

IMPEDIMENTO DE CONSEJERO DE ESTADO POR HABER CONOCIDO DEL PROCESO EN INSTANCIA ANTERIOR – Configuración

[D]ebe la Sala pronunciarse sobre el impedimento para conocer del proceso manifestado por el consejero de estado Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, con fundamento en el numeral 2° del artículo 141 del Código General del Proceso (CGP). Por encontrarlo procedente, se declarará fundado el impedimento del Dr. Ramírez Ramírez, quien conoció del proceso de la referencia en la primera instancia (fol. 473). En consecuencia, quedará separado del conocimiento del presente asunto.

FUENTE FORMAL: LEY 1564 DE 2012 (CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO) – ARTÍCULO 141 NUMERAL 2

APORTES PARAFISCALES A FAVOR DEL ICBF – Fundamento legal / NÓMINA MENSUAL DE SALARIOS – Noción / NÓMINA MENSUAL DE SALARIOS BASE PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS APORTES PARAFISCALES A FAVOR DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ECBF – Remisión a la legislación laboral / SALARIO – Elementos que lo integran / EROGACIONES QUE CONSTITUYEN SALARIO – Elementos

[L]o anterior, la Sala observa que el debate gira en torno a la calificación de los pagos que efectúa la actora, una institución de educación superior, a los docentes de cátedra, particularmente, si dichos emolumentos deben ser considerados como pagos salariales, de manera que deban integrarse en la base de cálculo de los aportes parafiscales a favor del ICBF. Al respecto, los artículos 2. de la Ley 27 de 1974, 39 de la Ley 7 de 1979 y 1.° de la Ley 89 de 1988 establecen que todos los empleadores y entidades públicas y privadas están obligados a realizar aportes equivalentes al 3% de su nómina mensual de salarios a favor del ICBF, de acuerdo con la definición de nómina dictada en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982. A voces de esta última disposición, para efectos de la liquidación de aportes, se entiende por nómina mensual de salarios 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. El mismo artículo 17 ibidem remite a la legislación laboral para la valoración del concepto de salario. Así pues, por mandato expreso de las leyes que fijan la obligación de realizar contribuciones a favor del ICBF, 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). A su turno, los artículos 127 y 128 ibidem entienden por 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, etc. Por el contrario, los pagos recibidos ocasionalmente por el trabajador y por mera liberalidad del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, entre otros, no constituyen salario y, en esa medida, no están llamados a integrar la base de liquidación de los aportes parafiscales que se discuten. En suma, en virtud de lo establecido por la legislación laboral, para que una erogación sea calificada como salario debe reunir los siguientes elementos: (i) comprender todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado; (ii) remunerar de forma directa y onerosa por la prestación de un servicio; (iii) no operar por la mera liberalidad del empleador; (iv) constituir un ingreso personal del trabajador en su patrimonio; y (v) contar

con carácter retributivo de la labor desarrollada, es decir que se presenten en el marco de una relación laboral.

FUENTE FORMAL: LEY 27 DE 1974 – ARTÍCULO 2 / LEY 7 DE 1979 – ARTÍCULO 39 / LEY 21 DE 1982 – ARTÍCULO 17 / LEY 89 DE 1988 – ARTÍCULO 1 / CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTÍCULO 127 / CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTÍCULO 128

NOTA DE RELATORÍA: En relación con los requisitos y los elementos que debe contener una erogación para que, de acuerdo con la legislación laboral, se le califique como salario se citan los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado 839 de 21 de junio de 1996 y 1518 de 11 de septiembre de 2003, reiterados por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 4 de agosto de 2010, expediente 0112-09, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila

PAGOS A DOCENTES POR HORA CÁTEDRA – Naturaleza salarial / PROFESOR HORA CÁTEDRA DE INSTITUCIÓN DE EDUCACIÓN SUPERIOR OFICIAL – Naturaleza jurídica. No son empleados públicos ni trabajadores oficiales, sino servidores públicos vinculados mediante una relación laboral subordinada / PERSONAL HORA CÁTEDRA EN INSTITUCIÓN PÚBLICA DE EDUCACIÓN SUPERIOR – Naturaleza jurídica de la vinculación / INCLUSIÓN DE PAGOS EFECTUADOS A PERSONAL VINCULADO EN LA MODALIDAD HORA CÁTEDRA EN LA BASE DE LIQUIDACIÓN DE LOS APORTES PARAFISCALES A FAVOR DEL ICBF – Procedencia

