



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Conjuez Ponente: Carmenza Mejía Martínez

Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Número Único. 2441

No. Radicación: 11001-03-06-000-2019-00214-00

Sujeto que formula la consulta: Departamento Administrativo de la Función Pública

Referencia: Solicitud concepto Decreto 383 de 2013 bonificación judicial y Decreto 610 de 1998 bonificación por compensación y artículo 14 de la Ley 4ª de 1992

El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, por solicitud del Director Ejecutivo del Consejo Superior de la Judicatura, formula la siguiente Consulta, de la cual conoce esta Sala de Conjueces:

“El artículo 14 de la ley 4 de 1992 establece que "la prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la fiscalía general de la nación con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio, harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecidas por la ley".

“Adicionalmente, el artículo 1 de la ley 332 de 1996 frente a la prima especial establecida en el artículo 14 de la ley 4 de 1992 aclara que es "para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecidas por la ley.

“La anterior prima con las mismas limitaciones, también se aplicará a los Magistrados auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional y Magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación.

“Así mismo el artículo 1 del decreto 383 de 2013, crea la bonificación judicial en los siguientes términos: "créase para los servidores de la rama judicial y de la justicia penal militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por

el decreto 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, 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.(...) "

"De igual forma el artículo primero del decreto 610 de 1998 establece la bonificación por compensación así: "créase para los funcionarios enunciados en el artículo 2 del presente decreto una bonificación por compensación con carácter permanente que sumado a la prima especial de servicios y a los demás ingresos laborales actuales iguales al 60% de los ingresos laborales que por todo concepto perciben los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura.

"La bonificación por compensación solo constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes en los mismos términos de la prima especial de servicios de los magistrados de las altas Cortes.

"De los artículos 14 de la ley 4 de 1992, 1 del decreto 383 de 2013 y 1 del decreto 610 de 1998, se desprende que la prima especial, la bonificación judicial y la unificación por compensación se reconocen mensualmente y constituyen únicamente factor salarial para la base de cotización de pensiones al sistema general de seguridad social en salud sin incluir las demás prestaciones sociales.

"Por lo tanto a los servidores públicos de la rama judicial mientras presten sus servicios se les reconoce el pago de sus vacaciones junto con la bonificación judicial, la bonificación por compensación y la prima especial de servicios mensual según corresponda.

"Además, a los servidores públicos de la rama judicial se les viene liquidando los conceptos de bonificación judicial, bonificación por compensación y prima especial de Servicios al momento de efectuar el pago de sus vacaciones cuando salen a disfrutar de las mismas no obstante en los eventos en que se retiran de servicio de la manera definitiva y no han disfrutado las vacaciones surge la inquietud si con la compensación de vacaciones se deben liquidar los citados conceptos o si solo se deben reconocer el valor del descanso remunerado.

"Como consecuencia de lo anterior se consulta.

"Cuando un servidor público se desvincula la entidad se liquidan y reconocen los elementos salariales y prestacionales causados y no reconocidos se pregunta si en la liquidación se debe realizar el pago de la bonificación por compensación o la bonificación judicial y la prima contemplada en el artículo 14 de la ley cuarta de 1992 o solo se debe liquidar el tiempo descanso remunerado sin las bonificaciones ni la prima especial en forma proporcional por los días de vacaciones que se compensan.

El posible impacto que podría generarse por las interpretaciones de la norma y en aras de contar con un lineamiento sobre la situación expuesta agradecemos la atención prestada la presente consulta."

Previo a rendir el concepto solicitado, la Sala observa que la consulta se refiere específicamente a los servidores públicos de la Rama Judicial, destinatarios de la prima especial del art. 14 de la Ley 4a de 1992, de la bonificación por compensación del Decreto 383 de 2013 y de la bonificación judicial de que trata el Decreto 610 de 1998, razón por la cual el alcance del presente Concepto se circunscribe a absolver los interrogantes planteados en relación únicamente con dichos funcionarios.

Marco normativo

En el marco de la Constitución Política de 1991, la competencia para regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos está establecida de manera concurrente entre el legislador y el Gobierno Nacional.

De conformidad con el artículo 150, numeral 19, literales e. y f. de la Constitución Política, al Congreso le corresponde hacer las leyes y dictar las normas generales en las cuales señale los objetivos y criterios a los que debe sujetarse el Gobierno (num.19) para efectos, entre ellos, de *“Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública”* (literal e.) y para *“Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales”* (literal f.).

Con fundamento en este precepto constitucional, fue expedida la **ley 4ª de 1992** por la cual se dispuso que corresponde al Gobierno fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos.

Esta ley establece el marco general dentro del cual el Gobierno Nacional debe ejercer la competencia que le ha sido asignada, para efectos de fijar los salarios y prestaciones sociales de los empleados públicos, entre ellos los de la rama judicial¹, con observancia de las normas, objetivos y criterios señalados en ella.

En lo relativo al tema de consulta, el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 dispuso en los siguientes términos que el Gobierno Nacional establecería una prima especial, sin carácter salarial, con efectos a partir del 1º de enero de 1993:

ARTÍCULO 14. *El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por*

¹ “Los empleados públicos fueron clasificados por la misma ley 4a de 1992 entre magistrados que son los que ejercen jurisdicción o autoridad, los simples funcionarios públicos que cumplen funciones en calidad de empleados sin autoridad o jurisdicción y los meros oficiales públicos que ejercen funciones que cualquiera pudiese desempeñar aún sin tener la calidad de empleado” Sentencia de la Corte Constitucional C-681-2003

la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

PARÁGRAFO. *Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad.*

La expresión “sin carácter salarial” del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-279-96², bajo la consideración que:

“el Legislador conserva una cierta libertad para establecer, qué componentes constituyen o no salario; así como definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución. El considerar que los pagos por primas técnicas y especial no constituyen factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido con la comunidad internacional”

Posteriormente en la **ley 332 de 1996** se señala que esta prima especial del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, **hace parte del ingreso base pero únicamente para efectos de la pensión de jubilación**, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con excepción de quienes se hubieran acogido a la escala salarial del Decreto 53 de 1993, y con las mismas limitaciones extendió su aplicación a los Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, a los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación, y a los Magistrados de los extintos Tribunal Nacional y Tribunal Disciplinario, así:

Ley 332 de 1996. Artículo 1o.- *La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4a. de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecidas por la ley.*

² De 24 de junio de 1996. Magistrado Ponente: Hugo Palacios Mejía. Mediante Sentencia C-052-99 de 3 de febrero de 1999, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz, la Corte Constitucional declaró estese a lo resuelto en la Sentencia C-279-96 que declaró EXEQUIBLE la expresión: 'sin carácter salarial', contenida en los artículos 14 y 15 de la ley 4 de 1992.

La anterior prima con las mismas limitaciones, también se aplicará a los Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional, y Magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación.

Este beneficio quedó consagrado tanto para quienes se jubilen en el futuro como para quienes teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio, con la excepción prevista en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, atinente a quienes opten por la escala salarial de la Fiscalía General de la Nación (Decreto 53/93).

