



Radicado: 81001-23-33-000-2014-00091-01 (0049-2016)
Demandante: Wilson Carrillo Antolinez

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicado: 81001-23-33-000-2014-00091-01 (0049-2016)
Demandante: WILSON CARRILLO ANTOLINEZ
Demandado: DEPARTAMENTO DE ARAUCA

LEY 1437 DE 2011 – SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

I. ASUNTO

La Sección Segunda Subsección A del Consejo de Estado decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 22 de octubre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Arauca.

II. ANTECEDENTES

2.1. DEMANDA

El señor Wilson Carrillo Antolinez, en ejercicio del medio de control y nulidad del restablecimiento del derecho demandó la nulidad del oficio SGAD-2014-0017, expedido por el secretario de la Asamblea Departamental de Arauca, mediante el cual le negó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, la reliquidación de cesantías e indemnización moratoria de cesantías.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho solicitó que se condene al Departamento de Arauca a reliquidar y pagar lo siguiente: (i) vacaciones, primas de vacaciones y primas de servicios de los años 2012, 2013 y 2014, (ii) la reliquidación y pago del auxilio de cesantías con la inclusión de los factores omitidos, y que se corrija el factor de la prima de navidad efectivamente liquidado, (iii) que se condene al ente territorial a pagar un día de



salario por cada día de retraso en aplicación de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990., y (iv) que se condene en costas a la entidad demandada.

2.1.1 HECHOS

La parte demandante narró los hechos relevantes que se resumen a continuación:

- El señor Wilson Carrillo Antolínez fue elegido diputado del Departamento de Arauca para el período 2012 - 2015.
- Estaba afiliado en cesantías al Fondo Nacional del Ahorro.
- Durante su período constitucional devengó la asignación mensual, la prima de navidad, el auxilio de cesantías y los intereses a las cesantías.
- En la liquidación del auxilio de cesantías se incluyó la prima de navidad, pero se dejaron por fuera los factores de prima de vacaciones, prima de servicios, y bonificación por servicios prestados.
- Por medio del derecho de petición del 8 de abril de 2014 el demandante solicitó el pago de sus prestaciones sociales, así como la reliquidación y pago del auxilio de cesantías y la sanción moratoria por las diferencias entre lo efectivamente recibido y aquello a lo que considera tiene derecho.
- Por medio del acto administrativo objeto de la presente controversia el secretario general de la Asamblea Departamental contestó el derecho de petición y negó la solicitud presentada.

2.1.2 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Señaló que el acto enjuiciado vulneró las siguientes normas:

Constitución Política (arts. 1, 2, 4, 6, 25, 53, 123 y 299), Ley 6 de 1945 (arts. 12 y 17), Ley 64 de 1946 (arts. 4 y 5),

- De la Ley 65 de 1946: artículos 1 y 9.
- De la Ley 48 de 1962: artículo 7.
- De la Ley 77 de 1965: artículo 3.
- De la Ley 4 de 1966: artículos 11 y 12.
- De la Ley 5 de 1969: artículos 2, 3 y 4.
- De la Ley 50 de 1990: artículos 99, 102 y 104.
- De la Ley 344 de 1996: artículo 13.
- De la Ley 734 de 2002: artículo 33, numerales 1 y 9.



- Del Decreto 2567 de 1946: artículo 1.
- Del Decreto 1160 de 1947: artículos 1, 2 y 6.
- Del Decreto 1723 de 1964: artículo 2.
- Del Decreto 1045 de 1978: artículo 45.
- Del Decreto 1222 de 1986: artículo 56.
- Del Decreto 1582 de 1998: artículo 1.
- Decreto 1919 de 2002.
- Ordenanza 5 de 1998, artículo 34.

Como concepto de la violación sostuvo que el secretario general de la Asamblea Departamental no tenía competencia para proferir el acto administrativo.

Adicionalmente, manifestó que se vulneraron las normas superiores, pues se desconoció que tenía derecho a diferentes emolumentos como lo son: prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados.