[L]a remuneración pagada por el Politécnico a los profesores de cátedra es de naturaleza salarial, pues cumplen con los requisitos descritos en apartes anteriores, así: Según demuestra la información allegada por el demandante como respuesta al requerimiento de información de la DIAN, que fue remitido al ICBF el 16 de octubre de 2008, se trata de sumas pagadas habitual y periódicamente a los catedráticos, pues dichas erogaciones se efectuaron, sin excepción, en los periodos de julio de 2004 a marzo de 2008. Remuneran de forma directa y onerosa por la prestación de un servicio, esto es, el servicio de educación superior. No operan por la mera liberalidad del empleador, pues, tal como lo aseguró el demandante corresponden a la contraprestación por la hora de cátedra dictada. Constituyen ingresos personales de los docentes de cátedra; y Se pagan en el marco de una relación laboral. Sobre este último punto, es decir, sobre la naturaleza laboral de la relación entre los profesores de cátedra y las instituciones de educación superior, conviene realizar las siguientes precisiones: En efecto, como aduce el actor, el artículo 73 de la Ley 30 de 1992 establece que los profesores de cátedra no son empleados públicos ni trabajadores oficiales, tal como lo afirma el actor. Sin embargo, ello no implica necesariamente que la retribución de su labor esté excluida del pago de aportes parafiscales. Si bien la versión original de la norma señalada establecía que los docentes de cátedra eran «contratistas» y que su vinculación se perfeccionaba mediante «contrato de prestación de servicios», esas disposiciones fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-006 de 1996. De acuerdo con el criterio decantado por la Corte en el pronunciamiento anotado, los profesores de cátedra a que se refiere el artículo 73 ibidem son «servidores públicos que están vinculados a un servicio público» mediante 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 y, en esa medida, 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. En una línea similar, a través del concepto 880, del 27 de agosto de 1996, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado precisó que, si bien la relación entre el docente de hora-cátedra y la institución de educación superior oficial en la que presta estos servicios no es la misma que se da con el empleado público o el trabajador oficial, sí se trata de una relación de carácter laboral, de naturaleza especial, de tipo convencional, sometida en cada caso a lo previsto en la ley, y en los estatutos y reglamentos de la respectiva institución de educación superior. Esta misma postura ha sido adoptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, órgano de cierre en asuntos laborales relativos a la función pública, que en reiterada jurisprudencia ha reconocido que la relación entre las instituciones de educación superior del orden público y el personal vinculado mediante la modalidad de cátedra es de naturaleza laboral, subordinada, y que, por dicho motivo, los profesores de cátedra son acreedores de las prestaciones sociales que manda la ley. Lo anterior corresponde con lo previsto en el Acuerdo 09 de 2001, «Por el cual se expide el Estatuto del Profesor de Cátedra», proferido por el Consejo Directivo del Politécnico (Fol. 116 a 125), que en relación con la naturaleza jurídica de la vinculación de los profesores de cátedra, dispone: El profesor de cátedra es una persona natural contratada para laborar un determinado número de horas por un período académico, para desempeñar labores de docencia en pregrado o en posgrado, de investigación, o de extensión académica, según las necesidades del servicio. Es un docente que no ostenta la calidad jurídica ni de empleado público ni de trabajador oficial y **su vinculación con la Institución, es a través de una relación laboral de naturaleza especial, de carácter convencional.** (Se resalta). Así las cosas, la Sala considera que los pagos efectuados por la entidad demandante a su personal docente (catedráticos) cumplen con las características señaladas por los artículos 127 y 128 del CST y la jurisprudencia para ser considerados como pagos salariales.

FUENTE FORMAL: Ley 30 de 1992 – artículo 73 / Ley 30 de 1992 – artículo 74 / ACUERDO 09 DE 2001 POLITÉCNICO COLOMBIANO JAIME ISAZA CADAVID

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza laboral de la vinculación del personal docente o catedrático en las instituciones de educación superior de carácter oficial público se citan las sentencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado de 5 de octubre de 2006, expediente 2578-2003, C.P. Jesús María Lemos Bustamante ; 12 de agosto de 2010 y 7 de febrero de 2013, expedientes 2001-08 y 1181-12, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez; 13 de julio de 2013, expediente 2669-12, C.P. Alfonso Vargas Rincón ; 22 de agosto de 2013, expediente 2371-12, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; 30 de noviembre de 2017, expediente 3280-14, C.P. William Hernández Gómez y 22 de marzo de 2018, expediente 4794-15, C.P. César Palomino Cortés, entre otras

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Bogotá D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 05001-23-31-000-2010-01720-01(21833)

Actor: POLITÉCNICO COLOMBIANO JAIME ISAZA CADAVID

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF)

FALLO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) contra la sentencia del 29 de octubre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que resolvió:

PRIMERO: DECLARARSE INHIBIDA para conocer de fondo sobre la liquidación de aportes parafiscales No. 117082 del 16 de octubre de 2008 y la liquidación de aportes N° 117394 del 12 de febrero de 2010, emitidas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por considerarse actos no sujetos a control judicial.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución N° 3055 del 23 de diciembre de 2008, y la Resolución N° 0379 del 22 de febrero de 2010, objeto de discusión en este proceso, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR devolver las sumas efectivamente pagadas en exceso por concepto de aportes parafiscales, pero únicamente en el valor correspondiente a las horas cátedras incluidas como factor para la liquidación de aportes discutidos en el presente proceso, la cual deberá ser actualizada de conformidad con la fórmula citada en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: Sin condena en costas.

(...)

ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Mediante la Liquidación de Aportes Parafiscales nro. 117082, del 16 de octubre de 2008, el ICBF fijó una obligación a cargo del Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid (Politécnico, en lo sucesivo) por concepto de aportes parafiscales, causados entre julio de 2004 y marzo de 2008, en cuantía de \$1.104.708.179 (fols. 364 a 368).

Con base en la liquidación anterior, el 23 de diciembre de 2008, el ICBF expidió la Resolución nro. 3055 en la que determinó oficialmente la obligación descrita y ordenó su pago (fols. 135 a 137).

