



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 153321

Fecha: 27/06/2018

Bogotá D.C.

Ref.: **SALARIO**. Es viable pactar salario integral para los comisionados de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición. **Radicado: 20182060163912 del 22 de junio de 2018**

Respetado doctor,

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual consulta sobre la viabilidad de pactar salario integral para el pago de los servicios de los Comisionados de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición –en adelante CEV-, me permito resolver su inquietud, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1.- El Acto Legislativo 01 de 2017 crea el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), el cual está conformado por la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado y la Jurisdicción Especial para la Paz.

Respecto a la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad el citado Acto Legislativo señala que es un ente autónomo del orden nacional con personería jurídica, autonomía administrativa, presupuestal y técnica y sujeta a un régimen legal propio. Así mismo, el Constituyente primario habilitó al Legislador para reglamentar su mandato, funciones, composición y funcionamiento conforme a los principios orientadores dispuestos en el sub-punto 5.1.1.1. del Acuerdo Final.

De acuerdo con su naturaleza se trata de una entidad pública que se regirá por el régimen que señale el Legislador y quien presta servicios en dicho organismo tendrá, de acuerdo con el artículo 123 de la Constitución Política, la calidad de servidor público.

2.- El Legislador extraordinario, mediante Decreto ley 588 de 2017, organizó la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición y fijó su régimen. Con relación al tema materia de consulta, en el artículo 27 señaló:

*“Los comisionados nacionales y extranjeros se vincularán **conforme al derecho privado** y tendrán un régimen especial de acuerdo a los artículos 28 y 29 del presente Decreto Ley. Contarán con plena autonomía e independencia conforme al rango constitucional de la CEV. **Los emolumentos serán equivalentes a las sumas que correspondan al régimen salarial y prestacional de los magistrados del Tribunal Especial para la Paz.**”* (Negrilla fuera de texto)

3.- El citado Decreto ley fue objeto de revisión automática de la Corte Constitucional, la cual en sentencia C-017 de 2018¹ lo declaró exequible señalando los siguientes aspectos:

*“(…) 278. El artículo 27 del Decreto Ley 588 de 2017 regula el régimen aplicable a los comisionados en lo referente a tres aspectos: (i) vinculación, excepción al deber de denuncia (remisión al Art. 28 ídem) e inviolabilidad de sus opiniones (Art. 29 ídem); (ii) autonomía e independencia, y (iii) **emolumentos**.*

***278.1.** De acuerdo con la disposición, en primer lugar, los comisionados se vincularán a la CEV conforme al derecho privado, estarán exentos del deber de denuncia, respecto de hechos conocidos con ocasión del ejercicio de sus funciones, y sus opiniones, conclusiones, recomendaciones, informes y análisis no podrán ser cuestionados judicial o disciplinariamente. Como se observa, desde el régimen de vinculación laboral, hasta la excepción al deber denuncia y la inviolabilidad de sus opiniones, los comisionados se hallan sujetos a un régimen legal propio, como correlato de la independencia y autonomía constitucional. En este sentido, procede reiterar las consideraciones efectuadas al estudiar las atribuciones del Secretario General de la CEV, conforme al estudio de constitucionalidad del artículo 1 de este Decreto.*

En este marco es preciso reiterar que los comisionados no dejan de ser servidores del estado por el hecho de tener la citada forma de vinculación, en los términos del artículo 123 de la Constitución Política, en la medida en que hacen parte de un ente autónomo e independiente del orden nacional (Art. 2 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017) y ejercen funciones públicas ligadas a la garantía oficial de los derechos de las víctimas. Como ha establecido la Corte, el legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa para definir el régimen jurídico y modos de vinculación de los trabajadores y empleados^[361], lo cual no supone que pierdan o no posean el carácter de servidores públicos^[362].

En consonancia con lo anterior, el régimen legal propio de la CEV (Arts. 3 y 30 del Decreto Ley 588 de 2017) impone a los comisionados dar cumplimiento a sus funciones conforme a los principios de la administración pública señalados supra (5.4.4) y se encuentran sometidos a los regímenes de responsabilidad penal y disciplinaria del inciso 2º del artículo 29 ídem, así como a las reglas sobre incompatibilidades contenidas en el artículo 26 ídem. Se hallan

sujetos también a la responsabilidad fiscal, en los términos del ordenamiento constitucional y legal (ver supra fundamento 125.4.3).

