

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

CONSEJERO PONENTE: JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Radicación: 19001-23-33-000-2014-00324-02 (1725-2020)
Demandante: Diego María Benachí Morera
Demandado: Departamento del Cauca, Asamblea Departamental

Temas: Prestaciones sociales diputados. Reliquidación de las cesantías. Condena en costas de primera instancia.
CONFIRMA SENTENCIA.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor DIEGO MARÍA BENACHÍ MORERA, obrando por medio de apoderado debidamente constituido, instauró demanda en contra del DEPARTAMENTO DEL CAUCA, ASAMBLEA DEPARTAMENTAL, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y con el fin de que se acceda a las siguientes:

Pretensiones¹

1. Que se declare la nulidad de la Resolución 044 del 27 de diciembre de 2.013, suscrita por el presidente de la Asamblea del Cauca, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de los derechos salariales y prestacionales reclamados.

¹ Folios 1 a 2.

2. Que a título de restablecimiento del derecho, se condene al departamento del Cauca, Asamblea, a reconocer y pagar las vacaciones, las primas de servicios y de vacaciones por los años 2009, 2010 y 2011.

3. Que se reconozca el 12% de los intereses a las cesantías de 2010 y 2011, y reliquidar las cesantías de dichas anualidades, devengadas en su condición de diputado, incluyendo los factores salariales que fueron omitidos al realizar la liquidación, tales como prima de vacaciones, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, etc.

4. Que se pague un día de salario por el retardo en el pago completo del auxilio de cesantías de los años 2010 y 2011; y se condene en costas a la demandada.

HECHOS

1. Que el señor Diego María Benachí Morera resultó elegido popularmente como diputado del departamento del Cauca para el período 2.008-2.011 y tomó posesión de ese empleo el 1° de enero de 2008, el cual ocupó hasta el 31 de diciembre de 2.011; además, estuvo afiliado al fondo privado de cesantías Horizonte.

2. Que durante los años 2.010 y 2.011, al interesado se le cancelaron los siguientes elementos o factores salariales: asignación básica y prima de navidad.

3. Que al liquidar las cesantías por los años 2.010 y 2.011, la Asamblea no expidió el acto administrativo como lo ordena la ley, y aquellas tan solo se efectuaron con base en la asignación básica y la prima de navidad, última de las cuales se liquidó en forma incorrecta toda vez que no se incluyeron, para ese efecto, la prima de vacaciones y demás factores salariales que la integran.

4. Que en los años 2.009, 2.010 y 2.011 no se le pagaron las vacaciones, primas de vacaciones, primas de servicios e intereses sobre las cesantías.

5. Que el 17 de diciembre de 2.013, el demandante solicitó a la Asamblea del

Cauca la reliquidación y pago de las vacaciones, primas de vacaciones y de servicios de las anualidades 2.009, 2.010 y 2.011; la reliquidación de cesantías de 2.010 y 2.011 y la sanción por mora en el pago completo de las cesantías durante los dos últimos años señalados.

5. Que el presidente de la Asamblea del Cauca por medio de Resolución 044 del 27 de diciembre de 2.013, resolvió de forma negativa la petición. Tal decisión se notificó el 10 de enero de 2014.

6. Que de acuerdo con las normas que rigen la materia, la entidad debe reconocer el equivalente a un día de salario por cada día de retraso en el pago completo de las cesantías; por ende, procede ese reconocimiento desde el 15 de febrero de 2.010 y el 15 de febrero de 2.011; así como las vacaciones, primas de vacaciones y de servicios de los años 2.009, 2.010 y 2.011, más los intereses del 12 % sobre las cesantías de 2.010 y 2.011.

TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida mediante auto del 8 de agosto de 2.014 y notificada a la entidad demandada, quien contestó la demanda², manifestando que el acto administrativo demandado está ajustado a derecho, toda vez que el régimen que aplica a los diputados prevé que estos gozarán de iguales prestaciones sociales que las consagradas para los servidores públicos en la Ley 6ª de 1945 y demás que la adicionen o reformen y, como no se ha expedido una norma diferente que rijan la materia en el caso de dicho personal, se deben someter a lo allí ordenado.

Propuso como excepciones las de de caducidad de la acción³ y falta de legitimación en la causa por pasiva.

Se celebró audiencia inicial el día 28 de noviembre de 2.019, en la cual se fijó el litigio y luego de agotado el período probatorio y de dar traslado a las partes para que alegaran de conclusión, se dictó sentencia en la etapa procesal en

² Folios 49 a 59.

³ Al respecto se destaca que, en audiencia inicial llevada a cabo el 7 de diciembre de 2015, se declaró no probada (folios 164 a 165), decisión que fue confirmada por esta Corporación a través de providencia del 27 de junio de 2019 al desatar el recurso de apelación (folios 183 a 185 vuelto).

Radicado: 19001-23-33-000-2014-00324-02 (1725-2020)
Demandante: Diego María Benachí Morera

comento, la cual fue apelada dentro del término oportuno por el demandante.

SENTENCIA OBJETO DE IMPUGNACIÓN⁴

El Tribunal Administrativo del Cauca, mediante sentencia proferida el 28 de noviembre de 2.019, denegó las pretensiones de la demanda, indicando que el régimen prestacional de los diputados estableció que aquellos gozarían de las prestaciones sociales previstas en la Ley 6ª de 1.945, lo que fue reiterado en los Decretos 1723 de 1.964 y 1222 de 1.986.

Que el demandante se desempeñó como diputado entre el 1º de enero de 2.008 y el 31 de diciembre de 2.011, y que para los años 2.010 y 2.011, la Asamblea le pagó la asignación básica, la prima de navidad y las cesantías.

Que los factores que la entidad demandada tuvo en cuenta para liquidar las cesantías fueron la asignación básica y la prima de navidad.

Que en sentencia C-700 de 2010, la Corte Constitucional atendió las objeciones formuladas por el Gobierno Nacional, por vicios de constitucionalidad, y declaró la inexecutable del proyecto de ley por medio del cual se pretendía regular el régimen prestacional de los diputados. Así pues, los diputados no cuentan actualmente con una normativa prestacional propia, por lo que su situación se sigue gobernando por la Ley 6ª de 1.945 y las normas que la han adicionado, hasta tanto el legislador emita la regulación correspondiente.

Que si bien a partir de la Ley 1871 de 2.017, se reguló el régimen prestacional de los diputados, tal disposición no puede aplicarse en el asunto bajo estudio de manera retroactiva, porque para la época de expedición del acto administrativo demandado (2.013), no se había proferido dicha normativa.

