



Función Pública

Sentencia 2015-00656 de 2021 Consejo de Estado

RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS DIPUTADOS - Regulación legal / RELIQUIDACIÓN DE CESANTÍAS- Improcedencia / VACACIONES / PRIMA DE VACACIONES

Las prestaciones sociales de los miembros de las Asambleas son las que están contempladas en la Ley 6.^a de 1945 y sus normas complementarias, así como las modificaciones introducidas en materia de seguridad social en la Ley 100 de 1993 y en lo que respecta a la liquidación de cesantías, se debe efectuar conforme a las Leyes 344 de 1996 y 362 de 1997. En este punto es importante aclarar que si bien es cierto en ley posterior -Ley 1871 de 2017- se fijó el régimen de remuneración, prestacional y seguridad social de los miembros de las Asambleas, tal disposición tan solo se enuncia para concluir el marco normativo que rige la materia, pero no es aplicable al caso concreto, comoquiera que la reliquidación del auxilio de cesantías que reclama el demandante corresponde a los años 2010 y 2011, es decir, anteriores a su expedición y, por ende, su situación no está gobernada por lo allí dispuesto.(...) como lo que pretende el señor Chala Pedraza es la reliquidación de las cesantías, con inclusión de las primas de vacaciones y de servicios, se debe concluir que como estas no están contempladas en la Ley 6.^a de 1945, según la transcripción de la norma que se hizo en el acápite 2.2.1. no es viable acceder a esa pretensión, postura que es consecuente con los diversos pronunciamientos que, al respecto, ha realizado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la cual se comparte en su integridad, y en la que además precisó que tampoco tienen derecho a la prima de servicios, por las razones expuestas en el Concepto 1166 del 25 de noviembre de 1998, previamente transcrito. (...) siguiendo la línea que al respecto ha acogido el Consejo de Estado, como los diputados no tienen derecho a las primas de servicios y de vacaciones, no es viable disponer la reliquidación de las cesantías con inclusión de tales factores y, por tal razón, se deberán revocar los numerales primero a cuarto de la sentencia recurrida que dispuso la anulación parcial del acto demandado y ordenó el reconocimiento y pago de la reliquidación del auxilio incluyendo las aludidas primas. No sobra agregar que pese a que en el expediente hay constancia de que dentro de los emolumentos reconocidos y pagados al actor durante los años 2010 y 2011 percibió, entre otros, las primas de servicios y de vacaciones, el hecho de que la administración departamental hubiera efectuado tal reconocimiento, no genera derecho a la reliquidación de las cesantías, pues, como se analizó con antelación, los diputados, con antelación al año 2017, no tienen derecho a tales prerrogativas y, en ese entendido, mal podría disponerse su inclusión para liquidar el auxilio en mención.

FUENTE FORMAL : LEY 48 DE 1962 / DECRETO 1723 DE 1964 / DECRETO LEY 1222 DE 1986 / LEY 6.^a DE 1945 / LEY 48 DE 1962 / DECRETO LEY 1222 DE 1986 / ACTO LEGISLATIVO 01 DE 1996 / LEY 617 DEL 6 DE OCTUBRE DE 2000 / LEY 1871 DE 2017/ LEY 1871 DE 2017 / LEY 5.^a DE 1969 / LEY 344 DE 1996

SANCIÓN MORATORIA POR EL PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS A DIPUTADO - No procede por consignación incompleta y por no tener derecho a vacaciones y prima de vacaciones

Debido a que el señor Chala Pedraza no tiene derecho a la reliquidación de las cesantías con inclusión tales primas, puesto que no se pueden tener, para ese efecto, conceptos que el legislador no ha previsto como integrantes de su régimen salarial y prestacional, y como la sanción moratoria pretendida deriva del presunto pago incompleto del auxilio de cesantías, por la no inclusión de los emolumentos tantas veces citados, tampoco se genera la presunta mora de la administración en el pago integral de la prestación, toda vez que no se demostró que hubiera una diferencia en la liquidación ordenada, y no se causaron saldos a favor del actor, respecto de los cuales pueda alegar un pago tardío. Adicionalmente, la jurisprudencia de esta Sección ha precisado que respecto de las diferencias que surjan a causa del pago parcial o incompleto del auxilio de cesantías no procede la sanción por mora.

FUENTE FORMAL: LEY 50 DE 1990 / LEY 344 DE 1996

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 73001-23-33-000-2015-00656-01(3899-17)

Actor: FREDY ENRIQUE CHALA PEDRAZA

Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, ASAMBLEA

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Temas: Prestaciones sociales

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación parcial interpuesto por las partes demandante y demandada, contra la sentencia proferida el 27 de junio de 2017 por el Tribunal Administrativo del Tolima, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el Artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Fredy Enrique Chala Pedraza formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en orden a que se declare la nulidad de la Resolución 030 del 17 de marzo de 2014, suscrita por el presidente de la Asamblea del Tolima, mediante la cual le negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales pretendidas.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar al departamento del Tolima a (i) reconocer y pagar las diferencias en sus cesantías de los años 2010 y 2011, producto de la no inclusión de las doceavas partes de los emolumentos que reclama; (ii) disponer el pago de la sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retraso en el pago de las diferencias de las cesantías y (iii) ajustar las sumas que se adeudan, de conformidad con lo previsto en el Artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

1.1.2. Hechos

Como hechos relevantes, el apoderado del demandante señaló los siguientes:

- i) El señor Fredy Enrique Chala resultó elegido popularmente como diputado del departamento del Tolima para el período 2008-2011 y tomó posesión de ese empleo el 1 de enero de 2008.
- ii) Durante 2010 y 2011 la remuneración del demandante, como diputado, comprendió los siguientes emolumentos: remuneración mensual, prima de servicios, prima de navidad, indemnización por vacaciones, prima de vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías.
- iii) Al momento de liquidar las cesantías de los años 2010 y 2011, la Asamblea solo tomó en cuenta la remuneración mensual y la 1/12 parte de la prima de navidad, pero no incluyó la 1/12 parte de los demás factores, tales como la prima de navidad y la prima de vacaciones, lo que originó una diferencia en el valor reconocido por concepto de ese auxilio.
- iv) El 30 de diciembre de 2013, el demandante formuló petición ante el departamento y la Asamblea, con el fin de que se reconociera y pagara la reliquidación de sus cesantías y la sanción moratoria prevista en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
- v) La Asamblea respondió la solicitud anterior, a través de la Resolución 030 del 17 de marzo de 2014, mediante la cual se negó la pretensión.
- vi) Como las Asambleas cuentan con autonomía administrativa y financiera pero no con personería jurídica, el ente llamado a responder es el departamento del Tolima.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales se señalaron los Artículos 2º de la Ley 65 de 1946; 7 de la Ley 48 de 1962; 99 de la Ley 50 de 1990; 13 de la Ley 344 de 1996; la Ley 6ª de 1945; el Artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y el Decreto 2567 de 1946.

