



Bogotá D.C., 22 AUG 2019

REFERENCIA:

EXPEDIENTE: 11001-33-31-010-2019-00202-00

CONVOCANTE: ANDRÉS MARTIN GAITÁN ROZO

CONVOCADA: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

CLASE: CONCILIACIÓN PREJUDICIAL

Procede el Juzgado a emitir pronunciamiento sobre la aprobación o improbación del acuerdo alcanzado por las partes en la audiencia de conciliación prejudicial celebrada ante la **Procuraduría 1495 Judicial I Para asuntos Administrativos de la Procuraduría General de la Nación** el día **22 de febrero de 2019¹**, previas consideraciones que se consignan a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

ANDRÉS MARTIN GAITÁN ROZO, por conducto de apoderado judicial, elevó petición de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación², en procura de obtener solución anticipada a un eventual litigio referido a la inclusión de la Reserva Especial del Ahorro, como factor computable para la liquidación de la Prima de Actividad y de la Bonificación por Recreación, para lo cual convocó a la Superintendencia de Sociedades.

De las documentales obrantes en el expediente se infiere que el convocante presentó una solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación con fecha 09 de noviembre de 2018 (fl. 89).

Como fundamento de su solicitud afirma que el Acuerdo 40 de 13 de noviembre de 1991 reglamentó el pago de la Reserva Especial del Ahorro y que el Consejo de Estado en sentencia de 26 de marzo de 1998, dentro de expediente radicado No. 13910 estableció que la misma constituye salario y por lo tanto forma parte de la asignación básica mensual.

¹ Folios 89 a 95

² Folios 1 a 12



El convocante procedió a tasar la cuantía de la solicitud, en \$9.298.361 (fl. 2).

2. TRAMITE DE LA CONCILIACIÓN

La solicitud de conciliación fue presentada por la apoderada judicial del convocante en los términos mencionados, el **09 de noviembre de 2018³** y la audiencia de conciliación prejudicial se llevó a cabo ante la **Procuraduría 195 Judicial II para Asuntos Administrativos de la Procuraduría General de la Nación** el día **22 de febrero de 2019⁴**.

3. EL ACUERDO

El acuerdo alcanzado en la audiencia antes referida está contenido en las siguientes manifestaciones de las partes:

"(...) la apoderada de la parte convocante manifiesta: "Comedidamente manifiesto al Despacho que me ratifico en las pretensiones y aspectos a conciliar señalados en la solicitud de conciliación, los cuales se resumen en las siguientes: **PRIMERA.** Se concilien los efectos contenidos y decididos conforme el Acuerdo 040 de 1991 en: 1. Andrés Martin Gaitán Rozo: Oficio No. 500-157070 de fecha 11 de octubre de 2018 y certificación No. 510-002670 de 10 de octubre de 2018 (...).**SEGUNDO.** Que como consecuencia ya título de restablecimiento del derecho se cancelen a favor de mis poderdantes, señores: 1. Andrés Martin Gaitán Rozo la suma de (...) \$9.298.361(...).

Seguidamente, se le concede el uso de la palabra a la apoderada de la parte convocada, con el fin de que se sirva indicar la decisión tomada por el Comité de Conciliación de la entidad en relación con la solicitud incoada: "El Comité de Conciliación de la Superintendencia de Sociedades en reunión celebrada el día 13 de diciembre de 2018 (acta No. 35- 2018) estudió los casos de los quince convocantes y en relación con todos y cada uno de ellos decidió **de manera unánime conciliar** sus pretensiones (reserva especial del ahorro) bajo los siguientes parámetros generales. **1. Valor:** Reconocer las sumas señaladas a continuación como valor resultante de reliquidar los factores solicitados para los periodos consignados en la certificación correspondiente, incluyendo allí el factor denominado reserva especial del ahorro conforme a la liquidación efectuada por la entidad y aceptada por los convocantes, así: Para Andrés Martin Gaitán Rozo, la suma de **\$9.298.361**, para el periodo comprendido entre el 27 de octubre de 2015 al 21 de septiembre de 2018(...)

³ Folio 89

⁴ Folio 89 a 95



Es del caso señalar lo indicado por la Procuraduría en el acta en mención respecto a Andrés Martín Gaitán Rozo:

“En el acuerdo celebrado con el señor Andrés Martín Gaitán Rozo se involucra la reliquidación de los viáticos devengados en el año 2018 por valor de \$3.301.227, de conformidad con la certificación que milita a folio No. 18; no obstante, de los documentos que acreditan su generación (actos administrativos que confieren las comisiones de servicios) allegados por la entidad por requerimiento del Despacho se soporta probatoriamente un valor inferior al certificado, en cuantía de \$2.912.475, inconsistencia que puede estar asociada a la liquidación equivocada de los mismos por posible computo doble de los viáticos reconocidos en la Resolución No. 500-003773 de 2018 (folio No. 193) perdiendo de vista que con esta última se modificó la primera y por lo mismo se trata de los mismos viáticos.”

