

## El Fallo de la Corte Constitucional sobre la Inconstitucionalidad del Art. 106 de la Ley 30 de 1992 y algunas de sus Proyecciones y Consecuencias.

JORGE EDUARDO LAMO GÓMEZ

**S**e pretende en este trabajo analizar algunos aspectos que se derivan del fallo de inconstitucionalidad dictado por la Corte Constitucional con referencia al art. 106 de la Ley 30 de 1992, mediante la sentencia C-517 de 1999, los que se juzgan de importancia dentro del manejo interno de la Universidad.

### I) TIPOS DE CONTRATACIÓN DE DOCENTES :

En el caso concreto de una Universidad Privada, nos encontramos frente a una institución de Educación Superior de carácter privado, para la cual el art. 106 de la ya citada Ley 30 ordenó:

**"Las instituciones privadas de Educación Superior podrán vincular profesores por horas cuando su carga docente sea inferior a la de un profesor de medio tiempo en la misma Universidad (bien sea) mediante contratos de trabajo (o mediante contratos de servicio), según los períodos del calendario académico, y su remuneración (en cuanto a honorarios se refiere) corresponderá a lo pactado por las partes, pero que en ningún caso podrá ser inferior al valor cómputo hora resultante del valor total de ocho (8) salarios mínimos, dividido por el número de horas laborables mes".**

(Lo marcado entre paréntesis fue declarado inconstitucional).

El correcto entender de esta norma, debe hacerse sobre el supuesto de que las Universidades son organizaciones “conformadas por comunidades académicas que integran los docentes, los estudiantes y el personal administrativo y de servicios que apoyan sus actividades, deben, mas que cualquier otro tipo de organización, propender al desarrollo de las relaciones que surgen entre ellas y sus estatutos, se fundamentan en los principios de igualdad de oportunidades, reconocimiento de la diferencia, respeto a la dignidad de las personas, equidad y justicia» (S. C.Cont. C-006 de 1.996).

A partir del anterior presupuesto y enfatizando acerca de su contenido la Corte Constitucional en la sentencia C-517 de 1.999, señaló:

“En el plano de la relación docente – institución ... las distintas modalidades de vinculación del personal de profesores – por tiempo completo, 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”.

Son argumentaciones de trascendencia, que tienen especial incidencia en el objetivo de este concepto, las que en materia de legalidad o ilegalidad de celebración de contratos con docentes hizo la Alta Corporación, reiterando las consideraciones que en la sentencia de 1.996 había efectuado con referencia los profesores hora –cátedra de las Universidades estatales:

La educación Superior o Universitaria en Colombia, es objeto de especial garantía en la Carta Política. En efecto, el art. 69 de la Constitución dispone :

«Se garantiza la autonomía universitaria. Las Universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.

La Ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado.

«El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo.

«El estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior.»

De los diferentes elementos que aparecen en la norma transcrita, puede deducirse la presencia permanente del Estado en la educación superior ya sea que se imparta en universidades oficiales o privadas , por cuanto:

- a) La garantía de la autonomía universitaria no es absoluta, ya que los estatutos que las rijan y las directivas que dicten, deben ajustarse a la Ley.
- b) Al legislador compete, igualmente, establecer un régimen especial para las Universidades del Estado.
- c) Corresponde al Estado fortalecer la investigación y ofrecer las condiciones especiales para su desarrollo ya sea en universidades oficiales o privadas.
- d) Es deber del Estado facilitar los mecanismos financieros que permitan el acceso a la educación Superior de «las personas aptas”.

La Ley 30 de 1.992 organizó el “servicio público de la Educación Superior» al que definió como “servicio público cultural, inherente a la finalidad social del Estado”, señalando los marcos institucionales dentro de los cuales debe desarrollarse la Educación Superior como parte del Estado Social de Derecho propio del sistema jurídico colombiano, entendiéndose que:

“El conocimiento, la cultura y el acceso a los desarrollos de la ciencia y la tecnología, se constituyen progresivamente en bienes cada vez más necesarios para el desarrollo integral de los individuos y por ende de la sociedad; ello, a su vez, le otorga a la educación la condición de derecho fundamental de las personas y de los establecimientos que la brindan, el carácter de oferentes de un servicio público, por cuya calidad y pertinencia debe velar el Estado” (C.C. sent. C-006 de 1.996).

