CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C., 11 de julio de 2019

Radicación: 73001-23-33-000-2016-00264-01.-
Interno: 4639-2017.
Demandante: Gentil Gómez Oliveros. -
Demandado: Departamento del Tolima y Otro. -
Asunto: Régimen prestacional de los Diputados, primas de vacaciones y de servicios / Niega.

FALLO SEGUNDA INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011

I. ASUNTO

La Sala decide[1] el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 1 de septiembre de 2017, por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual declaró la nulidad parcial de la Resolución 023 del 17 de marzo de 2014 y condenó al Departamento del Tolima – Asamblea Departamental del Tolima, a reliquidar y pagar al señor Gentil Gómez Oliveros, la diferencia de las cesantías correspondientes a los años 2010 y 2011.

II. ANTECEDENTES

2.1. **Pretensiones.**

a. Declarar la nulidad de la Resolución 023 del 17 de marzo de 2014, a través del cual, el Presidente de la Asamblea Departamental del Tolima, resolvió una petición de reconocimiento y cancelación de prestaciones sociales de manera desfavorable.

[1] El proceso de la referencia subió al Despacho con el informe de la Secretaría de la Sección Segunda de la Corporación el 31 de agosto de 2018, visible en el folio 381 del expediente.

b. A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a las entidades demandadas a reconocer y pagar al accionante la diferencia dejada de cancelar en las cesantías, por la no inclusión de todos los factores salariales devengados durante los años 2010 y 2011.

c. Que se ordene el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías de los años 2010 y 2011.

3. Las anteriores pretensiones se sustentan en los siguientes hechos relevantes que se extraen de la demanda y de los documentos aportados con esta[2]:

III. Fundamentos fácticos.

a. El demandante señaló que fue elegido Diputado del Departamento del Tolima para el periodo 2008-2011.

b. Al momento de liquidar y pagar las cesantías de los años 2010 y 2011, la parte accionada no tuvo en cuenta los factores salariales correspondientes a las primas de vacaciones y de servicio.

c. El actor solicitó a título de restablecimiento del derecho, se condene al Departamento del Tolima – Asamblea Departamental, a cancelar los siguientes conceptos:

I) La reliquidación del auxilio de cesantías por la no inclusión de la prima de servicios y vacaciones, durante los años 2010 y 2011.

II) La reliquidación de las cesantías como consecuencia de no haberse tenido en cuenta los factores de salario que reclama el actor, petición que fue despachada desfavorablemente a través del acto administrativo que se demanda.

Normas violadas y concepto de violación.

4. Invocó como norma desconocida el artículo 99 de Ley 50 de 1990[3].

[2] Folios 12 a 14 del expediente.
[3] Folio 15.

5. Indicó que el acto administrativo acusado debe declararse nulo, pues con él se desconoció la protección efectiva del derecho laboral, cierto e indiscutible al pago del auxilio de la cesantía, en la medida que se liquidó dicha prestación social sin incluir todos los factores salariales efectivamente devengados por el actor.

Departamento del Tolima – contestación de la demanda.

6. Indicó su negativa frente a todas y cada una de las pretensiones incoadas por la parte actora, pues alega que el acto administrativo demandado fue expedido en cumplimiento de la ley y la constitución, por ende, no se vulneraron los derechos del accionante.

7. Precisó que el pago de las cesantías solo puede realizarse, si en el presupuesto de la respectiva vigencia ha sido prevista la apropiación presupuestal que permita a la administración disponer de los fondos correspondientes para cubrir esa erogación. En el caso en concreto, indicó que no se aprobó en la vigencia el pago de las cesantías pretendidas por el señor Gómez, motivo por el cual no se realizó su pago.

8. Manifestó que en el caso en concreto, no se pueden aplicar las disposiciones de la Ley 50 de 1990, por medio de la cual se introducen modificaciones al código sustantivo del trabajo en la medida que dicho compilado normativo le es aplicable a los trabajadores particulares y no a los servidores públicos, como lo sería el actor al momento de los hechos.

9. Afirmó que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 617 del 2000, la remuneración de los diputados solo la conforma el salario básico, razón por la cual al liquidar sus cesantías no podían incluirse primas ni bonificaciones, como quiera que no se encontraban reguladas como parte de la asignación del servidor público, y por ello, no podían ser tenidas en cuenta al momento de reconocer y pagar la prestación social.