Así mismo, que se liquidaron mal sus cesantías, pues no se incluyeron todos los factores salariales, en los términos establecidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Por otra parte, sostuvo que se debe aplicar la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la remisión que se hizo a la misma en el artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, reglamentario de la Ley 344 de 1996.

En ese sentido, indicó que el Departamento de Arauca debe reliquidar el auxilio de cesantías de manera que se incluyan los factores omitidos; así mismo, insistió en que se debe corregir el factor prima de navidad y se debe condenar al pago de la sanción moratoria.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El Departamento de Arauca, a través de apoderado judicial contestó la demanda¹ y se opuso a las pretensiones de la misma, con fundamento en lo siguiente:

¹ Folios 44 a 51 del expediente



Indicó que dicho ente territorial le transfiere a la Asamblea los recursos correspondientes a la remuneración de los diputados, además de un 25% para otros gastos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8° de la Ley 617 de 2000.

Sostuvo que los diputados tienen derecho al auxilio de cesantías, a los intereses sobre las cesantías y a la prima de navidad. Puso de presente que de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1045 de 1978 dentro de las prestaciones sociales se encuentran las vacaciones y la prima de vacaciones, mientras que la prima de servicios es factor salarial.

Señaló que de conformidad con el contenido de la Ley 617 de 2000, los diputados no tienen derecho a la prima de servicios por ser un factor salarial y exceder lo dispuesto en dicha normativa.

Con base en lo anterior y dada la omisión legislativa, sostuvo que se debe aplicar lo consagrado en la Ley 6 de 1945, modificada por la Ley 64 de 1946, la Ley 4 de 1966 y la Ley 5 de 1969, y concretamente el artículo 17. Es decir, que los diputados tienen derecho al auxilio de cesantías, pensión vitalicia de jubilación, pensión de invalidez, seguro por muerte, auxilio por enfermedad no profesional, asistencia médica, gastos de entierro.

Finalmente propuso la excepción de falta de legitimación en la causa porque la Asamblea tiene autonomía administrativa y presupuesto propio.

4. LA FIJACIÓN DEL LITIGIO EN PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Arauca, en la audiencia celebrada el 4 de agosto de 2015², fijó el litigio en los siguientes términos:

«De conformidad con los anteriores hechos demostrados y no probados en el expediente, se establece como objeto para resolver en la presente Litis, el siguiente:

Se encuentra viciado de nulidad el acto administrativo acusado, y si en virtud de ello, tiene derecho el señor Wilson Carrillo Antolinez, en calidad de Diputado (sic) del Departamento, a que se le reliquiden las cesantías de los años 2012 y 2013, toda vez que al momento de su liquidación, se

² Folio 75 del cuaderno principal.



tuvo en cuenta un porcentaje menor de la prima de navidad, y no se incluyeron otros factores sociales como la prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, auxilio de transporte, y otros.

De igual manera, debe establecerse si hay lugar al pago de sanción moratoria o indemnización moratoria, por el retardo en el pago completo de las cesantías del demandante.

Finalmente, se determinará si el actor tiene derecho a que se le reconozcan y paguen las vacaciones, prima de vacaciones, y prima de servicios para los años 2012 a 2014».

5. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Arauca, por medio de la sentencia de 22 de octubre de 2015³ negó las pretensiones de la demanda con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación:

En relación con el régimen salarial y prestacional de los diputados, indicó que con la reforma contenida en el acto legislativo 1 de 2003 se modificó el artículo 299 de la Constitución Política, y se consagró que tendrían derecho a una remuneración y estarían amparados por un régimen de seguridad social en los términos fijados en la ley, pero que la misma no se había proferido.

Pese a ello, puso de presente que el Consejo de Estado, emitió el concepto de 25 de noviembre de 1998 -expediente 1166- en el cual señaló que el hecho de que los diputados deban percibir una suma que no puede exceder la que reciben los congresistas, no implica que deba ser la misma cifra, sino que este valor constituye un tope.