“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. Ello impide, en consecuencia, cualquier restricción a sus derechos constitucionales y legales, particularmente los derivados de las prestaciones sociales, que por razón del carácter transitorio de la actividad académica desarrollada, deben reconocerse en proporción al tiempo de servicio ... (Para el caso de los profesores hora - cátedra) podría argüirse que el tratamiento garantista otorgado por la Constitución y reconocido por la Corte a tales docentes (los profesores hora – cátedra vinculados a universidades estatales) no tiene por que

coincidir con el de aquéllos que, bajo la misma modalidad contractual, prestan sus servicios en las instituciones privadas de Educación Superior. Tal presunción no es de recibo toda vez que el objetivo constitucional que propugna la "igualdad de oportunidades de los trabajadores" (C. P. Art. 53), se opone a que la naturaleza jurídica o las características particulares del patrono, constituyan causa justa para que se establezcan tratos diferentes o desiguales que van en detrimento de ciertos grupos de trabajadores ...".

Y concluyó la Corte:

"Las expresiones de la disposición enjuiciada que habilitan a las universidades privadas a vincular docentes hora – cátedra a través de los contratos de prestación de servicios, serán retirados del ordenamiento jurídico pues ... la aplicación de dicho mecanismo no consulta el verdadero espíritu de la relación que surge entre las partes contratantes, circunstancia que, además de contrariar los principios de igualdad y primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (C.P. art. 13 y 53), desconoce abiertamente el derecho constitucional de toda persona "a un trabajo en condiciones dignas y justas" (C.P. art. 25)

"... No sobra advertir que la declaratoria de inexecutable de tales expresiones no deslegitima la posibilidad de existencia y aplicación del contrato 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 ... , pueden ser contratados para cumplir una labor educativa transitoria y específica, sujeta únicamente a las condiciones estipuladas en el respectivo contrato de servicios".

De conformidad con la sentencia de la Corte, es dable concluir:

1. La contratación de docentes universitarios, incluidos los de hora cátedra, sólo puede efectuarse mediante vinculaciones laborales.
2. Excepcionalmente, podrán efectuarse contrataciones de derecho civil (caso del contrato de prestación de servicios), cuando se trate de "actividades

académicas que demanden un servicio temporal y especializado", siempre y cuando de su ejecución no se derive la presencia de los elementos del contrato de trabajo (prestación personal del servicio por el docente, subordinación o dependencia y retribución), ya que en caso contrario haría presencia el principio constitucional del contrato de trabajo –contrato realidad".

Estas circunstancias, derivadas del fallo en mención resultan relevantes, en la medida en que no importa su desarrollo, sino si de su ejercicio se puede establecer o no la existencia de subordinación laboral y los demás elementos de los que se derive la existencia del contrato de trabajo entendido como contrato realidad.

3. La igualdad de oportunidades para los trabajadores, se opone a que las características especiales del empleador sean causa justa para el establecimiento de tratos desiguales o diferentes en detrimento de los docentes de misma participación.
4. En cuanto a retribución, evento que el trabajador depende de sus habilidades y de la labor que desempeña y no de las condiciones o circunstancias de su empleador.

Ficcionar contratos bajo la figura del contrato de prestación de servicios, crea un riesgo de demandas futuras para los establecimientos de Educación Superior con las consecuencias consiguientes de desgaste administrativo y costo económico.

Por lo anterior, sólo considero posible pactar contratos de prestación de servicios cuando se trate de actividades académicas que demanden un servicio personal y especializado, y – agregaría para incorporar otros elementos doctrinales respecto de este contrato - exista autonomía técnica, directiva, y económica por parte del contratado, lo cual hace que su celebración resulte difícil dentro del ejercicio normal de la actividad académica.

Lo anterior hace que con referencia a las actividades de pos-grado también se adopten especiales provisiones en el orden preestablecido, ya que si bien no existe definiciones legales, también para la determinación de la naturaleza jurídica de la contratación con los docentes tendrá prevalencia el ya expresado principio del contrato realidad, con las anotaciones expresadas por la Corte Constitucional.

Ahora bien, qué tipo de contrato laboral?

En la práctica, luego de conocida "sentencia integradora" de la H. Corte Constitucional, todos los contratos de trabajo han de entenderse celebrados en razón del principio constitucional de la estabilidad y su duración se condiciona a que subsistan las causas y la materia del contrato" y el trabajador haya observado buena conducta laboral.

Si ello es así, surgiría la posibilidad de pactar contratos a "término fijo" o "por obra o labor contratada", en ambos casos sujetos al período escolar dentro del cual se desarrolla el ejercicio docente (causa y materia del contrato—lo anterior no obsta para que el docente tenga el derecho en el período siguiente a que se le renueve el contrato, por virtud del ya expresado principio de la estabilidad.

