

El carácter salarial de la bonificación judicial contemplada en los decretos 382 y 383 de 2013.*

Luego de un largo y penoso cese de actividades judiciales por los servidores tanto de la Rama Judicial como de la Fiscalía General de la Nación se expidió por el Gobierno Nacional los decretos 382¹ y 383² de 2013. Con ello se pretendía dar respuesta al clamor de la justicia (incluida la Justicia Penal Militar), que reivindicaba una adecuada nivelación salarial que hiciera más digno el servicio público que prestaban a la comunidad.

Ambos decretos crearon una bonificación en los siguientes términos:

“ Créase para los servidores...una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

Pese que anualmente se expide un decreto en el que se ajusta el monto de la bonificación judicial, ella ha permanecido inalterada en cuanto a sus efectos no salariales y solo se le ha reconocido una incidencia en el sistema general de pensiones y a la seguridad social en salud.

Esta aplicación indiscriminada de los decretos 0382 y 0383 del 2013 y sus decretos modificatorios por las distintas autoridades, ignorando por supuesto, el carácter salarial de la bonificación judicial, vienen desconociendo palmariamente la Constitución Política. La aplicación simplemente mecánica de las disposiciones que contemplan la bonificación judicial, afecta de manera directa los ingresos de los servidores públicos y lo pone en un plano de desigualdad con los demás servidores de la administración pública.

¹ Este decreto, ha sido modificado anualmente por los decretos 002 de 2014, 1270 de 2015, 247 de 2016, 1015 de 2017 y 341 de 2018, conservando por supuesto, su misma redacción.

² Este decreto, ha sido modificado anualmente por los decretos 1269 de 2015, 0246 de 2016 1014 de 2017 y 340 de 2018, conservando su redacción.

La actitud del Gobierno Nacional cuando ha venido expidiendo año a año los respectivos decretos modificatorios y su ciega aplicación por la Rama Judicial, Fiscalía General de la Nación y Ministerio de Defensa, permiten calificarla de abiertamente inequitativa y carente de razonabilidad. Ello en virtud del desconocimiento de los principios de igualdad, garantía de mínimo vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo y primacía de la realidad sobre la formalidad.

En aplicación del artículo 150 de la Constitución Nacional, el Congreso de la República expidió la Ley 4a de 1992, por medio de la cual:

"(...) se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y j) de la Constitución Política".

De otra parte, el artículo 2 de la Ley 4º. de 1992 fijó los objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debía acoger al momento de fijar el régimen salarial y prestacional de los funcionarios enumerados en el artículo 1º) de la mencionada norma, así:

"ARTÍCULO 2o. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

*"a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. **En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales (subrayas y resaltos nuestros)***

Y es a partir de ese marco legal, que el mismo gobierno expide los Decretos 383 y 383 de 2103.

Pero si bien en ejercicio de la potestad reglamentaria que le concedió la ley 4º. de 1992, el Gobierno Nacional podía crear una bonificación judicial, lo cierto, es que con ello

no podía desconocer el artículo 53 de la C. Pol.³, que contempla como principios **“ la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”**.

Tampoco podía desconocer el Gobierno Nacional el artículo 25 de la C. Pol.⁴, que prescribe como elemento esencial a la remuneración la justicia, porque precisamente, el ignorar el carácter salarial a una prestación habitual y periódica, termina por desmejorar la situación del trabajador.

El referido artículo 53 de la C. Pol. señaló la importancia de los tratados internacionales en material laboral como parte integrante del bloque de constitucionalidad; **"Los convenios internacionales del trabajo, previamente ratificados y aceptados en debida forma, serán parte de la legislación interna"**.

Y si nos remitimos a los tratados internacionales y convenios sobre derechos del trabajador, se tiene el **Convenio sobre la Protección del Salario (Convenio, núm. 95, 1949)**, adoptado en Ginebra en la 3T reunión CIT, que tuvo su entrada en vigor el 24 de septiembre de 1952, ratificado por Colombia el 7 de junio de 1963 a través de la Ley 54 de

³ **Artículo 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; **irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales**; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. **Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.**

⁴ **Artículo 25.** El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. **Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.**

1962 y que dispuso cómo "el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo...",⁵.