En ese sentido, aclaró que el régimen salarial depende de la categoría del departamento, tal como lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia C-831 de 9 de agosto de 2001.

A lo anterior agregó que en el concepto de 22 de octubre de 2003, expediente 1532, se dejó sentado que los diputados no pueden percibir sumas salariales adicionales a la única y global que se encuentra en el artículo 28 de la Ley 617 de 2000, lo que no implica que se desconozcan las prestaciones sociales.

³ Folios 134 a 145 del expediente.



En cuanto al contenido concreto de ese régimen, señaló que hasta tanto el legislador no determine concretamente los derechos que les corresponden a los diputados, tienen derecho a los emolumentos contenidos en la Ley 6 de 1945, con las modificaciones introducidas en materia de seguridad social por la ley 100 de 1993.

En relación con los argumentos relacionados con la aplicación del Decreto 1919 de 2002, indicó que en el mismo se extendió el régimen salarial a todos los empleados públicos vinculados a las entidades del sector central y descentralizado de la rama ejecutiva el régimen previsto en los Decretos 1042 y 1045 de 1978, pero que ello no aplica en materia de prestaciones sociales.

En cuanto a la prima de servicios, indicó que la misma no puede ser tenida en cuenta por cuanto en la Ley 617 de 2000 se estableció una suma única por concepto de retribución.

En cuanto a la reliquidación de las cesantías, señaló que no hay lugar a ello porque en el caso concreto se liquidó de acuerdo con la cifra global percibida por los diputados.

Así mismo, en relación con la falta de competencia para la expedición del acto administrativo, señaló que en el caso concreto no se probó dicha irregularidad.

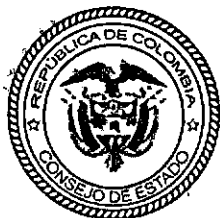
Por último, no condenó en costas pues no se comprobó su causación.

6. EL RECURSO DE APELACIÓN.

La parte demandante apeló la anterior decisión⁴, con fundamento en lo siguiente:

En relación con la falta de competencia del secretario general de la Asamblea Departamental, indicó que se trata de una negación indefinida, motivo por el cual le correspondía a la demandada probar que el secretario general estaba revestido de facultades para expedir el acto administrativo demandado.

⁴ Folios 149 a 161 del cuaderno principal.



Radicado: 81001-23-33-000-2014-00091-01 (0049-2016)

Demandante: Wilson Carrillo Antolínez

Respecto del régimen aplicable a los diputados, señaló que se debe acudir en su integridad a la Ley 6 de 1945 y no tan solo el artículo 17. En consecuencia, la demandada estaba en la obligación de reconocer las vacaciones remuneradas.

Señaló que tiene derecho a todos los emolumentos previstos en el artículo 5° del Decreto 1045 de 1978 por cuanto en el mismo se modificó el régimen establecido en la Ley 6 de 1945.

Por otra parte, insistió que se debe reconocer la prima de servicios y la bonificación por servicios, pues estas corresponden a acreencias previstas para empleados del orden nacional, que deben ser incluidas para los empleados públicos del orden territorial.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Tanto las partes, como el agente del ministerio público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

2.1 El problema jurídico

La Sala debe resolver en los términos del recurso de apelación los siguientes puntos concretamente:

- Si el secretario general de la asamblea general de Arauca tenía la competencia para expedir el acto administrativo demandado.
- Determinar cuál es el régimen salarial y prestacional de los diputados, esto es, qué factores devengan y cómo se debe liquidar el auxilio de cesantías y si dentro de los emolumentos que perciben se encuentran las vacaciones, la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados.
- Por último, se deberá resolver la inconformidad relacionada con la sanción moratoria por el pago incompleto del auxilio de cesantías, en caso de que resulte procedente, de acuerdo con las consideraciones relacionadas con el régimen salarial y prestacional de los diputados.