El artículo 1º de la Ley 332 de 1996 es aclarado, a su vez, por la Ley 476 de 1998, en el sentido de que la excepción establecida en la Ley 4a. de 1992, no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se hubieran acogido a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993³ y posteriores, y se dispone además que, con las mismas limitaciones, la prima aplica para otros funcionarios, según el siguiente texto:

Ley 476 de 1998. Artículo 1º. *“Aclárase el artículo 1o. de la Ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4a. de 1992, no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularon con posterioridad a dicho decreto. En consecuencia, para estos servidores, la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 6o. del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo adicionan, tendrá carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación.”*

Luego de haber sido declarada exequible la expresión “**sin carácter salarial**” de los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, mediante Sentencia C-279 de 1996 del 24 de junio de 1996, seis meses después se promulga la Ley 332 de 1996⁴ según la cual, como se indicó, la prima especial **hace parte del ingreso base** de los funcionarios señalados en el artículo 14 de la Ley 4a de 1992, aunque solo para la liquidación de la pensión de jubilación.

La norma no se refirió, en cambio, a los destinatarios de la prima establecida con igual naturaleza en el artículo 15 de la misma ley 4ª de 1992⁵, lo que implicó que

³ Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación

⁴ Promulgada el 19 de diciembre de 1996

⁵ **Ley 4ª de 1992. Artículo 15.-** Los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Registrador Nacional del Estado Civil tendrán una prima especial de servicios, sin carácter salarial, que sumada a los demás ingresos laborales, igualen a los percibidos en su totalidad, por los miembros del congreso, sin que en ningún caso los

para estos últimos la prima mantenía incólume su carácter no salarial, mientras que para los relacionados en el artículo 14 la prima entraba a ser parte del ingreso base para efectos de las cotizaciones y de la liquidación de la pensión de jubilación.

Esto dio paso a una nueva demanda de constitucionalidad de la expresión “sin carácter salarial” que permanecía vigente en el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, respecto de la prima especial para los Magistrados de las Altas Cortes y los funcionarios de altos cargos allí mencionados.

La Corte Constitucional abordó el estudio de constitucionalidad bajo la consideración de que la pretensión de la demanda en esta ocasión era la de restablecer la igualdad entre los beneficios consagrados en los artículos 14 y 15 de la ley 4ª de 1992, “principio que se rompió con la entrada en vigencia de la ley 332 de diciembre de 1996 que levanta el carácter no salarial al artículo 14 y lo conserva en el artículo 15.” (Sentencia C-681/2003)

La Corte encontró, en efecto, que con la modificación introducida al artículo 14 por la ley 332 de 1996 se había roto la equivalencia entre las dos disposiciones, equilibrio que *“garantizaba el principio de igualdad al cual la Corte le aplicó el test de razonabilidad en su oportunidad para declararlo exequible”*.

Ciertamente, la sentencia 279 de 1996 que había declarado en su momento la exequibilidad de la expresión “sin carácter salarial”, contenida tanto en el artículo 14 como en el 15 de la Ley 4ª de 1992, había tenido como fundamento la consideración de que con tales normas se respetaba el principio de igualdad en la fijación de los salarios de los empleados públicos y se mantenía la proporcionalidad y demás principios orientadores de la misma ley 4ª de 1992

Con la promulgación de la Ley 332 de 1996, la Corte Constitucional (C-681/2003) observa, en cambio, que al otorgar carácter salarial a la prima especial únicamente para los funcionarios mencionados en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, el efecto jurídico es el de haber roto el equilibrio y la proporcionalidad en la escala de remuneración de los dos niveles de jerarquía puesto que, mientras para los beneficiarios relacionados en el artículo 14 la prima se incluye con connotación salarial para cotizar y liquidar la pensión de jubilación, para los funcionarios de alto rango referidos en el artículo 15 estaría excluida como factor salarial para todos los efectos.

En cuanto a si se trataba de una inexecutable sobreviniente del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, la Corte afirmó que no se hallaba configurada pues solo se aplica *“a los efectos que genera el tránsito de una Constitución a otra y una reforma constitucional en relación con la constitucionalidad de las leyes preexistentes.”*

supere. El Gobierno podrá fijar la misma prima para los ministros de despacho, los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública.

“Estos efectos son claros en el caso de la Constitución porque la Carta Fundamental tiene efectos reformativos y derogatorios de la ley preexistente, y esos efectos se producen de manera directa e inmediata. Pero en el caso que comentamos, cuando se trata de una ley que genera la inconstitucionalidad de otra ley, por la igualdad de valor y de efectos de las leyes y el lugar que ocupan en la jerarquía de la estructura jurídica frente a la Constitución, no es posible pensar que dicha inconstitucionalidad pueda producir los mismos efectos que la Carta Política. Es necesario, en consecuencia, que el Ente rector del control constitucional sea quien determine cuál de las normas es inconstitucional y decrete los efectos de la misma. Se descarta entonces la posibilidad de efectos derogatorios o transformadores inmediatos de la inconstitucionalidad de normas generada por la emisión de normas posteriores.”

En las consideraciones de la sentencia C-681/2003 se dijo textualmente que por virtud de la modificación introducida por la Ley 332 de 1996 se *“eliminó el carácter no salarial de la prima para los funcionarios beneficiarios del artículo 14.”*

Y agregó:

*“En la lectura formal de la ley 332 de 1996 y de sus efectos jurídicos, encontramos la siguiente situación... **Al otorgar el carácter salarial a la prima especial de servicios**, los funcionarios del artículo 14 pueden cotizar sobre la prima para obtener la pensión de jubilación con el 75% del salario real. No sucede lo mismo con la conservación de la expresión sin carácter salarial en el artículo 15 por cuanto si solo se toman en cuenta los factores salariales contemplados en los sucesivos decretos que anualmente dicta el gobierno para establecer los salarios de los empleados públicos, ellos solo cotizan sobre los factores salariales de asignación básica y gastos de representación y se jubilan con el 75% de ese monto. Con el cómputo de estos factores, los magistrados de las Altas Cortes, el Procurador, el Contralor, el Defensor del Pueblo, y el Registrador General de la Nación, estos funcionarios se jubilan con el 38% de los ingresos que realmente percibieron.” (Se resalta)*

En efecto, la Ley 332 de 1996 asignó carácter salarial a la prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 para los funcionarios relacionados en dicha norma, con la excepción allí establecida, pero como *“parte del ingreso base de la cotización únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación”* de dichos servidores.