Resulta también oportuno invocar el Decreto 1042 de 1978 en su artículo 42º., en tanto, indica lo que históricamente ha caracterizado un ingreso como factor salarial y es su habitualidad y periodicidad:

Artículo 42. De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

La anterior disposición se encuentra a tono con nuestra legislación laboral, que en el artículo 14 de la ley 50 de 1990, define el salario como

“ no sólo la remuneración ordinaria fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”.

Por su parte, el artículo 15 de la misma codificación define qué no es salario:

“Pagos que no constituyen salario. 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, excedente 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

⁵ **Art. 1º.** A los efectos del presente convenio el término “ salario” significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”.

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.

Es decir, no puede configurar salario todas aquellas sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador, supuesto que lejos está de caracterizar a la bonificación judicial, porque esta se cancela de manera periódica y no como un acto de mera liberalidad, sino como contraprestación por el servicio prestado.

Así las cosas, constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que *recibe* el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, **bonificaciones habituales**, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas o comisiones, postura que no solo ha sido positivizada de lege data, sino a nivel jurisprudencial⁶.

Y es la misma Sección segunda, quien al revisar la legalidad del artículo 4 del Decreto 1268 de 1999, consideró que la expresión “*no constituye factor salarial*”, referida a la prima de dirección cancelada a los servidores que desempeñaban cargos directivos en las Jefaturas de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, adolecía de nulidad. Ello al tener como referente las disposiciones previstas en los artículos

⁶ Corte Constitucional Sentencia C-710 de 1996; Sentencia SU-995 de 2009. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación laboral. Sentencias Sentencia 8269 del 25 de junio de 1996; sentencia del 22 de marzo de 1988; Sentencia del 07 de junio de 1989; Sentencia del 27 de abril de 1993; Sentencia del 26 de mayo de 1993; Sentencia del 16 de noviembre de 1995; Sentencia del 15 de marzo de 2017. Por su parte, el Consejo de Estado ha conservado la misma línea hermenéutica; Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1393 del 18 de junio de 2002. M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce; Sección segunda. Subsección B.; Sentencia del 07 de diciembre de 2006. C.P. Jesús María Lemos. Rad. 2000-3609-01.; Sección segunda. Sentencia del 08 de abril de 2010. C. P. Gerardo Arenas Monsalve. Rad. 2008-1026-01; Sección segunda. Sentencia del 01 de agosto de 2013. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Rad. 2008-00150-01; Sección Segunda. Sentencia del 06 de julio de 2015. C. P. Luis Rafael Vergara Quintero; Sección cuarta. Sentencia del 17 de marzo de 2016; Sección segunda. Sentencia del 02 de febrero de 2017.

22 Nral. 2º., 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en tanto con dichas disposiciones, fuerza concluir, que la naturaleza salarial de un pago deriva de la retribución directa por los servicios del trabajador que no sea ocasional.

“ En este orden, precisa la Sala que según la RAE, el concepto de remunerativo conduce la palabra remunerar, la cual significa:

- “1. tr. Recompensar, premiar, galardonar.
- 2. tr. **retribuir** (l recompensar o pagar).
- 3. tr. Dicho de una actividad: Producir ganancia.”

A su vez el vocablo retribuir significa “recompensar o pagar un servicio, favor”.

Como se lee, la expresión remunerativo lleva implícita la noción de pago, que en el campo laboral, se generaría como consecuencia de un servicio prestado.

(...)

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 18 de julio de 2002, consideró sobre el concepto de salario que:

“El salario “... aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador...”. En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo (subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) “constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.” En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que “además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.”

Igualmente, la Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 7 de diciembre de 2006 manifestó que **“por salario debe entenderse no sólo la remuneración básica mensual sino todo lo que el empleado percibe por concepto de salario, en otras palabras, todo lo que devengue periódicamente como retribución de sus servicios.”**

En el mismo sentido en la sentencia del 1 de agosto de 2013, esta Sección estableció que para efectos pensionales, la prima de riesgo que perciben los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, tiene carácter salarial, en los siguientes términos:

Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación, **ha entendido por salario la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.**

Bajo estos supuestos, ha de decirse que **todas las sumas que de manera habitual y periódica perciba el trabajador, son factores que integran el salario** que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de cotización y liquidación de una prestación pensional.”