Sea cual fuere el tipo de contrato laboral, como consecuencia del mismo surge la obligación de reconocimiento y pago de los demás derechos laborales que le son inherentes, incluyendo los de seguridad social dentro de las previsiones propias que existen para los docentes.

En estos contratos puede pactarse el período de prueba, pero solamente tendrá validez cuando se trata del primer contrato pactado, mas no operará cuando aluda a renovaciones o nuevos contratos para los mismos efectos inicialmente contratados, por cuanto, salvo que se trate de actividades sustancialmente diferentes, se considera que para el momento de la renovación o del nuevo contrato, el empleador conoce de las condiciones de trabajo del docente y éste de las condiciones en que se desempeña la docencia.

## II POSIBILIDADES DE CONTRATACIÓN DE DOCENTES EN CUANTO A JORNADA DE TRABAJO.

Uno de los aspectos a los que se contrae la autonomía universitaria tiene que ver con la selección y vinculación de docentes, como también con el régimen de docentes (art. 29 L. 30 de 1.992 literales e y f).

La vinculación de docentes, de conformidad con el ya transcrito art. 106 de la Ley 30/92, en cuanto a la jornada laboral, corresponderá a las siguientes posibilidades, para lo cual deberá armonizarse ésta norma con la preceptiva de los arts. 71 y s.s. de la Ley, por cuanto la misma Corte Constitucional en la ya

comentada sentencia C-517 de 1.999 señaló:

"El objetivo constitucional que propugna la "igualdad de oportunidad para los trabajadores" (C.P. art. 53) se opone a que la naturaleza jurídica o las características particulares del patrono, constituyan justa causa para que se establezcan tratos diferentes o desiguales que vayan en detrimento de ciertos grupos de trabajadores".

Y si ello es así, el régimen de docente de cada Universidad, podrá definir dentro de su autonomía, si adopta el esquema de:

- dedicación exclusiva
- tiempo completo
- medio tiempo
- hora cátedra
- ocasionales

Pretender que necesariamente los docentes de las Universidades Privadas deben acoger esta clasificación y el escalafón que determina el artículo 76 de la Ley para las Universidades del Estado, implicaría en mi sentir violentar los mismos principios de autonomía que la Ley determina—entre otros aspectos— con relación al régimen de docentes, obligando a los entes privados de educación superior a sujetarse a las regulaciones para las universidades estatales, con lo cual en la práctica sería inoperante la autonomía o al menos el desarrollo legal conduciría a la equivocidad con referencia al principio constitucional.

En consecuencia, considero que al interior de la Universidad, por virtud de la autonomía universitaria cada entidad podrá establecer el régimen de docentes que considere conveniente para el desarrollo de los fines y propósitos derivados de su misión y visión institucional. Este régimen determinará la carga académica para los diferentes tipos de vinculación y los derechos y obligaciones que son propios de cada una de las categorías que se establezcan.

Pero existe un aspecto de interés: la actividad docente universitaria incorpora con referencia al docente un sentido ético (que alude también a lo axiológico y estético); aptitudes y conocimientos pedagógicos necesarios para saber transmitir conocimientos; espíritu crítico a fin de que se llegue mediante la razón a unas posibles verdades alejadas en todo el proceso formativo de lo dogmático; permanente actualización de conocimientos en procura de su posible verdad. Es en suma, un hito sustancial de la actividad educadora, así se quiera minimi-

zar su acción con la perspectiva de convertirlo en "facilitador" de conocimiento.

Si ello es así, la prestación de su servicio "que suponen un alto grado de vinculación con los intereses del patrono" (C. Const. Sent. C-52 nov. 21/94), y justamente en el caso de los educadores habrá identificación con la misión y visión del establecimiento, las que le corresponde hacer tangibles a partir del ejercicio de una actividad que se hace con cierta libertad a nombre de su empleador (Lo anterior siguiendo en pensamiento de la C. S. J. Sent. Julio 27/53).

En conclusión, se trata de un trabajador de confianza, que se podría entender excluido de la regulación sobre jornada máxima legal, con las salvedades que sobre esta materia ha venido incorporando la Corte Constitucional, uno de cuyos ejemplos es la sentencia C-372 de julio 11 de 1.998, que busca evitar situaciones de abuso en las actividades exceptuadas .

### III. DE LA RETRIBUCIÓN DE LA ACTIVIDAD DE LOS DOCENTES :

La retribución incorpora, en los eventos de contratos laborales, varios aspectos:

1. El salario o retribución directa del servicio, algunos de cuyos factores podrían por acuerdo entre las partes ser excluidos como base de cómputo para prestaciones, indemnizaciones y seguridad social (Cfr. Arts. 14 y 15 Ley 50/90).
2. El salario indirecto
3. El salario extraordinario

La legislación contempla un salario mínimo legal especial para los educadores, igual "al valor de cómputo -hora resultante del valor total de ocho (8) salarios mínimos divididos por el número de horas laborables", como dice el tantas veces citado artículo 106 del al Ley 30.