Por razón del desequilibrio que, a juicio de la Corte, derivó de la reforma introducida por el artículo 1º de la Ley 332 de 1996 al artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 *“con consecuencias claras que se manifiestan en la violación del principio de igualdad ante la ley que consagra la Constitución Política en el artículo 13”*, declaró inexecutable la expresión “sin carácter salarial” del artículo 15 y precisó, a continuación, que solo constituirá factor de salario para la cotización y liquidación de la pensión de jubilación *“de acuerdo con las normas vigentes que regulan el régimen*

prestacional de los funcionarios señalados⁶

Lo resuelto por la Corte Constitucional en el fallo C-681 de 2003 en relación con el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, reafirma el entendimiento de la Corte acerca de que la prima de que trata el artículo 14 adquirió carácter salarial, aunque únicamente para efectos de las cotizaciones y liquidación de las pensiones de jubilación de aquellos servidores y que, para restablecer la igualdad y proporcionalidad entre los funcionarios de los dos niveles, lo otorgó así mismo respecto de los señalados en el artículo 15.

De otro lado, con base en las facultades concedidas al Ejecutivo por la Ley 4ª de 1992 para establecer la prima especial de servicios en una suma que debe oscilaren el equivalente entre el 30% y el 60% del salario básico, el Gobierno expidió anualmente, a partir de 1993, los decretos por los cuales fijó a título de prima el 30% de la asignación básica.

Es así como se expidió el Decreto 51 de 1993 por el cual establece (art.9º) la prima especial, sin carácter salarial, para los servidores de la rama judicial pertenecientes al régimen antiguo u ordinario, en los siguientes términos:

"Decreto 51 de 1993. Artículo 9. Los funcionarios a que se refiere el artículo 14º de la Ley 4ª de 1992, con excepción de los señalados en el párrafo de dicho artículo, tendrán derecho a percibir a partir del 1º de enero de 1993, una prima especial, sin carácter salarial, equivalente al treinta por ciento (30%) del salario básico. La prima a que se refiere el presente artículo, es incompatible con la prima a que hace referencia el artículo 7º del presente decreto."

De igual manera, mediante el Decreto 57 de 1993 el Gobierno Nacional estableció (art. 6º) la prima especial para el régimen nuevo u optativo en los siguientes términos:

"Decreto 57 de 1993. Artículo 6. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, se considerará como Prima, sin carácter salarial, el treinta por ciento (30%) del salario básico mensual de los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, de los Jueces de la República, de los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, los Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar".

Y así se ha hecho sucesivamente mediante los decretos por los cuales el Gobierno establece el régimen salarial de los empleados de la rama judicial.

La legalidad de estos Decretos fue demandada en el sentido de determinar si con ellos se daba o no cumplimiento a lo ordenado en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992

⁶ Se refiere a los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Procurador General de la Nación, el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil y el Defensor del Pueblo

respecto de la prima especial, toda vez que se venía denominando así a lo que en realidad constituía una parte de la asignación básica del trabajador, y descontándola de esta última en una suma equivalente al 30%.

Demandada la nulidad parcial de los decretos expedidos entre 1993 y 2007, en Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado⁷, esta Corporación determinó que la alusión a que la prima especial equivale al 30% de la asignación básica debe entenderse como una referencia porcentual, solo para efectos de su equivalencia cuantitativa, más no que se entienda como parte de la asignación básica ni que deba deducirse de aquella.

Con respecto a la naturaleza del concepto “prima”, en el mencionado fallo se expresa que en sentencia del dos (2) de abril de 2009 el Consejo de Estado rectificó su jurisprudencia señalando que debe entenderse como un incremento a la remuneración del servidor público:

“(...) la noción de ‘prima’ como concepto genérico, emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican un aumento en su ingreso laboral, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un ‘plus’ en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificador.”

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, esta prima de que trata la ley 4ª de 1992 conservó identidad conceptual con aquellas del régimen anterior, entendida como un incremento en el valor del ingreso del servidor.

En tal orden de ideas, en el fallo se determinó que con los Decretos demandados el Gobierno Nacional no respetó los criterios establecidos en la Ley 4ª de 1992, en cuanto interpretó erróneamente y desarrolló indebidamente la ley, particularmente en el sentido de desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los destinatarios de la prima, en contra de los principios de progresividad y de favorabilidad de los servidores públicos.

Fue esta razón suficiente para que la Sección Segunda del Consejo de Estado⁸ declarara la nulidad de los artículos relativos a la prima especial del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, en los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional entre 1993 y 2007⁹, los cuales habían fijado en el 30 % la prima especial prevista en el artículo 14

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 29 de abril de 2014, C.P. María Carolina Rodríguez Ruiz, Expediente No. 11001-03-25-000-2007-00087-00 (N.I. 1686-07)

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 29 de abril de 2014, C.P. María Carolina Rodríguez Ruiz, Expediente No. 11001-03-25-000-2007-00087-00 (N.I. 1686-07)

⁹ “**SEGUNDO.** Declárase la nulidad, con los efectos previstos en la parte motiva de esta sentencia, de los siguientes Artículos: 9º del Decreto 51 de 1993; 9º y 10º del Decreto 54 de 1993; 6º del Decreto 57 de 1993; 9º

de la Ley 4ª de 1992, por entenderla incluida dentro del salario básico y no como un porcentaje adicional a éste último.¹⁰

Con posterioridad a ese fallo, la Sala Plena de Conjuces de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica jurisprudencia¹¹ en relación con la prima especial consagrada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.

Al referirse a la naturaleza y alcance del concepto “prima”, reafirma que se trata de un incremento en el ingreso laboral de los servidores públicos, “*no siempre de naturaleza salarial ni prestacional*”, es decir, el reconocimiento de un agregado en el ingreso del empleado con independencia de que normativamente “*sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificador*”¹²

Y reitera que para cumplir el mandato legal de la Ley 4ª de 1992, la prima especial debe adicionarse al salario y/o asignación básica, en lugar de sustraerla de esta última, de manera tal que la asignación básica se pague en un 100% para que con base en ese porcentaje se liquiden las prestaciones sociales, y no sobre el 70% como venía ocurriendo.

El fallo unifica jurisprudencia en el sentido de determinar que:

“La prima especial de servicios es un incremento del salario básico y/o asignación básica de los servidores públicos beneficiarios de esta” y ordena, en consecuencia, que “los beneficiarios tienen derecho, en los términos de esta sentencia, al reconocimiento y pago de las diferencias que por concepto de la prima resulten a su favor.”