Que ni la Ley 6ª de 1.945 ni sus normas que la modificaron previeron las vacaciones, la prima de vacaciones y la prima de servicios como factores salariales, lo que impide el reconocimiento y pago de dichos emolumentos a los diputados, por ausencia de norma legal que así lo establezca. En consecuencia, bajo el entendido de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, tampoco es

⁴ Minuto 46:12 a 59:26 del cd obrante a folio 204 bis.

posible ordenar la reliquidación del auxilio de cesantías.

Finalmente, condenó en costas a la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN⁵

Inconforme con la decisión, **la parte demandante** interpuso recurso de apelación en los siguientes términos:

Que la Ley 48 de 1.962 y los Decretos 1723 de 1.964 y 1222 de 1.986 coinciden en establecer que los diputados gozarán del régimen establecido para los servidores públicos en la Ley 6ª de 1.945 y las disposiciones que la adicionen o modifiquen; por ello, no se acepta que el tribunal hubiese limitado, la aplicación exclusiva del artículo 17 de la Ley 6ª *ibidem* y hubiera desconocido lo previsto en el artículo 12, literal e) *ejusdem*, modificado por el artículo 5 de la Ley 64 de 1.946, pues debió realizar una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico; de lo contrario, sacrificaría normas jurídicas que determinan el actual régimen prestacional de los diputados.

Que la Ley 6ª de 1.945 sufrió una modificación tácita a partir de lo dispuesto en los Decretos 3135 de 1.968, 1042 y 1045 de 1.978; por ello, es inadmisibles que no se hagan extensivas para los diputados las regulaciones allí previstas, máxime cuando de conformidad con lo previsto en el artículo 299 superior, aquellos se encuentran amparados por un régimen de prestaciones y seguridad social en los términos que fije la ley.

Que lo anterior quiere decir que como hasta la fecha no se ha adoptado una ley que fije el régimen de prestaciones y seguridad social de los diputados, se debe acudir a las normas que regulaban el tema y que estaban vigentes al 4 de julio de 1991, entre ellas, la Ley 48 de 1.962, en cuyo artículo 7 señaló que les eran aplicables, en materia de prestaciones e indemnizaciones sociales, la Ley 6ª de 1.945 y las demás disposiciones que la adicionen o reformen, lo que se replicó en el Decreto 1222 de 1.986.

⁵ Folios 207 a 214.

Que en razón de lo expuesto y como el Decreto 1045 de 1.978 fijó reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales a los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional se debe entender que este adicionó y reformó el régimen de prestaciones sociales de

los servidores públicos consagrado en la Ley 6ª de 1.945 y, por ende, se debe aplicar esta disposición y los Decretos los 3135 de 1.968 y el 1042 de 1.978 a los servidores del nivel territorial, como son los diputados, en cuanto estos también adicionaron o reformaron la aludida ley.

Que los diputados no pueden ser los únicos servidores públicos que aún continúen amparados por la Ley 6ª de 1.945, cuando los demás se han beneficiado de los regímenes modernos y, en particular, de los Decretos 3135 de 1.968 y 1045 de 1.978, que modificaron tácitamente la aludida ley; por ende, se debe aplicar por igualdad y favorabilidad, tal normativa.

Que no se demostró la causación de las costas, por lo que no existe sustento para imponerlas, en caso de confirmarse el proveído.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante** reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación⁶.

La **parte demandada** y el **ministerio público** no intervinieron en el desarrollo de esta etapa procesal⁷.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión previa

La Sala debe precisar que, de conformidad con lo previsto en los artículos 320⁸

⁶ Índice 13 de la plataforma Samai.

⁷ Según constancia secretarial visible a folio 228.

⁸ El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Radicado: 19001-23-33-000-2014-00324-02 (1725-2020)
Demandante: Diego María Benachí Morera

y 328⁹ del Código General del Proceso (CGP), la competencia del juzgador de segunda instancia, cuando se trata de apelante único, está delimitada por los motivos de apelación expresados por el recurrente; en consecuencia, el análisis en el *sub lite* tan solo se circunscribirá a decidir si al señor Diego María Benachí Morera le asiste el derecho al reconocimiento y pago de las vacaciones y las primas de servicios y de vacaciones y a la reliquidación de sus cesantías con

inclusión de los anteriores factores.

La aclaración previa resulta oportuna toda vez que, en las pretensiones de la demanda, se solicitó además de la reliquidación de las cesantías de 2010 y 2011, devengadas en su condición de diputado, incluyendo los factores salariales que fueron omitidos al realizar la liquidación, tales como prima de vacaciones, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, entre otras; el reconocimiento de los intereses a las cesantías y la sanción moratoria por el pago tardío de estas, en cuanto se habrían reconocido incompletas debido a que no se incluyeron los factores aludidos¹⁰.

Sin embargo, el recurso de alzada tan solo se centró en reclamar la aplicación del régimen prestacional de la Ley 6^a de 1.945, la cual se debía entender modificada o adicionada por los Decretos 3135 de 1.968, 1042 de 1.978 y 1045 de 1.978, pero, en momento alguno refirió argumentos orientados a cuestionar la decisión respecto de los intereses a las cesantías y sanción moratoria pretendidos en la demanda¹¹.

Que, en consecuencia, se deberá establecer si el demandante tiene derecho a

i) el reconocimiento y pago de las vacaciones y las primas de vacaciones y de servicios con base en la normativa que rige a los empleados públicos del orden nacional; ii) la reliquidación de las cesantías con inclusión de los factores previamente enunciados; iii) la procedencia de condena en costas en primera instancia.

⁹ El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

¹⁰ Ver folios 1 a 2.

¹¹ Ver recurso de apelación visible de folios 207 a 214.

Marco normativo y jurisprudencial

La remuneración de los diputados

La Ley 48 de 1962, «por la cual se fijan unas asignaciones, se aclara la Ley 172 de 1959, y se dictan otras disposiciones», en su artículo 7, estableció que los miembros de las Asambleas gozarán de las mismas prestaciones e indemnizaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la Ley 6.^a de 1.945 y demás disposiciones que la adicionen o reformen.

El Decreto 1723 de 1.964, por el cual se reglamentó la ley anterior, en su artículo 6.º reiteró lo dispuesto en el artículo 7 de la ley citada.