Concluyendo en ese momento el Ministerio Público que “se solicita al señor Juez Administrativo se sirva impartir aprobación a los acuerdos conciliatorios celebrados con los distintos convocantes acumulados en el presente procedimiento conciliatorio, salvo en lo relacionado con los señores Andrés Martín Gaitán Rozo, Claudia Yaneth Pardo Cornelio y Juan Esteban Rojas Barrios por las razones que se han expuesto y solo en el evento de que el señor Juez no lograre recaudar prueba que desvirtúe la situación expuesta por esta Agencia (...)⁵”

II. CONSIDERACIONES

1. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL GENERAL PARA LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL

La Ley 1285 de 2009, en su artículo 13, estableció como requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa en acciones consagradas por los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo la celebración de audiencia prejudicial de conciliación ante el Ministerio Público. De igual forma, el artículo 161, numeral 1 de la Ley 1437 de 2011, señala que cuando los asuntos sean conciliables, la conciliación prejudicial constituye requisito de procedibilidad de toda demanda en la que se formulen pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

Por su parte, el Decreto 1716 de 2009, reglamentario de la Ley 1285 de 2009, consagró en su artículo segundo los asuntos susceptibles de conciliación así:

“Artículo 2°. Asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa. Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda

⁵ Folio 95



conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan.

Parágrafo 1°. No son susceptibles de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo:

- Los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.
- Los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993.
- Los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado.

Parágrafo 2°. El conciliador velará porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles.

Parágrafo 3°. Cuando la acción que eventualmente se llegare a interponer fuere la de nulidad y restablecimiento de derecho, la conciliación extrajudicial sólo tendrá lugar cuando no procedan recursos en vía gubernativa o cuando esta estuviere debidamente agotada, lo cual deberá acreditarse, en legal forma, ante el conciliador.

(...)⁹ (Negrillas y subrayado fuera de texto)

El artículo 5° del Decreto 1716 de 2009 dispuso que los interesados en la diligencia de conciliación prejudicial, trátense de personas jurídicas o particulares, deberán actuar por intermedio de apoderado, quien deberá ser abogado inscrito y tener facultad expresa para conciliar.

De igual forma, el artículo 6° de la citada norma, consagró los requisitos formales que debe llenar la petición de conciliación, destacándose, entre otros, la aportación de las pruebas que se pretendan hacer valer, la demostración del agotamiento de la vía gubernativa, la indicación de la acción contenciosa administrativa que se pretenda intentar y la estimación razonada de la cuantía de las aspiraciones.

Además, el mismo Decreto en el Capítulo II reguló lo concerniente a los Comités de Conciliación, estableciendo como obligatorio para las entidades de derecho público, los organismos públicos del orden nacional, departamental, distrital, los municipios que sean capital de departamento y los entes descentralizados de esos mismos niveles el funcionamiento de dichos comités; siendo de carácter optativo para las entidades de derecho público de los demás órdenes. Comités que en cada caso específico deben decidir sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos.



Las decisiones de los comités, como las del representante legal de la entidad cuando no se tenga la obligación de constituirlo ni se haya hecho de manera facultativa, son de obligatorio cumplimiento para los apoderados de cada entidad.

De otra parte, de acuerdo con reiterados pronunciamientos del Consejo de Estado⁶, el acuerdo conciliatorio prejudicial se somete a los siguientes supuestos de aprobación:

- *La debida representación de las personas que concilian.*
- *La capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar.*
- *La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes.*
- *Que no haya operado la caducidad de la acción.*
- *Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.*
- *Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público (artículos 73 y 81 de la Ley 446 de 1998).*

Adicionalmente, el artículo 71 de la Ley 446 de 1998 dispuso que cuando medie acto administrativo de carácter particular, puede conciliarse sobre los efectos económicos del mismo, si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, el cual fue reemplazado por el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, conservando las mismas causales de revocatoria, que son las siguientes:

- 1º) *Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.*
- 2º) *Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.*
- 3º) *Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.*

En relación con la audiencia de conciliación extrajudicial en los asuntos contencioso administrativos, el artículo 613 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, dispuso que, cuando la convocada sea una entidad pública, el peticionario deberá acreditar la entrega de copia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación, en los mismos términos previstos para el convocado, con el fin de que ésta

⁶ Ver entre otras, las providencias proferidas por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, el 29 de Enero de 2004, Sección Tercera, Magistrado Ponente ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ 85001-23-31-000-2003-0091-01(25347); y el 25 de Noviembre de 2009, Sección Tercera, Magistrado Ponente MAURICIO FAJARDO GOMEZ 44001-23-31-000-2008-00171-01(36544).



resuelva sobre su intervención o no en el Comité de Conciliación de la entidad convocada, así como en la audiencia de conciliación correspondiente.

2. EL CASO CONCRETO

Así entonces el Despacho a efectos de aprobar o improbar el acuerdo conciliatorio prejudicial en estudio procederá a efectuar el análisis de cada uno de los anteriores supuestos.