278.2. El segundo aspecto que incorpora el artículo 27 está relacionado con la independencia y autonomía de los comisionados, el cual reconduce, a su vez, a la autonomía e independencia otorgada a la CEV en el artículo 1º del Decreto Ley bajo examen^[363], cuya constitucionalidad ya fue constatada, a la luz de los artículos 1 y 2 del Acto Legislativo⁰¹ de 2017. De esta manera, el contenido normativo del artículo 27 analizado es también ajustado a la Constitución.

278.3. Por su parte, el tercer aspecto regulado en el artículo 27 trata sobre los **emolumentos** de los comisionados. Establece que éstos “**serán equivalentes a las sumas que correspondan al régimen salarial y prestacional de los magistrados del Tribunal Especial para la Paz**”. Para la Corte, es razonable que los emolumentos de los comisionados (quienes ostentan la más alta jerarquía en la CEV) sean equivalentes a las sumas que correspondan al régimen salarial y prestacional de los magistrados del Tribunal Especial para la Paz, servidores que, de igual modo, tienen la más alta jerarquía en dicho Tribunal. Desde otro punto de vista, la materia regulada es de aquellas en las que el legislador cuenta con un amplio ámbito de configuración, de modo que no presenta motivo alguno de inconstitucionalidad.

279. En consecuencia, la Corte declarará la **exequibilidad del artículo 27 del Decreto Ley 588 de 2017. (...)**” (Negrilla fuera de texto)

Como se puede observar, el Legislador extraordinario se ocupó de regular el régimen salarial de los Comisionados de la CEV, quienes, como se señaló, tienen la calidad de servidores públicos, consagrando que sus emolumentos serán equivalentes a las sumas que correspondan al régimen salarial y prestacional de los magistrados del Tribunal Especial para la Paz.

4.- Para los Magistrados del Tribunal Especial para la Paz, el Presidente de la República, en ejercicio de sus competencias expidió el Decreto 1760 de 2017, por

medio del cual se fija la remuneración para unos servidores de la Justicia Especial para la Paz, el cual señaló:

“ARTÍCULO 1. *Los Magistrados que ejerzan en el Tribunal para la Paz, y el Secretario Ejecutivo tendrán el mismo régimen salarial y prestacional vigente para los Magistrados de las Altas Cortes.*

Los Magistrados que ejerzan en las Salas tendrán el mismo régimen salarial y prestacional vigente para los magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.”

De conformidad con lo expuesto, los Magistrados del Tribunal para la Paz tendrán el mismo régimen salarial y prestacional vigente para los Magistrados de las Altas Cortes, y, en consecuencia, los Comisionados de la CEV percibirán los emolumentos equivalentes a Magistrados de las Altas Cortes.

5.- Con relación al régimen salarial de los Magistrados de Alta Corte, el Decreto 338 de 2018, por el cual se dictan unas disposiciones en materia salarial y prestacional para los empleos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones, establece:

ARTÍCULO 2. Remuneraciones especiales. *A partir del 1 de enero de 2018, los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado tendrán derecho a una remuneración mensual de seis millones seiscientos un mil ochocientos ochenta y un pesos (\$6.601.881) m/cte., distribuidos así: por concepto de asignación básica mensual dos millones trescientos setenta y seis mil seiscientos setenta y nueve pesos (\$2.376.679) m/cte., y por concepto de gastos de representación mensual cuatro millones doscientos veinticinco mil doscientos dos pesos (\$4.225.202) m/cte.*

Igualmente tendrán derecho a una prima técnica de tres millones novecientos sesenta y un mil ciento treinta y un pesos (\$3.961.131) m/cte.

Adicionalmente, tendrán derecho a percibir la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 15 de la Ley 4 de 1992, que es aquella que sumada a los demás ingresos laborales iguale a los percibidos en su totalidad por los Miembros del Congreso, sin que en ningún caso los supere. La prima especial de servicios también se reconocerá cuando el empleado se encuentra disfrutando de su período de vacaciones. Esta prima solo constituye factor salarial para efectos del ingreso base de cotización del Sistema General de Pensiones y de conformidad con la Ley 797 de 2003 para la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Estos funcionarios continuarán disfrutando las primas de servicios, navidad y vacaciones y el régimen prestacional, de conformidad con las normas vigentes antes de la expedición de este decreto.

La prima técnica sin carácter salarial y la prima especial de servicios no se tendrán en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios de cualquiera de las Ramas del poder público, entidades u organismos del Estado.