En jurisprudencia más reciente se reiteró este criterio sobre la noción de salario, así, en la sentencia del 6 de julio de 2015:

“Y es que ha sido reiterativa la postura que esta Corporación ha tenido respecto del artículo 127 del C.S.T. en el sentido de que "Constituye salario no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la denominación que se adopte...". Bajo ese entendido, el mentado “incentivo” que acá se analiza no tiene causa distinta a la del servicio que presta el funcionario e indudablemente es factor salarial, lo que hace forzoso concluir que restarle esa categorización a dicho emolumento y despojar ese porcentaje del salario, sería tanto como desmejorar en sus condiciones laborales a los servidores que devengan tal suma de dinero sin que la misma haga parte del salario.

Por ello, el “incentivo” en mención, es ni más ni menos que una parte de salario que **se da por retribución del servicio y no una prestación social a título de complemento para satisfacer las necesidades del empleado o su familia, por lo que necesariamente ha de formar parte de la asignación mensual que devengan los empleados de planta de la DIAN, so pena de estar desmejorándolos en sus condiciones laborales.**”

Como viene de exponerse, constituye un criterio de esta Sección, que la naturaleza salarial de un pago se deriva de la retribución directa por los servicios del trabajador que no sea ocasional.

En el caso bajo análisis, el Gobierno Nacional dispuso que la prima de dirección prevista en el artículo 4 del Decreto 1268 de 1999, no constituye factor salarial; sin embargo, la Sala resalta, que esta prima es una retribución económica que se reconoce a los servidores de la contribución, por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas.

Se trata de un pago como retribución de la prestación del servicio, esto es, que remunera de forma periódica el ejercicio de las funciones de los servidores que hayan sido designados en las jefaturas de la entidad. De acuerdo con el artículo 61 del Decreto 1072 de 1999, una de las situaciones administrativas en las que pueden encontrarse los servidores públicos de la contribución es la “designación de jefatura”, situación administrativa por medio de la cual, los servidores públicos de la contribución del Sistema Específico de Carrera en la DIAN, desempeñan las funciones de dirección, coordinación, supervisión y control de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y de las diferentes dependencias en que se encuentra organizada dicha Entidad

Constituye una suma establecida en favor del servidor de la contribución como retribución directa por sus servicios, lo cual, la convierte en habitual y periódica.

En este orden de ideas y en atención al precedente que se expuso anteriormente, concluye la Sala que la prima de dirección es factor salarial, de modo que la expresión “no constituye factor salarial”, está viciada de nulidad por desconocer el concepto de salario en los términos señalados⁷.

En conclusión, las facultades concedidas por el legislador al Gobierno, mediante la ley 4 de 1992 para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos no son

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 19 de febrero de 2018. C. P. Cesar Palomino Cortes. Rad. 2011-00167-00

absolutas, gozan de cierta relatividad⁸. Lo anterior significa, que el Gobierno debe respetar los postulados constitucionales, entre ellos, lo señalado en el artículo 25 y 53 de la C. Pol., que prohíben desfavorecer la condición del empleado.

Ese desfavorecimiento viene dado por el desconocimiento por parte del Gobierno al expedir el Decreto 382 de 2013 y subsiguientes, respecto a la definición que de salario contempla la Ley 54 de 1962 en su artículo 1º. En consonancia con lo dispuesto por el Código Sustantivo del Trabajo en sus artículos 127 y 128, con los cuales, se da por descontado que todo lo que reciba el trabajador como contraprestación directa por su servicio hace parte del salario, además si éstas son habituales y no ocasionales. El pago de la bonificación judicial goza de las dos características señaladas y por lo mismo, que deba reconocérsele el carácter salarial, por supuesto, con incidencia en el pago de todos los emolumentos. Pese a ello, el Gobierno Nacional no le dio esa connotación a la bonificación judicial. Circunstancia que permite acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa en procura de dicho reconocimiento, invocando por supuesto, la excepción de aplicabilidad por inconstitucionalidad de las disposiciones.

**Artículo elaborado por Estudio jurídico Pérez & Asoc.*

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-521 de 1995.