Asamblea Departamental – Contestación de la demanda

10. Manifestó oponerse a la prosperidad de las pretensiones por ausencia de fundamento legal y fáctico, para lo cual, argumentó que la entidad accionada es una entidad política administrativa que carece de personería jurídica, impidiéndole actuar

en el proceso, adicionalmente señaló que el acto administrativo demandado no corresponde al expedido para la liquidación del auxilio de cesantías del actor.

Audiencia Inicial

Departamento del Tolima

11. El Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo del Tolima realizó audiencia inicial el 2 de junio de 2017[4]. No se formularon excepciones, ni recursos.

12. El *a quo* fijó el litigio a folio 209 del expediente, en los siguientes términos:

> « [...] Determinar si ¿hay lugar al reconocimiento y pago de la reliquidación de las cesantías por los años 2010 y 2011 a favor del actor, incluyendo la doceava parte de los demás factores devengados como la prima de servicios y la prima de navidad?, y consecuentemente, ¿si hay lugar al reconocimiento y pago de la sanción moratoria o, si por el contrario, deberán despacharse desfavorablemente las pretensiones por encontrarse conforme a derecho el acto administrativo demandando?.»

Sentencia de primera instancia.

13. El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante sentencia del 1 de septiembre de 2017[5], declaró la nulidad parcial del acto administrativo demandado, y a título de restablecimiento del derecho, condenó al Departamento del Tolima – Asamblea Departamental del Tolima al reconocimiento, reliquidación y pago de las cesantías del actor por los años 2010 y 2011, incluyendo además de los factores tenidos en cuenta los correspondientes a las primas de servicio y de vacaciones.

14. El *a quo* consideró que conforme el material de prueba recaudado en el proceso, se acreditó que el actor se vinculó a la Asamblea Departamental del Tolima desde el 1 de enero de 2008, al ser elegido como diputado para el periodo constitucional 2008-2011, por ende, el régimen de cesantías aplicable al demandante es el previsto en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, reglamentado por el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, así las cosas, para efectos de la liquidación del actor, se debió tener en

[4] Folios 207-210.

[5] Folios 280-285

cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el término de su vinculación. Puso de presente que la entidad demandada no liquidó conforme a la ley las cesantías del actor, pues no tuvo en cuenta todas las prestaciones que debían incluir en la liquidación, razón por la cual declaró la nulidad parcial del acto acusado.

15. No obstante, lo anterior, en lo atinente al reconocimiento y pago de la sanción mora, mencionó que solo está prevista para los eventos en que no sea pagada dentro de los términos establecidos en la ley y considerados en la jurisprudencia, no pudiéndose hacer extensiva a otros eventos o situaciones fácticas no previstas expresamente, pues al tratarse de una sanción vulneraria el principio de legalidad de la misma y, por ende, el debido proceso.

16. Precisó que es solo con esta decisión judicial, que tiene carácter declarativo, que existiría obligación a cargo de la accionada, no antes, motivo por el cual, no resulta acertado imponer la sanción de ley que invoca la parte actora, así mismo aclaró que la inobservancia de los términos legales para reconocer el auxilio de cesantía alegados por el accionante, no se pueden atribuir a la demandada, pues no obra la constancia de la fecha en la que se efectuó la consignación del valor de dicha prestación, carga que le correspondía asumir a la parte accionada, por lo que denegó tal pretensión y declaró la nulidad parcial del acto acusado.

Recurso de apelación.

17. La **Asamblea Departamental del Tolima**[6], compartió el razonamiento hecho por el tribunal en el sentido de negar la sanción moratoria pretendida por el accionante, sin embargo, no coincidió con la decisión del *a quo* al re liquidar las cesantías con los factores salariales, pues afirmó que no tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios y de vacaciones, por no existir sustento normativo que justifique su pago.

18. **El Señor Gentil Gómez Oliveros**[7], inconforme con la decisión, la impugnó, y señaló que, el *a quo* realizó una errada interpretación de la normatividad, pues el régimen de cesantías atinente para el caso de estudio es el anualizado, ya que dicho régimen se hizo extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la

[6] Folios 305 a 313.
[7] Folios 293 a 394

Ley 344 de 1996, reglamentado por el Decreto 1572 del 5 de agosto de 1998, en el cual el régimen de liquidación y pago de las cesantías aplicable a los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, que se afilien a los fondos privados de cesantías, sería el previsto en los artículos 99,102,104 y demás normas concordantes de la ley 50 de 1990.

29. Consideró que el Tribunal realizó un estudio conforme a leyes que no se aplicaban a su caso, precisó que en el presente proceso no se discute que las entidades consignaron las cesantías de forma tardía, por el contrario, se alega que el Departamento del Tolima y/o la Asamblea pagaron las cesantías pero sin incluir los factores prima de servicios y prima de vacaciones. Finalmente solicitó se revoque parcialmente la sentencia apelada y en su lugar se acceda a la totalidad de las pretensiones.

