



CONSEJO DE ESTADO

SECCIÓN SEGUNDA

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C, 10 de octubre de 2018

Radicación: 190012333000201400322 01
Nro. Interno: 3629-2016
Demandante: Victoria Eugenia Santander Ñañez
Demandado: Departamento del Cauca, Asamblea Departamental del Cauca
Asunto: Régimen prestacional de los Diputados / Vacaciones, primas de vacaciones y de servicios / Niega.

I. ASUNTO

1. La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 28 de junio de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca que negó las pretensiones de la demanda, encaminadas al reconocimiento de los derechos prestacionales reclamados por la ex Diputada¹.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones.²

¹ Según informe de la Secretaría de la Sección Segunda del 3 de marzo de 2017, visible a folio 180.

² Folios 1 a 11.

a. Declarar la nulidad de la Resolución 048 del 27 de diciembre de 2013, a través del cual, el Presidente de la Asamblea Departamental del Cauca, negó el reconocimiento y pago de vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios, de las vigencias 2009 a 2011, e intereses de cesantías y su reliquidación y la sanción moratoria de los años 2010 y 2011, correspondientes al período constitucional 2008 a 2011 en el que fungió como Diputada de dicha entidad.

b. A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a las entidades demandadas a reconocer y pagar a la accionante las vacaciones, las primas de vacaciones y la prima de servicios del 2009 al 2011, con el consecuente reconocimiento de los anteriores emolumentos como factor salarial que de manera directa incidan en el pago de las cesantías y de sus intereses, así como el pago de la sanción moratoria.

2.2. Fundamentos fácticos

2. Señaló, que la actora fue elegida como Diputada del Departamento del Cauca para el período constitucional 2008 - 2011, del cual tomó posesión el 1° de enero de 2008, y lo desempeñó hasta el 31 de diciembre de 2011, tiempo durante el cual se le dejó de cancelar la prima de servicios, vacaciones y la prima de vacaciones, razón por la que no se han reconocido en legal forma sus cesantías.

3. Adujo, que en el 2010 le pagaron al demandante la asignación básica y la prima de navidad como factor salarial, cada una por valor de \$9.270.000, y en el 2011 \$9.640.800; las cuales fueron tenidas en cuenta para liquidar y pagar las cesantías del período, sin que se hubiera expedido el acto administrativo correspondiente, no obstante, afirmó que la prima de navidad fue liquidada por un valor inferior, al no ser incluidos todos los factores salariales que la componen,

como lo son: las primas de vacaciones y de servicios, y la bonificación por servicios prestados.

4. Afirmó, que el 17 de diciembre de 2013 la demandante solicitó a la Asamblea Departamental del Cauca el reconocimiento y pago de los mencionados emolumentos, los cuales fueron negados mediante Resolución 048 de 2013 por no contar con las disponibilidades presupuestales conforme al artículo 345 de la Constitución Política de 1991.

2.3. Normas vulneradas y concepto de vulneración

Señaló como disposiciones vulneradas las siguientes:

- Los artículos 1º, 2º, 4º, 25, 53, 123, 299 de la Constitución Política.

- Las Leyes 6ª de 1945, artículos 12 y 17; 65 de 1946, artículo 1º; 48 de 1962, artículo 7º; 77 de 1965, artículo 3º; 4ª de 1966, artículos 11 y 12; 5ª de 1969, artículos, 2º, 3º y 4º; 50 de 1990, artículos 99, 102 y 104; 344 de 1996, artículo 13; 617 de 2000, artículos 1º y 28; y la ley 734 de 2002, artículo 33 #s 1 y 9.

- Los Decretos 2567 de 1946, artículo 1º; 1160 de 1947, artículos 1º, 2º y 6º; 1723 de 1974, artículo 2º; 1045 de 1978, artículo 45; 1222 de 1986, artículo 56; 1582 de 1998, artículo 1º; y 1919 de 2002.

- Los artículos 83, 137, 138, 152, 161 a 166, 188 y 306 de la Ley 1437 de 2011; y los artículos 20, 82, 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil.

5. Como concepto de la vulneración de tales disposiciones, indicó, que a pesar de que no exista ley que haya desarrollado el artículo 299 constitucional, los Diputados serán beneficiarios de la Ley 6ª de 1945 y demás normas que la reformen o adicionen, y como quiera que el Decreto 1160 de 1947 hizo extensivo el régimen prestacional de los empleados públicos del nivel nacional a los territoriales, es por ello que el Código del Régimen Departamental recogió dicha normatividad, y en concordancia con el Decreto 1919 de 2002, afirmó que le son aplicables las prestaciones sociales reguladas en los Decretos 3135 de 1968 y 1045 de 1978, y por lo mismo, las entidades demandadas deben reconocer los emolumentos pretendidos.