Pero, aparentemente fácil de entender éste precepto, se plantea un primer interrogante:

- a) ¿Qué sucede en el caso de los horarios nocturnos ?  
La referencia al salario mínimo especial está dada con relación al salario mínimo legal.- Este, a su vez, está definido legalmente como «el que todo

trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural» (art. 145 CST).

No hace referencia este valor mínimo a si se trata de jornada diurna o nocturna, aspecto que podría determinar una posible doble interpretación: el salario mínimo legal puede corresponder a jornada diurna o nocturna, porque donde la ley no distingue no puede el intérprete hacer esas distinciones, y - por otra parte - la de que el salario mínimo legal debe entenderse referido a salarios diurnos, por cuanto de no interpretarse la norma en esa forma resultaría inoperante el incremento por nocturnidad.- La hermenéutica de la norma conforme con la segunda proposición, es la que a mi juicio se ajusta a derecho, entre otras cosas por obedecer al principio constitucional de la interpretación mas favorable al trabajador, razón por la cual la conclusión es la de que para horas - cátedra de 60 minutos dictadas en el horario nocturno, debe operar el recargo de ley del 35% sobre el valor del salario diurno, de acuerdo con las voces del artículo 24 de la Ley 50 de 1990.

En el evento de que la jornada sea mixta (parte diurna y parte nocturna) deberá hacerse la diferenciación en el valor de la hora o en la diferencia de intensidad de ella.

Por otra parte, el hecho de que se trate de una actividad de confianza no exonera el pago del recargo por nocturnidad.

- b) Un segundo problema es el derivado de la referencia legal del salario mínimo a jornadas de 48 horas a la semana y la proporcionalidad a jornadas menores.- Entonces la pregunta obligada es: el valor de la hora - cátedra se debe ajustar a las 48 horas a la semana y su proporcionalidad ? . O, la referencia legal es independiente de esa proporcionalidad?. La solución interpretativa, es a mi juicio, la que corresponde al principio de favorabilidad para los trabajadores, que deberá efectuarse respecto del caso concreto de cada Universidad y la forma como en sus estatutos haya resuelto el problema del horario de trabajo y el «número de horas laborables mes».
- c) Para el caso especial de los contratos hora cátedra o de medios tiempos, surgiría un tercer aspecto : el valor mínimo de la hora - cátedra docente, incorpora o no el recargo por dominicales a que alude el artículo 173 del C.S.T. , esto es que en el evento de que «la jornada laboral convenida por

las partes, en días u horas, no implique la prestación de servicios en todos los días de la semana, el trabajador tendrá derecho a la remuneración del descanso dominical en proporción al tiempo trabajado».

Ciertamente la redacción del artículo 106 de la Ley 30 de 1992, no es la más clara (como se ha afirmado) y a mi juicio la única interpretación válida es la de que el salario mínimo para los docentes de la educación superior, si contempla éste recargo, en la medida en que la norma determina que «no podrá ser inferior al valor cómputo hora resultante del valor de ocho salario mínimos, divididos por el número de horas laborables - mes », y dentro de este valor se entiende incorporado el recargo aludido.

#### **IV - PRESTACIONES A FAVOR DE LOS DOCENTES CON CONTRATO DE TRABAJO Y A CARGO DEL EMPLEADOR, SEGURIDAD SOCIAL Y CARGAS PARAFISCALES :**

Sobre esta materia no existe duda alguna que el empleador, en este caso la Universidad, debe pagar los costos adicionales propios de los contratos de trabajo relacionados con prestaciones sociales y cargas parafiscales.

Es cierto que estos valores adicionales generan un sobre - costo económico para las entidades, respecto del cual bien podría (como recurso enmarcado dentro de la legalidad) buscarse una menor incidencia, para cuyo efecto el salario se podría cancelar utilizando una forma mixta, pactada en el contrato de trabajo, así:

- a) Una suma en dinero que recibiría el trabajador, y
- b) Un valor adicional que corresponda por lo menos al salario mínimo legal para profesores universitarios, cancelado bajo la forma de beneficios de compensación o con cualquiera otra denominación que se ajuste a lo preceptuado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, en la forma como este canon ha sido entendido por la Corte Suprema de Justicia, vale decir : pagos que de acuerdo con su naturaleza jurídica y por retribuir directamente un servicio son salario pero que «pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc...)» (C.S.J - Sala casación Laboral- Sent. Febrero 12 de 1993).