Con ocasión del correspondiente recurso de reposición, el ICBF expidió la Liquidación de Aportes Parafiscales nro. 117394, del 12 de febrero de 2010, con la que disminuyó el monto de la obligación a cargo del aportante de \$1.104.708.179 a \$1.006.488.057 (fol. 385) y la Resolución nro. 0379, del 22 de febrero de 2010, que modificó la Resolución nro. 3055, del 23 de diciembre de 2008, en igual sentido.

ANTECEDENTES DEL PROCESO

Demanda

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contemplada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), el apoderado judicial, del Politécnico formuló las siguientes pretensiones, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia (fols. 1 a 34 y

165 a 168):

PETICIÓN DE DECLARACIONES Y CONDENAS

1.- Declarar QUE ES NULA la Liquidación de Aportes Parafiscales No. 117082 del 16 de octubre de 2008 que realizó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, suscrita por la doctora Ana Isabel Henao, Asesora de Aportes y el doctor Álvaro Duarte Botero, Coordinador del Grupo Financiero, con base en la cual se expidió la Resolución No. 3055 del 23 de diciembre de 2008.

2.- Declarar QUE ES NULA la Resolución 3055 del 23 de diciembre de 2008, por medio de la cual se realiza el reconocimiento de un mayor valor pagado, se compensa con una deuda de vigencias anteriores y se determina una deuda.

3.- Declarar QUE ES NULA la liquidación de aportes No. 117394 del 12 de febrero de 2010 que realizó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, suscrita por la doctora Ana Isabel Henao, Asesora de Aportes y el doctor Álvaro Duarte Botero, Coordinador del Grupo Financiero, con base en la cual se expidió la Resolución No. 0379 del 22 de febrero de 2010.

4.- Declarar QUE ES NULA la Resolución No. 0379 del 22 de febrero de 2010, por medio de la cual se "Resuelve un Recurso de Reposición y se modifica la Resolución 3055 del 23 de diciembre de 2008", expedidos ambos actos administrativos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Antioquia a través de su representante legal, el doctor Guillermo García Gaviria, notificada el 25 del mismo mes y año.

5.- Que como consecuencia se declare que el Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, está exento del pago de la obligación que a su favor ordenó y determinó el ente estatal demandado, según el texto incorporado en el artículo tercero de la Resolución No. 3055 del 23 de diciembre de 2008, modificado por el artículo primero de la Resolución 0379 del 22 de febrero de 2010, mediante la cual se resolvió un recurso de reposición y se modifica la Resolución 3055 del 23 de Diciembre de 2008, cuyo texto transcribo:

"RESUELVE

"ARTÍCULO PRIMERO: Modificar el artículo Tercero de la Resolución 3055 del 23 de diciembre de 2008, el cual quedará así:

Determinar y ordenar el pago de una obligación a favor del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –Regional Antioquia, al POLITÉCNICO COLOMBIANO JAIME ISAZA CADAVID, identificado con Nit. 890980136, representado legalmente por el Doctor GILBERTO GIRALDO BUITRAGO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 70.061.480, o quien haga sus veces de Empleador, por un valor total de \$1.006.488.057 (MIL SEIS MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL CINCUENTA Y SEIS PESOS), por concepto de aportes parafiscales del 3% dejados de cancelar durante el periodo 2004 (Junio a Diciembre), 2005 (Enero a diciembre), 2006 (Enero a Diciembre), 2007 (Enero a Diciembre) y 2008 (Enero a Marzo), según la liquidación de aportes No. 117394 de 12 de febrero de 2010, más los intereses moratorios causados diariamente a la tasa de usura certificada como tasa efectiva anual hasta el momento de su pago total".

6.- Que como consecuencia de la anterior declaración, se ordene el restablecimiento de los derechos vulnerados al Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid ordenando al Instituto

Colombiano de Bienestar Familiar –Regional Antioquia– reintegrar el valor total de los dineros que haya cancelado el demandante hasta el momento de la Sentencia que decrete la nulidad de los actos demandados, de conformidad con las pruebas aportadas al proceso.

7.- Que se ordene dar cumplimiento al fallo dentro de los términos establecidos por la ley, conforme los artículos 177 y 178 del C.C.A.

8.- Que a partir de la fecha en que quede en firme la sentencia, a título de restablecimiento del derecho se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar pagar los intereses de mora en el porcentaje mensual que la ley establece para estos casos y según lo certifique la Superintendencia Bancaria, para la época en la cual se decida el proceso y sobre el valor de los pagos que hasta el momento se pruebe, se pagaron al ICBF.

9.- Que se condene en costas a la entidad demandada.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRINCIPAL

En caso de no declararse que la institución esté exenta del pago de la obligación que a su favor se ordenó y determinó el ente estatal demandado, según el texto incorporado en el artículo tercero de la Resolución No. 3055 del 23 de diciembre de 2008, modificado por el artículo primero de la Resolución 0379 del 22 de febrero de 2010, mediante el cual se resolvió un recurso de reposición y se modifica la Resolución 3055 del 23 de diciembre de 2008, solicito que se DECLARE que el Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid solo está obligado a pagar el capital por concepto de aportes parafiscales, no por la suma de \$1.006.488.057 (MIL SEIS MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL CINCUENTA Y SEIS PESOS), de que trata el artículo tercero de la última resolución citada y la Liquidación de Aportes No. 117394 del 12 de febrero de 2010, suma liquidada equivocadamente, dado que para efectos del pago de aportes parafiscales del 3%, la liquidación debe hacerse sobre la suma de \$27.235.127.396, que fue lo que pagó por concepto de hora cátedra desde julio de 2004 a marzo de 2008, como se explicará en los hechos de la demanda y, los intereses deben liquidarse únicamente a partir de la ejecutoria de este último acto administrativo, conforme lo ordena o faculta la Resolución 384 del 11 de febrero de 2008, artículo 51, Anexo 12, esto es, a partir del 25 de febrero de 2010, mediante el cual se resolvió un recurso de reposición y se modifica la Resolución 3055 del 23 de Diciembre de 2008 y se indicó que contra esta resolución no procede recurso.