20. **La procuraduría** por su parte señaló que el régimen prestacional de los Diputados se reguló con la Ley 48 de 1962 y los Decretos 1723 de 1964 y 1222 de 1968, contentivos del Código de Régimen Departamental; normas que remiten a la Ley 6 de 1945, específicamente en su artículo 17 que establece las prestaciones para los obreros y empleados de carácter permanente.

Indicó que es claro que a los diputados como prestaciones a cargo del empleador, solamente les asiste el derecho al reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y la prima de navidad.

Alegatos de Conclusión

Asamblea Departamental del Tolima

21. Mencionó que el artículo 122 y 299 de la Constitución Política de 1991, disponen que no habrá empleo en Colombia que no tenga detalladas sus funciones por la Constitución, ley o Reglamento, y que, los diputados de las asambleas departamentales, no eran funcionarios públicos, razón por la que sólo tendrían derecho a percibir honorarios por las sesiones a las que concurran.

22. Indicó que el artículo 28 de la Ley 617 de 2000, cambió el concepto de honorarios por el de remuneración, el cual no contempla sumas diferentes a la global y única equivalente a salarios mínimos, en consecuencia, no hay lugar a reconocer factores o beneficios distintos, ni es procedente que los diputados perciban por concepto de remuneración emolumento adicional a lo indicado en el citado artículo 28, ya que de conformidad con el artículo 12 de la ley marco de 1992, el régimen prestacional de los servidores de las entidades territoriales será el fijado por el Gobierno Nacional. Así las cosas, las corporaciones públicas no podrían reliquidar las cesantías, incluyendo factores salariales de prima de servicios y prima de vacaciones, pues carecen de dicha facultad.

El Departamento del Tolima

23. Reiteró la posición expuesta en la contestación de la demanda y el recurso de apelación interpuesto. No obstante, alegó la importancia de la responsabilidad frente al gasto público que deben tener los entes territoriales, y por ende el correspondiente sacrificio a las inversiones sociales cuando se les obliga a reconocer prestaciones sin respaldo legal.

Ministerio Publicó

24. Manifestó que la competencia para establecer el régimen prestacional de los miembros de las asambleas departamentales era exclusiva del legislador, mientras el Congreso de la república no profiriera una nueva ley en la materia debía entenderse que el régimen prestacional de los 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. Bajo este contexto, afirmó que tampoco en las normas que con posterioridad modifican a la ley 6ª de 1945, se hace relación a las vacaciones, prima de vacaciones y de servicios como factores salariales, lo que impide el reconocimiento y pago de dichos emolumentos en favor de los diputados, por ausencia de norma legal que los regule.

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico. -

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

i) ¿Se debe reconocer al señor Gentil Gómez Oliveros, en su condición de Diputado, las prestaciones de: prima de servicios, y prima de vacaciones correspondientes a los años 2010 y 2011, ¿con la correspondiente incidencia como factor de salario en la liquidación de las cesantías?,

2) En caso afirmativo ¿Si hay lugar al reconocimiento y pago de la sanción moratoria o, si por el contrario, deberán despacharse desfavorablemente las pretensiones?»

1. Para resolver la controversia planteada, se abordará el análisis de los siguientes aspectos; i) Régimen prestacional de los Diputados de las asambleas departamentales; ii) resolverá el caso concreto.

Régimen prestacional de los Diputados.

26. El artículo 7º de la Ley 48 de 1962[8] 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:

> **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).

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

> 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 continúas o discontinuas, tendrán derecho a todas las prestaciones sociales contenidas en este artículo.

27. Tal disposición fue reiterada por voluntad del legislador a través del artículo 6º del Decreto 1723 de 1964[9] en el sentido en que equiparó el régimen prestacional de los Diputados al de los congresistas y se remitió a la legislación general de los servidores públicos.

28. 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.

29. Posteriormente, la Constitución Política de 1991, en el artículo 299, previó, inicialmente[10], 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 funcionados 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

[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. (...)".*
[10] Dado que fue objeto de algunas reformas.

> circunscripción electoral durante el año inmediatamente anterior a la fecha de elección. (Subrayado fuera de texto original).

30. 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 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 dé 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).

31. 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 vigor 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.

32. 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 2000[11] 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:

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

[11] *"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 1° 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.

33. 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).