El igual sentido, el Decreto Ley 1222 de 1.986, «por el cual se expide el Código de Régimen Departamental», en su artículo 56, dispuso que los miembros de las Asambleas Departamentales gozarían de las prestaciones e indemnizaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la Ley 6.ª de 1.945 y normas que la adicionen o reformen.

Ahora bien, la Ley 6.ª de 1945, «por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo», en el artículo 17, señaló las prestaciones sociales de que eran beneficiarios los empleados y obreros nacionales y que, por disposición de la Ley 48 de 1.962 y su decreto reglamentario, se hicieron extensivos a los diputados, y comprenden:

«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

Radicado: 19001-23-33-000-2014-00324-02 (1725-2020)
Demandante: Diego María Benachí Morera

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.».

La Ley 4ª de 1.966, en su artículo 11¹², además, incluyó el derecho a devengar la prima de navidad.

Con posterioridad a tales disposiciones, se promulgó la Constitución Política de 1.991, en cuyo artículo 299 estableció lo siguiente:

«Artículo 299.- En cada departamento habrá una corporación administrativa de elección popular que se denominará asamblea departamental, la cual estará integrada por no menos de once miembros ni más de treinta y uno.

El Consejo Nacional Electoral podrá formar dentro de los límites de cada departamento, con base en su población, círculos para la elección de diputados, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda. **Los diputados no tendrán la calidad de funcionarios públicos.** El período de los diputados será de tres años, con las limitaciones que establezca la ley, **tendrán derecho a honorarios con su asistencia a las sesiones correspondientes.**» (Se destaca).

El artículo en cita ha sido modificado a través de los Actos Legislativos 01 de 1.996, 02 de 2.002 y 01 de 2.003, que modificó su inciso 1º; sin embargo, este último fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-668

¹² **Artículo 11.-** Todos los empleados y obreros de la Nación tendrán derecho a una Prima de Navidad o bonificación equivalente a un mes de sueldo que corresponde al cargo en 30 de noviembre de cada año, y será pagada en la primera quincena del mes de diciembre.

Radicado: 19001-23-33-000-2014-00324-02 (1725-2020)
Demandante: Diego María Benachí Morera

de 2004¹³. Finalmente, la norma enunciada fue modificada por el Acto Legislativo 01 de 2007, cuyo texto actual es el siguiente:

«Artículo 299.- 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.». (Resalta la Sala).

En lo que tiene que ver con la remuneración de los diputados, la Ley 617 del 6 de octubre de 2.000, «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», en sus artículos 28 y 29, estableció:

«Artículo 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:

Categoría de departamento	Remuneración de diputados
Especial	30 smlm
Primera	26 smlm
Segunda	25 smlm
Tercera y cuarta	18 smlm

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:

[...]

Parágrafo 2o. Los Diputados **estarán amparados por el régimen de seguridad social previsto en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones complementarias.**

¹³ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Radicado: 19001-23-33-000-2014-00324-02 (1725-2020)
Demandante: Diego María Benachí Morera

En todo caso se les garantizará aseguramiento para salud y pensiones. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.» (Negrita fuera de texto).

Finalmente, el legislador, a través de la Ley 1871 de 2.017 «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», en sus artículos 3 y 5, determinó 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.

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.».

De conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la ley previamente citada, esta normativa empezó a regir a partir de su publicación, esto es, desde el 12 de octubre de 2.017.

Las cesantías a favor de los diputados

Como se analizó en el acápite anterior, dentro de las prestaciones reconocidas a favor de los diputados están las cesantías, según lo dispuesto en los artículos 7 de la Ley 48 de 1962, 6 del Decreto 1723 de 1964 y 56 del Decreto Ley 1222

Radicado: 19001-23-33-000-2014-00324-02 (1725-2020)

Demandante: Diego María Benachí Morera

de 1986 que, a su vez, remiten a la Ley 6.^a de 1945, la cual, en su artículo 17, literal a), consagra el derecho a ese auxilio.

Si bien es cierto en la Ley 6.^a de 1945 la liquidación de esa prestación se consagró bajo el régimen de retroactividad, también lo es que ella ha sufrido modificaciones, entre ellas, en la Ley 5.^a de 1969¹⁴; con posterioridad, y con el propósito de desmontar ese régimen para los servidores públicos del nivel territorial, el legislador expidió primero el Decreto 3118 de 1968 y luego la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 estableció:

«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.

Parágrafo. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.».

La norma anterior fue reglamentada por el Decreto 1582 de 1.998 y, en el artículo 1º, se previó:

«Artículo 1º.- **El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990;** y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998.» (Negrita fuera de texto).

¹⁴ En cuyo artículo 4 en torno al tema analizado, contempló: «[...] Los miembros de las corporaciones públicas a que se refiere el artículo 3 de la presente Ley, gozarán de las mismas prestaciones e indemnizaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la Ley 6 de 1945, y demás disposiciones que la adicionen o reformen, y el auxilio de cesantía se liquidará de acuerdo con lo dispuesto en dicho artículo 3 en su parágrafo primero.».

Radicado: 19001-23-33-000-2014-00324-02 (1725-2020)
Demandante: Diego María Benachí Morera

Ahora bien, los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1.990, a los cuales remite la disposición anterior, establecen:

«Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

Artículo 102.- El trabajador afiliado a un Fondo de Cesantía sólo podrá retirar las sumas abonadas en su cuenta en los siguientes casos:

Cuando termine el contrato de trabajo. En este evento la Sociedad Administradora entregará al trabajador las sumas a su favor dentro de los cinco (5) días siguientes a la presentación de la solicitud.

En los eventos en que la legislación vigente autoriza la liquidación y pago de cesantía durante la vigencia del contrato de trabajo. El valor de la liquidación respectiva se descontará del saldo del trabajador desde la fecha de la entrega efectiva.

Artículo 104.- De las liquidaciones de cesantía que se efectúen el 31 de diciembre de cada año el empleador deberá entregar al trabajador un certificado sobre su cuantía.

La Sociedad Administradora del Fondo de Cesantía podrá presentar al

trabajador en las acciones que se adelanten con motivo del incumplimiento del empleador en la liquidación o pago del auxilio de cesantía.».

