



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA

Magistrada sustanciadora: MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ

Santa Marta D.T.C.H., quince (15) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

RADICACIÓN: 47-001-3333-006-2014-00304-01
ACTOR: FRANCISCO PORTO INFANTE
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA – ASAMBLEA DEPARTAMENTAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA: PRESTACIONES SOCIALES Y SANACIÓN MORATORIA DE DIPUTADOS.

Procede esta Corporación a resolver el **recurso de apelación** interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el veinticinco (25) de febrero de 2019, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Santa Marta D.T.C.H., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

I. LA DEMANDA

a) Pretensiones

El señor FRANCISCO PORTO INFANTE, presentó demanda mediante apoderada judicial en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA – ASAMBLEA DEPARTAMENTAL, en la que solicitó las declaraciones y condenas que enseguida se transcriben:

“DECLARATIVAS:

1. **DECLARAR** la nulidad de la resolución No. 053 del 04 de diciembre de 2013 “por la cual se resuelve una petición de reconocimiento y cancelación de prestaciones sociales”, proferida el día 04 de diciembre de 2013, por la Mesa Directiva de la H. Asamblea Departamental del Magdalena, mediante la cual se denegó la reliquidación de cesantías y reconocimiento de la sanción moratoria de cesantías de 2011 y 2012, del demandante, **FRANCISCO JOSÉ PORTO INFANTE**, en su condición de diputado de la Asamblea del Departamento del Magdalena.

A título de restablecimiento del derecho:

2. Condenar al DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA – ASAMBLEA DEPARTAMENTAL, a reliquidar al demandante las cesantías de 2010 y

2011, y ordenar su pago, en condición de diputado de dicha corporación, incluyendo los factores salariales omitidos en la liquidación de las mismas (prima de vacaciones y los demás elementos o factores que la conforman, como prima de servicios, bonificación por servicios prestados, etc.); corregir el factor de prima de navidad, mal liquidado, y pagarle dichos factores debidamente indexados;

3. Condenar al Departamento del Magdalena – Asamblea Departamental, a reconocer y pagar al demandante un día de remuneración mensual por cada día retardo y/o pago de consignación completa de su auxilio de cesantías de 2010 y 2011, al respectivo fondo, a título de sanción o indemnización moratoria de cesantías, a partir de febrero 15 de 2011 y 2012, respectivamente, y hasta la cancelación y/o consignación completa de la misma, de conformidad con los hechos de la presente solicitud, en cuantía de \$688.019.400, y

Condenar en costas.

El señor FRANCISCO PORTO INFANTE a través de su apoderado judicial, expuso los siguientes hechos:

1. " Mi poderdante fue elegido diputado del Departamento del Magdalena, para el periodo 2008-2011, tomando posesión de dicho cargo el día 01 de enero de 2008, desempeñando dicha dignidad hasta el 31 de diciembre de 2011;
2. El demandante se afilió en cesantías, al fondo de cesantías PORVENIR;
3. Durante el año 2010, a mi poderdante se le cancelaron los siguientes elementos o factores salariales y prestaciones sociales: 1. Asignación básica: \$9.270.000; 2. Prima de navidad: \$9.270.000; 3. Auxilio de cesantías, \$10.042.500, y 4. Intereses de cesantías \$1.205.100;
4. Al liquidar y consignar y/o pagar las cesantías de dicho año (2010) de mi poderdante, la Asamblea Departamental no expidió el respectivo acto como lo ordena la ley, y las mismas fueron liquidadas teniendo solo en cuenta la asignación básica y la prima de navidad, pero mal liquidada o liquidada por menos de su valor real, sin incluir los demás elementos o factores salariales que conforman el auxilio de cesantías (prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, etc);
5. Durante el año 2011, a mi poderdante se le cancelaron los siguientes elementos o factores salariales y prestaciones sociales: 1. Asignación básica: 9.640.800; 2. Prima de navidad: 9.640.000; 3. Auxilio de cesantías: 10.042.500 y 4. Intereses de cesantías: 1.156.896.
6. Al liquidar y consignar y/o pagar las cesantías de dicho año (2011), de mi poderdante, la Asamblea Departamental no expidió el respectivo acto administrativo como lo ordena la ley, y las mismas fueron liquidadas teniendo sólo en cuenta la asignación básica y la prima de navidad, pero mal liquidada o liquidada menos de su valor real, sin incluir los demás elementos o factores salariales que conforman el auxilio de cesantías (prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados etc).
7. Mediante memoriales petitorios recibidos en la Asamblea Departamental del Magdalena, el 30 de octubre de 2013, mi poderdante solicitó a dicha corporación, la reliquidación y pago de su auxilio de cesantías de 2010 y 2011 y la sanción o indemnización moratoria de cesantías de dichos años;