2.1. Representación de las partes y la capacidad de sus representantes para conciliar

La actuación de los interesados dentro de la conciliación extrajudicial, según lo dispone el artículo 5 del Decreto 1716 de 2009 debe ser a través de abogado inscrito y tener facultad expresa para conciliar.

Las partes acudieron a la audiencia de conciliación, así:

Parte convocante

En representación del convocante Andrés Martín Gaitán Rozo asistió **LAURA ALEJANDRA MEDINA GONZÁLEZ**, quien venía actuando como apoderada del mismo y tenía facultad para conciliar (fl. 13), quien acreditó la calidad de abogada según se desprende del primer folio del acta de conciliación obrante a folio 89.

Parte convocada

CONSUELO VEGA MERCHÁN⁷ en representación de la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**, quien acreditó la calidad de abogada según se desprende de lo consignado en el primer folio del acta de conciliación.

A su vez se allegaron certificaciones expedidas con fecha 13 de diciembre de 2018 del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Superintendencia de Sociedades, donde consta que en reunión del Comité del 13 de diciembre de 2018, se decidió, entre otras cosas, conciliar en relación con la solicitud del aquí convocante los valores por el solicitados y obtenidos de la reliquidación de los

⁷ Fl. 39



factores solicitados incluyendo la Reserva Especial del Ahorro como factor computable. (fl. 63 y vto.).

Como las partes dentro de la audiencia de conciliación estuvieron representadas por quienes acreditaron la calidad de abogado y ostentaban poder para actuar, con capacidad para conciliar, el Despacho encuentra cumplidos los dos primeros requisitos exigidos para la aprobación del acuerdo.

2.2. Sobre la disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes

En el caso objeto de estudio, el acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes, tiene que ver con unas prestaciones derivadas de la relación laboral existente entre el convocante y la entidad convocada, por lo que a ello se ceñirá el Despacho para determinar la procedencia del acuerdo en estudio.

El artículo 53 de la Constitución Política le atribuyó al Congreso de la República el deber de expedir el estatuto del trabajo teniendo en cuenta, entre otros aspectos, unos principios mínimos fundamentales de carácter laboral como la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y las facultades para conciliar y transigir sobre derechos inciertos y discutibles.

La Ley 640 de 2001 en su artículo 19, al regular lo concerniente con la conciliación extrajudicial en derecho dispuso que se puede conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación; así entonces, en armonía con el precepto constitucional antes referido, en materia laboral no serían susceptibles de conciliar los derechos ciertos e indiscutibles.

De las pruebas allegadas con la petición de conciliación, así como de los hechos y pretensiones de la solicitud, se advierte que el eventual litigio a solucionar, se circunscribe a determinar si es posible reliquidar unas prestaciones percibidas por el convocante, incluyendo la Reserva Especial del Ahorro como partida computable; en este orden de ideas, el acuerdo no versó sobre derechos imprescriptibles e irrenunciables expresamente protegidos por normas de derecho público, como sería el caso de los derechos pensionales.

Así entonces, en el caso bajo estudio, como el acuerdo logrado ante la Procuraduría



General de la Nación tiene que ver con un eventual conflicto particular de contenido económico donde se involucran derechos inciertos y discutibles susceptibles de conciliar, se cumple con el tercer supuesto exigido para la aprobación.

2.3. Del cumplimiento de los requisitos de la solicitud de conciliación prejudicial

Como ya se anotó, el artículo 6º del Decreto 1716, consagró unos requisitos formales que debe llenar la petición de conciliación, destacándose, entre otros, la aportación de las pruebas que se pretendan hacer valer, la demostración del agotamiento de la vía gubernativa, la indicación de la acción contenciosa administrativa que se pretenda intentar y la estimación razonada de la cuantía de las aspiraciones.

Al respecto, el Despacho encuentra que la solicitud de conciliación prejudicial no cumplió con los requisitos de la norma, para su trámite ante el respectivo Agente del Ministerio Público, por las razones que se exponen a continuación.

La Reserva especial del Ahorro fue prevista en el artículo 58 del Acuerdo 040 de 13 de Noviembre de 1991, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades "CORPORANÓNIMAS", en los siguientes términos:

"Artículo 58.- CONTRIBUCION AL FONDO DE EMPLEADOS. RESERVA ESPECIAL DEL AHORRO. Corporanónimas contribuirá con sus aportes al Fondo de Empleados de la Superintendencia de Sociedades y Corporanonimas, Entidad con Personería Jurídica reconocida por la Superintendencia Nacional de Cooperativas. Para tal fin pagará mensualmente a sus afiliados forzosos una suma equivalente al sesenta y cinco por ciento (65%) del sueldo básico, prima de antigüedad, prima técnica y gastos de representación; de este porcentaje entregará Corporanónimas directamente al Fondo el quince por ciento (15%), previa deducción de la cotización que sea del caso por concepto de la afiliación de los beneficiarios. Los afiliados forzosos contribuirán mensualmente al Fondo con el cinco por (5%) de las asignaciones básicas mensuales fijadas por la ley" (Negrilla y subrayado extratexto)

De acuerdo con el artículo precedente, la reserva especial del ahorro constituye una acreencia de carácter laboral, por lo tanto, el medio de control procedente para reclamar por vía judicial su reconocimiento e inclusión como partida computable para la liquidación de otras prestaciones, eventualmente sería el de nulidad y restablecimiento del derecho, como acertadamente lo afirman el convocante.