El demandante invocó como normas violadas los artículos 112, 123, 125 y 338 de la Constitución; 57, 70 y 73 de la Ley 30 de 1992 y 42 del Decreto 1042 de 1978 y las Leyes 27 de 1974, 89 de 1988 y 909 de 2004.

El concepto de la violación de esas disposiciones se resume así:

Sostuvo que según lo previsto en la Ley 89 de 1988, los aportes parafiscales a favor del ICBF corresponden al 3 % del valor de la nómina mensual de salarios.

Adujo que pese a lo previsto en la norma citada, los actos cuestionados liquidaron aportes parafiscales a favor del ICBF sobre las sumas pagadas a los docentes de cátedra, a pesar de que estos no forman parte de la nómina de la entidad, pues no tienen la calidad de empleados públicos ni trabajadores oficiales.

Explicó que el Politécnico es un establecimiento público, institución educativa de educación superior, del orden departamental, que para la vinculación de docentes de medio tiempo o de

tiempo completo adelanta concursos de méritos, de tal forma que quienes los superen son nombrados para ejercer funciones en calidad de empleados públicos, conforme lo prevé el artículo 72 de la Ley 30 de 1992. Que así, una vez hecho el nombramiento y realizada la posesión correspondiente, esos docentes ingresan a la nómina de la institución.

Agregó que, por el contrario, los docentes de cátedra no tienen la calidad de empleados públicos ni de trabajadores oficiales y que, en consecuencia, su remuneración no constituye salario.

A su juicio, al no percibir salario, los docentes de cátedra son retribuidos mediante honorarios, conforme lo precisó la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 4 de junio de 2009 (expediente 2520-07).

Con fundamento en lo anterior, señaló que, mediante los actos administrativos demandados, el ICBF atribuyó a los docentes de cátedra la calidad de empleados públicos, pese a que no tienen esa condición.

Advirtió que si bien la Corte Constitucional, en las sentencias C-006 de 1996 y C-517 de 1999, señaló que los docentes de cátedra se asimilan a los docentes de tiempo completo o parcial, esa precisión tenía efectos únicamente para el reconocimiento de prestaciones sociales, como una manifestación concreta del derecho a la igualdad. Que, por consiguiente, el ICBF le dio un alcance equivocado a las decisiones de la Corte Constitucional, al afirmar que las providencias antes referidas sustentan la decisión de integrar a la base para el cálculo de aportes parafiscales los pagos efectuados a los profesores de cátedra.

De otra parte, y como sustento de la pretensión subsidiaria, el demandante señaló que durante el periodo comprendido entre julio de 2004 y marzo de 2008, pagó la suma de \$27.235.127.369 por concepto de horas cátedra. Que de la aplicación de la tarifa del 3 % del aporte parafiscal a la base de \$27.235.127.369 se obtiene un valor de \$817.053.822, suma que no coincide con los \$1.006.488.057 sobre los que el ICBF liquidó la obligación.

Contestación de la demanda

El ICBF se opuso a las pretensiones de la demanda y se pronunció sobre los cargos de violación, así (fols. 345 a 359 y 462 a 467).

Sostuvo que el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 establece que 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.

Señaló que la Corte Constitucional, en la sentencia C-006 de 1996, precisó que las sumas pagadas como contraprestación a los docentes de cátedra son de naturaleza salarial. Manifestó que en esas condiciones, y de conformidad con lo previsto en los artículos 1.º de la Ley 89 de 1988 y 17 de la Ley 21 de 1982, la remuneración de los profesores de cátedra forma parte de la base de cálculo de los aportes parafiscales.

En relación con la pretensión subsidiaria, sostuvo que la certificación expedida por el contador del demandante, aportada como prueba, estaba referida a la información de la Resolución nro. 3055 de 23 de diciembre de 2008, pero que la obligación en discusión fue finalmente determinada en la Resolución nro. 0379 de 22 de febrero de 2010.

Sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Antioquia anuló parcialmente los actos administrativos demandados.

En primer lugar, señaló que las liquidaciones de aportes parafiscales 117082 del 6 de octubre de 2008 y 117394 del 12 de febrero de 2010, en tanto que se trataba de simples comunicaciones que no crearon, modificaron o extinguieron obligaciones, no era actos administrativos, y que, por tanto, no eran objeto de control de legalidad mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

De fondo, manifestó que de acuerdo con lo previsto en los artículos 2 y 3 de la Ley 27 de 1974 y 17 de la Ley 21 de 1982, la nómina mensual de salarios sobre la que se realiza el aporte parafiscal a favor de ICBF está constituida por la planta de personal de servidores públicos, vinculados bien sea como empleados públicos o como trabajadores oficiales.

Que lo anterior implicaba que los docentes de cátedra, dada la naturaleza especial de su vinculación, no formaban parte de la planta de empleados del demandante y que, por consiguiente, tampoco hacían parte de la nómina de empleados.

