por parte del contratista. Ello ocurre, por ejemplo, en el caso de los conferencistas o panelistas, quienes, por virtud de su experiencia, capacitación y formación profesional, pueden ser contratados para cumplir una labor educativa transitoria y específica, sujeta únicamente a las condiciones estipuladas en el respectivo contrato de servicio».

Conforme con lo anterior, solo en la excepción propuesta por la Corte, se podría aceptar que los pagos efectuados por la universidad a ese tipo de docentes no constituyeran salario y, en consecuencia, no hicieran parte de la base para calcular el aporte parafiscal exigido por el SENA.

Sin embargo, la Sala advierte que la administración, al detectar en el proceso de fiscalización que dentro de los balances allegados por la demandante se había registrado en la cuenta 511045 pagos por concepto de «horas cátedra»¹³ que no habían sido incluidos en la base para liquidar el aporte parafiscal, procedió a solicitarle que enviara «balances de comprobación detallados a nivel de subcuenta, los estados financieros certificados y auditados por revisor fiscal, copias de las declaraciones de renta, total de prestaciones sociales pagadas y demás información financiera», documentos con los cuales a la demandante le correspondía demostrar que los referidos pagos correspondían a una «*labor educativa transitoria y específica*».

Como se vio, la parte actora insistió en que se trataba de contratos de prestación de servicios y en los soportes allegados se registraron pagos por concepto de hora cátedra, de modo que en los términos del Código Sustantivo del Trabajo y lo dicho por la Corte Constitucional, la Sala encuentra que la remuneración pagada por la Universidad del Rosario a los profesores de cátedra es de naturaleza salarial, pues cumplen con los requisitos descritos anteriormente, conforme con lo probado, así:

- De la información allegada por la actora, se observa que los pagos por concepto de «hora cátedra» en cuantías de \$6.966.254.288, \$7.014.171.637, \$6.573.903.532, \$6.387.469.486 y \$789.892.988, se

¹³ Fls. 27 a 127 c.a.

daba de forma habitual y periódica a los profesores durante los periodos en discusión.

- Tal remuneración se da de manera directa y onerosa directamente por la prestación del servicio de educación superior.
- No operan por la mera liberalidad del empleador, pues, como lo aseguró el demandante, corresponden a la contraprestación por la cátedra dictada.
- Constituyen ingresos personales de los docentes y, por último, se pagan en el marco de una relación laboral, independientemente de la denominación que le hayan dado.

En virtud de lo anterior, y de acuerdo con el criterio de la Corte en las referidas sentencias y de la Sala en el citado fallo del 21 de junio de 2018¹⁴, los profesores de cátedra mantienen una relación laboral subordinada, por cuanto cumplen una prestación personal de servicio, igual a la que realizan los profesores de tiempo completo, de medio tiempo o los llamados ocasionales a que se refiere el artículo 74 de la Ley 30 de 1992 y, en esa medida, devengan una remuneración por el trabajo desempeñado y están sujetos a una subordinación como se les exige a los otros docentes, como horarios, reuniones, evaluaciones, etc.

Así las cosas, la Sala considera que los pagos efectuados por la entidad demandante a su personal docente denominado en sus balances como de «hora cátedra» cumplen con las características señaladas por los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo y la jurisprudencia que se reitera, para ser considerados como pagos salariales.

Configuración de la relación laboral que tiene efectos únicamente para determinar las obligaciones relacionadas con los aportes parafiscales, sin que corresponda a la administración, en este caso al SENA, acudir a la jurisdicción laboral, pues la determinación del tributo se realizó en virtud de las facultades de administración y fiscalización otorgadas por el Decreto 562 de 1990.

En consideración a lo anterior, la Sala revocará la sentencia apelada. En su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda.

¹⁴ Rad. 2010-01720-01 (21833), C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez.

Finalmente, de conformidad con lo previsto en los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 del Código General del Proceso¹⁵, no se condenará en costas (agencias en derecho y gastos del proceso) en esta instancia, comoquiera que no se encuentran probadas en el proceso.

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. REVOCAR los numerales primero y segundo de la sentencia del 9 de febrero de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección “B”. En su lugar:

2. NEGAR las pretensiones de la demanda.

3. Sin condena en costas en esta instancia.

RECONOCER PERSONERÍA a la doctora Edith Pilar Bello Velandia para representar al SENA, en los términos del poder conferido, que obra en el folio 286 del cuaderno principal.

¹⁵C.G.P. <<Art. 365. *Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia en la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. 5). En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas (...)* 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al tribunal de origen.
Cúmplase.

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

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Presidente de la Sección

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

MILTON CHAVES GARCÍA

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