del Decreto 104 de 1994; 6º del Decreto 106 de 1994; 9º y 10º del Decreto 107 de 1994; 10º y 11º del Decreto 26 de 1995; 7º del Decreto 43 de 1995; 9º del Decreto 47 de 1995; 9º del Decreto 34 de 1996; 10º, 12º y 14º del Decreto 35 de 1996; 6º del Decreto 36 de 1996; 9º del Decreto 47 de 1997; 9º, 11º y 13º del Decreto 56 de 1997; 6º del Decreto 76 de 1997; 6º del Decreto 64 de 1998; 9º del Decreto 65 de 1998; 9º, 11º y 13º del Decreto 67 de 1998; 9º, 11º y 13º del Decreto 37 de 1999; 9º del Decreto 43 de 1999; 6º del Decreto 44 de 1999; 9º, 11º y 13 del Decreto 2734 de 2000; 9º del Decreto 2739 de 2000; 7º del Decreto 2740 de 2000; 9º del Decreto 1474 de 2001; 7º del Decreto 1475 de 2001; 9º, 11º y 13º del Decreto 1482 de 2001; 7º del Decreto 2720 de 2001; 9º del Decreto 2724 de 2001; 9º, 11º y 13º del Decreto 2730 de 2001; 6º del Decreto 673 de 2002; 9º del Decreto 682 de 2002; 8º, 10º y 12º del Decreto 683 de 2002; 8º, 10º y 12º del Decreto 3548 de 2003; 9º del Decreto 3568 de 2003; 6º del Decreto 3569 de 2003; 8º, 10º y 12º del Decreto 4169 de 2004; 9º del Decreto 4171 de 2004; 6º del Decreto 4172 de 2004; 8º, 10º y 12º del Decreto 933 de 2005; 9 del Decreto 935 de 2005; 6º del Decreto 936 de 2005; 9º del Decreto 388 de 2006; 6 del Decreto 389 de 2006; 8º, 10º y 12º del Decreto 392 de 2006; 9º del Decreto 617 de 2007; 6º del Decreto 618 de 2007; 8º, 10º y 12º del Decreto 621 de 2007; y los Arts. 8º, 9º, y 11 del Decreto 3048 de 2007.

¹⁰ Sobre la prima especial de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, véase también sentencia Consejo de Estado, Sentencia del 12 de septiembre de 2018, C.P. Néstor Raúl Correa Henao, Expediente No. 73001233300020120018302, N.I. 3546-2015

¹¹ Sentencia de Unificación Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala Plena de Conjuces, de dos (2) de septiembre de 2019, C.P. Carmen Anaya de Castellanos, Expediente 41001-23-33-000-2016-00041-02 (2204-2018)

¹² Sentencia del Consejo de Estado - Sección Segunda del 2 de abril de 2009, expediente 11001-03-25-000- 2007-00098-00 (1831-07). actor: Luis Esmeldy Patiño López, magistrado ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Consecuente con ello, ordena que se incluya el 30% que a título de prima especial hubiera sido descontado del salario básico, para efectos de las liquidaciones de las prestaciones en todos aquellos casos en que no hubiera sido calculado como un emolumento adicional sino descontado del salario.

A juicio de esa Sala, de no hacerse así se violarían los derechos laborales de los beneficiarios de la prima especial y principios fundamentales de los servidores públicos.

Al propio tiempo, señala que

*“2. La prima especial solo constituye factor salarial para efectos de pensión de jubilación” y que los beneficiarios de esta de conformidad con el artículo 14 de 1992, tienen derecho a ella como “un incremento del salario básico y/o asignación básica, sin que en ningún caso supere el porcentaje máximo fijado por el Gobierno Nacional, atendiendo el cargo correspondiente”.*¹³

También indica en su parte resolutive que:

“5. Los demás beneficiarios de la prima especial de servicios que no estén sometidos a límite del 80%, en ningún caso su remuneración podrá superar el porcentaje máximo fijado por el Gobierno Nacional.”

Y respecto de las normas de los decretos que, con igual contenido a aquellos que se declararon nulos, fueron expedidos con posterioridad, la sentencia acoge la excepción de inconstitucionalidad con fundamento en la prevalencia del texto superior en caso de incompatibilidad entre la Constitución, la ley u otra norma jurídica¹⁴, por encontrar que se vulneraban las mínimas garantías laborales de los beneficiarios de la prima especial.

En lo relativo a la materia de Consulta esta Sala concluye:

1. Respetto de la prima especial de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992:

Corresponde a un beneficio que debe reconocerse y pagarse permanentemente en el curso de la relación laboral, como una suma adicional a la asignación o ingreso básico y, en segundo lugar, que de conformidad con el artículo 1º de la Ley 332 de

¹³ En igual sentido resolvió el Consejo de Estado respecto del reconocimiento de la prima especial del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 a aquellos Fiscales y empleados públicos de la Fiscalía que se acogieron al régimen salarial del Decreto 53 de 1993 o que se vincularon de manera posterior a la entidad, y que en consecuencia tienen derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales sobre el 100% de su salario o asignación básica, es decir con inclusión del 30% que había sido excluido a título de prima especial. Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Unificación, Expediente No. 73001-23-33-000-2017-00568-01(5472-18) SUJ-023-CE-S2-2020 de 1 de agosto 2020, C.P. Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba

¹⁴ **Constitución Política. Artículo 4.** La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. (...).

1996 a esta prima especial se le atribuyó naturaleza salarial pero únicamente *“para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecidas por la ley.”*

Así las cosas, por carecer de naturaleza salarial, la prima especial de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, modificado por el artículo 1º de la Ley 332 de 1996 y aclarado por el artículo 1º de la Ley 476 de 1998, no debe tomarse como base del ingreso de los destinatarios allí indicados, para efectos de liquidar las prestaciones sociales, salvo la pensión de jubilación.

2. Con relación a la Bonificación por Compensación:

Con los mismos interrogantes respecto de la prima especial del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, la Consulta se refiere también a la Bonificación por Compensación establecida en el Decreto 610 de 1998.

Para absolver este aspecto de la Consulta la Sala empieza por identificar el origen y alcance de dicho beneficio y encuentra que, con fundamento en el principio constitucional de igualdad y en desarrollo de las normas y criterios generales señalados en la ley 4ª de 1992, el Gobierno expidió el Decreto 610 de 1998 adicionado por el Decreto 1239 de 1998, mediante el cual se creó la **bonificación por compensación** para eliminar las desigualdades en la escala de remuneración entre los Magistrados de las Altas Cortes y los Magistrados de nivel inferior a ese, remuneración que para estos últimos era solo equivalente en ese momento al 46% del ingreso de aquellos.

En efecto, la nivelación concebida por la Ley 4ª de 1992 implicó para el Gobierno Nacional realizar los ajustes correspondientes para garantizar el principio de igualdad, lo que hizo con la expedición del Decreto 610 de 1998 por el cual se crea esta bonificación y se dispone que el salario de los funcionarios del segundo nivel jerárquico no puede ser inferior a un porcentaje del ingreso de los del primer nivel:

***Decreto 610 de 1998. Artículo 1º.** Créase, para los funcionarios enunciados en el artículo 2º del presente decreto, una Bonificación por Compensación, con carácter permanente, que sumada a la prima especial de servicios y a los demás ingresos laborales actuales iguale al sesenta por ciento (60%) de los ingresos laborales que por todo concepto perciben los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura. (...)*

El mencionado decreto establece esta bonificación para los Magistrados de los Tribunales Superiores, Contencioso Administrativo, Nacional y Superior Militar; de los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura; de los Abogados Auxiliares del Consejo de Estado; de los Fiscales y Jefes de Unidad ante el Tribunal Nacional; de los Fiscales

del Tribunal Superior Militar, de los fiscales ante Tribunal de Distrito, y de los jefes de Unidad de Fiscalía ante Tribunal de Distrito (art.2º).

