

había sido propuesto todavía, la transacción, inoperante como tal por fuerza de la nulidad, por motivo del fenómeno de conversación sirve como acto interruptivo de la prescripción, de modo que el cómputo temporal habrá de reiniciarse a partir del día en que tuvo lugar el arreglo posteriormente frustrado, en cuanto que la definición convencional tiene el carácter de renuncia tácita (dentro de la terminología del código, art. 2514) al beneficio extintivo de la prescripción.

16.—*La transacción con cláusula penal.* Las partes pueden propiciar el cumplimiento de los términos de su transacción con estipulación punitiva, la cual, contrariando la regla general de equivalente de la prestación (cláusula penal compensatoria, c.c. 1594), tiene el carácter de indemnización moratoria, exigible “sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes” (c.c. 2486), regulación que se encuentra en perfecta armonía con el rumbo que se ha dado al tema del incumplimiento y a la repudiación del medio resolutive en tal caso. El arreglo ha de realizarse de todos modos, sea en forma específica, sea en el subrogado legal genérico, con plena posibilidad de cobro de perjuicios por el retardo, el cumplimiento parcial o el incumplimiento definitivo *in natura*, según las circunstancias y con opción para el acreedor; que no puede desistir del acuerdo por vías de resolución.

LOS DOMINICALES Y FESTIVOS EN EL DERECHO TRIBUTARIO

Por JUAN RAFAEL BRAVO

Durante todos los años anteriores a la reforma tributaria de 1960, había sido motivo de controversia la naturaleza jurídica de las vacaciones. La misma Jefatura de Rentas, como se llamaba entonces, expresó diferentes criterios sobre el particular.

Cuando se estudiaba la reglamentación de la ley 81 de 1960, pareció conveniente establecer un criterio definitivo sobre el tratamiento de las vacaciones ante la ley tributaria. El criterio adoptado en el Decreto 437 de 1961, artículo 168, conforme al cual “la remuneración durante las vacaciones disfrutadas en tiempo es salario”, recogió la doctrina que había tenido vigencia en la Jefatura de Rentas, durante los años inmediatamente anteriores a 1960. Se consideró, en ese entonces, que por ser fija y ordinaria la remuneración durante el tiempo de vacaciones constituía salario y que, en cambio, la indemnización por vacaciones no disfrutadas en tiempo, no constituía salario por ser de carácter extraordinaria y por estar destinada a reparar un daño emergente sufrido por el trabajador en su capacidad de trabajo como consecuencia de la falta de descanso.

El artículo 168 del Decreto 437 de 1961 fue acusado ante el Consejo de Estado por ser violatorio del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo. Se sostuvo por los demandantes que la esencia del salario estaba constituida por la remuneración del servicio y que, en consecuencia, la remuneración del descanso legal, no podía constituir salario.

El Consejo de Estado suspendió provisionalmente el artículo 168 del Decreto 437 de 1961 y posteriormente, por sentencia del 19 de febrero de 1962, declaró nulo el citado artículo en la parte que excluía del concepto de prestación social la remuneración durante el descanso. En esa forma quedó definido, que

las vacaciones pagadas en dinero y que la remuneración durante las vacaciones constituían una renta exenta del impuesto.

Es preciso reconocer que la Jefatura de Rentas se había equivocado al dar mayor importancia al carácter "fijo y ordinario" de la remuneración, que a la causa jurídica de ésta. La confusión provenía del artículo 127 del Código del Trabajo que comienza diciendo: "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; aunque la redacción de tal artículo permite afirmar que la remuneración fija u ordinaria siempre es salario, y que también lo es lo que se recibe en dinero o en especie como retribución del servicio, resulta más ajustado al sentido gramatical del artículo, a la doctrina de los laboristas y en la lógica jurídica decir que según tal artículo la "remuneración fija u ordinaria" no es sino una especie de "todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios", lo cual puede ser fijo o variable, ordinario o extraordinario.

En la sentencia del Consejo de Estado se afirmó: "La remuneración de las vacaciones es a juicio de la Sala, una prestación social como quiera que la finalidad que se persigue con ella es concederle al trabajador un descanso". Obsérvese cómo el Consejo de Estado, de una manera implícita, hace depender la existencia del salario de la del servicio prestado.

Esta sentencia dio origen, durante el año de 1963, a la solicitud de exenciones para las remuneraciones recibidas por dominicales y festivos durante el año gravable de 1962 por parte de unos pocos contribuyentes. Para el año de 1964 la solicitud de exenciones por dominicales y festivos se había generalizado a tal punto, que la Jefatura de Rentas expidió la circular N° 238 del 28 de febrero de 1964, en la cual se ordena a todos los funcionarios encargados de la liquidación del impuesto sobre la renta que apliquen la siguiente doctrina de la Jefatura: "No es prestación social, sino salario, objeto de gravamen del impuesto básico sobre la renta la remuneración que reciban los trabajadores y empleados, públicos o privados, por concepto de descanso dominical o de días feriados".

La Jefatura de Rentas razona su determinación así: "El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo estatuye: "Art. 127. 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 forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor de trabajo en días de des-

canso obligatorio, porcentaje sobre ventas, comisiones o participación de utilidades".