2.4. Contestación de la demanda.

6. El Departamento del Cauca, a través de apoderado judicial, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones³ con fundamento en los siguientes argumentos:

7. En primera medida, indicó que el régimen prestacional de los Diputados fue regulado por medio de la Ley 48 de 1962 y los Decretos 1723 de 1986 y 1922 de 1986, posteriormente, por medio del Acto Legislativo No. 1 de 1996 fue reformado a través del artículo 299 la Constitución Política, en el que se determinó que estarían amparados por un régimen que fijaría la ley, sin embargo se debe tener en cuenta, que a la fecha el legislador aún no se ha pronunciado al respecto, motivo por el cual se rigen por lo señalado en la Ley 6ª de 1945 con las modificaciones introducidas en materia de seguridad social por la Ley 100 de 1993.

³ Folios 45 a 65.

8. Expresó que como la Ley 6ª de 1945 ni las normas expedidas con posterioridad estipularon para los empleados departamentales la prima de vacaciones, vacaciones, ni la prima de servicios, no se puede llegar a la conclusión de que los Diputados tienen derecho al reconocimiento y pago de tales prestaciones, y aunado a lo anterior, dichos emolumentos no fueron devengados por la demandante.

III. SENTENCIA APELADA

9. El Tribunal Administrativo del Cauca, mediante sentencia dictada en audiencia del 28 de junio de 2016⁴, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante, bajo los siguientes argumentos:

10. Sostuvo, que los Diputados no tienen derecho a las vacaciones, ni a la prima de vacaciones, ni a la prima de servicios, en razón a que el régimen que los regula no los previó, pero si a la prima de navidad, al auxilio de cesantías y los intereses de las cesantías, que le fueron pagadas a la actora; y como quiera que los primeros conceptos no fueron reconocidos, tampoco prosperó la pretensión de reliquidación, ni la sanción moratoria. Para lo anterior, tuvo en cuenta que el artículo 299 constitucional estableció que los Diputados tendrán derecho a una remuneración durante las sesiones correspondientes, y estarán amparados bajo un régimen prestacional y de seguridad social en los términos que fije la ley.

11. Señaló, que la disposición mencionada no tiene desarrollo legislativo en cuanto a las prestaciones sociales, razón por la cual, con base en el Concepto 1700 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 14 de diciembre de 2005, y a la sentencia C-700 de 2010, es claro que los Diputados no cuentan con un régimen prestacional propio, razón por la cual, hasta tanto el Congreso no emita la legislación al respecto,

⁴ Folios 130 a 133 y CD visible a folio 134.

les será aplicable el general previsto en la Ley 6ª de 1945, con las normas que la reglamenten o modifiquen, es decir, que tienen derecho al auxilio de cesantías, pensión de jubilación, pensión de invalidez, seguro por muerte, auxilio por enfermedad no profesional, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, gastos de entierro, y la prima de navidad conforme a la Ley 4ª de 1966.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

12. La parte demandante, por intermedio de su apoderado, interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia⁵, con el fin de que le reconozcan las vacaciones, y las primas de vacaciones y de servicios, como prestaciones sociales, y la consecuente reliquidación de las cesantías con la inclusión de éstas como factor salarial.

13. Para lo anterior, señaló en primera medida, que hay consenso en que el régimen prestacional aplicable a los Diputados es el contenido en la Ley 6ª de 1945 fijado para los servidores públicos, y por lo tanto, expuso los argumentos que no comparte con la decisión aludida, los cuales sintetiza la Sala de la siguiente manera:

14. Indicó, que el *a quo* no aplicó el artículo 12, literal e) de la Ley 6ª de 1945, modificado por el artículo 5º de la Ley 64 de 1946, que consagra taxativamente las vacaciones remuneradas, no obstante haber determinado que dicha ley es el régimen aplicable a los Diputados, y que la consecuencia de su inaplicación conllevó a la negación de la reliquidación de las cesantías y los intereses de la misma por la no inclusión de la prima de vacaciones, a pesar de ser un factor salarial para liquidarla conforme al Decreto 1045 de 1978.

15. Señaló, que esa norma, en su artículo 5º contempla las siguientes prestaciones sociales: auxilio de cesantías, vacaciones, y las primas de vacaciones

⁵ Folios 137 a 145.

y de navidad; y en el 45, los siguientes factores de salario para la liquidación de las cesantías: asignación básica mensual, auxilio de transporte, y la prima de vacaciones.