Advirtió que si bien la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-006 de 1996, declaró inexecutable el artículo 73 de la Ley 30 de 1992 –en cuanto señalaba que los profesores de cátedra eran contratistas y se vinculaban mediante contrato de prestación de servicios– y, en consecuencia, resolvió que tienen derecho a prestaciones sociales en proporción al tiempo de vinculación, esa decisión judicial no tenía el alcance de definir si los pagos efectuados a los profesores de cátedra integraban la base para el cálculo de los aportes parafiscales al ICBF.

Con fundamento en lo anterior, declaró la nulidad parcial de las resoluciones 3055 del 23 de diciembre de 2008 y 0379 del 22 de febrero de 2010, en cuanto incluyeron los valores pagados como hora cátedra como factor base de liquidación de los aportes parafiscales a favor del ICBF.

Como restablecimiento del derecho, ordenó la devolución de las sumas pagadas por concepto de aportes parafiscales en lo correspondiente a las horas cátedra, devolución que debía hacerse debidamente indexada, de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del CCA.

Recurso de apelación

El ICBF apeló la sentencia.

Adujo que el tribunal, sin ningún fundamento, concluyó que los pagos realizados a los profesores de cátedra, a pesar de que son calificados por la jurisprudencia constitucional como de naturaleza salarial, no integran la nómina del demandante y que, por tanto, no hacen parte de la base de liquidación de aportes parafiscales.

Agregó que la interpretación del tribunal desconoció que la Corte Constitucional, al declarar inexecutable el artículo 73 de la Ley 30 de 1992, reconoció que los profesores de cátedra gozan del mismo régimen prestacional de los profesores de planta, de lo que se desprende que, para los empleadores, los pagos realizados por ese concepto representan erogaciones salariales.

Explicó que el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, al definir el concepto de nómina mensual de salarios, que se tiene en cuenta para afectos de la liquidación de aportes parafiscales, señala que 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».

Precisó que la anterior definición era aplicable por remisión expresa del artículo 1.º de la Ley 89 de 1988, para determinar la base de liquidación de los aportes parafiscales a favor del ICBF.

Advirtió que no obstante la vinculación especial de los profesores de cátedra, esa situación no se contrapone al concepto de nómina, ya explicado, sobre la que se calculan los aportes parafiscales.

Alegatos de conclusión

Las partes no presentaron alegatos de conclusión.

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos del recurso de apelación interpuesto por el ICBF, la Sala decide sobre la nulidad de las Resoluciones nros. 3055, del 23 de diciembre de 2008, y 0379, del 22 de febrero de 2010, mediante las que el ICBF liquidó una obligación a cargo del Politécnico por concepto de aportes parafiscales de los periodos comprendidos entre julio de 2004 y marzo de 2008.

En concreto, la Sala debe resolver si los pagos efectuados por el demandante –una institución de educación superior, en los términos de la Ley 30 de 1992– a los profesores de cátedra hacen parte de la base de liquidación de aportes parafiscales a favor del ICBF. De resolverse afirmativamente lo anterior, debe determinarse si la base gravable fue debidamente liquidada.

Con todo, antes de resolver esas cuestiones, debe la Sala pronunciarse sobre el impedimento para conocer del proceso manifestado por el consejero de estado Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, con fundamento en el numeral 2º del artículo 141 del Código General del Proceso (CGP)[1].

Por encontrarlo procedente, se declarará fundado el impedimento del Dr. Ramírez Ramírez, quien conoció del proceso de la referencia en la primera instancia (fol. 473). En consecuencia, quedará separado del conocimiento del presente asunto.

Precisado lo anterior, la Sala observa que el debate gira en torno a la calificación de los pagos que efectúa la actora, una institución de educación superior, a los docentes de cátedra, particularmente, si dichos emolumentos deben ser considerados como pagos salariales, de manera que deban integrarse en la base de cálculo de los aportes parafiscales a favor del ICBF.

Al respecto, los artículos 2.º de la Ley 27 de 1974, 39 de la Ley 7 de 1979 y 1.º de la Ley 89 de 1988 establecen que todos los empleadores y entidades públicas y privadas están obligados a realizar aportes equivalentes al 3% de su nómina mensual de salarios a favor del ICBF, de acuerdo con la definición de nómina dictada en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982.

A voces de esta última disposición, para efectos de la liquidación de aportes, se entiende por nómina mensual de salarios 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. El mismo artículo 17 ibidem remite a la legislación laboral para la valoración del concepto de salario.

Así pues, por mandato expreso de las leyes que fijan la obligación de realizar contribuciones a

favor del ICBF, 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).

A su turno, los artículos 127 y 128 ibidem entienden por 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, etc.

Por el contrario, los pagos recibidos ocasionalmente por el trabajador y por mera liberalidad del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, entre otros, no constituyen salario y, en esa medida, no están llamados a integrar la base de liquidación de los aportes parafiscales que se discuten.

En suma, en virtud de lo establecido por la legislación laboral, para que una erogación sea calificada como salario debe reunir los siguientes elementos: (i) comprender todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado; (ii) remunerar de forma directa y onerosa por la prestación de un servicio; (iii) no operar por la mera liberalidad del empleador; (iv) constituir un ingreso personal del trabajador en su patrimonio; y (v) contar con carácter retributivo de la labor desarrollada, es decir que se presenten en el marco de una relación laboral[2].