El Decreto 610 de 1998 fue adicionado, a su turno, por el artículo 1º del **Decreto 1239 de 1998**, para incluir entre los destinatarios de la bonificación a los Secretarios Generales de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y al Secretario Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura¹⁵.

Con la adición mencionada, el Decreto 610 de 1998 establece para aquellos funcionarios una *“Bonificación por Compensación, con carácter permanente, que sumada a la prima especial de servicios y a los demás ingresos laborales actuales iguale al 60% de los ingresos laborales que por todo concepto perciben los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura.”*

Este decreto indica, además, que la Bonificación por Compensación se pagará mensualmente (art.3º) y que *“solo constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, en los mismos términos de la prima especial de servicios de los Magistrados de las Altas Cortes.”* (art.1º)

Para efectos de la compensación en la escala de remuneración entre los funcionarios de los dos niveles, los ajustes se aplicaron en forma gradual por los siguientes tres años en forma tal que para el primer año (1999) igualara el 60%, para la vigencia fiscal siguiente al 70% y de la tercera vigencia en adelante al 80%.

En consecuencia, los ingresos laborales de los funcionarios mencionados en los Decretos 610 de 1998 y 1239 de 1998, a partir del año 2001 deben ser iguales al ochenta por ciento (80 %) de lo que por todo concepto devenguen anualmente los Magistrados de las Altas Cortes, quedando así homologada en consecuencia la escala de remuneración entre los funcionarios de los dos niveles.

Posteriormente, el Decreto 1102 de 2012 dispone que

“la Bonificación por Compensación que vienen percibiendo con carácter permanente los Magistrados de Tribunal, Magistrados de Consejo Seccional, Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Magistrados Auxiliares de las Altas Cortes, Abogados Asistentes y Abogados Auxiliares del Consejo de Estado, Fiscales Delegados ante Tribunales de Distrito, Fiscales Auxiliares ante la Corte Suprema de

¹⁵ **Decreto 1239 de 1998. Artículo 1º.** La bonificación por compensación creada por el Decreto 610 de 1998, se aplicará también en los términos previstos por el artículo primero de ese decreto, a los Secretarios Generales de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y al Secretario Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Justicia, Directores Ejecutivos Seccionales de Administración Judicial, Secretarios Generales de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional y Secretario Judicial del Consejo Superior de la Judicatura y los funcionarios vinculados a la Procuraduría General de la Nación, en empleos en los que actúen de manera permanente como agentes del Ministerio Público ante los Magistrados del Tribunal, antes señalados, equivaldrá a un valor que sumado a la asignación básica y demás ingresos laborales iguale al ochenta por ciento (80%) de lo que por todo concepto devenguen anualmente los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura”

Y reitera que *“La Bonificación por Compensación, pagadera mensualmente, sólo constituye factor salarial para efecto del ingreso base de cotización del Sistema General de Pensiones y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en los mismos términos de la Ley 797 de 2003.” (art.1º)*

Respecto de la bonificación por compensación para magistrados y cargos equivalentes, en Sentencia de Unificación de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda¹⁶, esa Sala advierte que nose podrá superar en ningún caso el 80% de lo que por todo concepto devenguen anualmente los Magistrados de Alta Corte, porcentaje que corresponde a un límite *“que no puede ser superado con el reconocimiento de la prima especial de servicios ni de ningún otro beneficio económico laboral.” (...)* *“Ese 80% es un piso y un techo”*

Y agrega que se deben respetar en todos los casos los límites previstos en la ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional, puesto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992 *“Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidos en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos”*

En la parte resolutive del mencionado fallo se señala, por último:

“8. La sentencia de unificación que hoy se adopta no implica que se está variando o modificando el régimen salarial y prestacional de los servidores beneficiarios de la prima especial de servicios del artículo 14 de la Ley 4 de 1992 - jueces, magistrados y otros funcionarios-, en la medida en que en ningún caso se podrán superar los porcentajes máximos o topes fijados por el Gobierno Nacional. (...)”

Reglamentación actual - Decreto 272 de 2021

Bajo la consideración de haber sido declarada la nulidad de los decretos mediante los cuales el Gobierno Nacional establece la prima especial de que trata el artículo

¹⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala Plena de Conjuces, de dos (2) de septiembre de 2019, C.P. Carmen Anaya de Castellanos, Expediente 41001-23-33-000-2016-00041-02 (2204-2018)

14 de la Ley 4ª de 1992 y en acatamiento de las sentencias de unificación que han sido reseñadas en este Concepto, el Gobierno expide el Decreto 272 de 2021, con efectos fiscales a partir del 01 de enero de 2021, por el cual, en lo pertinente a la materia de consulta, DECRETA:

“ARTÍCULO 1. Prima Especial. Establecer una prima especial equivalente al 30% del salario básico, de que trata el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, modificada por el artículo 1º de la Ley 332 de 1996 aclarada por el artículo 1o de la Ley 476 de 1998, para los Magistrados Auxiliares. Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial, Jueces de la República, Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar. Auditores de Guerra, Jueces de Instrucción Penal Militar, Fiscales Auxiliares ante la Corte Suprema de Justicia, Fiscales delegados ante Tribunal del Distrito, ante Jueces Penales de Circuito Especializados, ante Jueces del Circuito, ante Jueces Municipales y Promiscuos.

“La prima especial que se establece en el presente artículo será adicional a la asignación básica correspondiente a cada empleo, se pagará mensualmente y únicamente constituirá factor salarial para efecto del ingreso base de cotización del Sistema General de Pensiones y del Sistema General de Seguridad Social en Saluden los mismos términos de la Ley 797 de 2003.

PARAGRAFO 1. (...)

PARÁGRAFO 2. En ningún caso, los ingresos totales anuales de los servidores que tengan o llegaren a tener derecho a la Bonificación por Compensación, de conformidad con lo establecido en el Decreto 610 de 1998 o en los artículos 1º y 2º del Decreto 1102 de 2012, podrán superar el 80% de lo que por todo concepto devengan los Magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Por lo tanto, las entidades responsables de reconocer y pagar los salarios y prestaciones de los servidores a que hace referencia el inciso anterior, al momento de reconocer la prima especial, deberán ajustar el valor de la Bonificación por Compensación, con el fin de no superar el mencionado tope del 80%, conforme a lo previsto en el Decreto 610 de 1998, en los artículos 1 y 2 del Decreto 1102 de 2012 y en la parte motiva del presente Decreto.”

En consonancia con lo establecido en este Decreto y en los Decretos 610 de 1998, 1239 de 1998 y 1102 de 2012 y según la jurisprudencia uniforme del Consejo de Estado que se ha examinado, debe tenerse en cuenta que para el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales de aquellos funcionarios que tengan derecho a la bonificación por compensación, esta última deberá ajustarse para que sumada a la asignación básica y demás ingresos del empleado, entre ellos la prima

especial, no se supere el 80% de lo que por todo concepto devenguen anualmente los Magistrados de las altas cortes.