Así lo ha considerado el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, entre otras la sentencia de fecha 23 de junio de 2010, donde manifestó:

"Interpretando el contenido de la demanda, puede colegirse, en estricto sentido, que lo pretendido realmente por el actor es que se le reconozcan los salarios dejados de percibir y las prestaciones sociales a las que tendría derecho, tal como se le reconoce a quienes desarrollan actividades semejantes, en consideración a que las labores de celaduría que desempeñó en el Departamento de Casanare, a través de órdenes de prestación de servicios, revisten todos los elementos propios de una relación legal y reglamentaria; sin embargo, a juicio de la Sala, la acción formulada por el demandante, con miras a obtener la satisfacción de los derechos alegados y que estarían siendo desconocidos por la Administración, no es la indicada, pues él debió acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por ser ésta la que procede en situaciones como la anotada, de tal suerte que la Sala confirmará la decisión de primera instancia en cuanto encontró acreditada la excepción de indebida escogencia de la acción."

(...)

En cuanto a la reclamación por el no pago de las prestaciones sociales a las que tiene derecho una persona en virtud de una relación laboral con la Administración, por aplicación del principio de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado lo siguiente en torno a la acción procedente para hacer efectivos los derechos conculcados:

"La acción pertinente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., porque lo que ha debido hacer es demandar el acto administrativo de carácter particular, expreso o ficto, que le negó el pago de las prestaciones sociales reclamadas, por transgredir el ordenamiento jurídico, a efectos de que se le restablezca el derecho lesionado y/o se le repare el daño ocasionado."

Es innegable la diferencia que existe entre la acción interpuesta por el demandante –acción de reparación directa- y **la acción que realmente resultaba procedente en el sub lite -acción de nulidad y restablecimiento del derecho,** pues el Código Contencioso Administrativo establece que mediante el ejercicio de la acción de reparación directa la persona interesada puede demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa, **mientras que mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo, se le restablezca en su derecho y se le repare el daño causado;**⁸ (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En otra oportunidad la misma Corporación indicó:

"La esencia de la figura jurídica del restablecimiento del derecho está dada por la finalidad que persigue la acción, en este caso, restablecer

⁸ Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 23 de junio de 2010. Consejera Ponente (E): Dra. Gladys Agudelo Ordóñez. Expediente: 85001-23-31-000-1998-00129-01(18319).



pecuniariamente el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el señor JOSE WIDMAN ARIAS CÁRDENAS durante períodos determinados al servicio laboral de la entidad demandada, eso sí, como consecuencia jurídica de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo viciado de legalidad. Entre tanto que, la acción de reparación directa, consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, si bien coincide en su naturaleza reparatoria con la de la de nulidad y restablecimiento del derecho, difiere de ésta última en la causa del daño. En efecto, la primera solo será procedente en los casos en que el perjuicio haya sido causado por un hecho, una omisión, una operación administrativa, la ocupación temporal o permanente de un inmueble; en cambio, la de nulidad y restablecimiento del derecho procede siempre que el origen del daño sea un acto administrativo viciado de algún tipo de ilegalidad. Debe recordarse que, la procedencia de una u otra acción y su elección por parte del demandante tienen relación con el debido proceso del posible demandado, de manera que, no puede entenderse que la indebida escogencia de la acción es un simple defecto formal de la demanda, ni escogerse aleatoriamente al entender del accionante, sino a la naturaleza de la acción misma. Ante la inconformidad de los pronunciamientos y la existencia de los actos administrativos proferidos por el ente territorial demandado, entonces sí, el demandante debió poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado mediante la acción pertinente, que a todas luces, es la de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 del C.C.A.), por cuanto se repite, el reclamo es el pago de salarios y otras acreencias laborales, propio de la naturaleza de esta clase de acción, claro está con los presupuestos de procedibilidad como la caducidad, entre otros⁹ (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Ahora bien, el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, consagró el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, así:

“Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. (...)” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Por su parte, el artículo 163 *ibídem* indica:

“Artículo 163. Individualización de las pretensiones. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron.

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.”

En el caso objeto de estudio, teniendo en cuenta que, como se dijo, el medio de control procedente sería el de nulidad y restablecimiento del derecho, el convocante

⁹ Sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, 23 de julio de 2009. Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Expediente: 76001-23-31-000-2007-01133-01(0944-08).



debió dar cumplimiento a lo señalado en las normas precedentes, esto es, individualizar con precisión los actos administrativos que eventualmente serían enjuiciables ante esta jurisdicción, acreditando, además, el debido agotamiento de la vía gubernativa, como lo disponen el Parágrafo 3° del artículo segundo y artículo 6°, literal g) del Decreto 1716 de 2009.