Esta forma permitiría entonces rebajar costos salariales, que tienen suficiente sustento legal, no sólo en la norma ya enunciada sino en el artículo 17 de la Ley 344 de 1996, que establece:

Por efecto de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, se entiende que los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y los pagos por auxilio de transporte, no hacen parte de la base para liquidar los aportes con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, régimen del subsidio familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas por la Ley 100 de 1993.

Una acotación final debe hacerse en lo relacionado con el pago de Seguridad Social, en los casos de profesores por hora cátedra, contratos a término fijo (por la duración del semestre o año académico) o contratos por labor determinada referida a la duración del semestre o año académico.

El artículo 284 de la Ley 100 de 1993, ordena:

Los profesores de establecimientos particulares de enseñanza cuyo contrato de trabajo se entienda celebrado por el periodo escolar, tendrán derecho a que el trabajador efectúe los aportes al sistema de seguridad social integral por la totalidad del periodo calendario respectivo, que corresponda al periodo escolar para el cual se contrate.

Al analizar esta norma habrá de entenderse que las cotizaciones aluden a los regímenes de salud y pensiones, excluyendo la parte relativa a riesgos profesionales, por la sencilla razón de que si obedece a periodos de no escolaridad estos riesgos no se causan.

Ha de agregarse que sobre este tema, al establecer la regulación sobre cotizaciones, el Decreto 806 de 1998 en su artículo 69 reiteró el mismo principio, pero aludiendo sólo a cotizaciones en salud «aún en el evento de que el periodo escolar sea inferior al semestre o año calendario».

La omisión del decreto citado en cuanto a pensiones, no puede entenderse como modificadorio de la Ley 100 de 1993 en ese aspecto, en la medida que se trata de un decreto «por el cual se reglamenta la afiliación al régimen de seguri-

dad social en salud» y adicionalmente porque un decreto reglamentario no puede modificar la ley.-

**V. AUXILIO DE TRANSPORTE Y DOTACIÓN PARA DOCENTES :**

El problema se presenta con referencia a quienes pudieran ser contratados con la modalidad hora - cátedra.

Sobre este tema cabrían dos posibles interpretaciones :

Una primera exegética, conforme con la cual el equivalente de retribución hasta por dos salarios mínimos legales, sin importar la jornada origina el derecho a auxilio de transporte o dotación (según el caso).

Otra segunda, sociológica, que tendrá en cuenta que el sentido de la creación de este derecho estaba destinado a preservar a los trabajadores de salario bajo en cuanto a la preservación del valor de su salario, debiendo asumir su empleador los costos de transporte al y del trabajo, y para el caso de la dotación se quiso que el desgaste de la ropa del trabajador ocasionado por el trabajo lo asumiese el empleador a mas de que en su momento se invocaron razones de cambios de patrones culturales y de higiene y adicionalmente que cuando se hace referencia al salario mínimo legal o su equivalencia, deben incorporarse los principios que lo rigen, dentro de los cuales está el de su referencia a jornada de trabajo de 8 horas diarias y 48 horas a la semana.

Considero una interpretación sociológica la adecuada, por las razones expuestas e incluso por cuanto sería denigrante para un profesor hora cátedra (quien generalmente asiste a sus clases por vocación y convicción mas no por salario) que se le diera el auxilio de transporte o se le suministraran bata y zapatos de suelo de caucho antideslizante .

Otra solución posible, es la de concentrar , en lo posible , horas cátedras cuyo valor sobrepase los dos salarios mínimos legales mensuales. Pero considero que sería llegar al exceso.

**VI. PROYECCIONES DE LA SENTENCIA PARA EL CASO DE CONTRATACIONES DE DOCENTES PARA PROGRAMAS DE POSGRADO:**

El fallo que ha dado origen a este estudio no alude en forma alguna a diplomados, posgrados, maestrías y doctorados.

Hay quienes expresan que por el fallo no aludir a ellos, no se les son aplicables las consecuencias que del mismo se derivan.

Disiento de esa interpretación: El fallo se sustenta en principios de orden constitucional, y emerge de manera nítida el relacionado con el contrato de trabajo como contrato realidad.

Entonces, si se dan las condiciones subordinantes para la universidad con referencia al docente, si se trata de una actividad docente de cierta continuidad, esto es no corresponden a «un servicio temporal y especializado» como en el caso de conferencistas y panelistas, se estará frente a un contrato de trabajo, por lo que la organización de estos programas deberán tener en cuenta las argumentaciones dadas por la H. Corte Constitucional.