2.1. 1 Análisis de la presunta falta de competencia del secretario general de la Asamblea Departamental de Arauca.

A juicio del demandante el oficio SGAD-2014-0017, cuya nulidad se demanda, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y la reliquidación de cesantías e indemnización moratoria de cesantías, está viciado de nulidad, por cuanto fue expedido por el secretario general de la Asamblea Departamental quien no tenía la competencia para proferir el citado acto administrativo.

Sobre el particular se observa, que según el contenido del oficio SGAD-2014-0017, este efectivamente se expidió por el secretario general, quién para los efectos, se fundamentó en una cartilla elaborada por el Departamento Administrativo de la Función Pública, en la que se estableció que tenían derecho a: pensión de vejez; pensión de invalidez; auxilio funerario; incapacidades por enfermedad general, enfermedad profesional y accidentes de trabajo; atención de los accidentes de trabajo y enfermedad profesional; plan obligatorio de salud que cubre la protección integral en maternidad y enfermedad general; y, adicionalmente auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de navidad⁵.

Así las cosas, es claro que no le asiste razón a la parte apelante, por cuanto a través de la Ordenanza núm. 5 de 1998⁶ se adoptó el reglamento de la Asamblea Departamental de Arauca, la cual en el numeral 22 del art. 34 referente a las funciones del secretario general de la asamblea departamental señaló expresamente que este tendría las competencias que fueran asignadas por la ley y que correspondieran a la naturaleza de su cargo, en armonía con ello, el artículo 35 *ibidem* determinó que el secretario general es el jefe administrativo de la corporación.

A partir de las anteriores disposiciones se desprende que efectivamente el acto administrativo demandado no está viciado de falta de competencia, dado que la expedición del acto de reconocimiento de prestaciones sociales evidentemente

⁵ Folio 18 del cuaderno principal.

⁶ Folios 227 a 247 del cuaderno principal.



Radicado: 81001-23-33-000-2014-00091-01 (0049-2016)

Demandante: Wilson Carrillo Antolinez

encaja dentro de la función de jefe administrativo, motivo por el cual el cargo no prospera.

2.1.2 El régimen salarial de los diputados

En el artículo 299 de la Constitución de 1991, se determinó que los diputados tendrían derecho a honorarios por la asistencia a las sesiones.

Posteriormente el Acto Legislativo 1 de enero 15 de 1996, que reformó el artículo 299 de la Constitución Política, a través del cual, se eliminó el pago de honorarios a favor de los diputados y se estableció que tendrían derecho a una remuneración y a un régimen prestacional y de seguridad social en los términos fijados en la ley.

Debido a que se evidenció que los entes territoriales, tanto departamentos como municipios estaban en problemas de déficit fiscal y de endeudamiento⁷, se propuso racionalizar los gastos de funcionamiento de los mismos.

Por tal razón se expidió la Ley 617 de 2000, en cuyo artículo 28 se determinó la forma de remuneración de los diputados, precisando que a partir de 2001 se regiría así:

«ARTICULO 28. REMUNERACION 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 »

La Corte Constitucional encontró ajustada a la constitución la citada norma en la sentencia C-837 de 2001, en la cual expresó que el legislador fijó válidamente una disposición remuneratoria en desarrollo de la categorización departamental.

⁷ Proyecto de Ley 46 de 1999, Cámara de Representantes.



Por su parte, el Consejo de Estado con fundamento en la sentencia proferida por la Corte Constitucional, referida anteriormente, emitió el concepto de 14 de abril de 2005⁸, en el que indicó que los diputados tienen derecho únicamente a una remuneración global:

«En estos términos se tiene que la remuneración no contempla sumas diferentes a la global y única equivalente a salarios mínimos legales mensuales, valor que corresponde, en cada caso y según sea la categoría del departamento, a la retribución ordinaria del servicio, razón por la cual la Sala estima que fuera de dicha suma no hay lugar a reconocer factores o beneficios distintos, ni es procedente que los diputados perciban por concepto de remuneración emolumento adicional al establecido en el antes mencionado artículo 28.