Respecto de la Bonificación judicial - Decreto 383 de 2013:

A este concepto se refiere igualmente la Consulta elevada ante la Corporación, por lo cual esta Sala de Conjuces empieza por dilucidar la naturaleza de la denominada “Bonificación Judicial” de que trata el Decreto 383 de 2013, creada por el Gobierno Nacional en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4a. de 1992 para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, norma que se reproduce en los siguientes términos en lo pertinente al alcance de este Concepto:

Decreto 383 de 2013. Artículo 1. *Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el decreto 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, 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.*

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1° de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

(...)

PARAGRAFO. La bonificación judicial creada en el presente artículo se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC); en consecuencia no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.

A partir del año 2014 y hasta el año 2018, los valores señalados en las tablas del presente artículo contienen un ajuste equivalente a una variación proyectada del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del dos por ciento (2%) respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior.

En el evento en que la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para las vigencias fiscales de los años 2014 a 2018 inclusive, sea diferente al dos por ciento (2%) proyectado para el valor de la bonificación judicial para los mismos años, el Gobierno Nacional ajustará las tablas correspondientes para la respectiva vigencia en la diferencia que se presente. Para el año 2019 y en adelante el valor mensual de la bonificación judicial será equivalente al valor que se perciba en el año inmediatamente anterior reajustado con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE.

Conforme al texto de esta norma, la bonificación se crea para los servidores de la rama judicial y de la justicia penal militar que se hubieran acogido al régimen salarial y prestacional de los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que

vienen rigiéndose por el Decreto 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan.

Esta bonificación se debe reconocer mensualmente y, de conformidad con el artículo 1º de este Decreto constituye factor salarial únicamente para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

A su vez, en relación con quienes no se acogieron a dicho régimen, el artículo 2º del Decreto 383 de 2013 dispone:

Decreto 383 de 2013. ARTÍCULO 2º. *Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar que no optaron por el régimen establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995 y que vienen regidos por el Decreto 848 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes, un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.*

Según esta disposición, para quienes no optaron por el régimen salarial y prestacional señalado, en el caso de percibir a partir del año 2013 un ingreso total anual que junto con la bonificación creada por este Decreto resulte inferior respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentre regido por lo establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995, tendrán derecho a percibir la diferencia a título de bonificación judicial.

Actual Decreto 986 de 2021

En la actualidad se encuentra expedido por el Gobierno Nacional el Decreto 986 de 2021 por el cual se ajusta la Bonificación Judicial establecida en el Decreto 383 de 2013 (art.1º)¹⁷.

Hecha hasta aquí la reseña de las normas citadas en la Consulta y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre aquellas, la Sala observa, en general, que el modelo que adoptó la Constitución Política de 1991 para establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, es el de expedir una “ley marco”, la Ley 4ª de 1992, la cual señala los criterios y objetivos

¹⁷ **Decreto 986 de 2021. Artículo 1. Bonificación judicial.** Ajustar la bonificación judicial creada en el Decreto 383 de 2013 para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, que se reconoce mensualmente y constituye únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1º de enero de 2021, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde al valor que se fija en las siguientes tablas, así: (...)”

generales dentro de los cuales el Gobierno debe encuadrar la competencia que le queda atribuida para regular activamente las materias fijadas en la ley.

El objetivo perseguido con este modelo es asignar al Ejecutivo la concreción eficiente y ágil de los criterios impuestos por la ley, en aquellas materias especializadas en las que el Gobierno cuenta con una dinámica que no posee el Legislativo. En palabras de la Corte Constitucional, en la nueva Carta se reconoce que en *“lo relacionado con los sueldos y las prestaciones era conveniente que el Legislador se limitara a fijar criterios y que el Ejecutivo fuera el encargado de realizarlos ajustes necesarios”*.¹⁸

En cuanto a la fijación, tanto legal como reglamentaria, de lo que constituye o no salario en los ingresos del trabajador, si bien se ha dicho que constituye salario todo aquello que percibe el empleado en forma permanente y como retribución por el servicio, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el Congreso y el Ejecutivo gozan de especial facultad de configuración normativa en el señalamiento de los factores que constituyen salario, porque esta situación jurídica encuadra dentro del marco de competencias que la Constitución Política atribuye a dichas autoridades.

Respecto del concepto “prima” se trata siempre de un incremento en el ingreso laboral del trabajador, *“en ocasiones de naturaleza prestacional y en otras de carácter salarial, o como simple bonificación (...)”*¹⁹

De otro lado, en reciente sentencia de la Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado²⁰, esta Corporación precisa que *“no resulta acertado sostener que todo aquello que constituye salario debe tomarse inexorablemente como base para liquidar las prestaciones sociales”*

Y lo reitera así más adelante:

*“Ahora bien, la Corte Constitucional ha sostenido que no todo lo que tenga naturaleza salarial debe incluirse para liquidar las prestaciones sociales, con fundamento en los siguientes razonamientos.”*²¹

[...] aún cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su

¹⁸ Sentencia Corte Constitucional C-312 de 1997.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 2 de abril de 2009, radicado: 11001-03-25-000-2007-00098-00 (1831-07).

²⁰ Sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, de 30 de septiembre de 2021, C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas, Radicado 11001-03-25-000-2014-00103-00 (0209-2014)

²¹ Sentencia Corte Constitucional C-279 de 1996.

naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter²² (el subrayado es de esta Corte).

[...] "el legislador conserva una cierta libertad para establecer, qué componentes constituyen, o no salario, así como la de definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución."

"El criterio antes citado fue ratificado en la Sentencia C-244 de 2013, en la cual se hicieron importantes precisiones frente a la materia ahora analizada, de las cuales se resaltan las siguientes: (...)

"i. El concepto de salario no implica que automáticamente cualquier pago realizado por el empleador tiene que ser considerado como base salarial para el cálculo de prestaciones sociales, por ende, «la Corte permite el establecimiento de bonos, primas o beneficios que ciertamente tienen el potencial de variar la base mensual de ingresos habituales de los trabajadores, pero negándole al mismo tiempo un impacto necesario sobre la carga prestacional».

Por su parte, el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, ratificado por la Ley 54 de 1962, define el salario como *«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»*.

El anterior recuento permite a esta Sala concluir que, en relación con la prima especial, la bonificación por compensación y la bonificación judicial, de que tratan el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, el Decreto 610 de 1998 y el Decreto 383 de 2013, respectivamente, estas constituyen en cada caso una suma adicional al ingreso del trabajador, que se le reconocen y pagan habitualmente, **sin incidencia alguna para la liquidación de prestaciones distintas de la pensión de jubilación y de las cotizaciones correspondientes.**

3. Con relación a las Vacaciones

En la Consulta se indaga acerca de si al retiro del servidor público *“en la liquidación se debe realizar el pago de la bonificación por compensación o la bonificación judicial y la prima contemplada en el artículo 14 de la ley cuarta de 1992 o solo se debe liquidar el tiempo del descanso remunerado sin las bonificaciones ni la prima especial en forma proporcional por los días de vacaciones que se compensan.”*

²² Corte Suprema de Justicia, ponente Hugo Suescún Pujols, "Sentencia del 12 de febrero de 1993", exp. No. 5481, Jurisprudencia y Doctrina, T. XXII, No. 256, abril de 1993, P. 294.