Al desarrollar el concepto de violación, el apoderado del demandante expuso los argumentos que se resumen a continuación:

- i) La administración no liquidó las cesantías conforme a la ley, pues no incluyó las primas de servicios y de vacaciones, razón por la cual se debe entender que pagó, en forma completa, la prestación y, bajo ese entendido, violó las previsiones del Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que se hace acreedora a la sanción contemplada en esa disposición, equivalente a un día de salario por cada día de retraso.
- ii) De conformidad con lo establecido en el Artículo 7 de la Ley 48 de 1962, los diputados gozarán de iguales prestaciones e indemnizaciones previstas para los servidores públicos en la Ley 6ª de 1945; además, el Artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 adicionó la Ley 6ª de 1945 en lo que respecta a los factores salariales para la liquidación del auxilio de cesantías y, entre ellos, enlistó los siguientes: a. asignación básica; b. gastos de representación; c. dominicales y festivos; d. horas extras; e. auxilios de alimentación y transporte; f. prima de navidad; g. prima de servicios; h. viáticos y i. bonificación por servicios.

iii) El Artículo 13 de la Ley 344 de 1996 modificó el régimen del auxilio de cesantías y estableció su liquidación en forma anual, para los

servidores que se vincularán a partir de tal disposición; además, equiparó la situación de los trabajadores públicos y privados en lo que respecta a la oportunidad para consignar anualmente la prestación.

iv) De conformidad con lo anterior, la entidad vulneró lo previsto en la Ley 6ª de 1945 y en el Decreto 1045 de 1978, en cuanto no incluyó las primas de navidad y de servicios para la liquidación de sus cesantías; de igual manera, desconoció el Decreto 2567 de 1946 que establece que el cómputo de la prestación no solo debe incluir el salario mensual, sino todo lo que reciba el empleado como retribución ordinaria y permanente del servicio.

v) El numeral 3º del Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 prevé que el empleador está en la obligación de consignar las cesantías a sus empleados, antes del 15 de febrero del año siguiente a aquel en que se causaron y la consecuencia de ese incumplimiento es la sanción que deberá pagar al empleado, equivalente a un día de salario por cada día de retraso, la cual se continúa causando hasta cuando se haga la consignación efectiva de la prestación en el fondo correspondiente.

1.2. Contestación de la demanda

1.2.1. Asamblea del Tolima

La apoderada de la demandada se opuso a las pretensiones¹ y expuso las siguientes razones de defensa:

i) La Asamblea es una corporación político administrativa de elección popular que goza de autonomía administrativa y patrimonio propio; sin embargo, carece de personería jurídica para actuar y ello le impide comparecer al juicio; por tal razón se debe disponer su desvinculación de la controversia y, por ende, declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

ii) Para solicitar la reliquidación de las cesantías y la indemnización por mora en el reconocimiento, el interesado se debe sujetar al término previsto en el Artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, so pena de declarar la extinción del derecho por virtud del fenómeno de la prescripción, el cual se deberá declarar, por los lapsos que hubieren transcurrido sin reclamación oportuna.

iii) La Asamblea depende de la apropiación realizada por la Gobernación del Tolima, por lo que el pago de la prestación se sujetó al valor girado por la entidad territorial, de modo que debe prosperar la excepción de inexistencia de la obligación.

iv) Dentro de la partida presupuestal correspondiente al auxilio de cesantías de los diputados, para los años 2010 y 2011, el departamento tan solo transfirió los recursos para que las cesantías se pagaran tomando como base la remuneración básica mensual y la 1/12 parte de la prima de navidad; por lo tanto, el pago no se podía sujetar a otros factores, como los que echa de menos la parte demandante.

v) La sanción moratoria reclamada no es procedente, toda vez que el auxilio de cesantías fue pagado al demandante antes del 15 de febrero del año siguiente a aquel en que se causaron y, por esa razón, no se causó la penalidad pretendida.

1.2.2. El departamento del Tolima

El apoderado del ente territorial demandado se opuso a las pretensiones² y expuso las siguientes razones de defensa:

i) Los diputados tienen la calidad de servidores públicos y no de empleados públicos y, en aquella condición, tienen derecho a las prestaciones sociales previstas en el Artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, entre las cuales se encuentran las cesantías, los intereses a las cesantías y la prima de navidad; de igual manera, les asiste el derecho a aquellas prestaciones reguladas en la Ley 100 de 1993, entre ellas, la pensión de vejez, la pensión de invalidez por riesgo común, el auxilio funerario, la incapacidad general, etc.

ii) No obstante lo anterior, a tales servidores no les asiste el derecho al reconocimiento y pago de vacaciones, prima de servicios y prima de vacaciones, comoquiera que no hay sustento normativo que justifique su pago; en efecto, en el Congreso de la República recae la competencia de fijar el régimen salarial y prestacional de estos y aún no se ha expedido o promulgado norma que rija la materia. Por lo tanto, ese vacío no se puede llenar con una interpretación equivocada de la ley, como la que pretende la parte actora, máxime cuando la Ley 617 de 2000 señala la remuneración de los diputados y, de ella, no se infiere que se deba reconocer concepto alguno por los factores pretendidos.

iii) Por otro lado, el departamento del Tolima giró, oportunamente, los recursos orientados al pago de las cesantías del demandante, por esta razón, mal podría aducirse que incurrió en mora para el pago de la prestación y que se debe imponer, a su cargo, la sanción moratoria pretendida en la demanda.

iv) Con fundamento en lo anterior, deben prosperar las excepciones de falta de causa jurídica o legal para pretender la nulidad del acto acusado, falta de vicio en los actos administrativos que se acusan, interpretación errónea de la norma, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante sentencia proferida el 27 de junio de 2017,³ accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con sustento en las siguientes consideraciones:

i) Por expresa disposición de la ley, los miembros de las Asambleas tienen derecho a las cesantías, las cuales se deben liquidar a razón de un

mes de salario por cada año laborado, tomando como base, además de la asignación básica, todas las sumas percibidas a cualquier otro título, que impliquen retribución directa o indirecta de los servicios prestados, tal como lo prevé el Artículo 2º de la ley 65 de 1946.

ii) En el caso concreto del demandante, se pudo verificar que las cesantías de los años 2010 y 2011 se liquidaron teniendo en cuenta, únicamente, la asignación básica y la prima de navidad, es decir, que se omitió incluir las primas de vacaciones y de servicios, pese a que tenía derecho a su reconocimiento e inclusión.

iii) Lo anterior conlleva impartir la orden, con destino al departamento del Tolima, de reliquidar el auxilio de cesantías del demandante, de modo que incluya las doceavas partes de las primas de vacaciones y de servicios correspondientes a los años 2010 y 2011.

iii) En lo que respecta a la sanción moratoria pretendida, el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en su numeral 3º, prevé que, en caso de incumplimiento del empleador, en la consignación oportuna de las cesantías, deberá reconocer y pagar, a favor del empleado, un día de salario por cada día de retraso. Así las cosas y con el fin de establecer si era viable el reconocimiento de la sanción reclamada en la demanda y como en el expediente no obraba prueba de las resoluciones mediante las cuales se reconocieron las cesantías al actor, ni la certificación en la que constara la fecha en que se efectuó el pago, producto de una prueba de oficio, se obtuvo certificación a través de la cual se determinó que las cesantías correspondientes a los años 2010 y 2011 fueron pagadas con antelación al 15 de febrero del año siguiente a aquel en que se causaron, por lo tanto, no es viable la pretensión del actor, en torno al pago de la sanción moratoria.

1.4. El recurso de apelación

1.4.1. El demandante

El demandante, actuando por intermedio de apoderado, interpuso recurso de apelación⁴ parcial en contra de la sentencia previamente referenciada, y solicitó que se revoque la decisión de no acceder a la sanción moratoria reclamada y, en su lugar, también se acceda a esa pretensión de la demanda. Como sustento de su pretensión expuso:

El tribunal interpretó equivocadamente la pretensión de sanción moratoria, toda vez que no se buscaba el pago de esa penalidad producto de la tardanza en la consignación de las cesantías, propiamente dicha, sino que su reclamo derivaba del pago incompleto de la prestación por la no inclusión de todos los factores que la integran, lo que, a su vez, daba lugar a conceder la sanción deprecada, la cual se debe reconocer por el *ad quem*.

1.4.2. El Departamento del Tolima

El ente territorial demandado, actuando por intermedio de su apoderado, interpuso recurso de apelación parcial contra la providencia recurrida, en cuanto accedió a la reliquidación del auxilio de cesantías. Para tal efecto, expuso lo siguiente:

i) Aunque se comparte la decisión adoptada por el *a quo* de negar la pretensión orientada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, no ocurre igual respecto de acceder a la reliquidación del auxilio de cesantías, toda vez que los diputados son beneficiarios de las prestaciones sociales contempladas en el Artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, de donde se deriva que tan solo les asiste el derecho a recibir las cesantías, los intereses a las cesantías y la prima de navidad, pero no las primas que el tribunal ordenó incluir para la liquidación del auxilio.

ii) La competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los diputados radica en el Congreso y, hasta la fecha, no se ha reglamentado o expedido norma que regule la materia, razón por la cual ese vacío normativo no se puede llenar con la interpretación realizada por el juez de instancia.

iii) El Consejo de Estado, en concepto 1700 del 14 de diciembre de 2005 señaló que la remuneración de los diputados no contempla sumas diferentes a lo que globalmente se establece en la ley y no hay lugar a reconocer factores o beneficios distintos; además, el Departamento Administrativo de la Función Pública, en el concepto No. 20136000186391 del 10 de diciembre de 2013 se refirió a la improcedencia de reconocer vacaciones y primas de vacaciones a los diputados, ante inexistencia de norma que disponga lo pertinente.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

1.5.1. La Asamblea del Tolima

El apoderado de la corporación pública recorrió el término para alegar⁵ y, en su escrito, solicitó revocar la sentencia proferida por el *a quo* en cuanto se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y, en su lugar, denegarlas.

1.5.2. El demandante

El señor Fredy Enrique Chala guardó silencio durante esta etapa procesal.⁶

1.6. El Ministerio Público

El agente del Ministerio Público no rindió concepto⁷.

La Sala decide, previas las siguientes

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Se circunscribe a establecer si el demandante tiene derecho a i) la reliquidación de las cesantías de los años 2010 y 2011, con inclusión de las primas de vacaciones y de servicios con base en la normativa que rige a los empleados públicos del orden nacional; y ii) la sanción moratoria producto del pago incompleto de las cesantías, en cuanto no se incluyeron los aludidos factores.

2.2. Marco normativo

2.2.1. La remuneración de los diputados

La Ley 48 de 1962 «Por la cual se fijan unas asignaciones, se aclara la Ley 172 de 1959, y se dictan otras disposiciones», en su Artículo 7, estableció que los miembros de las Asambleas gozarán de las mismas prestaciones e indemnizaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la Ley 6.^a de 1945 y demás disposiciones que la adicionen o reformen.

El Decreto 1723 de 1964, por el cual se reglamentó la ley anterior, en su Artículo 6.^o reiteró lo dispuesto en el Artículo 7 de la ley citada.

El igual sentido, el Decreto Ley 1222 de 1986 «Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental», en su Artículo 56, dispuso que los miembros de las Asambleas Departamentales gozarán de las prestaciones e indemnizaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la Ley 6.^a de 1945 y normas que la adicionen o reformen.

Ahora bien, la Ley 6.^a de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo», en el Artículo 17, señaló las prestaciones sociales de que eran beneficiarios los empleados y obreros nacionales y que, por disposición de la Ley 48 de 1962 y su decreto reglamentario, se hicieron extensivos a los diputados, y comprenden:

a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.

b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se ira deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión.

c) Pensión de invalidez al empleado u obrero que haya perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio, mientras dure la incapacidad, equivalente a la totalidad del último sueldo o salario devengado, sin bajar de cincuenta pesos (\$50) ni exceder de doscientos pesos (\$200).

La pensión de invalidez excluye la cesantía y la pensión de jubilación.

d) Seguro por muerte del empleado u obrero, equivalente a la cesantía que le hubiere correspondido y que se pagará a sus beneficiarios o herederos.

e) Auxilio por enfermedad no profesional contraída por el empleado u obrero en desempeño de sus funciones, hasta por ciento ochenta (180) días de incapacidad comprobada para trabajar, así: las dos terceras partes del sueldo o jornal durante los primeros (90) días, y la mitad por el tiempo restante.

f) Asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria en los casos a que haya lugar, sin pasar de seis (6) meses.

g) Los gastos indispensables del entierro del empleado u obrero.

PARÁGRAFO. - Los empleados que hayan prestado sus servicios al Congreso durante veinte legislaturas continuas o discontinuas, tendrán derecho a todas las prestaciones sociales contenidas en este Artículo.

La Ley 4.^a de 1966, en su Artículo 11,⁸ además, incluyó el derecho a devengar la prima de navidad.

Con posterioridad a tales disposiciones, se promulgó la Constitución Política de 1991, cuyo Artículo 299 estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 299.- En cada departamento habrá una corporación administrativa de elección popular que se denominará asamblea departamental, la cual estará integrada por no menos de once miembros ni más de treinta y uno.

El Consejo Nacional Electoral podrá formar dentro de los límites de cada departamento, con base en su población, círculos para la elección de

Sentencia 2015-00656 de 2021 Consejo de Estado **5** **EVA - Gestor Normativo**

diputados, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda. Los diputados no tendrán la calidad de funcionarios públicos. El período de los diputados será de tres años, con las limitaciones que establezca la ley, tendrán derecho a honorarios con su asistencia a las sesiones correspondientes. (Se destaca)

El Artículo en cita ha sido modificado a través de los Actos Legislativos 1 de 1996, 2 de 2002 y 1 de 2003 que modificó su inciso 1; sin embargo, este último fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-668 de 2004⁹. Finalmente, la norma enunciada fue modificada por el Acto Legislativo 1 de 2007, cuyo texto actual es el siguiente:

ARTÍCULO 299.- En cada departamento habrá una corporación político-administrativa de elección popular que se denominará asamblea departamental, la cual estará integrada por no menos de 11 miembros ni más de 31. Dicha corporación gozará de autonomía administrativa y presupuesto propio, y podrá ejercer control político sobre la administración departamental.

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda. El período de los diputados será de cuatro años y tendrá la calidad de servidores públicos.

Para ser elegido diputado se requiere ser ciudadano en ejercicio, no haber sido condenado a pena privativa de la libertad, con excepción de los delitos políticos o culposos y haber residido en la respectiva circunscripción electoral durante el año inmediatamente anterior a la fecha de la elección.

Los miembros de la Asamblea Departamental tendrán derecho a una remuneración durante las sesiones correspondientes y estarán amparados por un régimen de prestaciones y seguridad social, en los términos que fijen la ley. (Resalta la Sala)

En lo que tiene que ver con la remuneración de los diputados, la Ley 617 del 6 de octubre de 2000 «Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional» en sus Artículos 28 y 29 estableció:

ARTÍCULO 28. Remuneración de los Diputados. La remuneración de los diputados de las Asambleas Departamentales por mes de sesiones corresponderá a la siguiente tabla a partir del 2001:

Categoría de departamento	Remuneración de diputados
Especial	30 smlm
Primera	26 smlm
Segunda	25 smlm
Tercera y cuarta	18 smlm

ARTÍCULO 29. Sesiones de las Asambleas. El Artículo 10. de la Ley 56 de 1993, quedará así:

"Artículo 10. Sesiones de las Asambleas. Las asambleas sesionarán durante seis (6) meses en forma ordinaria, así:

[...]

PARÁGRAFO 2. Los Diputados estarán amparados por el régimen de seguridad social previsto en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones complementarias. En todo caso se les garantizará aseguramiento para salud y pensiones. El Gobierno Nacional reglamentará la materia. (Negrilla fuera de texto)

Finalmente, el legislador, a través de la Ley 1871 de 2017 «Por medio de la cual se dictan el régimen de remuneración, prestacional y seguridad social de los miembros de las asambleas departamentales y se dictan otras disposiciones» en sus Artículos 3.º y 5.º determinó lo siguiente:

ARTÍCULO 3. Régimen prestacional de los diputados. El servidor público que ejerza como diputado tendrá derecho a seguro de vida con cargo a la sección presupuestal del sector central del Departamento y a percibir las siguientes prestaciones:

1. Auxilio de cesantía e intereses sobre las cesantías, cuya liquidación se orientará por los Artículos 3º y 4º de la Ley 5ª de 1969 y el Artículo 13 de la Ley 344 de 1996 o por las normas que lo adicionen o modifiquen.

2. Prima de Navidad, se reconocerá de conformidad con lo establecido en el Artículo 11 de la Ley 4a de 1966.

PARÁGRAFO 1. A partir de la presente ley, cada Departamento deberá homologar las prestaciones que hubiere reconocido hasta el momento y reemplazarla con las establecidas en el presente régimen.

ARTÍCULO 5. Derechos de los diputados. Los diputados tendrán derecho a:

1. Vacaciones y prima de vacaciones. La cuantía y término se reconocerá de conformidad con lo establecido en la Decreto número 1045 de 1978 y se hará en forma colectiva. Para el reconocimiento se tendrá en cuenta como si se hubiese sesionado todo el año.

2. Capacitación. Se extenderá a los diputados y directivos de federaciones y confederaciones de diputados lo dispuesto en los Artículos 25, 26, 27 y 28 de la Ley 1551 de 2012

3. Gasto de Viaje. Las asambleas departamentales podrán pagar del rubro de gasto de funcionamiento, los gastos de viajes de sus Diputados con ocasión del cumplimiento de comisiones oficiales dentro y fuera del departamento.

De conformidad con lo previsto en el Artículo 10 de la ley previamente citada, empezó a regir a partir de su publicación, esto es, desde el 12 de octubre de 2017.

2.2.2. Las cesantías a favor de los diputados

Como se analizó en el acápite anterior, dentro de las prestaciones reconocidas a favor de los diputados, están las cesantías, según lo dispuesto en los Artículos 7 de la Ley 48 de 1962, 6 del Decreto 1723 de 1964 y 56 del Decreto Ley 1222 de 1986 que, a su vez, remiten a la Ley 6.ª de 1945, la cual, en su Artículo 17, literal a), consagra el derecho a ese auxilio.

Si bien es cierto en la Ley 6.ª de 1945 la liquidación de esa prestación se consagró bajo el régimen de retroactividad, también lo es que ella ha sufrido modificaciones, entre ellas, en la Ley 5.ª de 1969¹⁰; con posterioridad, y con el propósito de desmontar ese régimen para los servidores públicos del nivel territorial, el legislador expidió primero el Decreto 3118 de 1968 y luego la Ley 344 de 1996, en cuyo Artículo 13 estableció:

ARTÍCULO 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente Artículo.

Parágrafo. El régimen de cesantías contenido en el presente Artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

La norma anterior fue reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, y, en el Artículo 1º se previó:

ARTÍCULO 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los Artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el Artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

PARÁGRAFO. - Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el Artículo 6 de la Ley 432 de 1998. (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien, los Artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, a los cuales remite la disposición anterior, establecen:

ARTÍCULO 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

ARTÍCULO 102.- El trabajador afiliado a un Fondo de Cesantía sólo podrá retirar las sumas abonadas en su cuenta en los siguientes casos:

Cuando termine el contrato de trabajo. En este evento la Sociedad Administradora entregará al trabajador las sumas a su favor dentro de los cinco (5) días siguientes a la presentación de la solicitud.

En los eventos en que la legislación vigente autoriza la liquidación y pago de cesantía durante la vigencia del contrato de trabajo. El valor de la liquidación respectiva se descontará del saldo del trabajador desde la fecha de la entrega efectiva.

ARTÍCULO 104.- De las liquidaciones de cesantía que se efectúen el 31 de diciembre de cada año el empleador deberá entregar al trabajador un certificado sobre su cuantía.

La Sociedad Administradora del Fondo de Cesantía podrá presentar al trabajador en las acciones que se adelanten con motivo del incumplimiento del empleador en la liquidación o pago del auxilio de cesantía.