16. Finalmente, trajo a colación varios fallos del Consejo de Estado, a saber, las sentencias del 6 de agosto de 2008 - Exp – 0507-2007; 27 de septiembre de 2007 - Exp. 4327-2005; que inaplicaron la expresión “del orden nacional” prevista en el artículo 1° del Decreto 1042 de 1978 que regulan los salarios y prestaciones de los empleados nacionales, para reconocer a los empleados territoriales las prestaciones del orden nacional; y afirmó, que esta fue la filosofía del legislador al expedir el Decreto 1919 de 2002 según lo establecido en su artículo 1°, al extender el régimen prestacional de los empleados de la rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional a los entes territoriales. También citó la sentencia del 30 de marzo de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico - Exp. 0077-00, en cuanto a que la liquidación de las cesantías debe comprender todos los factores salariales comprendidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, entre los que se encuentran las primas de vacaciones y de servicios.

17. Por último solicitó que se revoque la condena en costas.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

18. La parte demandante a través de apoderado judicial, presentó alegatos de conclusión⁶, con los mismos argumentos presentados en la apelación.

19. La parte demandada no alegó de conclusión y el **Ministerio Público** no rindió concepto en esta oportunidad procesal.⁷

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA PARA FALLAR.

⁶ Folios 125 a 138.

⁷ Según informe de la Secretaría de la Sección Segunda del 3 de marzo de 2017, visible a folio 180.

20. Visto el trámite del proceso y por cuanto no se observa ninguna causal de nulidad que invalide la actuación que hasta ahora se ha surtido, procede esta Sala a proferir la decisión que en derecho corresponde.

6.1. Problema Jurídico.

21. De acuerdo con los cargos formulados por el apelante contra la sentencia de primera instancia, la Sala encuentra que el asunto se contrae a establecer:

i) si las vacaciones, y las primas de vacaciones y de servicio, están concebidas como prestaciones sociales para los Diputados de las Asambleas Departamentales.

ii) si el auxilio de cesantías a que tienen derecho los Diputados de las Asambleas Departamentales, debe ser liquidado teniendo en cuenta como factor salarial las vacaciones y la prima de vacaciones.

22. Para resolverlo, la Sala; i) Régimen prestacional de los Diputados de las asambleas departamentales; y, ii) resolverá el caso concreto.

6.1.1. Régimen prestacional de los Diputados.

23. El artículo 7º de la Ley 48 de 1962⁸ estableció que los miembros de las asambleas departamentales, gozarían de las mismas prestaciones e indemnizaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la adicionen o reformen, por tal motivo es necesario remitirse al artículo 17 de la citada normativa para efectos de determinar cuáles son aquellos emolumentos de los cuales son beneficiarios, a saber:

⁸ Por la cual se fijan unas asignaciones, se aclara la Ley 172 de 1959 y se dictan otras disposiciones.

Artículo 17º.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

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.

24. Tal disposición fue reiterada por voluntad del legislador a través del artículo 6º del Decreto 1723 de 1964⁹ en el sentido en que equiparó el régimen prestacional

⁹ “(...) ARTÍCULO 6o. Los Diputados a las Asambleas Departamentales, tendrán derecho a las mismas prestaciones e indemnizaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la Ley 6a. de 1945, y demás disposiciones que la adicionen o reformen en las mismas condiciones señaladas para los miembros del Congreso en el presente Decreto. El seguro por muerte de los Diputados se reconocerá y liquidará como el de los trabajadores oficiales. (...)”.

de los Diputados al de los congresistas y se remitió a la legislación general de los servidores públicos, es más, el artículo 2 de la Ley 20 de 1977¹⁰, dispuso que «*[[[as prestaciones sociales de los diputados continuarán rigiéndose por las disposiciones que regulan la materia[...].*»

25. Del mismo modo, el artículo 56 del Decreto Ley 1222 de 1986 «*por el cual se expide el Código de Régimen Departamental*» señaló en el artículo 56, que los miembros de las Asambleas Departamentales gozarían de las mismas prestaciones e indemnizaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la adicionen o reformen.

26. Posteriormente, la Constitución Política de 1991, en el artículo 299, previó, inicialmente¹¹, que los Diputados tendrían derecho a honorarios por su asistencia a las correspondientes sesiones, así:

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 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.

Para ser elegido diputado se requiere ser ciudadano en ejercicio, tener más de veintiún años de edad, 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 elección. (Subrayado fuera de texto original).