Previo a resolver la inquietud e interrogantes planteados, en tanto se refieren a la compensación en dinero de las vacaciones de los funcionarios destinatarios de la prima y bonificaciones mencionadas, la Sala entra a precisar la naturaleza jurídica de las vacaciones en el régimen salarial y prestacional de aquellos funcionarios, bajo las consideraciones que siguen.

El artículo 53 de la Constitución Política consagra entre los principios mínimos fundamentales de todo trabajador la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo y la garantía al descanso necesario, a la vez que establece que la ley no puede menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

Establece esta norma que:

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.*

Una de las formas de ejercer el derecho constitucional al descanso la constituyen las vacaciones, *“cuya finalidad esencial es que quien vende su fuerza laboral, recupere las energías que gasta en la actividad diaria que desarrolla y de esa manera se preserve su capacidad de trabajo lo cual resulta indispensable, como quiera que se trata por lo general del único medio de subsistencia de las personas”*²³.

Con el descanso se busca que los trabajadores se recuperen física y psicológicamente del desgaste que les ha podido significar la aplicación de sus fuerzas al trabajo continuo y, al propio tiempo, para *“asegurar con dicho descanso la prestación eficiente de los servicios y el mejoramiento de las condiciones de productividad de la empresa”*²⁴, a la vez que sirvan de *“salvaguarda de los elementos materiales esenciales que hagan efectiva la dignidad del trabajador”* (Sentencia C- 669 de 2006²⁵)

²³ Sentencia Corte Constitucional C-897 de 2003

²⁴ Sentencia Corte Constitucional C-035 de 2005

²⁵ Sentencia Corte Constitucional C-669 de 2006

Ahora bien, para la Corte Constitucional las vacaciones no solo están ligadas a la necesidad de que el trabajador renueve sus fuerzas para garantizar una mejor productividad de la empresa, sino que también están unidas a procurarle espacios propios para dedicarlos a las actividades que le permitan el cumplimiento de sus expectativas de vida y su libre desarrollo personal y el de su familia.

“Esto forma parte del reconocimiento de la dignidad humana (art.1 C.P.), del concepto de un trabajo digno (art. 25 C.P) y del derecho al descanso laboral remunerado (art.53 C.P.).

“Lo anterior es desarrollo también de los derechos mínimos reconocidos a toda persona en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (artículos 5 y 11 del Convenio No. 132), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 7º-d) y en el Protocolo de San Salvador (artículo 7º, literales g y h).”

Es por esta razón que las vacaciones no pueden ser objeto de compensación en dinero o acumulación en su uso y disfrute, salvo casos excepcionales. El descanso es lo primordial y solo puede proceder su compensación económica cuando no pueda disfrutarse.

Uno de esos casos excepcionales es cuando el trabajador se desvincula del servicio y no ha gozado de su derecho al descanso remunerado²⁶.

El Decreto 1045 de 1978 que regula las vacaciones para los empleados públicos y trabajadores oficiales, establece en efecto que:

ARTÍCULO 20. DE LA COMPENSACIÓN DE VACACIONES EN DINERO. *Las vacaciones sólo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos:*

a. *Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual sólo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año;*

b. *Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces.”*

Significa lo anterior que mientras está en curso su relación laboral, el trabajador tiene derecho a descansar de manera remunerada por el período establecido en cada caso, según la ley²⁷, y solo excepcionalmente a recibir en dinero el pago del descanso que no pueda disfrutar.

²⁶ Sentencia Corte Constitucional C-598 de 1997

²⁷ **Ley 270 de 1996. Artículo 146. VACACIONES.** Las vacaciones de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial serán colectivas, salvo las de los de la Sala Administrativa de los Consejos Superiores y Seccionales de la Judicatura, las de los Tribunal Nacional, las de los Juzgados Regionales mientras existan, de Menores, Promiscuos de Familia, Penales Municipales y de Ejecución de Penas; y las de los de la Fiscalía y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Las vacaciones individuales serán concedidas de acuerdo con las necesidades del servicio por la Sala Administrativa del Consejo Superior y Seccionales de la Judicatura por la Sala de Gobierno del respectivo

Una vez terminada la relación laboral, tendrá derecho a recibir la compensación económica de las vacaciones no disfrutadas, causadas día a día en forma proporcional “*por el tiempo efectivamente trabajado*” (art.1º L.995/2005), a menos que el legislador hubiese establecido un tiempo mínimo para adquirir el derecho.

La Ley 995 de 2005 señala en el artículo 1º lo siguiente:

Artículo 1o. DEL RECONOCIMIENTO DE VACACIONES EN CASO DE RETIRO DEL SERVICIO O TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. *Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado.*

Sobre esta norma la Corte Constitucional²⁸ ha señalado:

“[...]Por regla general, el trabajador tendrá derecho a recibir en dinero el pago del descanso que no llegó a disfrutar mientras estuvo vigente la relación laboral, cualquiera sea el tiempo trabajado, salvo que el legislador haya fijado un plazo para el nacimiento de ese derecho, el cual no podrá exceder el límite temporal ya señalado.

Con relación a este aspecto, la Ley 995 de 2005 optó por no exigir un período mínimo para acceder a la compensación de las vacaciones no disfrutadas cuando se termina la relación laboral y, en su contexto, el derecho al descanso remunerado se entiende causado día a día y proporcionalmente “por el tiempo efectivamente trabajado” (art. 1). [...]” (Subraya del original)

De acuerdo con el criterio de la Corte Constitucional, las vacaciones son, pues, un beneficio que está en función del tiempo efectivamente trabajado. Cualquiera que este sea, al retiro del empleado este tendrá derecho a la compensación económica por los días de descanso que no llegó a disfrutar mientras estuvo en curso su relación laboral, causados hasta el momento de su retiro.

Con la desvinculación del empleado, la compensación económica de las vacaciones ya no tiene como propósito remunerar los días en que va a ejercer su derecho al descanso, como cuando está vigente su relación laboral, sino

Tribunal a los Jueces y por el respectivo nominador en los demás casos, por un término de veintidós días continuos por cada año de servicio.

Nota: Sobre este tema ver Decreto 1660 de 1978

²⁸ Sentencia C-669-06²⁸. Jurisprudencia concordante: Consejo de Estado, Sección Cuarta, Expediente No. 25000-23-37-000-2015-00502-01(24466) de 3 de septiembre de 2020, C.P. Dr. Milton Chaves García.

que se trata de la “indemnización”²⁹ por los días de descanso a que tendría derecho hasta el momento del retiro y de los cuales ya no va a gozar.

Esto es así porque el derecho al descanso se ha causado de manera previa al retiro del empleado.

Conviene recordar que las vacaciones de los empleados públicos son prestación social, por definición legal³⁰, a diferencia de lo que ha asentado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia respecto de los empleados particulares, donde no tienen la naturaleza de prestación social sino que son consideradas como un descanso remunerado.