En lo que respecta a los factores para liquidar las cesantías, están contemplados en el Artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 «Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional» y comprenden: a. La asignación básica mensual; b. Los gastos de representación y la prima técnica; c. Los dominicales y feriados; d. Las horas extras; e. Los auxilios de alimentación y transporte; f. La prima de navidad; g. La bonificación por servicios prestados; h. La prima de servicios; i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio; j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978; k. La prima de vacaciones; l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; ll. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del Artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

2.3. Hechos probados

De conformidad con las pruebas que obran dentro del expediente, se puede establecer lo siguiente:

2.3.1. La prestación del servicio del demandante y las acreencias reconocidas a su favor

i) El 1 de julio de 2009,¹¹ la Asamblea del Tolima expidió la Resolución 034, por la cual suplió una vacante, así:

Artículo primero. Llamar al señor fredy enrique chala pedraza, para que supla la vacante dejada por el Diputado mauricio alvarado hidalgo, mientras dura su licencia no remunerada.

ii) El 1 de julio de 2009,¹² el señor Fredy Enrique Chala Pedraza tomó posesión del cargo de diputado ante la Asamblea del Tolima, según consta en acta de posesión No. 20 de la fecha.

iii) El 4 de agosto de 2009,¹³ la Asamblea del Tolima expidió la Resolución 062, por la cual aceptó la renuncia a una suplencia temporal y suplió una vacancia. Al respecto decidió:

Artículo primero. Aceptar al diputado fredy enrique chala pedraza la renuncia a ocupar la vacante temporal dejada por el diputado mauricio alvarado hidalgo,

Artículo segundo. Llamar al señor fredy enrique chala pedraza, para que ocupe la curul dejada por el doctor plinio valencia varon.

iv) El 6 de agosto de 2009,¹⁴ el señor Fredy Enrique Chala Pedraza tomó posesión del cargo de diputado ante la Asamblea del Tolima, según consta en acta de posesión No. 23 de la fecha.

v) El 17 de diciembre de 2013,¹⁵ el profesional universitario de la Asamblea del Tolima expidió certificación en la que consta que el señor Fredy Enrique Chala Pedraza tuvo la condición de diputado durante los años 2010 y 2011 y percibió los siguientes emolumentos: remuneración mensual, prima de servicios, prima de navidad, indemnización por vacaciones, prima de vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías.

vi) El 8 de abril de 2015,¹⁶ el secretario general de la Asamblea del Tolima certificó que el demandante se desempeñó como diputado durante el lapso comprendido entre el 1 de julio de 2009 y el 31 de diciembre de 2011.

2.3.2. La reclamación administrativa

i) El 20 de diciembre de 2013,¹⁷ el señor Fredy Enrique Chala radicó petición en la Gobernación del Tolima, en la cual reclamó la reliquidación de sus cesantías por no haber incluido las doceavas partes de las primas de servicios y de vacaciones; de igual manera, requirió el reconocimiento y pago de la sanción moratoria producto del pago incompleto de la prestación.

ii) El 30 de diciembre de 2013,¹⁸ el demandante formuló igual reclamación a la señalada en el numeral anterior, ante la Asamblea del Tolima.

iii) El 28 de enero de 2014,¹⁹ la directora de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Gobernación del Tolima remitió la solicitud radicada por el demandante en esa entidad, a la Asamblea del departamento, por ser de su competencia.

iv) El 17 de marzo de 2014,²⁰ la Asamblea del Tolima expidió la Resolución 030, por la cual resolvió la anterior solicitud, en los siguientes términos:

Revisado el fondo del asunto objeto de a petición, se observa que el auxilio de cesantías del peticionario, correspondiente a los años 2010 y 2011 fue liquidado así:

2010		
ELEMENTOS O FACTORES	VALOR	1/12
Asignación Básica	\$12.875.000.00	00
Prima de Navidad	\$12.875.000.00	\$1.072.917
TOTAL PAGADO		\$13.947.917
2011		
Asignación Básica	\$13.390.000.00	00
Prima de Navidad	\$13.390.000.00	\$1.115.833.00
TOTAL PAGADO		\$14.505.833.00

En esta liquidación no se incluyó la prima de servicios, la prima de vacaciones, ni la bonificación por servicios prestados. En dicha liquidación la prima de navidad fue incluida como factor salarial.

(...)

La Asamblea Departamental del Tolima, carece de disponibilidad presupuestal para resolver favorablemente y satisfacer la petición del petente, imponiéndose la obligación de denegar el reconocimiento de los derechos solicitados, lo que se dispondrá en la parte resolutive de esta resolución.

2.3.3. Otras pruebas

i) El 10 de diciembre de 2013,²¹ la directora jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública remitió ante la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público un concepto en torno a la viabilidad o no de reconocer las vacaciones y prima de vacaciones a los diputados, en el cual se concluyó lo siguiente:

[...]

En virtud de lo expuesto, los Diputados tienen derecho a las prestaciones sociales contempladas en la Ley 100 de 1993, que son:

- La Pensión de Vejez, que se encuentra regulada el (sic) Artículo 33 y s.s.
- La pensión de invalidez por riesgo común, consagrada en el Artículo 38 y s.s.
- El auxilio funerario, regulado por el Artículo 51.
- Incapacidades por enfermedad general, enfermedad profesional y accidente de trabajo establecido en el Artículo 206.
- Atención de los accidentes de trabajo y la enfermedad profesional consagrada en el Artículo 208.
- El plan obligatorio de salud, que cubre protección integral en maternidad y enfermedad general en las fases de promoción y fomento a la salud y la previsión, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según las condiciones del régimen.

Y adicionalmente a las prestaciones contempladas en la Ley 100 de 1993, los Diputados tienen derecho a percibir las siguientes:

- Auxilio de cesantías.
- Intereses sobre las cesantías.
- Prima de navidad.

Como quiera que ni la Ley 6ª de 1945 ni en las normas expedidas con posterioridad a la misma para los empleados departamentales se hace mención alguna a las vacaciones, puede inferirse que los Diputados no tienen derecho al reconocimiento y pago de prestaciones como las vacaciones y la prima de vacaciones.

ii) El 6 de marzo de 2017,²² el profesional especializado de la Oficina Financiera y de Presupuesto de la Asamblea del Tolima certificó lo siguiente:

Que, las cesantías correspondientes al año 2010 del ex diputado fredy enrique chala pedraza [...] fueron consignadas en el fondo de cesantías horizonte, el veinticinco (25) de enero del año 2011.

Que, las cesantías correspondientes al año 2011 del ex diputado fredy enrique chala pedraza [...] le fueron pagadas a él directamente, el día dos (02) de febrero del año 2012.

2.4. Caso concreto

El demandante, quien se desempeñó como diputado de la Asamblea del departamento de Arauca para el período 2008-2011 (únicamente entre

el 1 de julio de 2009 y el 31 de diciembre de 2011) reclama la reliquidación de sus cesantías con inclusión de las primas de servicios y de vacaciones y, como consecuencia de ello, considera que al no haberse incluido estos para la liquidación de esa prestación, debe reconocerse a su favor la sanción moratoria producto de la omisión en el pago completo del auxilio de cesantías. En consecuencia, la Sala, para una mayor claridad, analizará en forma independiente las diferentes pretensiones, en los dos subtemas siguientes; en caso de no prosperar, se analizarán las pretensiones subsidiarias.

2.4.1. La reliquidación de las cesantías

Para analizar si procede la reliquidación de las cesantías con inclusión de las primas de vacaciones y de servicios, es necesario verificar si la normativa aplicable a los diputados consagra a su favor el reconocimiento de tales emolumentos, como se procederá a continuación:

Tal como se señaló en el acápite 2.2.1. de esta providencia, desde la Ley 48 de 1962 se previó que los miembros de las Asambleas gozarían de las prestaciones sociales consagradas en la Ley 6.^a de 1945, disposición que fue reiterada mediante los Decretos 1723 de 1964 y 1222 de 1986.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el texto original del Artículo 299 de la Constitución Política, se consagró, a favor de ellos, el derecho a recibir los honorarios de acuerdo con la asistencia a las sesiones.

En razón a lo anterior, el ministro de Gobierno, formuló ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado una consulta orientada a definir, entre otros asuntos, si los diputados a las asambleas elegidos para el período 1990-1992 tendrían derecho hasta su terminación al reconocimiento y pago de prestaciones sociales conforme a las Leyes 6.^a de 1945, 48 de 1962, 77 de 1965 y 5.^a de 1969, la cual fue resuelta en Concepto 444 del 14 de mayo de 1992,²³ del cual se destaca lo siguiente:

[...] la circunstancia de no haberse expedido la Ley que establezca las limitaciones y criterios con sujeción a los cuales las Asambleas puedan fijar los honorarios de los Diputados, implica que el régimen de honorarios todavía no haya entrado a regir y que, por tanto, el régimen salarial y prestacional previsto para los Diputados en el Código de Régimen Departamental conserva su vigencia. (Se resalta)

El Código de Régimen Departamental al que se refiere el concepto en cita, no es otro que el establecido en el Decreto Ley 1222 de 1986, en cuyo Artículo 56, como se señaló en un acápite precedente, remite a las prestaciones sociales consagradas en la Ley 6.^a de 1945.

Ahora bien, como se señaló en el marco normativo que antecede, el texto original del Artículo 299 de la Constitución Política ha sufrido diversas modificaciones, a través de Actos Legislativos posteriores, la primera de las cuales ocurrió a través del A.L. 1 de 1996, en cuyo inciso final se determinó que «los miembros de la Asamblea Departamental tendrán derecho a una remuneración durante las sesiones correspondientes y estarán amparados por un régimen de prestaciones y seguridad social, en los términos que fije la Ley». En ese sentido, se hizo recaer en el legislador el deber de fijar el régimen prestacional y de seguridad social de los miembros de las Asambleas.

Producto de tal modificación, el ministro del interior formuló consulta ante el Consejo de Estado, en torno a diversos asuntos relacionados con el régimen prestacional de los diputados, la cual fue resuelta a través de Concepto 1166 del 25 de noviembre de 1998,²⁴ del cual se extrae lo siguiente:

De ese modo, y mientras no se expida la nueva ley que desarrolle el Artículo 299 de la Constitución Política, mantienen vigencia las disposiciones sobre régimen salarial y prestacional de los diputados previstas en el Código de Régimen Departamental, Artículos 55 a 58, que preceptúan:

[...]

- Que los congresistas y diputados gozarán de las mismas prestaciones e indemnizaciones consagradas para los servidores públicos en la ley 6.^a de 1945 y demás disposiciones que la adicionen o reformen;

[...]

Las prestaciones de la ley 6.^a de 1945 y disposiciones que la adicionan o reforman, son básicamente las siguientes: auxilio de cesantía, pensión de jubilación, pensión de invalidez, seguro por muerte, auxilio por enfermedad no profesional, asistencia médica, gastos de entierro, prima de navidad, seguro de vida y la hoy denominada pensión de sobrevivientes.

Respecto de la prima de servicio, ésta se encuentra establecida para funcionarios del orden nacional (vinculados a ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales), tiene el carácter de prima anual que equivale a quince días de remuneración, pagaderos en los primeros quince días del mes de julio de cada año, y se liquida sobre los factores de salario que se determinan en el Artículo 59 del decreto ley 1042 de 1978. Por tanto, no puede ser aplicada a los diputados por no existir norma jurídica que autorice su pago a estos servidores. (Destaca la Sala)

Lo anterior quiere decir que pese a las modificaciones introducidas al Artículo 299 de la Constitución Política y que el legislador no hubiere fijado el régimen prestacional y de seguridad social para los miembros de las Asambleas, el Consejo de Estado, en su Sala de Consulta y Servicio Civil, continuó conceptuando que las prestaciones sociales que a estos les corresponden son aquellas consagradas en la Ley 6.^a de 1945 y las normas que la modifiquen o complementen. Además, en forma específica, en relación con la prima de servicios señaló que no existía norma jurídica que autorizara su pago a favor de estos.

Ahora bien, la materia relativa a la remuneración de los diputados, fue abordada por la Ley 617 del 2000, en cuyo Artículo 28 fijó lo pertinente en salarios mínimos legales mensuales vigentes, y conforme a la categoría del departamento; además, en los párrafos 1.^º y 2.^º de su Artículo 29 señaló que esta es incompatible con cualquier otra asignación que provenga del tesoro, salvo las pensiones o sustituciones pensionales y excepciones contempladas en la Ley 4.^a de 1992 y que están amparados por el régimen de seguridad social previsto en la Ley 100 de 1993.

Posterior a la ley en comento, se profirió el Acto Legislativo 2 de 2002, en cuyo Artículo 2²⁵ se introdujeron algunas modificaciones al Artículo 299 constitucional; sin embargo, nada relativo a su remuneración o prestaciones sociales. A su vez, en el año 2003, a través Artículo 16²⁶ del Acto Legislativo 1, se modificó el inciso 1.^º del Artículo 299, en lo que respecta a la conformación de las Asambleas; no obstante, tal disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-668 de 2004.

El Ministro del Interior y de Justicia, formuló nueva consulta, tendiente a que el Consejo de Estado clarificara asuntos relativos a las prestaciones sociales a favor de los diputados; en consecuencia, la Sala de Consulta y Servicio Civil emitió Concepto 1700 del 14 de diciembre de 2005,²⁷ en el cual precisó lo siguiente:

[...] no puede entenderse que el párrafo transcrito pueda afectar el pago de las prestaciones sociales a que tienen derecho estos servidores, como se verá más adelante, por el hecho de que la incompatibilidad que menciona la norma se refiera a “cualquier asignación proveniente del tesoro público”. Al respecto la Sala precisa que el fundamento del reconocimiento de tales derechos es de origen constitucional, toda vez que el Artículo 299 consagra que los diputados “estarán amparados por un régimen de prestaciones y seguridad social, en los términos que fije la ley” [...]

[...] hasta tanto el legislador se pronuncie, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 299 de la Constitución Nacional el régimen prestacional de los diputados es el establecido en la ley 6a. de 1945, con las modificaciones introducidas en materia de seguridad social por la ley 100 de 1993, que es ley derogatoria de los regímenes generales y especiales de pensiones, razón por la cual en esta materia la ley 6a. sólo es aplicable a los diputados en los términos del régimen de transición o sea del Artículo 36 de la ley.

Asimismo, no puede olvidarse que con respecto a las cesantías del orden territorial la mencionada ley 6^a fue modificada por las leyes 344 de 1996 y 362 de 1997. (Negrilla de la Sala)

Por último, el Artículo 299 constitucional fue modificado por el Acto Legislativo 1 de 2007 y en su inciso final determinó que «los miembros de la Asamblea Departamental tendrán derecho a una remuneración durante las sesiones correspondientes y estarán amparados por un régimen de prestaciones y seguridad social, en los términos que fijen la ley». Lo anterior quiere decir que no se introdujo modificación alguna en torno al régimen de prestaciones sociales que se venía aplicado a los diputados y mantuvo la previsión según la cual le correspondía al legislador fijar lo pertinente.