27. Con posterioridad, se produjo el Acto Legislativo 1 de enero 15 de 1996, que reformó el artículo 299 de la Constitución Política, a través del cual, es eliminado el

¹⁰ «*por la cual se limita la apropiación presupuestal para la remuneración de los Diputados a las Asambleas Departamentales*»

¹¹ Dado que fue objeto de algunas reformas.

pago de honorarios a favor de los Diputados e introdujo un régimen laboral a favor de éstos, pues de un lado, instituyó una remuneración durante las sesiones correspondientes, y de otro, fijó un régimen de seguridad social y de prestaciones en los términos que fijara la Ley, así:

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. Dicha corporación gozará de autonomía administrativa y presupuesto propio.

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 tres (3) años y tendrán la calidad de servidores públicos [...]

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. (Lo subrayado es de la Sala).

28. De conformidad con lo anterior, se tiene que el Acto Legislativo 01 de 1996 consagró una nueva condición para los Diputados desde la órbita de sus derechos salariales y prestacionales, en tanto que a partir de la entrada en vigencia del mismo tendrían derecho a una remuneración durante las sesiones correspondientes y estarían amparados por el régimen prestacional y de seguridad social que determine la ley, trasladando al legislador la fijación de la remuneración respectiva.

29. En desarrollo del artículo 299 de la Constitución Política y en el contexto de una situación fiscal nacional y territorial apremiante por la que pasaba el país desde mediados de la década de los años 90, el Congreso expidió la Ley 617 del 6 de octubre de 2000¹² la cual señaló la remuneración de los Diputados de conformidad con una tabla estandarizada según la categoría de los departamentos; sin embargo en ningún momento se refirió al régimen prestacional de aquellos, veamos:

¹² *“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”*

Artículo 29. Sesiones de las Asambleas. El artículo 1º de la Ley 56 de 1993, quedará así:

Artículo 1º Sesiones de las Asambleas. Las asambleas sesionarán durante seis (6) meses en forma ordinaria, así:

El primer período será, en el primer año de sesiones, del 2 de enero posterior a su elección al último del mes de febrero de respectivo año.

El segundo y tercer año de sesiones tendrá como primer período el comprendido entre el 1o. de marzo y el 30 de abril.

El segundo período será del primero de junio al 30 de julio, y el tercer período, será del 1o. de octubre al 30 de noviembre.

Podrán sesionar igualmente durante un mes al año de forma extraordinaria, que se remunerará proporcionalmente al salario fijado.

Parágrafo 1o. La remuneración de los diputados es incompatible con cualquier asignación proveniente del tesoro público, excepto con aquellas originadas en pensiones o sustituciones pensionales y las excepciones establecidas en la Ley 4ª de 1992.

Parágrafo 2o. 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.

30. Finalmente, el citado artículo 299 constitucional fue objeto de una última modificación a través del Acto Legislativo 01 de 2007, quedando la norma en la actualidad de la siguiente manera:

Artículo 299. Modificado por el art. 3, Acto Legislativo 01 de 2007. 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. (Lo subrayado es de la Sala).

31. Nótese que el Acto Legislativo 01 de 2007, en lo atinente al régimen salarial y prestacional no produjo modificación alguna en tanto que mantuvo la misma descripción contenida en el Acto Legislativo 01 de 1996 y, por lo mismo, hasta tanto el legislador no se pronunciara, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 299 de la Constitución Nacional y la ley que lo desarrolle, el régimen prestacional de los Diputados seguiría siendo el establecido en la Ley 6ª de 1945 y demás normas que la adicionen o la reformen¹³ –por remisión del artículo 56 del decreto 1222 de 1986-.

32. En tal sentido, por disposición del artículo 29 de la Ley 617 de 2000 el régimen pensional y asistencial está comprendido en la Ley 100 de 1993 que regula la seguridad social, sin embargo se debe tener en cuenta que en materia pensional se deben mantener las disposiciones anteriores, en virtud del régimen de transición si a ello hubiere lugar. Lo anterior, por cuanto las normas citadas no resultan contrarias a la Constitución y no han sido derogadas ni declaradas inexequibles.

33. Sobre el auxilio de cesantía, el Consejo de Estado en Concepto 1.753 del 1º de junio de 2006¹⁴, señaló que la liquidación del auxilio para los Diputados, se realiza anualmente conforme lo disponen los artículos 3º y 4º de la Ley 5ª de 1969 y 13 de la Ley 344 de 1996, correspondiente a un sueldo por cada año calendario de sesiones y para su cálculo debe entenderse como si se hubiera sesionado los doce meses del respectivo año y percibido las asignaciones mensuales idénticas a las devengadas en el tiempo de sesiones. En caso de que el Diputado no asista a todas las sesiones, bien sean ordinarias o extraordinarias, el cómputo se hará en proporción al tiempo de servicio.