4. En relación con los interrogantes planteados:

En la consulta el consultante expresa:

“De los artículos 14 de la ley 4 de 1992, 1 del decreto 383 de 2013 y 1 del decreto 610 de 1998, se desprende que la prima especial, la bonificación judicial y la unificación por compensación se reconocen mensualmente y constituyen únicamente factor salarial para la base de cotización de pensiones al sistema general de seguridad social en salud sin incluir las demás prestaciones sociales.

“Por lo tanto a los servidores públicos de la rama judicial mientras presten sus servicios se les reconoce el pago de sus vacaciones junto con la bonificación judicial, la bonificación por compensación y la prima especial de servicios mensual según corresponda.”

El entendimiento de esta Sala sobre esta afirmación del consultante es en el sentido de que la **prima y las bonificaciones que recibe el servidor público mientras está vigente su relación laboral, le son reconocidos y pagados al momento de salir a su período de vacaciones, junto con la remuneración por el descanso del que va a disfrutar.**

Decir que las primeras se pagan “junto con” el valor del descanso remunerado a que tiene derecho el trabajador solo puede significar que, además de pagarle la prima y bonificaciones, se le paga la compensación en dinero por el período correspondiente a sus vacaciones, en los casos taxativamente señalados por el legislador.

²⁹ Para la Corte Suprema de Justicia la compensación de vacaciones “(...) es una especie de indemnización que el empleador paga al trabajador cuando por las circunstancias excepcionales, que la propia ley consagra, no puede disfrutar el descanso remunerado y reparador que las vacaciones implican”. Sentencia Sala de Casación Laboral de 3 de abril de 2008, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, Rad.230272, reitera lo dicho en el mismo sentido en la Sentencia de 27 de febrero de 2002.

³⁰ Decreto ley 1045 de 1978, artículo 5º

No puede ser de otra forma puesto que se trata del pago de acreencias distintas, que corresponden a conceptos disímiles aunque asociados todos al servicio, a los cuales tiene derecho el trabajador habitualmente, según la normatividad estudiada.

Así se constata también con la propia afirmación del consultante cuando expresa que *“Además, a los servidores públicos de la rama judicial se les viene liquidando los conceptos de bonificación judicial, bonificación por compensación y prima especial de Servicios al momento de efectuar el pago de sus vacaciones cuando salen a disfrutar de las mismas...”*

Cosa distinta es que el cálculo o liquidación de cada una de ellas se haga en forma individual, con inclusión de los factores que se deben tener en cuenta en cada caso según la ley.

Expresa el consultante al propio tiempo que *“...no obstante en los eventos en que se retiran de servicio de la manera definitiva y no han disfrutado las vacaciones surge la inquietud (i) si con la compensación de vacaciones se deben liquidar los citados conceptos o (ii) si solo se deben reconocer el valor del descanso remunerado.”* (Los numerales se han añadido)

Y *“Como consecuencia de lo anterior se consulta.*

“Cuando un servidor público se desvincula la entidad se liquidan y reconocen los elementos salariales y prestacionales causados y no reconocidos se pregunta (i) si en la liquidación se debe realizar el pago de la bonificación por compensación o la bonificación judicial y la prima contemplada en el artículo 14 de la ley cuarta de 1992 o (ii) solo se debe liquidar el tiempo del descanso remunerado sin las bonificaciones ni la prima especial en forma proporcional por los días de vacaciones que se compensan.” (Los numerales se han añadido)

Para absolver la inquietud e interrogantes planteados, la Sala hace las siguientes observaciones:

Al retiro definitivo del servidor público, la liquidación de la prima especial, la bonificación por compensación y la bonificación judicial, debe hacerse de forma independiente por cada uno de estos conceptos, de manera proporcional al tiempo transcurrido teniendo en cuenta que son emolumentos que se causan mensualmente y que corresponden a sumas adicionales a la asignación básica del trabajador, no como una parte de ella.

Al propio tiempo, la liquidación de las vacaciones causadas y no disfrutadas procede por concepto de “indemnización”, equivalente a la compensación por los días de descanso a que tendría derecho el empleado por razón del tiempo trabajado, derecho que ya no va a poder disfrutar en tiempo.

Respecto del ingreso base sobre el cual debe ser liquidada la compensación económica de las vacaciones, al retiro definitivo del servidor debe ser la remuneración que corresponde al empleado en cada caso, legal o reglamentariamente.

Así, pues, la compensación económica de las vacaciones al retiro definitivo del trabajador, debe corresponder a la suma equivalente a los días de descanso a que tendría derecho, proporcionalmente por los días trabajados hasta el momento del retiro, y su liquidación debe hacerse sobre la asignación o el ingreso básico más los factores salariales que le han sido reconocidos ordinariamente, según el caso, lo que incluye la bonificación judicial, la bonificación por compensación y la prima especial de servicios mensual, objeto de la consulta.

Ciertamente, si al pagar la compensación de vacaciones no se tuvieran en cuenta la prima y las bonificaciones a que se refiere el presente concepto, las que, como señala el consultante, sí se pagan cuando se produce el disfrute efectivo de las vacaciones, se produciría un efecto contrario a los principios generales. En efecto, si por ejemplo, el servidor público no pudo disfrutar de sus vacaciones por razones del servicio, no recibiría entonces por dicho concepto la misma suma que hubiera percibido si las hubiera disfrutado, sino una suma inferior. No encuentra la Sala una razón que justifique que quien debe sacrificar su descanso en aras del servicio, sea peor tratado que quien no lo tiene que hacer.

A lo anterior se agrega que si el servidor público se desvincula sin haber podido disfrutar de las vacaciones, la compensación por vacaciones le permite, si así decide hacerlo, descansar en los mismos términos que si hubiera seguido empleado, y ello solo se logra si el pago que recibe incluye la asignación básica más la bonificación judicial, la bonificación por compensación y la prima especial de servicios mensual.

Vale la pena reiterar que, como ya se señaló, la compensación por vacaciones tiene un propósito indemnizatorio, esto es, que el servidor público que no disfrutó de las vacaciones, y por ello no obtuvo el descanso correspondiente, con el pago de su asignación básica y la bonificación judicial, la bonificación por compensación y la prima especial de servicios mensual, pueda recibir posteriormente el equivalente. Es claro que no existe una indemnización plena si para calcular la compensación no se incluye lo mismo que hubiera percibido si hubiera podido disfrutar de las vacaciones.

Con las precisiones que han quedado hechas, se responde afirmativamente acerca de “*si con la compensación de las vacaciones se deben liquidar los citados conceptos*” al retiro definitivo del empleado, bajo el entendido que a su desvinculación el servidor tiene derecho a la prima y bonificaciones igual que a la compensación de los días de vacaciones causados proporcionalmente, sin que

aquellos beneficios se incluyan como factores salariales en la base de liquidación de esta última.

Remítase al Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

CARMENZA MEJIA MARTINEZ
Conjuez

JUAN PABLO CARDENAS MEJIA
Conjuez

HERNANDO HERRERA MERCADO
Conjuez