En ese contexto y en atención al argumento central de la apelación, lo primero que se debe determinar es si la base de cálculo de los aportes parafiscales a cargo del Politécnico debía incluir los pagos efectuados a favor de los docentes vinculados mediante la modalidad de cátedra. Es decir, si a la luz de las normas citadas las contraprestaciones pagadas a los profesores de cátedra cumplen con las exigencias de la normativa laboral para ser consideradas como salario.

Sostiene el demandante que, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 30 de 1992 «Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior», los docentes de cátedra no son considerados empleados públicos ni trabajadores oficiales (artículo 73) y que los pagos que retribuyen el servicio prestado por ellos no hacen parte de la nómina mensual de salario sino que se trata de erogaciones denominadas «valor hora cátedra», esto es, honorarios según la sentencia del 4 de junio de 2009, expediente 2520-07, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Por el contrario, el ICBF aduce que, a voces del 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.

Esta Sala encuentra que, contrario a las alegaciones de la parte actora, la remuneración pagada por el Politécnico a los profesores de cátedra es de naturaleza salarial, pues cumplen con los requisitos descritos en apartes anteriores, así:

Según demuestra la información allegada por el demandante como respuesta al requerimiento de información de la DIAN, que fue remitido al ICBF el 16 de octubre de 2008, se trata de sumas pagadas habitual y periódicamente a los catedráticos, pues dichas erogaciones se efectuaron, sin excepción, en los periodos de julio de 2004 a marzo de 2008.

Remuneran de forma directa y onerosa por la prestación de un servicio, esto es, el servicio de educación superior.

No operan por la mera liberalidad del empleador, pues, tal como lo aseguró el demandante corresponden a la contraprestación por la hora de cátedra dictada.

Constituyen ingresos personales de los docentes de cátedra; y

Se pagan en el marco de una relación laboral.

Sobre este último punto, es decir, sobre la naturaleza laboral de la relación entre los profesores de cátedra y las instituciones de educación superior, conviene realizar las siguientes precisiones:

En efecto, como aduce el actor, el artículo 73 de la Ley 30 de 1992 establece que los profesores de cátedra no son empleados públicos ni trabajadores oficiales, tal como lo afirma el actor. Sin embargo, ello no implica necesariamente que la retribución de su labor esté excluida del pago de aportes parafiscales.

Si bien la versión original de la norma señalada establecía que los docentes de cátedra eran «contratistas» y que su vinculación se perfeccionaba mediante «contrato de prestación de servicios», esas disposiciones fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-006 de 1996.

De acuerdo con el criterio decantado por la Corte en el pronunciamiento anotado, los profesores de cátedra a que se refiere el artículo 73 ibidem son «servidores públicos que están vinculados a un servicio público» mediante 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 y, en esa medida, 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.

En una línea similar, a través del concepto 880, del 27 de agosto de 1996, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado precisó que, si bien la relación entre el docente de hora-cátedra y la institución de educación superior oficial en la que presta estos servicios no es la misma que se da con el empleado público o el trabajador oficial, sí se trata de una relación de carácter laboral, de naturaleza especial, de tipo convencional, sometida en cada caso a lo previsto en la ley, y en los estatutos y reglamentos de la respectiva institución de educación superior.

Esta misma postura ha sido adoptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, órgano de cierre en asuntos laborales relativos a la función pública, que en reiterada jurisprudencia ha reconocido que la relación entre las instituciones de educación superior del orden público y el personal vinculado mediante la modalidad de cátedra es de naturaleza laboral, subordinada, y que, por dicho motivo, los profesores de cátedra son acreedores de las prestaciones sociales que manda la ley[3].

Lo anterior corresponde con lo previsto en el Acuerdo 09 de 2001, «Por el cual se expide el Estatuto del Profesor de Cátedra», proferido por el Consejo Directivo del Politécnico (Fol. 116 a 125), que en relación con la naturaleza jurídica de la vinculación de los profesores de cátedra, dispone:

El profesor de cátedra es una persona natural contratada para laborar un determinado número de horas por un período académico, para desempeñar labores de docencia en pregrado o en posgrado, de investigación, o de extensión académica, según las necesidades del servicio. Es un docente que no ostenta la calidad jurídica ni de empleado público ni de trabajador oficial y su vinculación con la Institución, es a través de una relación laboral de naturaleza especial, de carácter convencional. (Se resalta).

Así las cosas, la Sala considera que los pagos efectuados por la entidad demandante a su personal docente (catedráticos) cumplen con las características señaladas por los artículos 127 y 128 del CST y la jurisprudencia para ser considerados como pagos salariales.

Prospera el cargo de apelación.

Ahora bien, como pretensión subsidiaria, el demandante solicita que los aportes parafiscales en discusión sean liquidados sobre la base de \$27.235.127.369 que, según alega, corresponde a los pagos realizados a los profesores de cátedra durante el periodo comprendido entre julio de 2004 y marzo de 2008 y no a partir de la suma \$74.749.429.968, contenida en la resolución que desató el recurso de reposición.

Al respecto, el ICBF insiste en que el cálculo de los aportes liquidados por los periodos comprendidos entre julio de 2004 y marzo de 2008, corresponden a la nómina mensual de salarios reportada por el actor a la DIAN el 18 de junio de 2008.