¹³ La ley 344 de 1996 modificó el régimen de cesantías, a partir de la fecha de su publicación.

¹⁴ Sala de Consulta y Servicio Civil, M.P.: Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

34. Luego, al expedirse el Decreto 1582 de 1998¹⁵ por medio del cual el Presidente de la República reglamentó parcialmente el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, se extendió el régimen de liquidación de cesantías anualizado a 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, en los siguientes términos:

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. (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

35. Ahora bien, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 establece como factores salariales para la liquidación del auxilio de cesantía los siguientes: asignación básica mensual; gastos de representación, prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; auxilios de alimentación y transporte; prima de navidad; bonificación por servicios prestados; prima de servicios; viáticos percibidos por un término no inferior a 180 días en el último año de servicio; incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto Ley 710 de 1978; la prima de vacaciones; el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; las primas y bonificaciones

¹⁵ “Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia.”

que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968.

36. De lo anterior se puede concluir, que entre otros, las vacaciones y la prima de vacaciones son factores salariales para liquidar las cesantías. No obstante lo anterior, es importante precisar, que estos emolumentos serán incluidos en la liquidación, siempre y cuando el empleado tenga derecho a ellos en razón de su régimen jurídico laboral y prestacional.

37. Ahora bien, recientemente a través de la Ley 1871 de 2017¹⁶ se fijó el régimen de remuneración, prestacional y seguridad social de los miembros de las asambleas departamentales, en el que se señaló 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. (Resalta la Sala)

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

¹⁶ «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»

ocasión del cumplimiento de comisiones oficiales dentro y fuera del departamento. (Resaltado es propio)

38. Como se puede observar, la ley recogió las disposiciones normativas anteriores, que se aplicaban ante la omisión legislativa comentada, y dejó establecido con claridad expresa cual es el régimen de remuneración, prestacional y seguridad social de los miembros de las asambleas departamentales a partir de su vigencia, pero encuentra la sala, que confirma, que las vacaciones y la prima de vacaciones, nunca fueron constituidas como prestaciones sociales para los Diputados.

39. En virtud de lo anterior, se puede concluir que sólo a partir del momento en que entró en vigencia la citada normativa, los Diputados tienen derecho al reconocimiento y pago de las vacaciones y la prima de vacaciones, y a su inclusión como factor salarial de la liquidación de las cesantías.

6.1.2. Solución al caso.

40. En el *sub – lite* la demandante pretende el reconocimiento de las vacaciones, y las primas de vacaciones y de servicios por los servicios prestados como Diputada de la Asamblea Departamental del Cauca durante el período constitucional 2008 a 2011, junto con la correspondiente reliquidación de las cesantías.

41. Para efectos de resolver el punto objeto de controversia, la Sala cuenta con los siguientes elementos probatorios:

i) Certificación expedida el 28 de noviembre de 2013 por el Presidente de la Asamblea Departamental del Cauca, en la que indica, que la accionante se posesionó como Diputada de dicha Corporación el 1º de enero de 2008 y se desempeñó en tal condición hasta el 31 de diciembre de 2011, y devengó durante

las vigencias 2010 y 2011 los siguientes emolumentos: asignación básica, prima de navidad y auxilio de cesantías¹⁷.

ii) Certificado expedido por la AFP Horizonte S.A. el 17 de diciembre de 2017, que dan cuenta que durante el período constitucional 2008 a 2011 en que la actora fungió como Diputada de la Asamblea Departamental del Cauca, le fueron consignadas sus cesantías¹⁸.

iii) Oficio 104 con radicado 0200001126581500 del 34 de diciembre de 2015, emanado de Porvenir S.A., mediante el cual acompaña el extracto de las cesantías de la demandante de los años 2009 a 2011¹⁹.

iv) Resolución 048 de 2013, mediante la cual el Presidente de la Asamblea Departamental del Cauca negó a la demandante el reconocimiento y pago de las vacaciones y de las primas de vacaciones y de servicios de las vigencias 2009 a 2011, e intereses de cesantías, la reliquidación de las cesantías y la sanción moratoria de los años 2010 y 2011, bajo el argumento de que si bien es cierto que las cesantías se deben reliquidar teniendo en cuenta según el artículo 45 del decreto 1045 de 1978, las primas de servicios y de vacaciones, también lo es que la entidad no contaba con la disponibilidad presupuestal para efectuar su reliquidación.