Con el objeto de fijar el régimen prestacional de los miembros de las Asambleas, el Congreso presentó el proyecto de ley correspondiente, el cual fue objetado por el presidente de la República y la Corte Constitucional declaró fundadas las objeciones, en sentencia C-700 de 2010,²⁸ de la cual se extraen las siguientes conclusiones:

Como se evidencia al leer la norma transcrita, que fue objetada por el Gobierno, en ella el Congreso de la República define un régimen prestacional especial para los diputados, que contempla los siguientes asuntos: (i) establece cuáles son las prestaciones sociales a que tendrán derecho, a saber: seguro de vida, auxilio de cesantía e intereses sobre las cesantías, vacaciones, prima de navidad de conformidad con lo establecido en el Artículo 11 de la Ley 4^a de 1966, y prima de servicios; (ii) aclara que a las anteriores prestaciones tendrán derecho los diputados y quienes suplieren las faltas absolutas o temporales de ellos; (iii) en su párrafo primero señala detalladamente la forma en la cual se liquidará el auxilio de cesantía por cada año laborado, y para ello toma como base de liquidación el salario de los diputados señalado en el Artículo 2º del mismo proyecto de ley, que a su vez remite para estos propósitos a lo establecido en el Artículo 28 de la Ley 617 de 2000, disposición que, como se vio, lo fija en salarios mínimos mensuales dependiendo de la categoría de cada departamento; (iv) indica que la prima de navidad se liquidará de conformidad con lo establecido en el Artículo 11 de la Ley 4^a de 1966; (v) prevé que en materia de seguridad social los diputados estarán amparados por el régimen de la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones complementarias.

Ahora bien, el Artículo 3º objetado no contempla algunos asuntos que son necesarios para poder liquidar en cada caso algunas de las prestaciones sociales a que la misma norma alude. En efecto, al respecto la disposición omite indicar los siguientes asuntos: (i) cuál es el monto o tope y la periodicidad con que debe reconocerse la prestación social por vacaciones; (ii) cuál es el monto o tope y la periodicidad con la cual debe reconocerse la prima de servicios.

Así las cosas, la Corte observa que en este punto le asiste razón al Gobierno cuando explica que estos asuntos no fueron expresamente regulados en la disposición acusada.

Ahora bien, en el escrito de objeciones gubernamentales se sostiene que, conforme al Artículo 4º del mismo proyecto de ley, dicho vacío legislativo sería llenado por las propias asambleas departamentales, pues así lo prescribe esta última disposición, lo cual resulta inexecutable pues la definición del régimen prestacional de los diputados tiene reserva de ley.

En el anterior escenario se debe concluir que las prestaciones sociales de los miembros de las Asambleas son las que están contempladas en la Ley 6.^a de 1945 y sus normas complementarias, así como las modificaciones introducidas en materia de seguridad social en la Ley 100 de 1993 y en lo que respecta a la liquidación de cesantías, se debe efectuar conforme a las Leyes 344 de 1996 y 362 de 1997.

En este punto es importante aclarar que si bien es cierto en ley posterior -Ley 1871 de 2017- se fijó el régimen de remuneración, prestacional y seguridad social de los miembros de las Asambleas, tal disposición tan solo se enuncia para concluir el marco normativo que rige la materia, pero no es aplicable al caso concreto, comoquiera que la reliquidación del auxilio de cesantías que reclama el demandante corresponde a los años 2010 y 2011, es decir, anteriores a su expedición y, por ende, su situación no está gobernada por lo allí dispuesto.

Así las cosas, y como lo que pretende el señor Chala Pedraza es la reliquidación de las cesantías, con inclusión de las primas de vacaciones y de servicios, se debe concluir que como estas no están contempladas en la Ley 6.^a de 1945, según la transcripción de la norma que se hizo en el acápite 2.2.1. no es viable acceder a esa pretensión, postura que es consecuente con los diversos pronunciamientos que, al respecto, ha realizado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la cual se comparte en su integridad, y en la que además precisó que tampoco tienen derecho a la prima de servicios, por las razones expuestas en el Concepto 1166 del 25 de noviembre de 1998, previamente transcrito.

Valga aclarar que la Sección Segunda de esta Corporación ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en torno a similares pretensiones a las que se ventilan en el *sub examine*, y ha concluido que no es viable el reconocimiento pretendido, pues se trata de emolumentos que no están contemplados en la Ley 6.^a de 1945. Así se ha discurrido:

Sea la oportunidad para precisar que la Corte Constitucional avaló estos pronunciamientos, en sentido de señalar que si bien a partir de la reforma constitucional de 1996, la competencia para establecer el régimen prestacional de los miembros de las asambleas departamentales era exclusiva del legislador, se debía tener en cuenta que mientras el Congreso de la República no prohiriera una nueva ley en la materia, debía entenderse que el régimen prestacional de los diputados era el recogido en la Ley 6.^a de 1945, con las modificaciones introducidas por las leyes 100 de 1993, 344 de 1996 y 362 de 1997.

[...]

Al revisar el citado régimen se evidencia que se reconocen los siguientes emolumentos: auxilio de cesantía, pensión vitalicia de jubilación, pensión de invalidez, seguro por muerte, auxilio por enfermedad no profesional, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria y, gastos de entierro, por tal motivo se puede concluir que ni la Ley 6.^a de 1945 ni las expedidas con posterioridad hicieron relación alguna a los emolumentos que pretende el señor [...] tales como, vacaciones, prima de vacaciones y prima de servicios, lo cual impide efectuar su reconocimiento.²⁹

De acuerdo con lo expuesto, y siguiendo la línea que al respecto ha acogido el Consejo de Estado, como los diputados no tienen derecho a las primas de servicios y de vacaciones, no es viable disponer la reliquidación de las cesantías con inclusión de tales factores y, por tal razón, se deberán revocar los numerales primero a cuarto de la sentencia recurrida que dispuso la anulación parcial del acto demandado y ordenó el reconocimiento y pago de la reliquidación del auxilio incluyendo las aludidas primas.

No sobra agregar que pese a que en el expediente hay constancia³⁰ de que dentro de los emolumentos reconocidos y pagados al actor durante los años 2010 y 2011 percibió, entre otros, las primas de servicios y de vacaciones, el hecho de que la administración departamental hubiera efectuado tal reconocimiento, no genera derecho a la reliquidación de las cesantías, pues, como se analizó con antelación, los diputados, con antelación al año 2017, no tienen derecho a tales prerrogativas y, en ese entendido, mal podría disponerse su inclusión para liquidar el auxilio en mención.

2.4.2. La sanción moratoria por el pago incompleto del auxilio de cesantías

Como se señaló en acápites precedentes, y por virtud de lo dispuesto en la Ley 48 de 1962 y en los Decretos 1723 de 1964 y 1222 de 1986, las prestaciones sociales que están contempladas a favor de los diputados son aquellas de que trata la Ley 6.^a de 1945, en cuyo Artículo 16, literal a) consagró el derecho al auxilio de cesantías.