Para determinar lo anterior, de conformidad con los medios de prueba oportunamente allegados al plenario, se tienen como demostrados los siguientes hechos:

El Politécnico Colombiano Jaime Cadavid Isaza es una institución de educación superior, creada por la Ordenanza 41 de 1963, proferida por la Asamblea Departamental de Antioquia (fols. 40 a 43).

Mediante el Oficio nro. 8311063-1019, del 21 de mayo de 2008, notificado al actor el día 4 del mismo mes y año, la DIAN solicitó a la parte demandante que remitiera información (de conformidad con el formato adjunto al oficio) sobre el pago de los aportes parafiscales del 3% de la nómina mensual de salarios a favor del ICBF, durante el periodo comprendido entre julio de 2004 y marzo de 2008 (fol. 50).

En respuesta al oficio anterior del 18 de junio de 2008, mediante el diligenciamiento del formato enviado por la Administración de impuestos, la parte actora informó a la DIAN que durante el lapso indicado realizó pagos a sus trabajadores por concepto de sueldos, horas extras, vacaciones, prima de vacaciones, primas extralegales, prima de navidad, viáticos, gastos de representación y otros pagos.

El 16 de octubre de 2008, la DIAN y el ICBF realizaron un cruce de cuentas, a partir del cual esta última entidad tuvo acceso a la información remitida por el demandante a la Administración tributaria el 18 de junio de 2008 (fol. 60).

Por ese motivo, mediante la Liquidación de Aportes Parafiscales nro. 117082, del 16 de octubre de 2008, el ICBF fijó una obligación a cargo del Politécnico de \$1.104.708.179 por concepto de aportes parafiscales dejados de realizar entre julio de 2004 y marzo de 2008, más intereses moratorios en cuantía de \$762.788.376, liquidados con corte a la fecha del acto (fol. 60).

La liquidación de la deuda anterior fue notificada al aportante el 28 de octubre de 2008, por oficio nro. 55000-083-01, del 22 de octubre de 2008, en el que se le otorgó un término de diez días para realizar el pago correspondiente.

Por oficio del 6 de noviembre del 2008, la parte actora manifestó al ICBF que en el formato enviado por la DIAN estaba incluidos rubros que no eran factor salarial, a saber: las retribuciones por hora cátedra, la prima de vacaciones, las primas extralegales, la prima de navidad y los viáticos y que, puesto que no constituían salario, debían ser excluidos de la base de liquidación de los aportes parafiscales.

No obstante, el 23 de diciembre de 2008, basándose en la liquidación de aportes del 16 de octubre de 2008, el ICBF expidió la Resolución nro. 3055 en la que determinó oficialmente la obligación descrita y ordenó su pago (fols. 135 a 137). En el mismo acto, la entidad demandada ordenó compensar con la deuda, la suma de \$6.702.442, por concepto de un saldo a favor del aportante del periodo de enero a diciembre de 2007.

El 30 de enero de 2009, el demandante interpuso el correspondiente recurso de reposición, en el que reiteró los argumentos propuestos en el escrito del 6 de noviembre de 2008 (fols. 78 a 82).

El 16 de diciembre de 2009, el ICBF realizó una visita a las instalaciones de la institución de educación superior, en aras de verificar la información correspondiente a los pagos de nómina de julio de 2004 a marzo de 2008 (fols. 83 y 84).

Con ocasión del recurso de reposición y la información recabada en la visita descrita, el ICBF expidió la Liquidación de Aportes Parafiscales nro. 117394, del 12 de febrero de 2010, con la que reemplazó la Liquidación de Aportes nro. 117093 y disminuyó el monto de la obligación a cargo del aportante de \$1.104.708.179 a \$1.006.488.057 por concepto de aportes parafiscales de julio de 2004 a marzo de 2008 (fol. 385).

En ese contexto, el 22 de febrero de 2010, el ICBF profirió la Resolución nro. 0379 con la que resolvió el recurso de reposición. Dicho acto administrativo modificó la Resolución nro. 3055, del 23 de diciembre de 2008, en el sentido de determinar la obligación a cargo del Politécnico por concepto de aportes parafiscales causados entre julio de 2004 y marzo de 2008 en la suma de \$1.006.488.057, en los términos de la Liquidación de Aportes Parafiscales nro. 117394, del 12 de febrero de 2010 (fol. 138 a 142).

Según el acto que desató el recurso de reposición, la diferencia de \$98.220.122 entre las liquidaciones de aportes realizadas en el 2008 y el 2010 corresponde a: a. el valor reportado por el aportante por concepto de prima de navidad que, según reconoció el ICBF, es un factor prestacional y, por ese motivo, no constituye salario; y b. a los aportes efectivamente pagados por el actor al ICBF.

El 21 de mayo de 2010, las partes suscribieron acuerdo de pago por la obligación determinada en la Resolución nro. 0379, del 22 de febrero de 2010 (\$1.006.488.057), y los intereses de mora causados hasta la fecha (\$1.383.367.197).

De conformidad con las certificaciones emitidas por el contador (fols. 169 a 174) y el director de gestión humana de la actora (fols. 176 a 344), entre julio de 2004 y marzo de 2008, la entidad demandante efectuó pagos por concepto de hora cátedra en cuantía total de \$27.235.127.369.

En virtud de los hechos anteriores, se debe resolver si la base de cálculo de los aportes

parafiscales discutidos estuvo ajustada a derecho o si, como anota la parte actora, la liquidación solo procedía por la suma de \$27.235.127.396, según las certificaciones allegadas con la demanda.