42. Señaladas las anteriores pruebas, se debe ahora determinar si las mismas acreditan elementos necesarios para atribuirle alguna responsabilidad al Departamento del Cauca para efectos de reconocer las prestaciones solicitadas.

43. Para ello es necesario precisar que, el Gobierno nacional ha formulado varias consultas a esta Corporación en relación con el reconocimiento de prestaciones para los Diputados, es por ello que, inicialmente, a través del Concepto 695 de 14 de junio de 1995 señaló que:

¹⁷ Folio 12.

¹⁸ Folios 18 a 20.

¹⁹ Folios 104 a 105.

[...] Sobre los anteriores presupuestos, se advierte que el Código de Régimen Departamental, decreto ley 1222 de 1986, dispuso en los artículos 56 a 58, que los congresistas y diputados gozan de idénticas prestaciones e indemnizaciones a las previstas para los servidores públicos en la ley 6ª de 1945; y además tienen derecho a las mismas prestaciones por incapacidad o muerte [...].

44. En el Concepto No. 1166 de 1998, la misma Sala afirmó:

[...] Las prestaciones de la ley 6ª 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.

[...] 8. El régimen prestacional de los diputados es el contenido en la ley 6ª de 1945 y las disposiciones posteriores que la han adicionado y reformado, tales como las leyes 48 de 1962, 77 de 1965, 4ª de 1966 y 5ª de 1969, por cuanto aún no se ha expedido la normatividad legal para regular el régimen de prestaciones y seguridad social de los diputados, en desarrollo del artículo 299 de la Constitución. Los mecanismos para su liquidación y pago son los contemplados en aquellas normas. [...]

45. Por su parte, en el Concepto No. 1234 del 3 de febrero de 2000 dijo:

[...] la Sala considera que mientras el legislador no desarrolle los mandatos del artículo 299 superior, las disposiciones del código de régimen departamental (decreto ley 1222 de 1986), están vigentes y acordes con el nuevo régimen constitucional de 1996; particularmente el artículo 55 relativo al límite superior de la remuneración diaria que reciben los diputados, el 56 en cuanto a la aplicación a los diputados de la ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la adicionen o reformen y el 57 relacionado con la reserva legal en materia de prestaciones sociales de los diputados en la medida en que no existan normas posteriores que los modifiquen o sustituyan, aun cuando debe reiterarse que algunas disposiciones fueron recogidas por nuevos textos, los cuales son aplicables en su reemplazo.

[...] En materia de prestaciones sociales es necesario precisar que la ley 100 de 1993 es ley derogatoria de los regímenes generales y especiales de pensiones, razón por la cual la ley 6ª de 1945, sólo es aplicable a los diputados en los términos del régimen de transición o sea del artículo 36 de la ley 100. Asimismo, la ley 6ª de 1945 en materia de cesantías del orden territorial fue modificada por las leyes 344 de 1996 y 362 de 1997, por tanto, la ley 6ª de 1945 y las demás disposiciones que la modificaron y complementaron, rigen exclusivamente para quienes tengan situaciones

consolidadas con anterioridad a la vigencia de las leyes 100 y 344 respectivamente.

46. Finalmente, mediante Concepto 1700 del 14 de diciembre de 2005²⁰ aseguró:

[...]La doctrina transcrita permite afirmar que las normas a las cuales se refiere la providencia reseñada, han tenido por objeto reorganizar la estructura de la administración pública del orden nacional y establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados y trabajadores oficiales de dicho orden, razón por la cual, se reitera, se redujo el campo de aplicación de la ley 6a. de 1945 a los empleados del orden territorial, y por expresa remisión de los artículos 7o. de la ley 48 de 1962 y 56 del decreto 1222 de 1986, los miembros de las asambleas departamentales disfrutaban de las prestaciones sociales consagradas en el artículo 17 de la mencionada ley 6a.

En conclusión, 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 6ª fue modificada por las leyes 344 de 1996 y 362 de 1997.

47. Sea la oportunidad para precisar que la Corte Constitucional²¹ 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 profiriera una nueva ley en la materia, debía entenderse que el régimen prestacional de los

²⁰ Consejo de estado, concepto de 14 de diciembre de 2005, radicado 1700, C. P. Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-700 de 6 de septiembre de 2010, Revisión oficiosa de las objeciones gubernamentales presentadas al proyecto de ley número 136 de 2006 –Senado-, 240 de 2007 –Cámara-, “por medio de la cual se dictan disposiciones en materia salarial y prestacional de los miembros de las asambleas departamentales”, M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Diputados era el recogido en la Ley 6ª de 1945, con las modificaciones introducidas por las Leyes 100 de 1993, 344 de 1996 y 362 de 1997.