En lo que respecta a los factores para liquidar las cesantías, estos están contemplados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1.978, «por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional», y comprenden: **a.** La asignación básica mensual; **b.** Los gastos de representación y la prima técnica; **c.** Los dominicales y feriados; **d.** Las horas extras; **e.** Los auxilios de alimentación y transporte; **f.** La prima de navidad; **g.** La bonificación por servicios prestados; **h.** La prima de servicios; **i.** Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio; **j.** Los

Radicado: 19001-23-33-000-2014-00324-02 (1725-2020)
Demandante: Diego María Benachí Morera

incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978; **k.** La prima de vacaciones; **l.** El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; **m.** Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecuibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

De las costas y agencias en derecho

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todas las erogaciones propias del trámite contencioso, según las cuales se pueden en listar los gastos de traslado de testigos, la práctica de pruebas periciales, los honorarios de los auxiliares de justicia y el transporte de expediente al superior jerárquico en caso de apelación, entre otros.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que conciernen a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los ordinales 3.º y 4.º del artículo 366 del Código General del Proceso¹⁵, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado¹⁶ los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 ordinal 8.º de la Ley 1123 de 2007¹⁷.

¹⁵ «[...] 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. [...]»

¹⁶ Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999.

¹⁷ Regula la norma como deber de los abogados, el de "...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto"

Radicado: 19001-23-33-000-2014-00324-02 (1725-2020)

Demandante: Diego María Benachí Morera

Sobre el particular, se tiene que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura¹⁸ expidió el Acuerdo 1887 de 2003 por la cual fijó las tarifas de agencias en derecho en los siguientes términos:

«[...] **3.1.2. Primera instancia.**

Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.
[...]

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

PARÀGRAFO. En los procesos ejecutivos, hasta el quince por ciento (15%) del valor del pago ordenado o negado en la pertinente decisión judicial; si, además, la ejecución comprende el cumplimiento de obligaciones de hacer, se incrementará en un porcentaje igual al que fije el juez.

En los casos en que únicamente se ordene o niegue el cumplimiento de obligaciones de hacer, hasta seis (6) salarios mínimos mensuales legales vigentes. [...]».

Con ocasión de la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en materia de condena en costas, la Subsección A sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera «automática» u «objetiva», frente a aquel que resultara vencido en el litigio.

Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no¹⁹.

Sin embargo, a través de la sentencia de 7 de abril de 2016, esta Subsección²⁰ dentro del proceso radicado bajo el número 15001-23-33-000-2012-00162-01, número interno 4492 de 2013, varió aquella posición y acogió el criterio objetivo

para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los

¹⁸ En ejercicio de las facultades que le confieren el numeral 3 del artículo 257 de la Constitución Política, el numeral 13 del artículo 85 de la Ley 270 de 1996 y el numeral 4 del artículo 366 de la Ley 1564 de 2012.

¹⁹ Ver entre otras, sentencias de 15 de abril de 2015, C.P. Alfonso Vargas Rincón (E), expediente No. 1343-2014. Actor: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, sentencia de 15 de octubre de 2015, Expediente: 4383-2014, Actor: Rosa Yamile Ángel Arana, sentencia de 20 de enero de 2015, expediente número: 4583-2013, Actor: Ivonne Ferrer Rodríguez.

²⁰ consejero Ponente: William Hernández Gómez

Radicado: 19001-23-33-000-2014-00324-02 (1725-2020)
Demandante: Diego María Benachí Morera

aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En tal oportunidad concluyó lo siguiente:

«a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “*subjetivo*” –CCA- a uno “*objetivo valorativo*” –CPACA-.

b) Se concluye que es “*objetivo*” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de “*valorativo*” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²¹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.».

Así entonces, la Subsección concluyó que la condena en costas implica una evaluación objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes.

Resolución al caso concreto

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

Que el presidente de la Asamblea del Cauca mediante certificación fechada 28 de noviembre de 2.013, hizo constar que el señor Diego María Benachí Morera

tomó posesión en el cargo de diputado en el período comprendido entre el 1° de enero de 2.008 y el 31 de diciembre de 2.011. Asimismo, se indicó que en los

²¹ “**Artículo 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)».

Radicado: 19001-23-33-000-2014-00324-02 (1725-2020)
Demandante: Diego María Benachí Morera

años 2.010 y 2.011 se reconocieron a su favor las siguientes prestaciones: asignación básica, prima de navidad y cesantías²².

Que el 17 de diciembre de 2.013, se generó el extracto de cesantías de Horizonte S.A., en el que constan los aportes realizados a favor del libelista, por concepto de cesantías, desde 2010 hasta 2012²³.

Que en folios 81 a 82, 84 y 86 aparecen los comprobantes de egreso por concepto de cesantías, de la Gobernación del Cauca, con destino a Horizonte Cesantías, con el objeto de reconocer y pagar esa prestación a los diputados de la Asamblea, entre ellos, el señor Benachí Morera, por los años 2.010 y 2.011.

Que el 17 de diciembre de 2013²⁴, el señor Diego María Benachí Morera radicó petición ante la duma departamental del Cauca, tendiente al reconocimiento y pago de las vacaciones, primas de servicios y de vacaciones para los años 2.009 a 2.011; así como la reliquidación del auxilio de cesantías por los períodos 2.010 y 2.011, de igual manera, requirió el reconocimiento y pago de la sanción moratoria producto del pago incompleto de la prestación.

Que el 27 de diciembre de 2013²⁵, el presidente de la Asamblea del Cauca expidió la Resolución 044 por la cual resolvió de forma negativa la anterior solicitud, en los siguientes términos:

«Revisado el fondo del asunto objeto de los memoriales petitorios, se observa que el auxilio de cesantías del peticionario, correspondiente a los años 2010 y 2011 fue liquidado así:

2010		
ELEMENTOS O FACTORES	VALOR	1/12
Asignación Básica	\$9.270.000	9.270.000
Prima de Navidad	\$9.270.000	\$772.000
TOTAL PAGADO		\$10.042.500
2011		
Asignación Básica	\$9.640.800	9.640.800
Prima de Navidad	\$9.640.800	\$803.400
TOTAL PAGADO		\$10.042.500

²² Folio 12.

²³ Folios 18 a 20.

²⁴ Según parte motiva de la Resolución 144 del 27 de diciembre de 2013 (folios 13 a 16).

²⁵ Folios 13 a 16.

Que en dichas liquidaciones se omitió incluir como factor salarial, la prima de servicios, la prima de vacaciones, la bonificación por servicios prestados y la prima de navidad incluida como factor en dicha liquidación, lo fue (sic) mal liquidada.

[...]

Que efectivamente hubo un error u omisión en la liquidación y cancelación del auxilio de cesantías del peticionario, correspondiente a los años 2010 y 2011, que le da derecho a obtener la reliquidación de dicha prestación social correspondiente a los años indicados. Pero, esta corporación no cuenta con disponibilidad presupuestal para reconocer tales derechos;

[...]

La Asamblea Departamental del Cauca, carece de disponibilidad presupuestal para resolver favorablemente y satisfacer la petición del peticionario, imponiéndose la obligación de denegar el reconocimiento de los derechos solicitados, lo que se dispondrá en la parte resolutive.». (Negritas y mayúsculas del texto original).

Que el 22 de septiembre de 2014²⁶, la secretaria general de la Asamblea del Cauca, por medio de Oficio ADC-707, respecto de los factores que se tuvieron en cuenta para liquidar las cesantías a favor del demandante, indicó lo siguiente:

«1. Las cesantías correspondientes al año 2010, fueron canceladas por valor de [...] (\$10.042.500), los factores salariales que se tuvieron en cuenta fueron:

a. El salario básico correspondiente A NUEVE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA MIL PESOS (\$9.270.000).

b. La doceava (1/2) parte de la Prima de Navidad, correspondiente a SETECIENTOS SETENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS (\$772.500).

Las cesantías correspondientes al año 2011 fueron canceladas el día 12 de febrero de 2012, por valor de [...] (\$10.444.200), los factores salariales que se tuvieron en cuenta fueron:

a. El salario básico correspondiente A NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$9.640.800).

b. La doceava (1/2) parte de la Prima de Navidad, correspondiente a OCHOCIENTOS TRES MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$803.400).

[...]

4. Durante el período de permanencia comprendido entre el 02 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2011, como Diputado de la Asamblea del Cauca, al señor **DIEGO MARÍA BENACHÍ MORERA** no se le cancelaron vacaciones, prima de vacaciones ni prima de servicios.». (Mayúsculas y negrita conforme a la transcripción).

²⁶ Folios 66 a 67.

Que el 4 de agosto de 2015²⁷, el presidente de la Asamblea Departamental del Cauca, a través de Oficio ADC-312, remitió los siguientes documentos correspondientes a las cesantías pagadas a los diputados, entre ellos, el demandante de la siguiente forma: a. Copia de la planilla de Horizonte del año 2009, pagada el 12 de febrero de 2010; b. Oficios, registros presupuestales y comprobantes de egreso y pago de los años 2010, 2011 y 2012.

Que el 26 de agosto de 2015²⁸, la coordinadora de atención integral al cliente de Porvenir S.A. (hoy Horizonte) mediante Oficio 0200001122289900, hizo constar los extractos correspondientes a los pagos por concepto de cesantías realizados por el empleador a nombre del señor Diego María Benachí Morera, para los años 2.009, 2.010 y 2.012.

En virtud de lo anterior, se observa que el señor Diego María Benachí Morera, quien se desempeñó como diputado de la Asamblea del Cauca para el período 2.008-2.011,²⁹ reclama el reconocimiento y pago de las vacaciones y las primas de servicios y de vacaciones; de igual manera, exige la reliquidación de sus cesantías con inclusión de los anteriores factores. En consecuencia, la Sala, para una mayor claridad, analizará en forma independiente las diferentes pretensiones, en los dos subtemas siguientes:

Las vacaciones y primas reclamadas

Tal como se señaló en procedencia, desde la Ley 48 de 1.962 se previó que los miembros de las Asambleas gozarían de las prestaciones sociales consagradas en la Ley 6.^a de 1.945, disposición que fue reiterada mediante los Decretos 1723 de 1.964 y 1222 de 1.986.

Ahora, de conformidad con lo dispuesto en el texto original del artículo 299 de la Constitución Política, se consagró, a favor de ellos, el derecho a recibir los honorarios de acuerdo con la asistencia a las sesiones.

En razón a lo anterior, el ministro de Gobierno formuló, ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, una consulta orientada a definir, entre

²⁷ Folios 133 a

²⁸ Folios 117 a 118.

²⁹ Según certificación que obra en folio 12.

otros asuntos, si los diputados a las asambleas elegidos para el período 1.990-1.992 tendrían derecho, hasta su terminación, al reconocimiento y pago de prestaciones sociales conforme a las Leyes 6.^a de 1.945, 48 de 1.962, 77 de 1.965 y 5.^a de 1.969, la cual fue resuelta en concepto 444 del 14 de mayo de 1.992,³⁰ del cual se destaca lo siguiente:

«[...] la circunstancia de no haberse expedido la Ley que establezca las limitaciones y criterios con sujeción a los cuales las Asambleas puedan fijar los honorarios de los Diputados, implica que el régimen de honorarios todavía no haya entrado a regir y que, por tanto, **el régimen salarial y prestacional previsto para los Diputados en el Código de Régimen Departamental conserva su vigencia.**» (Se resalta).

A su turno, el Código de Régimen Departamental al que se refiere el concepto en cita, no es otro que el establecido en el Decreto Ley 1222 de 1.986, en cuyo artículo 56, como se señaló en un acápite precedente, remite a las prestaciones sociales consagradas en la Ley 6.^a de 1.945.

Que el texto original del artículo 299 de la Constitución Política ha sufrido diversas modificaciones, a través de actos legislativos posteriores, la primera de las cuales ocurrió a través del A.L., 1 de 1996, en cuyo inciso final se determinó 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 fije la Ley**». En ese sentido, se hizo recaer en el legislador el deber de fijar el régimen prestacional y de seguridad social de los miembros de las Asambleas.

Producto de tal modificación, el ministro del interior formuló consulta ante el Consejo de Estado, en torno a diversos asuntos relacionados con el régimen prestacional de los diputados, la cual fue resuelta a través de concepto 1166 del 25 de noviembre de 1.998,³¹ del cual se extrae lo siguiente:

«De ese modo, **y mientras no se expida la nueva ley que desarrolle el artículo 299 de la Constitución Política, mantienen vigencia las disposiciones sobre régimen salarial y prestacional de los diputados previstas en el Código de Régimen Departamental**, artículos 55 a 58, que preceptúan:

[...]

- Que los congresistas y **diputados gozarán de las mismas prestaciones e**

³⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil.

³¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil.

indemnizaciones consagradas para los servidores públicos en la ley 6.^a de 1945 y demás disposiciones que la adicionen o reformen;
[...]

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.

Respecto de la prima de servicio, ésta se encuentra establecida para funcionarios del orden nacional (vinculados a ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales), tiene el carácter de prima anual que equivale a quince días de remuneración, pagaderos en los primeros quince días del mes de julio de cada año, y se liquida sobre los factores de salario que se determinan en el artículo 59 del decreto ley 1042 de 1978. Por tanto, **no puede ser aplicada a los diputados por no existir norma jurídica que autorice su pago a estos servidores.**» (Resaltado intencional).

Lo anterior quiere decir que pese a las modificaciones introducidas al artículo 299 de la Constitución Política y que el legislador no hubiere fijado el régimen prestacional y de seguridad social para los miembros de las Asambleas, el Consejo de Estado, en su Sala de Consulta y Servicio Civil, continuó conceptuando que las prestaciones sociales que les corresponden son aquellas consagradas en la Ley 6.ª de 1.945 y las normas que la modifiquen o complementen. Además, en forma específica, en relación con la prima de servicios señaló que no existía norma jurídica que autorizara su pago a favor de estos.

Ahora bien, la materia relativa a la remuneración de los diputados fue abordada por la Ley 617 del 2.000, en cuyo artículo 28 fijó lo pertinente en salarios mínimos legales mensuales vigentes, y conforme a la categoría del departamento; además, en los parágrafos 1º y 2 de su artículo 29 señaló que esta es incompatible con cualquier otra asignación que provenga del tesoro, salvo las pensiones o sustituciones pensionales y excepciones contempladas en la Ley 4.ª de 1.992 y que están amparados por el régimen de seguridad social previsto en la Ley 100 de 1.993.

Posterior a la ley en comento, se profirió el Acto Legislativo 2 de 2.002, en cuyo artículo 2³² se introdujeron algunas modificaciones al artículo 299 constitucional;

³² Artículo 2º. El inciso segundo del artículo 299 de la Constitución Política quedará así:

Radicado: 19001-23-33-000-2014-00324-02 (1725-2020)

Demandante: Diego María Benachí Morera

sin embargo, nada relativo a su remuneración o prestaciones sociales. A su vez, en el año 2.003, a través artículo 16³³ del Acto Legislativo 1, se modificó el inciso 1º del artículo 299, en lo que respecta a la conformación de las Asambleas; no obstante tal disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-668 de 2004.

Por último, el artículo 299 constitucional fue modificado por el Acto Legislativo 01 de 2007 y en su inciso final determinó 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». Lo anterior quiere decir que no se introdujo modificación alguna en torno al régimen de prestaciones sociales que se venía aplicado a los diputados y se mantuvo la previsión según la cual le correspondía al legislador fijar lo pertinente.

Con el objeto de fijar el régimen prestacional de los miembros de las Asambleas, el Congreso presentó el proyecto de ley correspondiente, el cual fue objetado por el presidente de la República y la Corte Constitucional declaró fundadas las objeciones, en sentencia C-700 de 2010,³⁴ de la cual se extraen las siguientes conclusiones:

«Como se evidencia al leer la norma transcrita, que fue objetada por el Gobierno, en ella el Congreso de la República define un régimen prestacional especial para los diputados, que contempla los siguientes asuntos: (i) establece cuáles son las prestaciones sociales a que tendrán derecho, a saber: seguro de vida, auxilio de cesantía e intereses sobre las cesantías, vacaciones, prima de navidad de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la Ley 4ª de 1966, y prima de servicios; (ii) aclara que a las anteriores prestaciones tendrán derecho los diputados y quienes suplieren las faltas absolutas o temporales de ellos; (iii) en su párrafo primero señala detalladamente la forma en la cual se liquidará el auxilio de cesantía por cada año laborado, y para ello toma como base de liquidación el salario de los diputados señalado en el artículo 2º del mismo proyecto de ley, que a su vez remite para estos propósitos a lo establecido en el artículo 28 de la Ley 617 de 2000, disposición que, como se vio, lo fija en salarios

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 tendrán la calidad de servidores públicos.

³³ Artículo 16. Modifíquese el inciso 1º del artículo 299 de la Constitución Política, el cual quedará así: Artículo 299. En cada departamento habrá una Corporación de elección popular que ejercerá el control político sobre los actos de los Gobernadores, Secretarios de despacho, Gerentes y Directores de Institutos Descentralizados y, que se denominará Asamblea Departamental, la cual estará integrada por siete (7) miembros para el caso de las Comisarías erigidas en departamentos por el artículo 309 de la Constitución Nacional y, en los demás departamentos por no menos de once (11) ni más de treinta y un (31) miembros. Dicha Corporación gozará de autonomía administrativa y presupuesto propio.

³⁴ Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Radicado: 19001-23-33-000-2014-00324-02 (1725-2020)
Demandante: Diego María Benachí Morera

mínimos mensuales dependiendo de la categoría de cada departamento; (iv) indica que la prima de navidad se liquidará de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la Ley 4ª de 1966; (v) prevé que en materia de seguridad social los diputados estarán amparados por el régimen de la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones complementarias.

Ahora bien, el artículo 3º objetado no contempla algunos asuntos que son necesarios para poder liquidar en cada caso algunas de las prestaciones sociales a que la misma norma alude. En efecto, al respecto la disposición omite indicar los siguientes asuntos: (i) cuál es el monto o tope y la periodicidad con que debe reconocerse la prestación social por vacaciones; (ii) cuál es el monto o tope y la periodicidad con la cual debe reconocerse la prima de servicios.

Así las cosas, la Corte observa que en este punto le asiste razón al Gobierno cuando explica que estos asuntos no fueron expresamente regulados en la disposición acusada.

Ahora bien, en el escrito de objeciones gubernamentales se sostiene que, conforme al artículo 4° del mismo proyecto de ley, dicho vacío legislativo sería llenado por las propias asambleas departamentales, pues así lo prescribe esta última disposición, lo cual resulta inexecutable pues la definición del régimen prestacional de los diputados tiene reserva de ley.».

En el anterior escenario, se debe concluir que las prestaciones sociales de los miembros de las Asambleas son las que están contempladas en la Ley 6.^a de 1.945 y sus normas complementarias, así como las modificaciones introducidas en materia de seguridad social en la Ley 100 de 1.993 y, en lo que respecta a la liquidación de cesantías, conforme a las Leyes 344 de 1.996 y 362 de 1.997.

En este punto, es importante aclarar que si bien es cierto en ley posterior -Ley 1871 de 2.017- se fijó el régimen de remuneración, prestacional y seguridad social de los miembros de las Asambleas, tal disposición tan solo se enuncia para concluir el marco normativo que rige la materia, pero no es aplicable al caso concreto, comoquiera que las prestaciones que reclama el demandante corresponden al período 2.009-2.011, es decir, anterior a su expedición y, por ende, su situación no está gobernada por lo allí dispuesto.

Así las cosas, y toda vez que lo que pretende el señor Diego María Benachí Morera es el reconocimiento de las vacaciones, las primas de vacaciones y de servicios, se debe concluir que como estas no están contempladas en la Ley 6.^a de 1.945, no es viable acceder a esa pretensión, postura que es consecuente con los diversos pronunciamientos que, al respecto, ha realizado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la cual se comparte en su integridad, y en la que además precisó que tampoco tienen derecho a la prima de servicios, por las razones expuestas en el concepto 1166 del 25 de

Radicado: 19001-23-33-000-2014-00324-02 (1725-2020)
Demandante: Diego María Benachí Morera

noviembre de 1998, previamente transcrito.

Valga aclarar que la Sección Segunda de esta Corporación³⁵ ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en torno a similares pretensiones a las que se ventilan en el *sub examine*, y ha concluido que no es viable el reconocimiento pretendido, pues se trata de emolumentos que no están contemplados en la Ley 6.^a de 1.945. Así se ha discurredo:

«Sea la oportunidad para precisar que la Corte Constitucional avaló estos pronunciamientos, en sentido de señalar que si bien a partir de la reforma constitucional de 1996, la competencia para establecer el régimen prestacional

de los miembros de las asambleas departamentales era exclusiva del legislador, se debía tener en cuenta que mientras el Congreso de la República no profiriera una nueva ley en la materia, debía entenderse que el régimen prestacional de los diputados era el recogido en la Ley 6ª de 1945, con las modificaciones introducidas por las leyes 100 de 1993, 344 de 1996 y 362 de 1997.
[...]

Al revisar el citado régimen se evidencia que se reconocen los siguientes emolumentos: auxilio de cesantía, pensión vitalicia de jubilación, pensión de invalidez, seguro por muerte, auxilio por enfermedad no profesional, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria y, gastos de entierro, por tal motivo se puede concluir que ni la Ley 6ª de 1945 ni las expedidas con posterioridad hicieron relación alguna a los emolumentos que pretende el señor [...] tales como, **vacaciones, prima de vacaciones y prima de servicios, lo cual impide efectuar su reconocimiento.**» (Destacado fuera del texto original).

De acuerdo con lo expuesto, y siguiendo la línea que al respecto ha acogido el Consejo de Estado, no es viable conceder las pretensiones y por tal razón se deberá confirmar la sentencia recurrida que las denegó.

No obstante lo anterior, es importante aclarar que, como argumento adicional, el demandante fundó su pretensión en el Decreto 1919 de 2.002, según el cual se hizo extensivo a los servidores públicos del nivel territorial, el régimen prestacional consagrado para el nivel nacional; sin embargo, ese argumento tampoco está llamado a prosperar, tal como lo ha explicado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado³⁶ en los siguientes términos:

«El decreto 1919 del 27 de agosto del 2002 fue expedido por el Presidente de la

³⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 7 de septiembre de 2018, radicación: 81001-23-33-000-2014-00090-01, número interno: 0039-16. Sobre esa temática y, en igual sentido, pueden observarse las siguientes providencias: sentencia del 7 de septiembre de 2018, radicación: 19001-23-33-000-2014-00327-01, número interno: 0839-17, y sentencia del 2 de diciembre de 2019, radicación: 19001-23-33-000-2014-00331-01, número interno: 4828-16.

³⁶ Concepto 1501 del 3 de diciembre de 2003, M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

Radicado: 19001-23-33-000-2014-00324-02 (1725-2020)
Demandante: Diego María Benachí Morera

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.

Sin embargo, el decreto 1919, al precisar que el régimen prestacional de los empleados territoriales es el mismo de los nacionales, restringió mucho más el campo de aplicación de la ley 6ª de 1945.

Al determinar la Constitución Política –art. 299- que el régimen de prestaciones de los diputados será fijado por la ley, es evidente que le dio una regulación distinta al de los demás servidores públicos, pues, en tanto el régimen prestacional de éstos es fijado de manera concurrente por el congreso y el ejecutivo –art. 150. 19 e)- el régimen de aquéllos es solamente definido por el legislador.

De esta manera, el régimen de prestaciones de los diputados sigue rigiéndose por la ley 6ª de 1945, pues no se ha proferido otra ley en este sentido.». (Negrita de la Sala).

Así las cosas, el análisis expuesto en el concepto precedente permite concluir que el hecho de que el Decreto 1919 de 2.002, en su artículo 1º³⁷, hubiera hecho extensivo el régimen prestacional que ampara a los empleados públicos del orden nacional, para algunos servidores del orden territorial, ello no aplica para los miembros de tales corporaciones públicas, máxime cuando es claro el texto de la norma al referir que tal extensión cobija a los empleados públicos, condición que no tienen los diputados, pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 299 de la Constitución Política, estos tienen la calidad de servidores públicos,³⁸ razón por la cual el argumento invocado tampoco permite dar viabilidad a las pretensiones de la demanda.

³⁷ **Artículo 1.-** A partir de la vigencia del presente Decreto todos **los empleados públicos** vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, **a las Asambleas Departamentales**, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administradoras Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

³⁸ La figura de servidor público es genérica y, dentro de ella, están comprendidos tanto los miembros de las corporaciones públicas como los empleados públicos, sin que aquellos se puedan confundir con estos, pues, si bien hacen parte de esa generalidad, constituyen una clasificación específica y están regidos, en materia prestacional, por disposiciones también específicas. La Corte Constitucional, en sentencia C-056 de 1993, M. P., Eduardo Cifuentes Muñoz, al respecto señaló. 13. **La figura genérica del servidor público en el universo de la función pública**, comprende a **los miembros de las corporaciones públicas, los empleados** y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (CP art. 123). Los servidores públicos ejercen sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento (CP art. 123). La ley determina la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (CP art. 124).

Radicado: 19001-23-33-000-2014-00324-02 (1725-2020)
Demandante: Diego María Benachí Morera

La reliquidación de las cesantías

Por virtud de lo dispuesto en la Ley 48 de 1.962 y en los Decretos 1723 de 1.964 y 1222 de 1.986, las prestaciones sociales que están contempladas a favor de los diputados son aquellas de que trata la Ley 6.^a de 1.945, en cuyo artículo 16, literal a), consagró el derecho al auxilio de cesantías.