La Sala advierte que la Resolución nro. 3055 del 23 de diciembre de 2008 tiene sustento en la Liquidación de Aportes nro. 117082 del 16 de octubre de 2008 (fol. 143 a 147), que fue realizada a partir de la información reportada por el demandante a la DIAN el 18 de junio de 2008. En efecto, la liquidación anterior indica que «en el valor global de sueldos están incluidos los demás factores relacionados por el empleador en el reporte de la DIAN. Se excluyó la bonificación porque no es un factor de aporte» (fol. 137).

Así pues, a partir de una base de \$74.749.429.968, el ICBF liquidó unos aportes por valor de \$2.242.482.899, suma de la que fueron descontados los apartes pagados por el demandante (\$1.131.071.690) y un saldo a su favor que le fue reconocido (\$6.702.442), para establecer la obligación en \$1.104.708.767, que incluía los siguientes conceptos: (i) sueldos; (ii) horas extras; (iii) vacaciones; (iv) prima de vacaciones; (v) primas extralegales; (vi) prima de navidad; (vii) viáticos; (viii) gastos de representación; (ix) horas cátedra; y (x) otros pagos.

Con el recurso de reposición, el demandante únicamente discutió la condición salarial de los siguientes emolumentos: (i) horas cátedra; (ii) prima de vacaciones; (iii) primas extralegales; (iv) prima de navidad; y (v) viáticos.

A su turno, la Resolución nro. 0379 del 22 de febrero de 2010, mediante la que se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el demandante, tiene sustento en la Liquidación de Aportes nro. 117394, del 12 de febrero de 2010 (fol. 103), que, como se señaló anteriormente, reemplazó la liquidación de aportes anterior y eliminó de la base de cálculo las sumas pagadas por el Politécnico a título de prima de navidad.

Ahora bien, según la Liquidación de Aportes nro. 117394, «de la información verificada se tomaron las bases de los sueldos, horas extras, vacaciones y gastos de representación de los reportes devengados de nómina y los valores de horas cátedra, primas extralegales (vida cara y localización), viáticos y otros pagos del reporte enviado a la DIAN» (fol. 103).

Para los efectos señalados, a partir de una base de \$70.825.501.961, el ICBF liquidó unos aportes por valor de \$2.124.765.046, suma de la que se descontaron los apartes pagados por el demandante por un valor de \$1.118.276.989, para finalmente liquidar la obligación en \$1.006.488.057.

Es decir, que la decisión definitiva del ICBF fue excluir de la base la prima de navidad y liquidar la contribución en comento sobre: (i) sueldos; (ii) horas extras; (iii) vacaciones; (iv) prima de vacaciones; (v) primas extralegales; (vi) viáticos; (vii) gastos de representación; (viii) horas cátedra; y (ix) otros pagos, de conformidad con la información suministrada por el propio actor durante el curso del procedimiento administrativo sobre la nómina mensual de salarios.

Encuentra la Sala que de los rubros descritos en sede judicial el actor únicamente controvertió el relativo a los pagos por hora cátedra. Sin embargo, el actor pretende que todos los demás emolumentos sean excluidos de la base de los aportes a favor del ICBF, sin que en el curso del proceso judicial se hubieran aportado argumentos jurídicos que permitieran determinar que aquellos no constituyeron salario.

Así las cosas, la parte actora nunca discutió de fondo la inclusión de los demás factores (sueldos,

horas extras, vacaciones, prima de vacaciones, primas extralegales, viáticos, gastos de representación, y otros pagos) en la base de cálculo. Mal haría, entonces, el fallador en acceder a la pretensión subsidiaria, sin contar con elementos de juicio para determinar que las retribuciones pagadas por el Politécnico no hacían parte de la nómina mensual de salarios, en los términos de los artículos 17 de la Ley 21 de 1982, 127 y 128 del CST.

En consecuencia, no es dable anular los actos administrativos demandados. Se impone revocar la sentencia de primer grado y, en su lugar, negar las pretensiones de la parte actora.

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

FALLA

1. Declarar fundado el impedimento manifestado por el consejero Jorge Octavio Ramírez Ramírez. En consecuencia, queda separado del conocimiento de este proceso.
2. Revocar los numerales primero y segundo de la sentencia apelada. En su lugar, negar las pretensiones de la demanda.
3. Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente de la Sala

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

[1] «Son causales de recusación las siguientes:

(...) 2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente».

[2] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Conceptos nros. 839, del 21 de junio de 1996, y 1518, del 11 de septiembre de 2003, reiterados, entre otras, en la sentencia del 4 de agosto de 2010, expediente 0112-09, CP Víctor Hernando Alvarado Ardila, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

[3] Sentencias del 5 de octubre de 2006, expediente 2578-2003, CP: Jesús María Lemos Bustamante; del 12 de agosto de 2010 y del 7 de febrero de 2013, expedientes expediente 2001-08 y 1181-12, CP: Bertha Lucía Ramírez de Páez; 13 de julio de 2013, expediente 2669-12, CP: Alfonso Vargas Rincón; del 22 de agosto de 2013, expediente 2371-12, CP: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; del 30 de noviembre de 2017, expediente 3280-14, CP: William Hernández Gómez; y del 22 de marzo de 2018, expediente 4794-15, CP: César Palomino Cortés, entre otras.



ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