A pesar de estar demostrado que se agotó en debida forma la vía gubernativa, no se individualizaron en debida forma los actos que eventualmente serían enjuiciables, por lo tanto no se dio cumplimiento a cabalidad a lo señalado en las normas referidas.

En efecto, la petición hecha por el convocante vista a folios 14 y 15 tuvo por objeto la reliquidación del valor de la prima de actividad, de la bonificación por recreación, y los viáticos con inclusión de la Reserva Especial del ahorro.

De otra parte, si bien es cierto que por medio del Oficio radicado bajo el No. 2018-01-448911 (fl. 16 y 17), la Superintendencia de Sociedades dio respuesta a la petición del convocante, también lo es que, en el mentado oficio, la entidad **no emitió ningún pronunciamiento expreso** negando o accediendo el reconocimiento, reliquidación y pago de dichas prestaciones incluyendo la Reserva Especial del Ahorro como partida computable, sino que se limitó a transcribir el contenido del Acta de una reunión del Comité de Conciliación y Defensa Judicial, donde se estudió la posibilidad de reconocer las prestaciones a las que se ha hecho referencia por vía de conciliación extrajudicial, razón por la cual, los mentados oficios no son un acto administrativo demandable, pues **no contiene una decisión de fondo**.

Es de anotar, que si bien es cierto el parágrafo de 1° del artículo 6° Decreto 1716 de 2009 indica que no se podrá rechazar de plano la solicitud de conciliación prejudicial por el incumplimiento de los requisitos allí señalados, también lo es que, según la misma norma, es al representante del Ministerio Público ante quien se presenta la solicitud de conciliación extrajudicial, a quien le corresponde inadmitirla y propender por el cumplimiento de los requisitos que la norma estipula, informando al interesado sobre las falencias que se deban enmendar.

Por otro lado, se debe advertir que la conciliación, es un instrumento a través del cual se puede solucionar un conflicto o controversia determinados sin necesidad de



acudir a los estrados judiciales.

El artículo 1° del Decreto 1818 de 1998 "Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos", definió la conciliación en los siguientes términos:

"Artículo 1°. Definición. La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador. (Artículo 64 Ley 446 de 1998)."

Atendiendo la anterior definición normativa, en el caso objeto de estudio, la conciliación prejudicial no sería procedente, toda vez que, no existe controversia alguna, pues como ha quedado establecido, la administración pretende pagar unas sumas de dinero que considera adeudar a los convocantes y por esa razón no se ha expedido ningún acto administrativo que niegue ese derecho.

Por su lado, **el convocante** no ha manifestado su oposición frente al reconocimiento en su favor de la reliquidación de ciertos factores devengados incluyendo como partida computable, la Reserva Especial del Ahorro, por esta razón, se reitera no existe un conflicto entre las partes y por ende, la conciliación no es procedente.

En consecuencia, lo que la entidad debía hacer, es expedir el correspondiente acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones adeudadas al convocante, sin necesidad de acudir al mecanismo de la conciliación extrajudicial o, en su defecto, debió expedir un acto en el que manifestara la imposibilidad de efectuar dicho pago y las razones de dicha imposibilidad. De esta forma, se habría configurado un acto que eventualmente sería demandable ante esta jurisdicción a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se reitera, es el procedente en tratándose de asuntos de carácter laboral.

Así las cosas, como la solicitud de conciliación extrajudicial no cumple con los requisitos normativos enunciados, no había lugar a su admisión por parte del Ministerio Público y por las mismas razones, no es posible impartirle aprobación al acuerdo celebrado por las partes.

Se advierte que en tratándose del estudio de conciliaciones prejudiciales, la facultad del Juez se limita a verificar el cumplimiento de los requisitos de la solicitud y la legalidad del acuerdo, para de esta forma determinar si hay lugar o no a impartirle



aprobación. Esto significa que, al funcionario judicial no le está permitido modificar de ninguna manera las condiciones del acuerdo, ni subsanar los vicios que se hayan podido presentar en la actuación surtida ante el conciliador.

2.4. Sobre la Caducidad de la Acción

En relación con las conciliaciones prejudiciales, la caducidad se determina de conformidad con la acción que procedería ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

El convocante, en su escrito de solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, indicó que en caso de no allegarse a un acuerdo la acción contenciosa administrativa a intentar sería la de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral.

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 23 de Decreto 2304 de 1989 y por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, establece que las acciones de restablecimiento del derecho caducan al cabo de cuatro meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto; pero que, pueden demandarse en cualquier tiempo los actos que reconozcan prestaciones periódicas y los actos presuntos que resuelven un recurso.