PARÁGRAFO. *Los ingresos totales de estos funcionarios en ningún caso podrán ser superiores a los de los Miembros del Congreso.*

Como se puede observar, la remuneración de Magistrado de Alta Corte tiene los siguientes componentes: asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica, prima especial de servicios, primas de servicios, navidad y vacaciones. El Comisionado de la CEV, por disposición del decreto ley 588 de 2017, debe tener una remuneración equivalente a la antes señalada.

6.- Ahora bien, revisado el contenido del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo (modificado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990), se observa que el salario integral se perfecciona cuando

“2. (...) el trabajador devengue un salario ordinario superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, valdrá la estipulación escrita de un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones (...).”

Así mismo, el numeral 3° del artículo en mención indica que:

“Este salario no estará exento de las cotizaciones a la seguridad social, ni de los aportes al SENA, ICBF y cajas de compensación familiar, pero en el caso de estas tres últimas entidades, los aportes se disminuirán en un treinta por ciento (30%)” (Subrayado nuestro).

En sentencia C-988 de 1999², la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del numeral 3° del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, arguyendo que la norma no vulneraba los principios de igualdad y solidaridad consagrados en los artículos 1° y 13 de la Constitución Política. Para tal efecto, esta Corporación señaló:

“(...) 5.2. Por su parte, y en concordancia con el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 18 de la ley 50 de 1990, el artículo 17 de la ley 100 de 1993 establece que durante la vigencia de la relación laboral, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquellos devenguen. Que para el caso de trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral, se calcularán, según lo dispuesto en el artículo 18 de la ley 100 de 1993, sobre el 70% de dicho salario. Se excluye en éste caso el otro 30%, en consideración al carácter de factor prestacional que tiene.

Ahora bien, la base para calcular las cotizaciones para pensiones, será: para los trabajadores particulares, el salario que resulte de aplicar lo dispuesto en

el C.S.T.; para los servidores públicos, el que se señale de conformidad con lo dispuesto en la ley 4ª de 1992; y para los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral, se calculará sobre el 70% de dicho salario.

(...)

5.3 En consecuencia, la base diferente de cotización que se establece en las normas sub examine, obedece a la modalidad salarial que allí se regula, la cual no puede ser aplicada por extensión ni analogía a las demás formas de regulación salarial. Por lo tanto, la disminución de aportes patronales, y la determinación de una base diferente para calcular la cotización para el sistema general de pensiones, como lo dispone el artículo 17 de la ley 100 de 1993, obedece a la naturaleza y consecuencias jurídicas propias del salario integral.

(...) En conclusión, la Corte estima que las normas acusadas no vulneran los preceptos constitucionales, ya que los porcentajes allí señalados para determinar los aportes al SENA, ICBF y a las Cajas de Compensación, así como el cálculo de la base de cotización al sistema de pensiones, obedecen a la naturaleza propia del salario integral, que por consiguiente requiere un tratamiento diferente al que se impone para los demás trabajadores con salarios ordinarios, el cual no desconoce los principios constitucionales de la igualdad y de la solidaridad (...)". (Subrayados y negrillas nuestras).

Como se observa, el salario integral tiene un régimen propio en el cual se incorporan todos los beneficios salariales y prestacionales, con excepción de las vacaciones, y la base para calcular las cotizaciones para pensiones se calculará sobre el 70% de dicho salario, lo cual lo hace diferente de la remuneración asignada a los Comisionados de la CEV en el Decreto ley 588 de 2017, que deberá estar integrada por elementos salariales y prestacionales separados, los cuales constituyen base o no en materia pensional.

CONCLUSIÓN

Analizado el caso bajo estudio, así como las normas y jurisprudencia dispuesta por la Corte Constitucional sobre la materia, esta Dirección Jurídica concluye que no es viable pactar salario integral para los Comisionados de la CEV, porque si bien los mismos se rigen por el derecho privado, sus emolumentos se rigen por lo señalado por el Presidente de la República para los Magistrados del Tribunal para la Paz, quienes, a su vez, se rigen por lo que perciban los Magistrados de las Altas Cortes, lo cual, por su composición, asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica, prima especial de servicios, primas de servicios, navidad y vacaciones, no lo hace equivalente a un salario integral, por cuanto cada elemento tiene características propias de constituir factor o no y puede ir variando de acuerdo con lo fluctúe la remuneración de los Congresistas.

Las características anteriormente señaladas impiden determinar la equivalencia de salario de un Comisionado con un su salario integral.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ MP. Dra. Diana Fajardo Rivera.

² M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Copia: Dr. Fernando Jiménez Rodríguez Director General de Presupuesto Público Nacional – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.