34. 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 reformen[12] *–por remisión del artículo 56 del decreto 1222 de 1986-.*

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

35. 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.

36. Ahora bien, recientemente a través de la Ley 1871 de 2017[13] 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 3° y 4° 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 ocasión del cumplimiento de comisiones oficiales dentro y fuera del departamento. (Resaltado es propio)

37. 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 con antelación a la Ley 1871 de 2017, las vacaciones y la prima de vacaciones, nunca fueron constituidas como prestaciones salariales computables para la liquidación de las cesantías de los diputados.

---

[13] *«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»*

38. 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.

Solución al caso.

39. En el *sub – lite* el demandante pretende el reconocimiento de las primas de vacaciones y de servicios por los servicios prestados como Diputado de la Asamblea Departamental del Tolima durante el período 2010 y 2011, junto con la correspondiente reliquidación de las cesantías.

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

i) Resolución 023 expedida el 17 de marzo de 2014 por el Presidente de la Asamblea Departamental del Tolima, en la que indica, que el actor fue elegido como diputado para el periodo constitucional 2008-2011, y devengó durante las vigencias 2010 y 2011, los siguientes emolumentos: asignación básica, prima de navidad, indemnización de vacaciones y cesantías,[14]. Precisando que la citada Asamblea, le reconoció al actor las prestaciones salariales de prima de servicios y prima de vacaciones, sin fundamento legal.

ii) Mediante petición del 30 de diciembre de 2014, solicitó la diferencia dejada de cancelar en las cesantías por la no inclusión de la prima de servicios y de la prima de vacaciones durante los años 2010 y 2011; así como también, el reconocimiento y pago de la sanción mora, por el no pago oportuno de las cesantías[15].

iii) Por medio de la Resolución 023 de 2014, se resolvió de forma desfavorable la petición impetrada[16].

iv) Durante los años 2010 y 2011, el actor devengó, además del salario mensual, las primas de vacaciones, de navidad y de servicios y la indemnización por vacaciones[17].

---

[14] Folio 11-16.
[15] Folios 11-16
[16] Folios 11-16.

v) Al actor de conformidad con la Resolución 023 de 2014, en aplicación del artículo 33 del Decreto 1045 de 1978, se le liquidó su auxilio de cesantías por los años 2010 y 2011, teniendo en cuenta únicamente el salario mensual y la doceava parte de la prima de navidad.[18]

41. Señaladas las anteriores pruebas, se debe ahora determinar si le asiste el derecho al accionante que le sea computada la prima de vacaciones y de servicio como factor liquidable en las cesantías.

42. 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:

> [...] 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 [...].

43. 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. [...]

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

> [...] la Sala considera que mièntras 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

[17] Folio 11-16
[18] Folios 11-16

> 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.

45. Finalmente, mediante Concepto 1700 del 14 de diciembre de 2005[19] 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 disfrutan 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 dispuestò 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.

46. Sea la oportunidad para precisar que la Corte Constitucional[20] 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

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

en la materia, debía entenderse que el régimen prestacional de los 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.

47. Al revisar la ley 6ª de 1945, 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 lo anterior se puede concluir que solo hasta cuando entró en vigencia la Ley 1871 de 2017[21], 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 adicionen o la reformen por remisión del artículo 56 del Decreto 1222 de 1986.

48. Finalmente, como quiera que las cesantías se liquidaron conforme a la ley, es fácil concluir por sustracción de materia, que tampoco son procedentes las 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. 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 conclusión[22].

Costas procesales.

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

---

[21] Ib.

[22] Sentencia del 17 de mayo de 2018, rad. 4728-16, 24 de agosto de 2018, Rad. 3348-2017, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez., sentencia del siete (7) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Rad. 0839-2017) C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del diez (10) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Rad.3629 – 2018.

50. 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.

51. 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.

52. Seguidamente, se prevé el trámite para la liquidación en cabeza del Secretario que deberá hacerla, para la posterior aprobación por parte del juez, sin embargo, la jurisprudencia de la Sección Segunda[23] 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.

53. 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.

54. En consecuencia, se revocará la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por medio de la cual, se declaró la nulidad parcial de la Resolución 023 del 17 de marzo de 2014 y se condenó en costas a la parte demandada.

---

[23] 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.

Proceso recibido en secretaría
Hoy 16 JUL 2019

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

F A L L A

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 1 de septiembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual accedió parcialmente a las suplicas de la demanda interpuesta por el señor Gentil Gómez Oliveros, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia. En su lugar, **negar** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Por Secretaría de la Sección Segunda, devuélvase el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUETER