Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00204-00

Cartagena de Indias D. T y C. siete (07) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
Radicado	**13-001-33-33-008-2017-00204-00**
Demandante	**ANDRES RICAURTE ARMESTO**
Demandado	**DEPARTAMENTO DE BOLIVAR- ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR**
Tema	**Prestaciones sociales para Diputados de Asamblea Departamental.**
Sentencia No	**0197**

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por **ANDRES RICAURTE ARMESTO**, a través de apoderado judicial, contra la **DEPARTAMENTO DE BOLIVAR- ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR**.

2. ANTECEDENTES

- **PRETENSIONES**

PRIMERA: Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

A-. El Acto ficto o presunto que se estructuro por la no contestación de la reclamación administrativa presentada ante el departamento de Bolívar, el día 22 del mes de diciembre del año 2011 por medio de la cual se solicitó el reconocimiento y pago de la prima de servicios, correspondiente a los años 2008, a 2011 y siguientes, así como la prestación social de vacaciones correspondiente al año 2011, y la prestación de prima de vacaciones, correspondientes al año 2010 y 2011, junto con la reliquidación y pago de las cesantías, la sanción moratoria por el no pago de las prestaciones y cesantías en su totalidad, junto con la indexación e intereses moratorios.

B-. El Acto ficto o presunto que se estructuro por la no contestación de la reclamación administrativa presentada ante el departamento de Bolívar, el día 12 del mes de diciembre del año 2014 por medio de la cual se solicitó el reconocimiento y pago de la prima de servicios, correspondiente a los años 2012 a 2014 y siguientes, así como la prestación social de vacaciones correspondiente al año 2012 a 2014 y siguientes, junto con la prestación de prima de vacaciones, correspondientes al año 2012 a 2014 y siguientes, junto con la reliquidación y pago de las cesantías, la sanción moratoria por el no pago de las prestaciones y cesantías en su totalidad, además, la indexación e intereses moratorios.

C-. El Acto ficto o presunto que se estructuro por la no contestación de la reclamación administrativa presentada ante la Junta Directiva de la Asamblea Departamental de Bolívar, el día 22 del mes de diciembre del año 2011 por medio de la cual se solicitó el reconocimiento y pago de la prima de servicios, correspondiente a los años 2008, a 2011 y siguientes, así como la prestación social de vacaciones correspondiente al año 2011, y la prestación de prima de

Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00204-00

vacaciones, correspondientes al año 2010 y 2011, junto con la reliquidación y pago de las cesantías, la sanción moratoria por el no pago de las prestaciones y cesantías en su totalidad, junto con la indexación e intereses moratorios.

D-. El Acto ficto o presunto que se estructuro por la no contestación de la reclamación administrativa presentada ante la Junta Directiva de la Asamblea Departamental de Bolívar, el día 12 del mes de diciembre del año 2014 por medio de la cual se solicitó el reconocimiento y pago de la prima de servicios, correspondiente a los años 2012 a 2014 y siguientes, así como la prestación social de vacaciones correspondiente al año 2012 a 2014 y siguientes, junto con la prestación de prima de vacaciones, correspondientes al año 2012 a 2014 y siguientes, junto con la reliquidación y pago de las cesantías, la sanción moratoria por el no pago de las prestaciones y cesantías en su totalidad, además, la indexación e intereses moratorios.

SEGUNDA- Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la parte demandada, esto es al **DEPARTAMENTO DE BOLIVAR** y **LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR,** a reconocer y cancelar al señor ANDRES RICAURTE ARMESTO, el valor correspondiente a las siguientes prestaciones sociales:

A-. Las primas de servicios correspondientes, a los años 2008 a 2015, y durante todo el tiempo en que se desempeñó como diputado.

B-. La prestación social de vacaciones, correspondientes a los años 2011, 2012,2013, y 2014, y hasta todo el tiempo en que se desempeñó como diputado del Departamento de Bolívar, el señor ANDRES RICAURTE ARMESTO.

C-. Que igualmente se le reconozcan y paguen al señor ANDRES RICAURTE ARMESTO, la prestación social denominada Prima de Vacaciones, correspondientes a los años 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014, 2015, y hasta todo el tiempo en que se desempeñó como diputado del Departamento de Bolívar.