"De acuerdo con la anterior definición es salario la remuneración fija u ordinaria que reciba el trabajador como retribución de sus servicios". A contrario sensu el estipendio o remuneración que recibe el trabajador, ocasionalmente por mera liberalidad del patrono, como las primas, bonificaciones y gratificaciones ocasionales, no constituyen salario (art. 128 del C. S. del T.).

"Por lo anterior, si todo patrono está obligado conforme al art. 172 del Código citado a dar descanso dominical remunerado a todos sus trabajadores, bien sea que el salario se pague como jornal o sueldo, se trata de remuneración fija u ordinaria que de acuerdo con el art. 127 transcrito constituye salario. Cabe clarar que las vacaciones anuales remuneradas no constituyen pago ordinario porque ésta remuneración se causa por años de trabajo". (He subrayado).

Según lo transcrito todo pago obligatorio fijo u ordinario hecho por el patrono al trabajador es salario, aunque no presente el pago de un servicio. Existen sin embargo pagos fijos u ordinarios equivalentes al valor del salario que son prestaciones sociales, como el salario durante la incapacidad temporal por accidente de trabajo (art. 204 C. S. T.) o por enfermedad profesional (a. 226 ib.) o por protección a la maternidad (a. 236 ib.).

La División de Impuestos se anticipa a la objeción diciendo que "las vacaciones no constituyen pago ordinario porque ésta remuneración se causa por año de trabajo". Sin embargo el artículo 8 del decreto 617 de 1954 dice que durante las "vacaciones el trabajador recibirá el *salario ordinario* que esté devaluando el día que comience a disfrutar de ellos".

La esencia del salario no consiste en su pago "fijo u ordinario" sino en la retribución del servicio. Por esa razón el artículo 127 citado por la Jefatura de Rentas dice que es salario "el valor del trabajo en días de descanso obligatorio", con lo cual afirma que la remuneración del descanso en días de fiesta y en domingos no es salario.

En otro aparte de su circular dice la División de Impuestos: "Por otra parte, cuando la Ley habla de descanso dominical remunerado en los días de fiesta de carácter civil o religioso claramente está significando que ese pago corresponde a una contraprestación y no a una prestación social.

Dice el artículo 174 del C. S. T. "Como remuneración del descanso, el trabajador a jornal debe recibir el salario ordina-

rio sencillo aun en el caso que el dominical coincida con una fecha que la Ley señale como descanso remunerado.

“En todo sueldo se entiende comprendido el pago de descanso en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado”.

El artículo citado por la Jefatura de Rentas parece decir todo lo contrario de lo que ha entendido tan importante entidad, porque la disposición habla de la “remuneración del descanso” con lo cual está significando que no se trata del pago de una contraprestación sino de un beneficio social del trabajador. Por otra parte, como ya lo ha dicho el Consejo de Estado en sentencia del 19 de febrero de 1962, son muchas las prestaciones sociales en dinero que se liquidan con base en el salario.

Existe además un artículo en el Código del Trabajo, el 141, donde claramente se denominan los dominicales como prestaciones sociales. Dicho artículo dice: “Salarios básicos para prestaciones”. Art. 141. “Solamente en pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales pueden estipularse salarios básicos fijos que sirvan para liquidar la remuneración correspondiente al descanso dominical y las prestaciones proporcionales del salario, en los casos en que este no sea fijo, como en el trabajo a destajo o por unidad de obra o por tarea”.

Se puede observar la clara distinción que hace la ley entre el pago del descanso dominical y el salario base para su liquidación: el pago se hace a título de remuneración del descanso, pero su cuantía es equivalente a un salario.

La referencia que hace la ley en los artículos que se comentan al salario como medida de valor, o como base de liquidación de una prestación, permite eliminar las dudas presentadas por la División de Impuestos Nacionales, con relación a la base para liquidar las cesantías, pensiones de jubilación, etc. Dice la Jefatura: “Si el descanso dominical y de días festivos remunerados, no constituyera salario mal podrían liquidarse cesantías, pensiones de jubilación, de invalidez, seguro colectivo, etc., tomando en cuenta, como debe hacerse, no solamente la remuneración por los días laborales sino los festivos”.

La ley laboral se refiere al salario frecuentemente como medida de valor y no como título jurídico. Así: el artículo 174 del C. S. T. dice que la remuneración del descanso es un salario ordinario; el artículo 194 dice algo análogo con respecto a las vacaciones.

Cuando la ley habla de “un mes de salario”, o de “salario

mensual” para liquidar las prestaciones sociales, se está refiriendo fundamentalmente al valor recibido por el trabajador en un mes, teniendo en cuenta el salario fijado en el contrato de trabajo, pero no al valor recibido a título de salario durante el mes. Según la interpretación de la División de Impuestos Nacionales, si un trabajador ha estado enfermo la mitad del último mes del contrato de trabajo, su cesantía debería liquidarse sobre lo recibido a título de salario durante el último mes, lo cual es absurdo.

Las razones expuestas permiten concluir que la remuneración por dominicales y días festivos constituye una prestación social, a semejanza de las vacaciones, exentas por lo tanto del impuesto sobre la renta y especiales.