8. Lo anterior fue resuelto mediante la resolución No, 053 del 04 de diciembre de 2013, proferida por la mesa directiva de dicha corporación, la cual se notificó el 28 de enero de 2014;
9. Las asignaciones salariales mensuales y diarias de mi poderdante, durante los años aludidos, fueron las siguientes:

AÑO	SALARIO MENSUAL	SALARIO DIARIO
2010	\$9.270.000	\$309.000
2011	\$9.640.800	\$321.360

Según los hechos narrados, por cada día de retardo en la cancelación y/o consignación completa del auxilio de cesantías de los empleados, se del debe reconocer y cancelar a los mismos un día de salario por cada día retardo. Por lo que el departamento del Magdalena, le debe reconocer y cancelar a mi poderdante, los siguientes valores, por concepto de sanción moratoria de cesantías, a partir del 15 de febrero siguiente al año de su causación. Así:

AÑO	SALARIO/MENS	SAL/DIAR	TOTAL
2010	\$9.270.000	1275	\$3.93.975.000
2011	\$9.640.800	915	\$294.044.000
		2.190	\$688.019.400

El día 05 de mayo de 2014, mi mandante presentó solicitud de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para el ejercicio del presente medio de control, expidiéndose la respectiva constancia que fue entregada el día 11 d agosto de 2014 certificación (sic) el día 11 de abril del mismo año, por la procuraduría 155 judicial II, para asuntos administrativos".

b) Concepto de la violación

Consideró la parte demandante, que el acto demandado violó los artículos 1, 2, 4, 6, 25, 123 y 299 de la Constitución Política, la Ley 6 de 1945 en su artículo 12 y 17; el Decreto 2567 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Decreto 1160 de 1947, Ley 48 de 1962, Decreto 1723 de 1974, Ley 77 de 1965, Ley 4 de 1966, Ley 5 de 1969, Decreto 1045 de 1978, Decreto Ley 1222 de 1968, Ley 50 de 1990, Ley 344 de 1996, Decreto 1582 de 1998, Ley 617 de 2000, Decreto 1919 de 2002, Ley 734 de 2000 y demás normas concordantes.

Afirmó que el acto demandado adolece de legalidad en cuanto al objeto, como quiera que, se desconoció y no garantizó la protección y efectividad de un derecho laboral cierto e indiscutible de la demandante como es el pago de las prestaciones

sociales legalmente establecidas.

Señaló que, las normas constitucionales citadas, establecen como principio que el Estado Social de Derecho se encuentra fundado en el respeto por el trabajo, cuyo fin esencial, entre otros es garantizar la efectividad de los derechos laborales consagrados en la constitución, en condiciones dignas y justas.

Así las cosas, el Departamento del Magdalena, debe reliquidar el auxilio de cesantías al actor, en su condición de diputado, incluyendo los factores salariales omitidos, corrigiendo el factor prima de navidad y reconociendo la sanción o indemnización moratoria de cesantías de conformidad con la Ley 50 de 1990, en concordancia con la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, declarando la nulidad del acto demandado y reestableciendo los derechos vulnerados.

c) Contestación de la demanda

La parte demanda, presentó escrito mediante el cual se opuso a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas solicitadas por la parte actora, en primer lugar, presentó la excepción de inepta demanda, como quiera que, el accionante vinculó al Departamento del Magdalena al instaurar la demanda, sin embargo, omitió presentar solicitudes y/o peticiones ante dicha entidad, desconociendo de esta forma su derecho a la defensa, al debido proceso y a la posibilidad de la administración a pronunciarse frente a dichas reclamaciones. En segundo lugar, presentó la excepción de inexistencia de la obligación teniendo en cuenta que, al hablar de una presunta negligencia en la liquidación anual del auxilio de cesantía de los servidores públicos de la Asamblea Departamental, sean diputados o empleados, es a todas luces reprochable única y exclusivamente a esa entidad y debía ser atendida con los recursos que para el efecto se incorporan en los presupuestos anuales elaborados y aprobados por la misma.

Por otro lado, el extremo pasivo, invocó caducidad en el presente medio de control argumentando que, la Resolución No. 059 de 4 de diciembre de 2013 fue notificada a la parte actora el 28 de enero de 2014, por lo que la caducidad de la acción se daba dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo el 29 de mayo de 2014, y teniendo en cuenta que la solicitud de audiencia de conciliación prejudicial presentada el 5 de mayo de 2014, suspendió los términos por 3 meses, es decir, hasta el 5 de agosto de 2014, fecha en la cual se expide la respectiva constancia, la caducidad de la acción se presentó el 29 de agosto de 2014, último día para presentar la demanda, por los 24 días restantes desde la suspensión de los términos y la demandada se

radicó el 1 de septiembre de 201, por tanto operó la caducidad.

II. LA SENTENCIA APELADA.

El veinticinco (25) de febrero de 2019, el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Santa Marta, profirió sentencia de primera instancia resolviendo lo siguiente:

"PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas, conforme a lo expuesto en la parte motiva."

Manifestó el A-quo que conforme se desprende de las certificaciones No. 122 de 2013, No. 127 de 2013, expedidas por la Secretaria General de la Asamblea Departamental del Magdalena (fl. 15-16), se encuentra acreditado que el señor FRANCISCO PORTO INFANTE, durante los años 2010 y 2011 devengó los siguientes emolumentos, i) 2010: remuneración por periodos de sesiones \$9.270.000; prima de navidad: 9.700.000, auxilio de cesantías 10.042.000 e intereses de cesantías 1.205.100, ii) remuneración por periodos de sesiones: \$9.640.000, prima de navidad: 9.640.000, auxilio de cesantías: 10.042.500.

Indicó que, de acuerdo con al análisis probatorio realizado en precedencia, se concluye que la entidad accionada al momento de liquidar las cesantías del señor FRANCISCO JOSÉ PORTO INFANTE por los años 2010 y 2011, debía realizarse teniendo en cuenta solo asignación básica de cara al monto devengado por concepto por concepto de auxilio de cesantías.

Esbozó que, el Consejo de Estado consideró que solo a partir de la **Ley 1871 de 2017, se dispuso el régimen prestacional de los diputados de las asambleas, señalando que tienen derecho al pago de auxilio de cesantías e intereses sobre cesantías, prima de navidad, prima de vacaciones, capacitación y gastos de viaje;** concluyendo la Corporación de cierre que solo a partir de dicha ley los diputados gozan de prestaciones diferentes al auxilio de cesantías y por tanto no había lugar al reconocimiento y pago de las mismas, ni mucho menos a ordenar la reliquidación del auxilio de cesantías con la inclusión de emolumentos que tenían derecho a percibir.

En suma, bajo esa línea argumentó que por estricta sujeción a la jurisprudencia del alto tribunal las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, por cuanto la liquidación del auxilio de cesantías del señor FRANCISCO PORTO INFANTE por los años 2010 y 2011, debía realizarse teniendo en cuenta solo la asignación básica.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN.

- Parte demandante.

“No es cierto como lo considera el a quo que, al momento de liquidar el auxilio de cesantías de 2010 y 2011 del demandante, se tuvieron en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados. Por lo menos, no los correspondientes al año 2011, por lo siguiente:

Respecto al año 2011, militan en el plenario los factores devengados y prestaciones canceladas, así: 1. Asignación básica: \$9.640.800; 2. Prima de navidad: \$9.640.000; 3. Auxilio de cesantías \$ 10. 042.500 4. Intereses de cesantías \$1.156.896.

Luego al hacer la liquidación del auxilio de cesantías de dicho año (2011), tenemos lo siguiente:

CONCEPTO	VALOR	1/12 PARTE
ASIGNACIÓN BÁSICA		
PRIMA DE NAVIDAD	\$9.640.800	\$9.640.800
AUXILIO DE CESANTÍA CAUSADO		10.444.200
AUXILIO DE CESANTÍA PAGADO		10.042.500
DIFERENCIA EN FAVOR DEL DEMANDANTE		401.700

Al estar demostrada aritmética la mala liquidación del auxilio de cesantías de los años 2011, por la no inclusión de todos los factores devengados, debió prosperar la demanda parcialmente, ordenando la reliquidación de la cesantía de dicho año y la correspondiente sanción moratoria.

Además de lo anterior, en ambas liquidaciones (2010 y 2011), tampoco se incluyó o liquidó la remuneración por las sesiones extras del demandante.

Ahora, no obstante que la prima de navidad de los diputados no se encuentra establecida en la Ley 6 de 1945, si fue establecida para estos servidores en la Ley en los artículo 11 y 12 de la Ley 4 de 1996.

Por lo anteriormente expuesto, solicito muy respetuosamente, se revoque la sentencia apelada y en su lugar se concedan las suplicas de la demanda”.

IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El recurso fue admitido mediante proveído de fecha siete (07) de julio de 2020. Por auto del treinta y uno (31) de agosto de 2020, se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

Alegatos de conclusión

Parte demandante.

Reiteró en lo sustancial los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Parte demandada:

Departamento del Magdalena.

No alegó de conclusión.

El Ministerio Público.

No rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia para conocer del recurso de apelación

El artículo 243 del C.P.A.C.A., establece que las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, y las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como el recurso de queja cuando no se conceda apelación, o se condena en un efecto distinto del que corresponda, serán conocidos por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme a las reglas de competencia establecidas.

Luego, este Tribunal es competente para decidir el recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Santa Marta dentro de la acción de la referencia, en vista de que no se advierten impedimentos procesales o causales de nulidad que invalide la actuación.

5.2. Problema jurídico.

El objeto del litigio se contrae en determinar si se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Santa Marta mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de la reliquidación de las cesantías de los años 2010 y 2011 incluyendo factores salariales presuntamente omitidos en la liquidación del auxilio de cesantías en virtud de la línea jurisprudencial adoptada por el Consejo de Estado a partir de la expedición de la Ley 1871 de 2017, que dispuso el régimen prestacional de los diputados de las asambleas.

5.3. El régimen salarial de los diputados y algunas precisiones de su régimen prestacional¹.

¹ Análisis realizado por esta Subsección en sentencia de 14 de noviembre de 2019, dentro del proceso radicado 81001-23-33-000-2014-00091-01 (0049-2016), demandante: Wilson Carrillo Antolínez, con
Página 7 de 25

Sea lo primero señalar, que los diputados no son empleados, sino que tienen una categoría diferente, como es 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 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.”².

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 1º de enero 15 de 1996, que reformó el artículo 299 de la Constitución Política, eliminó el pago de honorarios a favor de los diputados y 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 endeudamiento³, se propuso racionalizar los gastos de funcionamiento de estos.

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

“ARTICULO 28. REMUNERACIÓN DE LOS DIPUTADOS. La remuneración de los diputados de las Asambleas Departamentales por mes de sesiones corresponderá a la siguiente tabla a partir del 2001:

<i>Categoría de departamento</i>	<i>Remuneración de diputados</i>
<i>Especial</i>	<i>30 SMLM</i>
<i>Primera</i>	<i>26 SMLM</i>
<i>Segunda</i>	<i>25 SMLM</i>
<i>Tercera y cuarta</i>	<i>18 SMLM”.</i>

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.

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con fundamento en la sentencia proferida por la Corte Constitucional, emitió el concepto de 14 de abril de 2005⁴, 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.

³ Proyecto de Ley 46 de 1999, Cámara de Representantes.
⁴ Consejo de Estado, concepto de 14 de abril de 2005, expediente 1700.

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** y no perciben ningún factor salarial distinto de esa suma global.

En cuanto al régimen prestacional, 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 derechos que los miembros del Congreso de la República⁵.

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 indicó 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, núm. 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 –núm. 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 defirió 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:

“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 parágrafo. 2o.)⁶.

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 determinó 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 recogido en la Ley 6ª de 1945, con las modificaciones introducidas por las Leyes 100 de 1993, 344 de 1996 y 362 de 1997⁷.

Así las cosas, está claro que también perciben prestaciones sociales en los términos de la Ley 6ª de 1945 y Ley 100 de 1993, pues expresamente así se dispuso en el parágrafo 2º del artículo 29 de la Ley 617 de 2000. En ese sentido, los diputados tienen derecho a⁸:

- *“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 y 86 Ley 100 de 1993).*

⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. concepto de 3 de diciembre de 2003. radicación 1501.

⁷ 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.

⁸ Para mayor profundidad puede consultarse la sentencia citada en precedencia, de 14 de noviembre de 2019, dentro del proceso radicado 81001-23-33-000-2014-00091-01 (0049-2016), demandante: Wilson Carrillo Antolínez, con ponencia de quien se ocupa de esta providencia.

- Incapacidades por enfermedad general, profesional y accidentes de trabajo (artículo 206 de la Ley 100 de 1993).
- 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).
- Cesantías. Conforme con el artículo 13⁹ de la Ley 344 de 1996.
- Vacaciones, 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.
- En cuanto a la **prima de vacaciones** 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.”

Así entonces, 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 “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” se establecieron los siguientes derechos:

“El servidor público que ejerza como diputado tendrá derecho a seguro de vida con cargo a la sección presupuesta 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.

⁹ “Artículo 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:
a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;
b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo”.

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.

Lo anteriormente mencionado hace parte de lo expuesto en jurisprudencia reciente del Consejo de estado de fecha 25 de febrero de 2021 con radicado N° 17001-23-33-000-2015-00053-01(2157-19) y ponencia del Consejero Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, en donde se estableció las nociones sobre la calidad de los diputados y respecto a su régimen prestacional.

5.4. Régimen prestacional de los Diputados – Cesantías.

El artículo 7° de la Ley 48 de 1962¹⁰ 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 17°.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

¹⁰ Por la cual se fijan unas asignaciones, se aclara la Ley 172 de 1959 y se dictan otras disposiciones.

- 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."

Tal disposición fue reiterada por voluntad del legislador a través del artículo 6º del Decreto 1723 de 1964¹¹ 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.

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.

Posteriormente, la Constitución Política de 1991, en el artículo 299, previó, inicialmente¹², 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

¹ "(...) 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. (...)".

² Dado que fue objeto de algunas reformas.

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)."

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 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)."

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.

En desarrollo del artículo 299 de la Constitución Política, el Congreso expidió la Ley 617 del 6 de octubre de 2000¹³ 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:*

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

¹³ "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"

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."

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)."

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 reformen¹⁴ –por remisión del artículo 56 del decreto 1222 de 1986–.

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

¹⁴ La ley 344 de 1996 modificó el régimen de cesantías, a partir de la fecha de su publicación.

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.

Ahora bien, a través de la Ley 1871 de 2017¹⁵ 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)”

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.

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 de los prenombrados emolumentos y a su inclusión como factor salarial de la liquidación de las cesantías.

¹⁵ “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”

Es de igual manera, para la Sala importante destacar que lo anteriormente argumentado está de acuerdo a lo dicho en jurisprudencia reciente del Consejo de Estado de fecha 11 de febrero de 2021 con radicado N° 23001-23-33-000-2016-00217-01(6038-18) y ponencia de la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, en la cual se tuvo en cuenta el régimen prestacional de los diputados y sobre las prestaciones de vacaciones y prima de vacaciones, además también se trató sobre la reliquidación de las cesantías.

5.5. Caso concreto.

Previo a resolver el presente asunto, considera la Sala pertinente relacionar, en primer lugar, los hechos que se encuentra probados en el sub examine en relación con las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso y decretadas por el a quo, así:

De acuerdo a la certificación de fecha de 28 de agosto de 2013 suscrita por el Secretaria General con funciones de talento humano de la Asamblea Departamental del Magdalena, encuentra la Sala probado que el señor FRANCISCO PORTO INFANTE para el año 2010 y el año 2011, se le cancelaron las siguientes prestaciones:

Año	Remuneración Mensual	Prima De Navidad	Cesantías	Intereses de cesantías
2010	9.270.000	9.270.000	10.042.500	1.205.100
2011	9.640.800	9.640.800	10.042.500	1.156.896

De dicha prueba documental, se logra observar que las cesantías cuya reliquidación pretende la demandante, fueron liquidadas teniendo en cuenta la remuneración y una doceava parte de la prima de navidad y las sesiones extra.

Se encuentra probado que el 30 de octubre de 2013 de 2017 (Fl. 17 a 22) el accionante a través de apoderado elevó petición ante la Asamblea Departamental del Magdalena a fin de solicitar el reconocimiento y pago de i) las vacaciones, prima de vacaciones y prima de servicios por los años ejercidos como diputado de 2010 a 2011 y) la cancelación de la sanción moratoria de cesantías a razón de un día de salario por cada día de retardo en la cancelación y/o consignación del auxilio de cesantías.

La Asamblea Departamental del Magdalena, contestó la solicitud de la accionante negando las peticiones (Fl. 11 a 13), frente a lo cual se configuró uno de los actos acusados a través del presente medio de control.

En virtud de la relación probatoria que antecede, se debe ahora establecer si le asiste el derecho a la accionante que le sea reconocida las vacaciones, la prima de vacaciones y

de servicio por los años 2010 a 2011, así como la reliquidación de las cesantías con la inclusión de dichos factores y la sanción por mora.

Para ello es necesario precisar que, el Gobierno nacional ha formulado varias consultas al Consejo de Estado 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, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se 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 [...]."

En el Concepto No. 1166 de 1998, de igual manera 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. [...]"

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."

Finalmente, mediante Concepto 1700 del 14 de diciembre de 2005¹⁶ 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

¹⁶ Consejo de estado, concepto de 14 de diciembre de 2005, radicado 1700, C. P. Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

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."

Cabe resaltar que la Corte Constitucional¹⁷ avaló estos pronunciamientos, al señalar que si bien a partir de la reforma constitucional de 1996 la competencia para establecer el régimen prestacional de los miembros de las asambleas departamentales era exclusiva del legislador, se debía tener en cuenta que mientras el Congreso de la República no prohiriera una nueva ley en la materia, debía entenderse que el régimen prestacional de los Diputados era el recogido en la Ley 6ª de 1945¹⁸, con las modificaciones introducidas por las Leyes 100 de 1993¹⁹, 344 de 1996²⁰ y 362 de 1997²¹ y a su vez de acuerdo con jurisprudencia de radicado 23001-23-33-000-2016-00217-01(6038-18) del 11 de febrero de 2021 del Consejo de Estado.

RECTIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

Es necesario para esta Sala precisar que se debe realizar una rectificación respecto a la tesis que ha venido manejando este Tribunal sobre el tema del régimen prestacional de los diputados, toda vez que, realizado el estudio constitucional normativo, legal y jurisprudencial referente al asunto encontramos que en reiteradas y recientes sentencias del Consejo de Estado tales como: 17001-23-33-000-2015-00053-01 (2157-19) del 25 de febrero de 2021, 23001-23-33-000-2016-00217-01 (6038-18) del 11 de febrero de 2021, 81001-2339-000-2014-00021-01 (0383-17) del 11 de febrero de 2021, 44001-23-33-000-2016-00120-01 (3355-17) del 4 de junio de 2020, 23001-23-33-000-2016-00007-01 (5616-18) del 30 de abril de 2020, 73001-23-33-000-2015-00154-01 (3958-16) del 12 de marzo de 2020, 73001-23-33-000-2016-00264-01 (4639-17) del 11 de julio de 2019, 73001-23-33-000-2015-00003-01 (4804-17) del 11 de julio de 2019, 19001-23-33-000-2014-00322-01 (3629-16) del 10 de

¹⁷ 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.

¹⁸ "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo."

¹⁹ "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones."

²⁰ "Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones."

²¹ "por la cual se modifica el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y se dictan normas sobre competencia en materia laboral."

octubre de 2018, 19001-23-33-000-2014-00330-01 (0088-17) del 10 de octubre de 2018, 19001-23-33-000-2014-00327-01 (0839-17) del 7 de septiembre de 2018, 81001-23-33-000-2014-00090-01 (0039-16) del 7 de septiembre de 2018, encontramos que el Consejo de Estado también ha venido aplicando la tesis aplicada al subexamine, por lo que es menester rectificar la tesis que se ha venido manejando en esta Sala.

Ahora bien, para aclarar anticipadamente algunas nociones respecto de la posibilidad de extender todas las prestaciones sociales contenidas en el Decreto 1045 de 1978 a los diputados se tiene que en sentencia **23001-23-33-000-2016-00007-01 (5616-18) del 30 de abril de 2020** el Consejo de Estado dijo:

*"(...) 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 estos tienen una categoría diferente, a 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 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"²².

Como se infiere 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

²² Corte Constitucional, sentencia C – 315 de 19 de julio de 1999.

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 y prestacional, y que se puede extender a otros ámbitos 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. (Negritas y subrayado fuera del texto)

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).
- 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 deduce 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, y en ese sentido no es posible acceder a ellas.

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 Justicia²³ 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 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."

En ese sentido, al revisar la ley 6ª de 1945, se evidencia entonces que se reconocen los siguientes emolumentos: **auxilio de cesantía, pensión vitalicia de jubilación, pensión de invalidez, seguro por muerte, auxilio por enfermedad, 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 2017²⁴, 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 1945²⁵ y demás normas que la adicionen o la reformen por remisión del artículo 56 del Decreto 1222 de 1986²⁶.

En concordancia con lo antes expuesto, considera esta sala que no es procedente el reconocimiento de las vacaciones, prima de servicios y prima de vacaciones, dado que, como se estudió y lo ha venido estudiando en precedencia anteriormente el Consejo de Estado, ni la Ley 6ª de 1945 ni las normas que la modifican o adicionan tanto especiales como generales, prevén dichos emolumentos a favor de los diputados. Además, tampoco es dable dar aplicación al Decreto 1919 de 2002²⁷ a través del cual se señaló que los empleados públicos del nivel territorial gozarían del régimen de prestaciones de los del orden

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 12 de febrero de 1993, expediente 5481.

²⁴ Ib.

²⁵ "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo."

²⁶ "Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental."

²⁷ "Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial."

nacional, toda vez que dicha normativa no se refiere a los diputados. Así lo ha considerado el Consejo de Estado²⁸ al indicar:

"[...] El decreto 1919 del 27 de agosto del 2002 fue expedido por el Presidente de la República en desarrollo de las facultades otorgadas por los artículos 150, numeral 19 letras e) y f) de la Constitución y 12 de la ley 4ª de 1992. Si bien en su artículo 1º se refiere a las Asambleas Departamentales como objeto de su aplicación, cabe señalar que las prestaciones en él dispuestas rigen únicamente para los empleados públicos y trabajadores oficiales de tales corporaciones. Es decir, se exceptúan los Diputados, cuya remuneración y régimen prestacional y de seguridad social, por expresa disposición del artículo 299 de la Carta Política, corresponde fijarlo al legislador [...]."

En virtud de lo anterior, en cuanto al argumento aludido por la parte demandante en el recurso de alzada, referente a que los diputados tienen derecho a vacaciones, prima de vacaciones y prima de servicios, así como a la inclusión de estos factores en el auxilio de cesantías en virtud del Decreto 1160 de 1947²⁹, la Sala considera que no es procedente por cuanto no se encuentran contemplados en la normativa especial, a saber, **Leyes 6ª de 1945 (artículo 17), 100 de 1993 (régimen prestacional de los Diputados) 344 de 1996 y 362 de 1997 (régimen de cesantías del orden territorial).**

Ahora, como quiera que, las cesantías se liquidaron conforme a la ley, en tanto de la certificación N°. 122 de 24 de agosto de 2017 (fl. 15) y certificación No. 127 de 28 de agosto de 2013 (fl. 16) , se extrae que el valor de la prestación social por los años 2010 y 2011 se obtuvo teniendo en cuenta lo devengado por concepto de cesantías más una doceava parte de la prima de navidad, en atención a lo previsto por el artículo 17 de la Ley 6 de 1945, se concluye 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, la Sala confirmará la sentencia proferida el 25 de febrero de 2019, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Santa Marta mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

5.6. Condena en Costas

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A. procede la Sala a disponer sobre la condena en costas, teniendo en cuenta las reglas previstas en el Código General del Proceso sobre la materia y el criterio objetivo - valorativo que según jurisprudencia del H. Consejo de Estado³⁰ rige sobre esta temática.

²⁸ Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1501 de 2003.

²⁹ "Sobre auxilio de cesantía."

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección A. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., siete (7) de abril de 2016. Rad. No. 13001-23-33-000-2013-00022- 01 (1291-14). Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

El numeral 1º del artículo 365 del C.G.P. señala que "Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. Así mismo el numeral 8º precisa "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

Las costas están conformadas por dos rubros distintos: las expensas, que corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, y las agencias en derecho, esto es, la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora.

Así las cosas, del análisis que se hizo en el caso en estudio, considera la Sala que no se causaron o probaron los rubros que conforman las costas como las expensas y las agencias en derecho. En consecuencia, esta Corporación se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Administrativo del Magdalena, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el veinticinco (25) de febrero de 2019, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Santa Marta, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

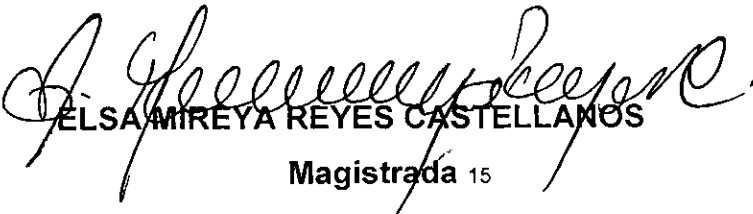
TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

CUARTO: Déjese las anotaciones correspondientes en el Sistema justicia siglo XXI web.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ
Magistrada


MARTHA LUCÍA MOGOLLÓN SAKER
Magistrada


ELSA MIREYA REYES CASTELLANOS
Magistrada 15