48. Por lo anterior se puede concluir que solo hasta cuando entró en vigencia la Ley 1871 de 2017²², desde el punto de vista prestacional, a los Diputados se les reconoció no solo las cesantías e intereses a las cesantías, sino también las vacaciones y la prima de vacaciones, pues con anterioridad, el régimen al cual se debían acoger, era el establecido en la ley 6ª de 1945 y demás normas que la adicione o la reformen por remisión del artículo 56 del Decreto 1222 de 1986.

49. 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 6ª de 1945 ni las expedidas con posterioridad hicieron relación alguna a los emolumentos que pretende la demandante, tales como, vacaciones, prima de vacaciones y prima de servicios, lo cual impide efectuar su reconocimiento.

50. Ahora, si bien es cierto que los factores salariales para liquidar las cesantías comprenden entre otros conceptos²³, los que reclama la actora - las vacaciones, la prima de vacaciones, o bien la prima de servicios -, también lo es, que conforme a lo expuesto en la *ratio decidendi* de esta providencia, esta pretensión debe ser resuelta de forma desfavorable, puesto que los Diputados no tienen derecho a percibir estos emolumentos, y siendo así, no pueden ser incluidos para tales efectos.

51. Finalmente, como quiera que las cesantías se liquidaron conforme a la ley, es fácil concluir por sustracción de materia, que tampoco son procedentes las

²² Ib.

²³ Los enunciados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978

pretensiones de reliquidación de las cesantías, ni el reconocimiento de los intereses de las mismas, ni la sanción moratoria, por la no inclusión de dichos factores salariales.

52. En lo que respecta a las sentencias citadas como precedente aplicable al presente caso, la Sala debe mencionar, que frente a las sentencias del 6 de agosto de 2008 - Exp – 0507-2007; 27 de septiembre de 2007 - Exp. 4327-2005 del Consejo de Estado, que inaplicaron la expresión “*del orden nacional*” prevista en el artículo 1° del Decreto 1042 de 1978, para reconocer a los empleados territoriales las prestaciones del orden nacional, se debe decir, que se trata de asuntos que no son iguales, y por ende no pueden constituir precedente aplicable al presente asunto, pues si bien es cierto que aquella comprende la posibilidad de que los empleados territoriales se beneficien de las prestaciones constituida para los empleados nacionales, también lo es, que en aquella oportunidad se trató de un empleado público de diferente naturaleza a la de la Diputada aquí demandante, que como bien se analizó en las consideraciones de esta providencia, dicha condición no le hace merecedora de las prestaciones que reclama.

53. Por otro lado, el apelante señala, que el Tribunal Administrativo del Atlántico - Subsección de Descongestión, en sentencia del 30 de marzo de 2012, dentro del proceso con radicado 2006-00077-00, apoyada en la sentencia del 4 de febrero de 2010, radicado 1770-07 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, indicó que el acto demandado era nulo por cuanto la Asamblea Departamental del Atlántico no tuvo en cuenta para liquidar las cesantías la totalidad de los factores salariales consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, entre los que se encuentran las primas de vacaciones y de servicio. Al respecto, una vez revisada la sentencia de la Alta Corporación Contenciosa, se tiene que en aquella oportunidad, quien demandó no fue un Diputado, sino una empleada pública vinculada al Municipio de Sampués, que pretendió el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, y bajo las anteriores consideraciones, dicha providencia tampoco constituye precedente judicial.

54. Debe recordarse, que constituye precedente aquella regla creada por una alta Corte para solucionar un determinado conflicto jurídico, sin que sea necesario un número plural de decisiones en el mismo sentido para que dicha regla sea considerada como precedente. También se considera que constituyen precedente las sentencias de constitucionalidad y las sentencias de unificación expedidas tanto por la Corte Constitucional, como por el Consejo de Estado.

55. Resulta necesario precisar «...*que debe aceptarse que no todas las decisiones judiciales que profieren las Altas Cortes, generan una regla o subregla, pues son el resultado de la aplicación al caso concreto de la norma que viene al caso, sin una actividad creadora del juez.*»²⁴

56. En otras palabras, y lo ha dicho la Corporación en varias oportunidades²⁵, para que pueda hablarse de precedente es indispensable que una alta Corte, haga uso de su actividad creadora, cuando las exigencias del caso así lo ameriten, como sucede en aquellos eventos en que una Alta Corporación se enfrenta a un caso en el cual, después de haber analizado los supuestos fácticos, los fundamentos jurídicos existentes y apreciado en su conjunto los elementos probatorios allegados, no encuentra una solución expresamente consagrada en el ordenamiento jurídico, por ello debe realizar un análisis desde los criterios hermenéuticos –semántico, sistemático y funcional–, encontrando que para la solución del caso en estudio existe una laguna jurídica, la cual es necesario resolver mediante la analogía o la integración a partir de principios, dando como resultado la creación de una regla, trascendiendo la clásica función de subsunción y elaboración de silogismos.

57. Debe precisarse, que existen dos clases de precedentes judiciales: i) el vertical, esto es, aquel que es fijado por una autoridad judicial de superior jerarquía, y el ii) horizontal, definido como el lineamiento dictado por un mismo juez o

²⁴ Consejo de Estado, Sentencia del 19 de febrero de 2015, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. No. 11001-03-15-000-2013-02690-01

²⁵ Sentencia del 29 de septiembre de 2016, Rad. 11001-03-15-000-2016-01108-01(AC), C.P. Dra. ROCIO ARAUJO OÑATE.

corporación. Al respecto, el máximo tribunal constitucional, en sentencia T-360-14, indicó:

[...] La Corte ha diferenciado dos clases de precedentes teniendo en cuenta la autoridad que profiere la providencia previa: el horizontal y el vertical. El primero hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial. El segundo, se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales lo determina la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción. En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores [...].

58. Así las cosas, debe indicarse, que esta Subsección se ha pronunciado al respecto sobre las mismas pretensiones presentadas en esta oportunidad, arribando a la misma conclusión²⁶.

59. En virtud de todo lo anterior, considera la Sala, que el acto acusado (Oficio SGAD-2015-0030 del 22 de enero de 2015) no está viciado de nulidad, toda vez que se fundó precisamente en el mismo criterio jurídico argumentativo expuesto en esta sentencia, y en consecuencia, se confirmará la sentencia impugnada.

6.2. Costas procesales.

60. Respecto de las costas, debe señalarse que son las erogaciones económicas en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta en el juicio, y que se representan en los gastos ordinarios, las cauciones, el pago de los honorarios a los peritos, los gastos de publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se

²⁶ Sentencias del 17 de mayo de 2018, rad. 4728-16, 24 de agosto de 2018, Rad. 3348-2017, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

denomina expensas. Así mismo, se comprenden en esta noción, los honorarios de abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho.

61. De esta manera, el artículo 188 del CPACA establece que salvo en los casos donde se discute un interés público, la sentencia **dispondrá** sobre la condena en costas atendiendo para efectos de liquidación y ejecución lo previsto en normatividad procesal civil.

62. En uso de dicha remisión, se tiene que los artículos 365 y 366 del CGP, regulan la condena y liquidación de las costas, de cuyo contenido se extrae que la parte vencida será condenada a su pago y que se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que la originó, indicando además el valor de las agencias en derecho, que serán incluidas en la liquidación.

63. Seguidamente, se prevé el trámite para la liquidación en cabeza del Secretario que deberá hacerla, para la posterior aprobación por parte del juez.

64. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sección Segunda²⁷ en dicha temática ha precisado que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y **que principalmente aparezcan causadas y comprobadas**, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP antes mencionado; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

²⁷ Sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente (e) Sandra Lisset Ibarra Vélez.

65. En el caso, la Sala observa que el *a quo*, no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandante, quien hizo uso mesurado de su derecho a la acción. Por ello, se revocará este aparte de la sentencia apelada.

66. En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, por medio de la cual, se negaron las pretensiones de la demanda, excepto su numeral segundo relativo a la condena en costas, que se revoca, por las razones expuestas en esta providencia.

67. En mérito de lo expuesto la Sección Segunda, Subsección B, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR con modificación la sentencia proferida el 28 de junio de 2016 por el Tribunal Administrativo del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda incoada por Victoria Eugenia Santander Ñañez contra el Departamento del Cauca y la Asamblea Departamental del Cauca, salvo el numeral **SEGUNDO**, que se **REVOCA** y en su lugar, la Sala se abstiene de condenar en costas a la parte vencida de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Por intermedio de la Secretaría, devolver el expediente al Tribunal de origen, y déjense las constancias respectivas.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión, por los señores Consejeros.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CESAR PALOMINO CORTÉS