Pese a ello como quedó señalado en párrafos anteriores en el presente asunto no se avizora acto administrativo respecto del cual se podría efectuar el conteo para determinar que no ha operado el fenómeno de la caducidad.

2.5. Sobre el soporte probatorio y las probabilidades de que los actos a demandar sean anulados por la Jurisdicción Contencioso Administrativa

El artículo 65 A de la Ley 23 de 1991, adicionado por la Ley 446 de 1998 en su artículo 73, dispone que para poderse aprobar un acuerdo conciliatorio, se debe establecer que ese arreglo económico cuente con las pruebas necesarias, se ajuste a la ley y no resulte lesivo al patrimonio público.

De otra parte, como ya se anotó, el artículo 71 de la Ley 446 de 1998 consignó que cuando medie acto administrativo de carácter particular, puede conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del



Código Contencioso Administrativo, hoy remplazado por el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, implicando esto que para efectos de la aprobación de la conciliación dicho acto debe tener probabilidad de ser declarado nulo por el juez natural en sede judicial.

Acorde con lo anterior, con base en los hechos que se encuentren probados dentro del expediente se procede a determinar el marco normativo y jurisprudencial a aplicar al caso y tomar la decisión sobre el cumplimiento de las condiciones o supuestos a analizar en este acápite.

Hechos probados

- *Según certificación de 10 de octubre de 2018, suscrita por el Coordinador Grupo de Administración de Personal de la Superintendencia de Sociedades¹⁰, Andrés Martin Gaitán Rozo con cédula de ciudadanía No. 79384448 labora en dicha entidad desde el 12 de diciembre de 1994 a la fecha de expedición de la mencionada certificación, en calidad de servidor público, en el cargo de Profesional Especializado 202818 de la planta Globalizada.*
- *Que Andrés Martin Gaitán Rozo mensualmente devenga i) asignación básica, ii) reserva, iii) prima de dependiente y iv) prima de alimentación.¹¹*
- *Que en el periodo objeto de solicitud (15 de junio de 2016 a 15 de junio de 2018) se certificó por parte de la entidad convocada que el convocante tenía derecho a un reajuste teniendo en cuenta la reserva especial del ahorro, por la suma de \$5.336.896 respecto de la prima de actividad y bonificación por recreación y por la suma de 3.961.465 por concepto de viáticos.¹²*
- *Que por medio de escrito de 21 de septiembre de 2018 el convocante solicitó a la Superintendencia de Sociedades la reliquidación de la prima de actividad, de la bonificación por recreación y de los viáticos teniendo en cuenta la Reserva Especial del Ahorro.¹³*

¹⁰ Folio 18 y 19

¹¹ Folio 18

¹² Folio 18

¹³ Folio 14 y 15



- *Con oficio No. 2018-01-448911 el Secretario General de la Superintendencia de Sociedades informa a Andrés Martin Gaitán Rozo que a la entidad le asiste ánimo conciliatorio, anexando copia de la liquidación.¹⁴*
- *Que el Secretario del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Superintendencia de Sociedades certifico que en reunión de 13 de diciembre de 2018 se expuso formula conciliatoria respecto de Andes Martin Gaitán Rozo.¹⁵*
- *Con escrito de 09 de noviembre de 2018 el convocante entre otros solicitó a la Procuraduría Delegada para Asuntos Administrativos se concilien los efectos contenidos y decididos con la Superintendencia de Sociedades respecto al reajuste de ciertos factores teniendo en cuenta la denominada reserva especial del ahorro.¹⁶*
- *La procuraduría 195 Judicial I para asuntos Administrativos con fecha 22 de febrero de 2019 llevó a cabo audiencia de conciliación judicial entre la Superintendencia de Sociedades y entre otros Andrés Martin Gaitán Rozo.¹⁷*

Adicional a lo anterior es de destacar que en la solicitud de conciliación no se individualizaron en debida forma los actos que eventualmente serían enjuiciables y que se observan algunas irregularidades tal y como fue señalado en al acta de conciliación objeto de aprobación, adicional a ello es del caso resaltar que en la solicitud de conciliación se hace referencia al reajuste de la prima de actividad y de la bonificación por recreación tasando la cuantía en \$9.298.361.00 (fl. 3), sin embargo la petición presentada ante la Superintendencia de Sociedades (fl. 14) y el oficio que da respuesta a ello (fl. 16) hace referencia al reajuste de la prima de actividad, de la bonificación por recreación y de los viáticos teniendo en cuenta la reserva especial del ahorro.

Pese a lo anterior considera importante el Despacho consignar el criterio que en otros casos similares ha aplicado en relación con la posibilidad de incluir la reserva especial del ahorro como parte de la asignación básica mensual y por ende considerarla factor salarial para la liquidación de otros haberes laborales, para tales

¹⁴ Folio 16 y 17

¹⁵ Folio 63

¹⁶ Folio 1 a 12

¹⁷ Folio 89 a 95



efectos se han examinado las nociones de prestación social y de salario.