La anterior afirmación encuentra sustento en el texto del párrafo 1o. del artículo 29 de la ley 617 del 2000, que señala:

“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».

Sin embargo, puso de presente que ello no implica que no tengan derecho a prestaciones sociales con base en dicha suma.

A partir de lo anterior, se deduce que en la Ley 617 de 2000 el legislador estableció un régimen salarial conforme al cual los diputados perciben una suma global por concepto de salario.

Luego, en principio un diputado no podría alegar que percibe factores salariales tales como la bonificación por servicios prestados, pues tal como se señaló percibe una suma fija global.

Lo anterior implica que dado que se encontró ajustado a la Constitución Política el artículo 28 de la Ley 617 de 2000, los diputados no perciben ningún factor salarial distinto de esa suma global.

2.1.3 El régimen prestacional de los diputados

La Sala de Consulta y Servicio Civil, en vigencia de la modificación del artículo 299 conceptuó en un primer momento que los diputados tenían los mismos

⁸ Consejo de Estado, concepto de 14 de abril de 2005, expediente 1700.



derechos que los miembros del congreso de la República⁹.

No obstante, en un pronunciamiento posterior consideró que se perdieron las equivalencias establecidas entre diputados y congresistas, pues en el artículo 150 de la Constitución Política se señaló que le corresponde al legislador fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros del congreso, mientras que en el artículo 299 se dispuso que los de las asambleas departamentales tendrían derecho a una remuneración durante las sesiones y estarían amparados por un régimen de prestaciones y de seguridad social, así lo indico la Corporación en esta nueva oportunidad:

«Es de anotar que la Carta de 1991 facultó al Congreso para que, mediante ley marco, dictara las normas y señalara los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, los miembros del Congreso y la fuerza pública (art. 150, num. 19, letra e). En tal virtud el legislador expidió la ley 4a. de 1992, por medio de la cual autorizó al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de, entre otros, los miembros del Congreso Nacional, de conformidad con los criterios y objetivos en ella contenidos. Esta norma tuvo desarrollo mediante el decreto 801 de 1992, por el que se establecen para los Congresistas las primas de localización y vivienda, transporte y salud. Este decreto fue modificado, en lo que hace a la prima de transporte, por el decreto 1921 de 1998.

En consecuencia, la legislación proferida con fundamento en el artículo 150 –num. 19 letra e)- superior, modificó el régimen prestacional de los miembros del Congreso y por tanto se perdió la equivalencia que existía al respecto con el régimen de los diputados.

Posteriormente, el referido artículo 299 de la Constitución fue modificado por el Acto Legislativo 1 de 1996, que en relación con el tema de estudio dijo:

“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” (Inciso cuarto).

El Acto Legislativo 1 de 1996 definió en el legislador la facultad de fijar la remuneración de los diputados, así como el régimen prestacional y de seguridad social. Este mandato fue desarrollado parcialmente por la ley 617 del 2000, en cuanto señaló la remuneración de los diputados de conformidad con una tabla estandarizada según la categoría de los departamentos (art. 29); no obstante para nada se refirió al régimen prestacional de aquellos.

La ley 617 del 2000 previó, igualmente:

⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 3 de febrero de 2000, expediente 1234.



"Parágrafo 1. 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" (art. 29).

Si bien puede pensarse que esta norma tiende a limitar la asignación de prestaciones sociales a los diputados, ello pierde razón por el hecho de que dichas prestaciones tienen fundamento constitucional (art. 229), que no puede ser modificado por ley. Por tanto, este postulado ha de entenderse en el sentido de que lo que busca es impedir que los diputados perciban, por concepto de remuneración, asignaciones diferentes a la única y global consagrada por el legislador en el artículo 28 de la ley 617.

Respecto del régimen de seguridad social, la ley analizada dispuso que los diputados estarán amparados por el régimen previsto para tal fin en la ley

100 de 1993 y sus normas complementarias (art. 29 parág. 2o.)»¹⁰.

Como bien se señaló en el mencionado concepto, pese a que se estableció una suma global fija para efectos salariales, en lo prestacional exclusivamente se señaló que estarían amparados por el régimen previsto en la Ley 100 de 1993.

Posteriormente la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sostuvo que **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.

En este orden de ideas, se ha entendido, 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, 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

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 3 de diciembre de 2003, radicación 1501.



recogido en la Ley 6ª de 1945, con las modificaciones introducidas por las leyes N°s 100 de 1993, 344 de 1996 y 362 de 1997¹¹.

Así las cosas, está claro que también perciben prestaciones sociales en los términos de la Ley 6 de 1945 y Ley 100 de 1993, pues expresamente así se dispuso en el parágrafo 2° del artículo 29 de la Ley 617 de 2000.

Ahora bien, la parte demandante sostuvo que los diputados tendrían derecho a todas las prestaciones sociales contenidas en el Decreto 1045 de 1978, como quiera que en el Decreto 1919 de 2002 se consagró que a los **empleados** de las asambleas departamentales se les aplicaría el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

Debe tenerse en cuenta que los diputados no son empleados, sino que tienen una categoría diferente, la de miembros de corporaciones públicas. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C -315 de 1995 afirmó:

«11. El problema que esta Corte debe dilucidar, de acuerdo con los planteamientos que se han expresado por las partes, se remite al alcance del término "servidores públicos" y a sus implicaciones concretas, dadas las proposiciones normativas examinadas, frente a tres categorías: miembros de las corporaciones públicas territoriales (1); empleados públicos territoriales (2); trabajadores oficiales territoriales (3).

12. Los diputados y los concejales, en los términos de los artículos 299 y 312 de la C.P., **no son ni funcionarios ni empleados públicos**. De otro lado, con arreglo a las limitaciones que establezca "la ley", tienen derecho a "honorarios" por su asistencia a las sesiones correspondientes.

El fundamento constitucional de la ley analizada lo constituye la atribución que la Constitución asigna al Congreso en su artículo 150-19, literales e y f. La facultad del Legislador se reduce a fijar las normas generales sobre el régimen salarial y prestacional de los "empleados públicos" y el régimen de prestaciones sociales mínimas de los "trabajadores oficiales". **No puede, en consecuencia, hacerse uso de esta facultad en relación con los concejales y los diputados, que por definición no son empleados públicos**. La inexistencia de una relación laboral o la propia que se predica de los funcionarios públicos sujetos a una situación legal y reglamentaria, impide someter a estos servidores públicos a un régimen salarial y prestacional. Ahora, la materia relativa a los "honorarios" de los concejales y diputados, es un asunto que concierne

¹¹ Ver al respecto la sentencia de la Corte Constitucional. C- 700 de 2010. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 1700 de 14 de diciembre de 2005.



exclusivamente a la ley y, por ende, no puede ser objeto de la técnica peculiar propia de las leyes marco.

13. En lo relativo a los "empleados públicos territoriales", se pregunta la Corte si la ley con base en el principio de economía y eficiencia del gasto público (C.P. arts. 209 y 339), puede - sin lesionar el principio de autonomía territorial (C.P. arts. 1 y 287), en la ley marco sobre el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos (C.P. art. 150-19-e), establecer como orientación general dirigida al Gobierno la fijación de un límite salarial que guarde equivalencia con cargos similares del orden nacional»¹².

Como se desprende de lo anterior, efectivamente no se podría extender a los diputados el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden nacional, pues tienen una característica diferente, respecto de la cual en la Constitución Política se estableció que tendrían un régimen salarial y prestacional concreto diferente de los demás servidores públicos.

Es preciso poner de presente que los diputados cumplen funciones eminentemente políticas y excepcionalmente ejercen función administrativa, motivo por el cual se justifica que tengan un tratamiento diferente, tanto en lo relacionado con su régimen salarial como en el prestacional, y que se puede extender a otros ámbitos tales como el régimen disciplinario y fiscal.

Es decir, el constituyente tuvo en cuenta las funciones a ejercer y por esa razón determinó que tendrían que tener un régimen salarial y prestacional diferente de los demás servidores públicos.

Ahora bien, tal como se señaló previamente, en la Ley 617 de 2000 se hizo referencia expresa a las prestaciones sociales contenidas en la Ley 100 de 1993.

En ese sentido, los diputados tienen derecho a:

- Pensión de vejez (artículos 33 y ss. o 64 y ss. de la Ley 100 de 1993).
- Pensión de invalidez (artículos 38 y ss. Y 69 y ss. de la Ley 100 de 1993).
- Auxilio funerario (artículos 51 u 86 Ley 100 de 1993).
- Incapacidades por enfermedad general, profesional y accidentes de trabajo (artículo 206 de la Ley 100 de 1993).

¹² Corte Constitucional, sentencia C – 315 de 19 de julio de 1999.



- Atención de los accidentes de trabajo (artículo 208 de la Ley 100 de 1993).
- Licencia por maternidad (artículo 207 de la Ley 100 de 1993)
- Plan obligatorio de salud (artículos 162 y ss. de la Ley 100 de 1993)

Además de las prestaciones sociales enunciadas, los diputados tienen derecho a percibir sus cesantías pues en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 expresamente se señaló lo siguiente:

«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 Organos 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».

Como se desprende de la norma, **todas las personas** que se vinculen a los órganos del Estado tienen derecho al pago de las cesantías, por lo que los miembros de las corporaciones públicas están amparados por esa disposición.

En cuanto a las vacaciones, es necesario tener en cuenta que tan solo hay lugar a reconocerlas a partir de la expedición de la Ley 1871 de 2017, pues fueron consagradas en el artículo 5 de dicha normativa.

Anteriormente, no había lugar a concederlas pues no existía una disposición por medio de la cual se le concedieran a los diputados, motivo por el cual se negarán.

En relación con los demás conceptos que se reclaman como prestacionales es preciso poner de presente que no hay lugar a reconocerlos. Debe tenerse en cuenta que tal como lo ha puesto de presente la Corte Suprema de Justicia¹³ los factores salariales son los dirigidos a retribuir directamente la prestación del servicio; las prestaciones sociales son aquellas sumas que no retribuyen propiamente la actividad desplegada por el trabajador, sino que más bien cubren

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 12 de febrero de 1993, expediente 5481.



los riesgos o infortunios a que se puede ver enfrentado este; las indemnizaciones, buscan reparar los daños que les sean causados; los descansos remunerados se consagraron con la finalidad de que, mediante la inactividad laboral, el servidor recupere su fuerza de trabajo paulatinamente desgastada a medida que va acumulándose la fatiga propia de la labor cumplida; adicionalmente, hay pagos no constitutivos de salario puesto que no tienen como objeto retribuir el servicio sino que están destinados a facilitarle el desempeño cabal de sus funciones o son una simple liberalidad ocasional del empleador.

En ese sentido, no es posible acceder a reconocer la **prima de vacaciones** que reclama la parte actora, pues a pesar de que esta fue consagrada como un factor prestacional en el Decreto 1045 de 1978, no tiene como finalidad cubrir una contingencia, y por lo tanto tiene una naturaleza salarial, respecto de lo cual, tal como se indicó previamente, se percibe una suma global.

A partir de lo anterior, y para el caso concreto, se advierte que los diputados, después del acto legislativo 1° de 1996 y antes de la consagración de su régimen salarial y prestacional contenido en la Ley 1871 de 2017, tenían derecho a: la suma global, el auxilio de cesantías, y las prestaciones sociales contenidas en la Ley 100 de 1993, y las señaladas en el art. 17 de la Ley 6ª de 1945.

Ahora bien, en la Ley 1871 de 2017 en la que se establecieron los siguientes derechos:

«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.

Artículo 4°. Derechos de los reemplazos por vacancia. En caso de faltas absolutas o temporales de los Diputados, quienes sean llamados a ocupar la curul tendrán derecho a los beneficios a que se refieren los artículos anteriores desde el momento de su posesión y hasta cuando



ejerzan la diputación.

En caso de falta causada por secuestro, el titular conservará los derechos remuneracionales y prestaciones previstos en la ley e igualmente los llamados a reemplazarlos temporalmente.

Parágrafo. En lo que corresponde a faltas absolutas o temporales que posibilitan los reemplazos y hasta tanto se emitan el régimen de reemplazos, se aplicará el parágrafo transitorio del artículo 134 de la Constitución Política modificado por el Acto Legislativo número 2 de 2015.

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 el 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».

Como se puede observar, en el régimen actual, además de los derechos que se encuentran en la Ley 100 de 1993, tan solo se consagraron las cesantías, la prima de navidad, las vacaciones y la prima de vacaciones.

Lo anterior tiene como fin mostrar que en efecto, debido a que el legislador estableció una remuneración global para los diputados, consideró que además de la asignación básica, solo deben percibir las vacaciones y la prima de vacaciones, el auxilio de cesantías, y una prima de navidad.

Luego, si no se tiene derecho actualmente a la prima de servicios, y a la bonificación por servicios, con mayor razón, en el momento en el que el señor Carrillo Antolinez prestó sus servicios no había lugar a ellas.

En ese sentido, es claro que el auxilio de cesantías debía liquidarse con base en la cifra global percibida por los diputados.

4. De lo probado en el proceso.

En el caso concreto se acreditó que el señor Wilson Carrillo Antolinez prestó sus servicios a la Asamblea Departamental de Arauca durante el período constitucional 2012 – 2015 (folio 16 cuaderno 2).

Adicionalmente, que le fueron pagados los siguientes emolumentos (folio 21 del cuaderno principal):



Años	Asignación mensual	Prima de navidad	Auxilio de cesantías	Intereses de cesantías
2012	\$ 10.200.600	\$ 10.200.600	\$ 11.050.650	\$ 1.326.078
2013	\$ 10.611.000	\$ 10.611.000	\$ 11.495.250	\$ 1.379.430

Al respecto se advierte que el fundamento de estos emolumentos, tal como se señaló en el acto administrativo demandado (folio 18 del cuaderno principal), tuvo origen en la cartilla expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública en el año 2010, en el que se consideró, con base en el concepto 1166 de 1998 expedido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta corporación, que los diputados tienen derecho a los emolumentos previstos en el artículo 17 de la Ley 6 de 1945.

Sin embargo, tal como se indicó previamente, ello no implica que no tengan derechos a otros emolumentos.

Es por lo anterior que el demandante tenía derecho, además de la suma global, el auxilio de cesantías¹⁴.

Debe recordarse que los miembros de corporaciones públicas ejercen funciones eminentemente políticas, lo que justifica un tratamiento diferenciado respecto de quienes ejercen función administrativa propiamente dicha.

Como consecuencia de lo expuesto, se confirmará la sentencia de 22 de octubre de 2015.

5. Costas.

En el caso concreto se advierte que de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso, en principio habría lugar a condenar en costas a la parte demandante.

Sin embargo, no hubo existió actuación alguna en segunda instancia por parte de la Asamblea Departamental de Arauca, motivo por el cual no se condenará a la parte demandante.

¹⁴ El cual le fue pagado, tal como se consignó en el cuadro que se encuentra en el folio 21 del cuaderno principal.



Radicado: 81001-23-33-000-2014-00091-01 (0049-2016)
Demandante: Wilson Carrillo Antolinez

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

IV. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 22 de octubre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Arauca que negó las pretensiones de la demanda impetrada por la Wilson Carrillo Antolinez.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta decisión, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Ausente con permiso

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Proceso recibido en secretaria
Hoy 11 DIC 2019

legis