Sin embargo, la liquidación de tal prestación, en la actualidad, se rige por lo dispuesto en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable por remisión de la Ley 344 de 1996, es decir, con corte al 31 de diciembre de cada año y cuya consignación en el fondo al que esté afiliado el empleado, se debe realizar antes del 15 de febrero del año siguiente a su causación, pues de no realizarse el pago antes de esa fecha, se genera, a cargo del empleador una sanción equivalente a un día de salario por cada día de retraso.

El anterior régimen es el que cubre a los diputados, tal como se dejó plasmado en las providencias citadas, y, en particular, en el concepto 1700 del 14 de diciembre de 2005, cuyo aparte pertinente se citó en el acápite que antecede.

Pues bien, en el asunto bajo análisis, la solicitud de sanción moratoria formulada por el accionante deviene del pago incompleto de las cesantías que, en sentir del actor ocurrió por la omisión en que habría incurrido la administración, de incluir las primas de vacaciones y de servicios.

Por lo tanto, como se analizó en el acápite anterior, debido a que el señor Chala Pedraza no tiene derecho a la reliquidación de las cesantías con inclusión tales primas, puesto que no se pueden tener, para ese efecto, conceptos que el legislador no ha previsto como integrantes de su régimen salarial y prestacional, y como la sanción moratoria pretendida deriva del presunto pago incompleto del auxilio de cesantías, por la no inclusión de los emolumentos tantas veces citados, tampoco se genera la presunta mora de la administración en el pago integral de la prestación, toda vez que no se demostró que hubiera una diferencia en la liquidación ordenada, y no se causaron saldos a favor del actor, respecto de los cuales pueda alegar un pago tardío. Adicionalmente, la jurisprudencia de esta Sección ha precisado que respecto de las diferencias que surjan a causa del pago parcial o incompleto del auxilio de cesantías no procede la sanción por mora.

Las anteriores razones conllevan revocar los numerales primero a cuarto de la sentencia de primera instancia, que dispusieron la anulación parcial del acto censurado y la reliquidación del auxilio de cesantías, así como el numeral sexto que dispuso el término para el cumplimiento de

la sentencia. Por otro lado, se confirmará en lo demás la sentencia recurrida, en cuanto denegó la sanción moratoria pretendida, ordenó la devolución de remanentes y adoptó otras decisiones.³¹

2.5. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016,³² respecto de la condena en costas en vigencia del c.p.a.c.a., concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en los numerales 1 y 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso,³³ la Sala condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, teniendo en consideración que el recurso de alza le fue resuelto desfavorable y la entidad demandada actuó durante esta etapa.³⁴

3. Conclusión

Con los anteriores argumentos fuerza concluir que el demandante no tiene derecho a la reliquidación de las cesantías con inclusión de las primas de servicios y de vacaciones y, por ende, tampoco le asiste el derecho a la sanción moratoria pretendida, por el pago incompleto de la prestación, razón que conlleva, de un lado, a revocar los numerales primero a cuarto y sexto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad parcial del acto acusado y accedió a la reliquidación del auxilio de cesantías y, de otro, a denegar la totalidad de las pretensiones de la demanda. Con condena en costas de segunda instancia a la parte actora.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero.- Revocar los numerales primero a cuarto de la sentencia proferida el 27 de junio de 2017 por el Tribunal Administrativo del Tolima, en el proceso promovido por Fredy Enrique Chala Pedraza contra el departamento del Tolima, en cuanto accedió a la reliquidación de las cesantías reconocidas a este durante los años 2010 y 2011, con inclusión de las doceavas partes de las primas de servicios y de vacaciones. En su lugar se dispone:

Denegar la totalidad de pretensiones de la demanda, con base en lo expuesto en las consideraciones que anteceden.

Segundo.- Confirmar en lo demás la providencia recurrida, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- Condenar en costas al demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el Tribunal Administrativo de Tolima.

Cuarto.- Devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el Artículo 186 del CPACA.

DDG

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folios 118 a 123.

2. Folios 133 a 143.

3. Folios 251 a 258.

4. Folios 266 a 278.

5. Folios 331 a 339.

6. Folio 340.

7. Folio 340.

8. Artículo 11.- Todos los empleados y obreros de la Nación tendrán derecho a una Prima de Navidad o bonificación equivalente a un mes de sueldo que corresponde al cargo en 30 de noviembre de cada año, y será pagada en la primera quincena del mes de diciembre.

9. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

10. En cuyo Artículo 4º en torno al tema analizado, contempló: Artículo 4º.- Los miembros de las corporaciones públicas a que se refiere el Artículo 3 de la presente Ley, gozarán de las mismas prestaciones e indemnizaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la Ley 6 de 1945, y demás disposiciones que la adicionen o reformen, y el auxilio de cesantía se liquidará de acuerdo con lo dispuesto en dicho Artículo 3 en su párrafo primero.

11. Folio 151.

12. Folio 155.

13. Folios 152 a 154.

14. Folio 156.

15. Folio 19.

16. Folio 157.

17. Folios 4 a 7.

18. Folios 8 a 11.

19. Folio 20.

20. Folios 13 a 18.

21. Folios 171 a 174.

22. Folio 245.

23. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, M.P. Javier Henao Hidrón.

24. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, M.P. Javier Henao Hidrón.

25. Artículo 2º. El inciso segundo del Artículo 299 de la Constitución Política quedará así:

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda. El período de los diputados será de cuatro años y tendrán la calidad de servidores públicos.

26. Artículo 16. Modifíquese el inciso 1º del Artículo 299 de la Constitución Política, el cual quedará así: Artículo 299. En cada departamento habrá una Corporación de elección popular que ejercerá el control político sobre los actos de los Gobernadores, Secretarios de despacho, Gerentes y Directores de Institutos Descentralizados y, que se denominará Asamblea Departamental, la cual estará integrada por siete (7) miembros para el caso de las Comisarías erigidas en departamentos por el Artículo 309 de la Constitución Nacional y, en los demás departamentos por no menos de once (11) ni más de treinta y un (31) miembros. Dicha Corporación gozará de autonomía administrativa y

presupuesto propio.

27. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, M.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

28. Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

29. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 7 de septiembre de 2018, radicación: 81001-23-33-000-2014-00090-01, número interno: 0039-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sobre esa temática y, en igual sentido, pueden observarse las siguientes providencias: sentencia del 7 de septiembre de 2018, radicación: 19001-23-33-000-2014-00327-01, número interno: 0839-17, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez y sentencia del 2 de diciembre de 2019, radicación: 19001-23-33-000-2014-00331-01, número interno: 4828-16, M.P. William Hernández Gómez.

30. Folio 19.

31. Estas últimas referentes a la representación judicial de las partes.

32. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

33. «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación [...] 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».

34. La Asamblea del departamento presentó alegatos de conclusión. Folios 331 a 339.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:20:37