Sin embargo, la liquidación de tal prestación, en la actualidad, se rige por lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1.990, aplicable por remisión de la Ley 344 de 1.996; es decir, con corte al 31 de diciembre de cada año y cuya consignación en el fondo al que esté afiliado el empleado se debe realizar antes del 15 de febrero del año siguiente a su causación, pues, de no realizarse el pago antes de esa fecha, se genera a cargo del empleador una sanción equivalente a un día de salario por cada día de retraso.

El anterior régimen es el que cobija a los diputados, tal como se dejó plasmado en las providencias citadas y, en particular, en el concepto 1700 del 14 de diciembre de 2.005, cuyo aparte pertinente se citó en el acápite que antecede.

Pues bien, en el asunto bajo análisis, la solicitud de reliquidación de cesantías formulada por el libelista deviene de la omisión en que habría incurrido la administración, de incluir las vacaciones y las primas de vacaciones y de servicios que se reclaman.

Por lo tanto, debido a que el señor Diego María Benachí Morera no tiene derecho al reconocimiento de los aludidos emolumentos, tampoco puede disponerse reliquidación de las cesantías con inclusión de ellos, puesto que no es dable incluir conceptos que el legislador no ha previsto como integrantes de su régimen salarial y prestacional³⁹.

Por último, la Sala considera necesario señalar que las providencias que la parte recurrente invocó como sustento jurisprudencial para sus pretensiones son las siguientes:

³⁹ En igual sentido se ha pronunciado esta Corporación: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencias del 26 de noviembre de 2020, radicado: 19001-23-33-000-2014-00326-01(2031-18) y del 21 de enero de 2021, radicado: 73001-23-33-000-2015-00656-01(3899-17), entre otras.

Radicado: 19001-23-33-000-2014-00324-02 (1725-2020)
Demandante: Diego María Benachí Morera

- Número interno 4327-05⁴⁰, la controversia fue planteada respecto del derecho reclamado por una secretaria ejecutiva de un municipio y, aunque se reclama el pago de algunas de las primas pretendidas por el demandante del *sub lite*, no se puede predicar identidad respecto de la que se cita como antecedente, pues el actor del proceso bajo examen no reclama tales primas en condición de empleado público, sino de diputado.
- Número interno 0507-06⁴¹, la controversia no fue planteada respecto del derecho reclamado por un diputado, sino de un empleado público que estuvo vinculado a una contraloría territorial y a un departamento; por lo tanto, no se puede predicar identidad respecto de la controversia que se plantea en esta *litis*⁴².

Así las cosas, los anteriores pronunciamientos no pueden ser tenidos en cuenta

como antecedentes aplicables al caso concreto, toda vez que, en primer lugar, no guardan identidad fáctica con lo que se debate en este proceso y, en segundo lugar, y conforme se analizó previamente, el demandante no tiene derecho a que se le reconozcan los emolumentos que pretende y, por ende, tampoco le asiste el derecho a la reliquidación de cesantías con inclusión de estos, razones que conllevan confirmar la sentencia de primera instancia.

De la condena en costas en primera instancia

Se hace preciso señalar que, si bien en el recurso de alzada, el demandante indicó: «No se demostró la causación de las costas, por lo que no hay sustento para imponerlas, en caso de confirmarse el proveído», y no refiere de forma exacta si se refiere a la condena en primera o segunda instancia, en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia, esta Sala analizará lo correspondiente a lo decidido por el Tribunal Administrativo del Cauca en la decisión objeto del recurso de apelación.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 27 de septiembre de 2007, radicación 15001-23-31-000-2001-01719-01.

⁴¹ Se aclara que, aunque el demandante lo invocó como 0507-07, en realidad la transcripción realizada corresponde al número interno 0507-06.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 6 de agosto de 2008, radicación 08001-23-31-000-2004-01018-01.

Radicado: 19001-23-33-000-2014-00324-02 (1725-2020)
Demandante: Diego María Benachí Morera

Al respecto, se tiene que en la sentencia de primera instancia se condenó en costas al señor Diego María Benachí Morera, correspondiente al 0,5% del valor de las pretensiones reclamadas en la demanda⁴³, sin que, para ello, como se expuso en líneas anteriores, deba acudir a argumentos de orden subjetivo.

De igual manera, se observa que el razonamiento realizado por el *a quo* para fijar las agencias en derecho fue objetivo y valorativo, toda vez que se encuentra dentro de los parámetros señalados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura Acuerdo 1887 de 2003⁴⁴ y en la sentencia de 7 de abril de 2016, proferida por esta Subsección dentro del proceso radicado bajo el número 15001-23-33-000-2012-00162-01, número interno 4492-13, citada en precedencia.

Lo anterior, en consideración a que condenó en agencias en derecho en un valor inferior al 20% de las pretensiones de la demandada, y se advierte la intervención en esa instancia del apoderado del departamento del Cauca, en la contestación de la demanda⁴⁵ y la audiencia inicial⁴⁶, por lo que se cumple el elemento objetivo – valorativo.

En esa medida la condena en costas y agencias en derecho impuesta por el *a quo* se encuentra ajustada a derecho.

De la condena en costas en segunda instancia

Conforme a las anteriores reglas señaladas en precedencia, y atendiendo lo dispuesto en el numeral y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso,⁴⁷ la Sala se abstendrá de condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante, pues estas no aparecen causadas ni comprobadas, teniendo en consideración que, aunque el recurso de alzada le fue resuelto desfavorablemente, la entidad demandada no actuó durante esta etapa⁴⁸.

⁴³ El demandante estimó la cuantía en la suma de \$650.197.800, tal como se observa a folio 10 del expediente.

⁴⁴ Señala como agencias en derecho en asuntos contenciosos administrativos con cuantía hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

⁴⁵ Folios 49 a 59.

⁴⁶ Folios 107 a 108, 113 a 116, 164 a 167 y 198 a 204 bis.

⁴⁷ «[...] 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».

⁴⁸ No presentó alegatos de conclusión en segunda instancia, según constancia secretarial visible a folio 228.

Radicado: 19001-23-33-000-2014-00324-02 (1725-2020)

Demandante: Diego María Benachí Morera

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

FALLA:

Primero. Confirmar la sentencia del veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formulada por el señor Diego María Benachí Morera, contra el departamento del Cauca, Asamblea Departamental.

Segundo. Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero. Devolver el expediente al tribunal de origen y realizar las anotaciones pertinentes en el aplicativo SAMAI.

Notifíquese y cúmplase

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

sesión.

JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ
Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ
Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Firmado electrónicamente