TERCERA-. Que como consecuencia de la condena prevista en los literales anteriores, se ordene incluir las mismas prestaciones sociales, como factor salarial, y por ello se ordene reliquidar la prestación social del auxilio de cesantías del señor ANDRES RICAURTE ARMESTO, correspondiente a los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014, así, como ordenar el pago de las diferencias dejadas de cancelar anualmente por este concepto.

CUARTA-. Que como consecuencia de las declaraciones, que ordenan el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, de primas de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, dejadas de pagar, así como por la reliquidación del auxilio de cesantías por no incluirse para su liquidación todos los factores salariales, se condene al DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, y la ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR, al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, consistente en el pago de un día de salario devengado, por cada día de retardo en la consignación y pago completo del auxilio de cesantías, y demás prestaciones sociales, desde la fecha en que se le debió cancelar al actor la prestación del auxilio de cesantías, y las otras prestaciones sociales, hasta el momento en que se le consigne o cancelen totalmente.

QUINTA: Que los valores a pagar a favor del actor sean debidamente indexados.

SEXTA: Que se condene al pago de las costas y agencias en derecho.

SEPTIMA: Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del CPACA.

Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00204-00

- **HECHOS**

Se tienen como hechos de la parte demandante los expuestos en el libelo demandatorio, los cuales se sintetiza así:

El señor ANDRES RICAURTE ARMESTO fue elegido popularmente como diputado del departamento de bolívar entre los periodos 2008-2011 y 2012-2015. Durante dichos periodos se le dejaron de cancelar las prestaciones de prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones y auxilio de cesantías. Por lo anterior, el actor presentó las respectivas reclamaciones administrativas en diciembre 22 de 2011 y diciembre 12 de 2014, solicitando la reliquidación y pago de cesantías y de las demás prestaciones dejadas de pagar. Dichas peticiones no han sido contestadas por el ente departamental.

- **NORMAS VIOLADAD Y CONCEPTO DE VIOLACION.**

Considera el apoderado judicial de la accionante que con la expedición del acto acusado las accionadas ha trasgredido las siguientes normas:

- Constitucionales artículos 1, 2, 4, 6, 25, 53, 123 y 299.

- Ley 6 de 1945; ley 48 de 1962; decreto 1723 de 1964; decreto 1045 de 1978.

El comportamiento omisivo de la entidad demandada, genera un claro incumplimiento, de los fines propios del Estado, en lo atinente a la protección del derecho al trabajo en condiciones dignas, igualmente se transgrede el principio constitucional de irrenunciabilidad de los beneficios establecidos en las normas laborales, principios que con el no reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que por ley corresponden al actor, como diputado del Departamento de Bolívar, están siendo vulnerados. De ahí la afirmación de que los actos administrativos demandados sean contrarios a las normas constitucionales.

- **CONTESTACIÓN**

DEPARTAMENTO DE BOLIVAR contestó la demanda en los siguientes términos:

Ha existido la interpretación jurídica de que no procede el reconocimiento de este derecho prestacional con base en lo dispuesto en la ley 6 de 1945, tal como ha sido publicado por el departamento administrativo de la función pública en cartillas de administración pública "Régimen laboral de los diputados, concejales y ediles en Colombia", y reiterado en sucesivos conceptos de esta entidad, como es el caso del concepto DAFP radicado 201260001155211 del 19 de julio de 2012 que se refiere en específico a prima de vacaciones y vacaciones. Además, dichos conceptos de la Sala de Consulta del Consejo de Estado, también señalan la no procedencia del reconocimiento de la prima de servicios por no estar listado en las prestaciones a que tienen derecho los diputados.

En cuanto a la sanción moratoria por el no pago de las cesantías, alega la accionada que no se ha presentado retraso ni se ha omitido el pago de las cesantías y que lo que se ha presentado es una controversia jurídica en relación con los actos de liquidación de las cesantías, por considerar que deben re liquidarse a partir del reconocimiento de la prima de vacaciones, vacaciones y prima de servicios

Como excepciones de mérito presentó las de "*constitucionalidad y legalidad de la actuación del departamento; improcedencia de las pretensiones: autonomía de la asamblea; prescripción; e inexistencia de fundamento estructural de la sanción moratoria*".

Con base en lo anterior, solicitó negar las pretensiones de la demanda.

- **TRAMITES PROCESALES**

La demanda fue presentada el día 17 de junio de 2015, siendo admitida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante auto adiado 20 de agosto de la misma anualidad. Posteriormente, en auto fechado 24 de julio de 2017, se declaró la falta de competencia del Tribunal y se ordenó remitir el expediente a los Juzgados Administrativo de Bolivar.

Así pues, la demanda fue repartida a este Despacho el 28 de agosto de 2017 y una vez asumido el conocimiento de este medio de control por parte del Despacho, se fijó audiencia inicial para el 31 de enero de 2018, en la que se incorporaron las pruebas documentales aportadas, se fijó el litigio, se decretaron unas pruebas y se señaló el 05 de abril de 2018 para llevar a cabo audiencia de pruebas.

Llegado el día de la diligencia, la misma se suspendió por tiempo prudencial hasta que llegara la respuesta al oficio decretado. Así las cosas, el 26 de junio de 2018, se continuo con la diligencia de pruebas en la cual se incorporó la respuesta al oficio decretado, se cerró el debate probatorio y se corrió traslado para alegar por el término de 10 días.

- **ALEGACIONES**

DE LA PARTE DEMANDANTE. Alega que en los documentos probatorios se encuentra acreditado que durante los años 2008 y 2009 se le cancelaron vacaciones y primas de vacaciones, prestaciones que se están reclamando dentro del proceso judicial e igualmente existen en este elemento probatorio, la constancia en dichos periodos, los pagos de las cesantías y los valores que se cancelaron, sin que en ese valor de cesantías e intereses de cesantías correspondientes a los años 2008 y 2009 se incluyeran las mismas, como factor salarial para la liquidación de cesantías, particularidad que obliga al despacho a reconocer, por lo menos de entrada, la falta de pago total de cesantías, por no incluir dichos factores salariales y con ello se generaba la sanción moratoria reclamada, por el no pago total y oportuno de las cesantías, por lo que entonces, bajo esta circunstancia probatoria, quedaba incursa la situación fáctica de mi poderdante, en las mismas situaciones de las sentencias del Consejo de Estado que se citaron y sirvieron como fundamento de las pretensiones que se invocan.

DE LA PARTE DEMANDADA: Reitera los argumentos expuestos con la contestación de la demanda, en el sentido de manifestar que ha existido la interpretación jurídica de que no procede el reconocimiento de este derecho prestacional con base en lo dispuesto en la ley 6 de 1945, tal como ha sido publicado por el departamento administrativo de la función pública en cartillas de administración pública "Régimen laboral de los diputados, concejales y ediles en Colombia", y reiterado en sucesivos conceptos de esta entidad, como es el caso del concepto DAFP radicado 201260001155211 del 19 de julio de 2012 que se refiere en especifico a prima de vacaciones y vacaciones. Además, dichos conceptos de la Sala de Consulta del Consejo de Estado, también señalan la no procedencia del reconocimiento de la prima de servicios por no estar listado en las prestaciones a que tienen derecho los diputados.

En cuanto a la sanción moratoria por el no pago de las cesantías, alega la accionada que no se ha presentado retraso ni se ha omitido el pago de las cesantías y que lo que se ha presentado es una controversia jurídica en relación con los actos de liquidación de las cesantías, por considerar que deben re liquidarse a partir del reconocimiento de la prima de vacaciones, vacaciones y prima de servicios

Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00204-00

MINISTERIO PUBLICO: No emitió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

4. CONSIDERACIONES

- **PROBLEMA JURIDICO**

¿Tiene derecho el demandante, en calidad de diputado del Departamento de Bolívar, a que se reconozca, re liquide y paguen las prestaciones sociales de prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones y auxilio de cesantías de conformidad con la ley 6 de 1945; así como la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías?

.

- **TESIS**

Las pretensiones de la parte accionante serán denegadas por las siguientes razones:

Al no existir un régimen prestacional definido para los Diputados de Asambleas Departamentales, su situación queda cobijada bajo el mandato de la ley 6 de 1945 y demás disposiciones que lo adicionen o reformen. Así quedó establecido, cuando se regulo el régimen prestacional de los Diputados con la Ley 48 de 1962 y los Decretos 1723 de 1964 y 1222 de 1986, contentivo del Código de Régimen Departamental.

También es importante recalcar que a partir del 12 de octubre de 2017 entró en vigencia 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; lo que quiere decir que antes de dicha normativa no se había expedido una regulación que compilara el Régimen de prestaciones sociales de los Diputados

En este orden de ideas, conforme a la jurisprudencia plicables en las consideraciones generales de este proveído, los diputados de asambleas departamentales están cobijados por el régimen prestacional de la ley 6 de 1945 y demás disposiciones que la adicionen o modifiquen. Luego entonces, dentro de dicha norma solamente se establece a favor de los empleados el beneficio de vacaciones y auxilio de cesantías, y por el contrario, no se incluye el concepto de prima de servicios.

Como quiera que dentro de las pruebas obrantes se vislumbró que la liquidación de auxilio de cesantías efectuada por la accionada fue ajustada a derecho y no reviste ninguna de las causales de nulidad, es pertinente denegar las pretensiones invocadas por el accionante.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00204-00

- **MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

En aras de resolver el problema jurídico planteado, el Despacho se permite traer a colación la Sentencia de fecha 15 de septiembre de 2011 proferida por el Consejo de Estado- Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, SUBSECCION "B", Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, bajo radicación número: 20001-23-31-000-2010-00046-02(1078-11), en la cual se aclaró que la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los diputados de las Asambleas Departamentales estaba a cargo del congreso y cuya función no podía ser delegada a otra autoridad. En ese sentido, la citada jurisprudencia reza lo siguiente:

> "***Competencia para fijar salarios y prestaciones en vigencia de la Constitución Política de 1991***. *El artículo 150, numeral 19, de la Carta Política, en lo pertinente, establece: "ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...] 19. Dictar normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: [...] e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública: Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en la Corporaciones públicas territoriales, y éstas no podrán arrogárselas. [...]". El artículo 300 numeral 7° de la Carta Política, preceptúa: "Corresponde a las Asambleas Departamentales por medio de ordenanzas: [...] 7. Determinar la estructura de la administración departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta." El artículo 305, numeral 7° de la misma normatividad, indica: "Son atribuciones del gobernador: [...] 7° Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas. Con cargo al tesoro departamental no podrá crear obligaciones que excedan al monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado". Conforme a las normas transcritas,* ***las Asambleas Departamentales no pueden fijar el régimen salarial y prestacional de sus empleados públicos discrecionalmente, sino que estos deben ser autorizados por la Ley.*** *En efecto, conforme al artículo 150 de la Constitución Política, arriba trascrito, al Congreso de la República le compete dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los que debe sujetarse el Gobierno para "fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.".* ***Es decir, existe una competencia compartida entre el legislador y el ejecutivo para estos efectos: aquel determina unos parámetros generales conforme a los cuales éste ha de fijar todos los elementos propios del régimen salarial y prestacional.*** *En relación con los empleados públicos de las entidades territoriales, compete al Gobernador fijar los emolumentos con sujeción a la Ley y a las Ordenanzas (artículo 305 numeral 7°). La Ley 4ª de 1992 al señalar los principios a los que debe someterse el Gobierno al fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, inclusive del sector territorial, en su artículo 12, señaló: "El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley. En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad. Parágrafo: El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencia con cargos similares en el orden nacional". Este precepto fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-315 del 19 de julio de*

1995, Magistrado Ponente Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que se dijo que esta facultad del Gobierno no pugna con la que el ***constituyente expresamente otorgó a las entidades territoriales para fijar las escalas de remuneración y los emolumentos de los empleos de sus dependencias****, en los artículos 287, 300-7, 305-7, 313-6 y 315-7.11 En consecuencia, como ya lo ha precisado esta Corporación,* ***la determinación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales compete al Gobierno Nacional, de acuerdo con los parámetros señalados por el legislador, y no a las Corporaciones Públicas Territoriales****, las que, además, tienen prohibido arrogársela; y en lo que se refiere al régimen salarial, el Gobierno señaló el límite máximo salarial de los servidores públicos territoriales teniendo en cuenta su equivalencia con los del orden nacional. En este orden de ideas, como bien lo señaló la Vista Fiscal, existe, para efectos de fijar salarios, un régimen de competencia concurrente entre el Congreso, el Gobierno Nacional, las Corporaciones administrativas colegiadas del orden Departamental y Municipal (Asambleas y Concejos) y el Ejecutivo Territorial (Gobernadores y Alcaldes) que fue ratificada por la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 1999 (14 de Julio) Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra".*

La competencia del Gobierno Nacional para fijar el límite máximo salarial de la remuneración de los empleados de los entes territoriales no desconoce la competencia que la misma Constitución expresamente otorgó a las autoridades de dichos entes para fijar, por una parte, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos dentro de su jurisdicción, artículos 300, numeral 7, y 313, numeral 6, de la Constitución y, por otra, para determinar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, artículos 305, numeral 7, y 315, numeral 7, de la Constitución. (Subrayas y negrillas del Despacho*)*

En este orden de ideas, las Asambleas Departamentales no pueden fijar el régimen salarial y prestacional de sus empleados públicos discrecionalmente, sino que estos deben ser autorizados por la Ley. Así pues, para efectos de establecer el régimen salarial de los Diputados existe una competencia compartida entre el legislador y el ejecutivo para estos efectos, es decir, el congreso determina unos parámetros generales conforme a los cuales el Ejecutivo ha de fijar todos los elementos propios del régimen salarial y prestacional, sin que esto implique desconocimiento a lo indicado por el constituyente cuando expresamente otorgó potestad a las entidades territoriales para fijar las escalas de remuneración y los emolumentos de los empleos de sus dependencias.

En conclusión, la determinación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales compete al Gobierno Nacional, de acuerdo con los parámetros señalados por el legislador, y no a las Corporaciones Públicas Territoriales.

Así mismo, en dicha jurisprudencia del Consejo de Estado, se aclaró el régimen prestacional y salarial al cual estaban sometidos los Diputados de Asamblea Departamental, y también se hizo un estudio sobre a cuales prestaciones sociales tienen derecho estos servidores públicos. En la pluricitada providencia se dijo:

"...Sea lo primero determinar si los Diputados son servidores públicos, al respecto es pertinente invocar el artículo 299 de la Constitución Política: "ARTICULO 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 periodo de los diputados será de cuatro años y tendrá 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 fijen la ley".

Sobre este preciso aspecto se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos: "En el caso concreto, la inhabilidad no se estructuró porque el demandado, en condición de Diputado de Atlántico para el periodo 2003 – 2007 y Presidente de la Asamblea Departamental para el periodo comprendido entre el 2 de enero y el 31 de enero de 2006, no tenía el carácter de empleado público, sino la de servidor público. Servidor público y empleado público, como lo precisó el a quo, son 2 categorías diferentes, pues en las voces del artículo 123 de la Carta la primera corresponde al género y la segunda a una de sus especies. (.) Los empleados oficiales pueden ser de dos tipos, empleados públicos o trabajadores oficiales. Los primeros están vinculados a entidades públicas mediante una relación legal y reglamentaria, quedando así sometidos a un régimen previamente establecido; los segundos se caracterizan por tener con las entidades públicas, una relación de orden laboral, derivada de un contrato de trabajo. El artículo 123 de la Constitución Política recoge estos conceptos incluyéndolos dentro del genérico de servidores públicos, ***de manera que quien es simplemente servidor público, como los diputados, no es empleado público, mientras que quien es empleado o trabajador oficial, además de eso es servidor público.*** *Teniendo en cuenta que la Constitución Política expresamente señala que los diputados son servidores públicos, y que tal calidad, es diferente a la de empleados públicos, la inhabilidad establecida en el numeral 3° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, en modo alguno puede predicarse de los diputados".15 El literal e) del numeral 19, del artículo 150 de la Carta Política dispone: "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...) e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;" En desarrollo del anterior postulado constitucional, el Congreso de la República profirió la Ley 4 de 1992, por la cual se determinaron "las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política". La referida norma, respecto del régimen salarial de los servidores de las entidades del orden territorial, dispuso en su artículo 12: "El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley. En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad. PARÁGRAFO. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional". La anterior disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-315 de 19 de julio de 1995, "siempre que se entienda que las facultades conferidas al gobierno se refieren, en

forma exclusiva, a la fijación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales, al régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales territoriales y al límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales".

Respecto al régimen salarial y prestacional que las Asambleas Departamentales pueden fijar, esta Corporación ha dicho: "De la comparación de las disposiciones acusadas con las invocadas como infringidas, se advierte prima facie que la Asamblea Departamental del Meta extralimitó sus funciones, por cuanto la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, está exclusivamente atribuida por el artículo 150, numeral 19 literal e) de la Constitución Política al Congreso Nacional. De igual manera, el artículo 299 de la Carta Política dispone que los miembros de las Asambleas departamentales estarán amparados por un régimen de prestaciones y seguridad social, "en los términos que fije la ley". No podía entonces la Asamblea, establecer el régimen salarial y prestacional de la administración departamental, por tanto, al hacerlo, desbordó los límites de tales disposiciones. El régimen salarial y prestacional de los diputados es competencia exclusiva del legislador ordinario, mientras que el de los congresistas y los empleados públicos está a cargo del Gobierno Nacional, el cual se fija mediante decretos reglamentarios con base en la ley marco de salarios y prestaciones, es decir, la Ley 4 de 1992 y las demás que se expidan, conforme al artículo 150 numeral 19, literales e y f. Por otra parte, es cierto que las asambleas tienen competencia para fijar las escalas de remuneración de las diferentes categorías de empleos, conforme al artículo 300-7 de la C.P., y que el constituyente de 1996 les dio autonomía en materia presupuestal (art. 299); dicha competencia, sin embargo, debe ser ejercida dentro de los límites que señala la Constitución". (Subrayas y negrillas del Despacho)

Así las cosas, se colige que al no existir un régimen prestacional definido para los Diputados de Asambleas Departamentales, su situación queda cobijada bajo el mandato de la ley 6 de 1945 y demás disposiciones que lo adicionen o reformen. Así quedó establecido, cuando se regulo el régimen prestacional de los Diputados con la Ley 48 de 1962 y los Decretos 1723 de 1964 y 1222 de 1986, contentivo del Código de Régimen Departamental.

En este orden de ideas la Ley 48 de octubre 18 de 1962 estableció que: "*los miembros de las Asambleas Departamentales gozarían de las mismas prestaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la adicionen o reformen*".

El Decreto 1723 de 1964, por el cual se reglamentó la Ley 48 de 1962, en su artículo 7, dispuso que "*los Diputados tendrán derecho a las mismas prestaciones consagradas para los servidores públicos en la Ley 6ª de 1945*".

El Decreto-ley 1222 de 1986, en el artículo 56, señaló que "*los miembros de las Asambleas Departamentales gozarán de las mismas prestaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la adicionen o reformen*".

Luego, a partir del Acto Legislativo No. 1 de enero 15 de 1996, que reformó el artículo 299 de la Constitución Política, se determinó que los Diputados están amparados por un régimen de prestaciones en los términos que fije la Ley. A su vez, el artículo 299 de la C.P. fue nuevamente fue modificado por el artículo 3 del Acto Legislativo No. 1 de 2007, y allí señaló que: "Los miembros de la Asamblea Departamental tendrán derecho a una remuneración durante las

sesiones correspondientes y estarán amparados por un régimen de prestaciones y seguridad social, en los términos que fijen la ley."

Finalmente, a partir del 12 de octubre de 2017 entró en vigencia 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; lo que quiere decir que antes de dicha normativa no se había expedido una regulación que compilara el Régimen de prestaciones sociales de los Diputados, razón por la cual, se reitera, el régimen prestacional para estos servidores públicos era el contenido en la Ley 6ª de 1945 y las disposiciones que le hayan modificado o adicionado.

LEY 6 DE 1945

> *"**ARTÍCULO 12.-** Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:*
>
> *a) Las indemnizaciones por accidentes de trabajo en proporción al daño sufrido y de conformidad con la tabla de valuaciones que el Gobierno promulgue, hasta por el equivalente del salario en dos años, además de la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria a que haya lugar, y las dos terceras partes del salario mientras tal asistencia sea obligatoria, sin pasar de seis meses.*
>
> *Para estos efectos se entiende por accidentes de trabajo toda lesión orgánica o perturbación funcional que afecte al trabajador en forma transitoria, permanente o definitiva, motivada por un hecho imprevisto y repentino, que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, siempre que la lesión o perturbación no sea provocada deliberadamente, o por falta grave o intencional de la víctima.*
>
> *b) Las indemnizaciones por enfermedad profesional, en proporción al daño sufrido y hasta por el equivalente del salario en dos años; además de la asistencia médica, terapéutica, quirúrgica y hospitalaria, a que hubiere lugar, y las dos terceras partes del salario mientras tal asistencia sea obligatoria, sin pasar de seis meses. Para estos efectos, se entiende por enfermedad profesional un estado patológico que sobreviene como consecuencia obligada de la clase de trabajo que ha desempeñado el individuo, o del medio en que se haya visto obligado a trabajar, bien sea determinado por agentes físicos, químicos o biológicos.*
>
> *El Gobierno elaborará una tabla de valuación de incapacidades por accidentes de trabajo y otra de enfermedades profesionales, de acuerdo con las definiciones anteriores, previo concepto de la Academia Nacional de Medicina, tablas que serán sometidas al Congreso ordinario de mil novecientos cuarenta y cinco en forma de proyecto de ley, junto con el concepto razonado del cuerpo técnico consultado.*
>
> *Mientras el Congreso adopta las tablas de que se habla en el inciso precedente, regirán las elaboradas por el Gobierno.*
>
> *Las enfermedades endémicas y epidémicas de la región solo se considerarán como profesionales cuando se adquieran por los encargados de combatirlas en razón de su oficio.*
>
> *En los casos de enfermedad profesional y de accidente de trabajo por culpa comprobada del patrono, el valor de la indemnización se descontara del monto de la condenación ordinaria por perjuicios.*

c) El auxilio por enfermedad no profesional, hasta por ciento ochenta (180) días de incapacidad comprobada para trabajar, así: las dos terceras partes del salario, durante los primeros noventa (90) días, y la mitad del salario por el tiempo restante.

d) Los gastos indispensables del entierro del trabajador, hasta por el equivalente del salario del último mes anterior a la enfermedad.

*e) **Quince días continuos de vacaciones remuneradas, por cada año de servicio** que se preste a partir del diez y seis (16) de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944). La época de vacaciones será señalada por el patrono, a más tardar dentro del año subsiguiente. Queda prohibido compensar las vacaciones en dinero antes de extinguirse el correspondiente contrato de trabajo, pero las partes podrán convenir en acumular las vacaciones hasta por cuatro años.*

f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

Cada tres años de trabajo continúo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su despido. Si fuere despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.

En caso de delitos contra la empresa o contra sus directores y trabajadores, por causa y con ocasión del trabajo, así como en el caso de graves daños causados a la empresa, el patrono podrá retener el correspondiente auxilio de cesantía hasta que la justicia decida sobre la indemnización que el trabajador deba pagar, a la cual se aplicarán en primer término los auxilios retenidos.

PARÁGRAFO. Para liquidar el auxilio de cesantía por tiempo de trabajo anterior a la presente Ley, y siempre que la extinción del contrato de trabajo sea posterior a su promulgación, se aplicarán las siguientes reglas:

1. En caso de despido del trabajador sin justa causa comprobada o cuando se retire por falta grave comprobada del patrono, se tomara en cuenta el tiempo anterior de servicios, pero solamente hasta por cinco años.

2. En los demás casos de extinción del contrato se tomara en cuenta el tiempo anterior de servicios pero solamente hasta por tres años, y en todas las empresas cuyo capital sea mayor de ciento veinticinco mil pesos ($125.000).

Con todo, cuando se trate de empleados particulares que lleven más de diez años al servicio del patrono, también se computara todo el tiempo de servicio anterior, en caso de retiro voluntario.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este orden de ideas, se vislumbra que por ministerio de la ley los diputados de Asambleas Departamentales solo tienen derecho a las prestaciones sociales contenidas en la ley 6 de 1945, y queda excluida cualquier otra prestación, toda vez que no ha sido señalada de forma expresa en dicha normativa.

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

- **CASO CONCRETO**

El señor ANDRES RICAURTE ARMESTO solicita a través del presente medio de control que se decrete la nulidad de los actos administrativos fictos o presuntos que se causaron por la omisión en responder las reclamaciones administrativas de fechas 22 de diciembre del año 2011, 12 de diciembre del año 2014 y 12 de diciembre del año 2014; y como consecuencia de ello exige el

Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00204-00

reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de **primas de servicios, vacaciones, prima de vacaciones**. dejadas de pagar. así como la reliquidación del auxilio de cesantías por no incluirse para su liquidación todos los factores salariales y la sanción moratoria. consistente en el pago de un día de salario devengado. por cada día de retardo en la consignación y pago completo del auxilio de cesantías, y demás prestaciones sociales.

Así pues, al valorar las pruebas que obran en el expediente, constata el Despacho que i) el demandante se desempeñó como Diputado de la asamblea Departamental de Bolívar entre los periodos 2008- 2011 y 2012- 2015 (fl 157-160); ii) que durante su labor como servidor Público en esta corporación, percibió, entre otros, el **pago de vacaciones y prima vacacional** (fl 18 a 23 y 157-160). de los cuales se tuvo en cuenta para efectos de liquidar el auxilio de cesantía solamente la **prima vacacional**; iii) También se observa de la nómina de cesantías de la asamblea departamental. que el señor ANDRES RICAURTE ARMESTO no recibió pago por concepto de prima de servicios. por ende este concepto no fue tomado en cuenta al momento de liquidar el auxilio de cesantía.

Es menester aclarar que al no existir un régimen prestacional definido para los Diputados de Asambleas Departamentales, su situación queda cobijada bajo el mandato de la ley 6 de 1945 y demás disposiciones que lo adicionen o reformen. Así quedó establecido, cuando se regulo el régimen prestacional de los Diputados con la Ley 48 de 1962 y los Decretos 1723 de 1964 y 1222 de 1986. contentivo del Código de Régimen Departamental.

También es importante recalcar que a partir del 12 de octubre de 2017 entró en vigencia 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; lo que quiere decir que antes de dicha normativa no se habia expedido una regulación que compilara el Régimen de prestaciones sociales de los Diputados

En este orden de ideas y conforme a la jurisprudencia citada en las consideraciones generales de este proveído, los Diputados De Asambleas Departamentales están cobijados por el régimen prestacional de la ley 6 de 1945 y demás disposiciones que la adicionen o modifiquen. Luego entonces, dentro de dicha norma solamente se establece a favor de los empleados el beneficio de vacaciones y auxilio de cesantías, y por el contrario, no se incluye el concepto de prima de servicios.

Bajo estos presupuestos. podemos decir respecto a la **prima de servicio** que no está incluida en la ley 6 de 1945 y no le fue pagada al accionante durante su desempeño como diputado. por ende al no tener soporte legal y no haber sido reconocida al actor durante su relación legal y reglamentaria con la administración, no puede ser tomada en cuenta para liquidar cesantías. Por tal virtud, la parte accionante no tiene razón frente a la solicitud de esta prestación.

Frente a la **prima de vacaciones**, pese a que tampoco está contenida en el régimen prestacional a favor de Diputados, esta si le fue pagada e incluida en la liquidación del auxilio de cesantía, tal como se puede observar en los certificados aportados por las partes. En consecuencia, no hay lugar a declarar su procedencia como quiera que la liquidación efectuada por la accionada se encuentra ajustada a la ley.

En lo atinente a la reclamación de las **vacaciones**, si bien esta se encuentra consagrada en el literal e) del articulo 12 de la ley 6 de 1945, y también fue pagada al accionante durante el tiempo de obró como Diputado de Bolívar, la misma no pueden ser tenida en cuenta para efectos de liquidar el auxilio de cesantía, pues como bien se sabe, esta no constituye una prestación social, sino que corresponde a descanso remunerado. Por ello, la decisión de la ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR de no incluirla como factor para determinar el valor de las cesantías, fue correcta.

En cuanto a la solicitud de sanción por mora por el retraso en el pago de la reliquidación del auxilio de cesantías. este Despacho considera que la misma no tiene visos de prosperidad. pues de vacaciones y prima de servicios. fue denegada. y en segundo lugar. no existe mora debido a que las cesantías fueron pagadas de manera oportuna y en el eventual caso que se accediera a las pretensiones del actor. el derecho a su reliquidación nace a partir de esta sentencia. razón por la cual no puede entenderse que ha existido retraso en la cancelación de esa prestación.

Entonces. estima el Despacho que las pretensiones del señor ANDRES RICAURTE ARMESTO no están llamadas a prosperar pues no logro desvirtuar la legalidad de los actos fictos que son objeto del presente medio de control.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso; así mismo lo explica el Consejo de Estado[1] a través de su jurisprudencia.

Conforme lo anterior. puede condenarse en costas a la parte vencida de conformidad con el Art. 188 del CPACA. las cuales se liquidan por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados: y las agencias en derecho se fijan conforme lo manda el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016. emanado del Consejo Superior de la Judicatura. Sin embargo. en el caso de marras no se encontraron acreditados dichos gastos. por ende no habrá lugar a condenar en costas y agencias en derecho.

5. DECISIÓN

Por lo anterior. el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena. administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda. conforme se explicó en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: No hay lugar a condena en costas ni agencias en derecho.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia. archivese el expediente. dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez

[1] Sentencia del Consejo de Estado- Sección Segunda. radicado Interno No. 1291-2014. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. de fecha 05 de abril de 2016