Prestaciones sociales

Son derechos a favor del trabajador que emergen de la relación laboral y tienen como finalidad ampararlo en los riesgos o contingencias a las que suele verse sometido; pueden ser en económicas o asistenciales, a su vez pueden estar a cargo del empleador, de la seguridad social o de las cajas de compensación familiar.

Acorde con lo establecido en el artículo 14 del Decreto 3135 de 1968, el artículo 5 del Decreto 1045 de 1978, modificados por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, las prestaciones sociales para los empleados públicos son las siguientes:

a) A cargo de la seguridad social, son de carácter económico y/o asistencial y tienen como fin la protección del trabajador frente a las contingencias relacionados con la salud, la vejez o la muerte:

- Asistencia médica, odontológica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.
- Auxilio por enfermedad no profesional.
- Indemnización por accidente de trabajo.
- Indemnización por enfermedad profesional.
- Auxilio de maternidad.
- Pensión de jubilación.
- Pensión de invalidez.
- Pensión de vejez.
- Seguro por muerte.
- Auxilio funerario.
- Seguro por muerte.

b) A cargo del empleador, son de carácter económico, pueden ser en dinero o en especie y están encaminadas a amparar la subsistencia del trabajador y su familia al terminar su vínculo laboral, garantizarle el descanso remunerado o la prestación del servicio, o atender gastos extraordinarios, son:

- Vacaciones.
- Prima de Vacaciones.



- Prima de Navidad.
- Auxilio de cesantía.
- Auxilio funerario.
- Calzado y vestido de labor.

c) *A cargo de las cajas de compensación familiar, constituyen un alivio para el trabajador frente a las cargas económicas que le representan el sostenimiento de la familia como núcleo de la sociedad y son:*

- Subsidio familiar.
- Auxilio de desempleo.

Salario

Concordante con lo dispuesto en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, constituye salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado o trabajador como retribución directa por sus servicios prestados, no opera por la mera liberalidad del empleador y constituye un ingreso personal a su patrimonio.

El citado artículo 42, dispone que son factores de salario los siguientes:

- *Asignación básica: corresponde al valor mensual básico señalado para el cargo o empleo, está determinada por las funciones, responsabilidades, requisitos de conocimientos y experiencia requeridos para el ejercicio, según la denominación y el grado establecido en el sistema de nomenclatura y escalas de remuneración¹⁸.*
- *Valor del trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio: todo aquel servicio prestado fuera de la jornada laboral ordinaria sea en el día, en la noche o en días de descanso obligatorio.*
- *Los gastos de representación: constituyen una remuneración mensual prevista para facilitar el desempeño del cargo de altos funcionarios que representan a la administración¹⁹.*

¹⁸ Artículo 13 del Decreto 1042 de 1978.

¹⁹ Ver, entre otros, Decretos 1042 de 1978 artículos 43 y 44, 2054 de 1973, 540 de 1977 y 1396 de 2010.



- *La prima técnica: creada con el fin de mantener vinculados a la administración a ciertos empleados en razón a sus especiales calidades de estudios, experiencia o evaluación del desempeño.*
- *El auxilio de transporte: dinero que se reconoce y paga directamente al empleado para facilitar su desplazamiento al lugar de trabajo en aquellas ciudades donde se presta el servicio público de transporte; no se tiene derecho a éste cuando se disfruta de vacaciones, se encuentre en licencia, suspendido en el ejercicio de funciones, cuando la entidad preste el servicio o se devengue más de dos salarios mínimos legales mensuales.*
- *El subsidio de alimentación: suma de dinero que se reconoce al empleado con destino a la provisión de sus alimentos y como retribución a la prestación de sus servicios; no se tiene derecho a éste cuando se disfruta de vacaciones, se encuentre en licencia, suspendido en el ejercicio de funciones, cuando la entidad preste el servicio o la asignación básica supere el tope máximo establecido para acceder a él.*
- *La prima de servicio: reconocimiento equivalente a 15 días de salario que se hace al empleado en la primera quincena del mes de Julio de cada año de servicios prestados.*
- *La bonificación por servicios prestados: reconocimiento económico a favor del empleado que se causa cada vez que cumpla un año de servicios continuos.*
- *Los viáticos percibidos por funcionarios en comisión: reconocimiento en dinero que se hace a los empleados por concepto de alojamiento y manutención cuando deban desempeñar sus funciones en lugar diferente a su sede habitual de trabajo o deban atender transitoriamente actividades oficiales diferentes a las del empleo del cual se es titular.*
- *Los incrementos por antigüedad: aumentos salariales basados en la antigüedad de vinculación del empleado.*



La reserva especial del ahorro

La Reserva Especial del Ahorro fue prevista en el artículo 58 del Acuerdo 040 de 13 de Noviembre de 1991, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades "CORPORANÓNIMAS", en los siguientes términos:

"Artículo 58.- CONTRIBUCION AL FONDO DE EMPLEADOS. RESERVA ESPECIAL DEL AHORRO. Corporanónimas contribuirá con sus aportes al Fondo de Empleados de la Superintendencia de Sociedades y Corporanonimas, Entidad con Personería Jurídica reconocida por la Superintendencia Nacional de Cooperativas. Para tal fin **pagará mensualmente a sus afiliados forzosos una suma equivalente al sesenta y cinco por ciento (65%) del sueldo básico, prima de antigüedad, prima técnica y gastos de representación;** de este porcentaje entregará Corporanónimas directamente al Fondo el quince por ciento (15%), previa deducción de la cotización que sea del caso por concepto de la afiliación de los beneficiarios. Los afiliados forzosos contribuirán mensualmente al Fondo con el cinco por (5%) de las asignaciones básicas mensuales fijadas por la ley" (Resaltado por el Despacho)

Dicha Corporación, cuya personería jurídica fue reconocida mediante Resolución 097 de 1946 del Ministerio de Justicia²⁰, y reestructurada mediante Decreto 2156 de 30 de Diciembre de 1992, era un establecimiento público del orden nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico; como entidad de previsión social, tenía a su cargo el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, económicas y médico asistenciales para los empleados de las superintendencias afiliadas a ella, así como las de sus propios empleados.

Sin embargo, Corpoanónimas fue suprimida por Decreto 1695 de 1997, que en su artículo 12 dispuso que el **régimen especial de prestaciones económicas** contenido en los Decretos 2739 de 1991, 2156 de 1992, 2621 de 1993, 1080 de 1996 y el Acuerdo 040 de 1991, en adelante estarían a cargo de las mismas superintendencias respecto de sus empleados, para lo cual en cada vigencia fiscal se apropiarían las partidas necesarias en cada una de ellas.

Acorde con lo anterior, la naturaleza salarial o prestacional de la reserva especial del ahorro no resulta muy clara, puesto que aun cuando su pago estaba a cargo de CORPORANONIMAS, entidad de previsión, nótese que de lo consignado en el

²⁰ Diario oficial 26093 de 28 de Marzo de 1946.



artículo 58 antes transcrito, no se desprende que tenga como finalidad amparar a los empleados de riesgo o contingencia alguna a las que pueda verse sometido, para que sea considerada como una prestación social.

Así entonces, no siendo prestación social, pero constituyéndose en una suma habitual y periódica que recibe un empleado como retribución por sus servicios prestados tendría la connotación de salario.

*No obstante su condición de salario, para los efectos del acuerdo económico en estudio debe tenerse en cuenta que el mismo se logró bajo el supuesto que la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** debía reconocer y cancelar a los convocantes las diferencias o reajustes generados al omitir la reserva especial del ahorro como parte integral de la **asignación básica mensual**, por ello resulta necesario establecer si dada la condición salarial de dicha reserva, la misma debe ser considerada como asignación básica para liquidar otros factores de salario u otras prestaciones sociales.*

Sobre la asignación básica, el Consejo de Estado en concepto de fecha 21 de Junio de 1996, con ponencia del Consejero Javier Henao Hidrón, proferido con radicado 839, sostuvo:

“Desde la expedición de la Ley 83 de 1931, se llama sueldo el pago de los servicios de los empleados públicos, el cual debe hacerse por periodos iguales vencidos y sin que sobrepase el mes calendario; se acepta como una noción restringida que coincide con la asignación básica fijada por la ley para los diversos cargos de la administración pública.”

Las asignaciones básicas como ya se anotó corresponden al valor mensual básico o primario señalado para cada cargo o empleo, sin tener en cuenta o liquidarse en función de otros factores salariales, y son fijadas anualmente por el Gobierno Nacional acorde con lo dispuesto en la Ley 4 de 1992 y en el artículo 150 numeral 19 literal e) y f) de la Constitución Política.

Características anteriores que no cumple la reserva especial del ahorro por lo siguiente:

- Aun cuando es un pago que se hace mensualmente, este reconocimiento no constituye el monto inicial sobre el cual se van a liquidar otros factores salariales o prestaciones sociales; así se infiere sin lugar a dudas, del contenido del*



artículo 58 del Acuerdo 040 de 13 de Noviembre de 1991, que dispone que el pago mensual que debe hacer a sus afiliados forzosos corresponde al 65% del **sueldo básico, la prima de antigüedad, la prima técnica y los gastos de representación**, es decir, es el resultado de aplicar un porcentaje sobre varios factores salariales.

- No obstante que en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 1695 de 1997 expedido por el Gobierno Nacional, se continuó con el reconocimiento y pago de la reserva especial del ahorro, el gobierno no le dio el tratamiento de asignación básica, ni siquiera de factor de salario, pues claramente hizo referencia a que "el régimen especial de **prestaciones económicas**" contenido en los Decretos 2739 de 1991, 2156 de 1992, 2621 de 1993, 1080 de 1996 y el Acuerdo 040 de 1991, en adelante estarían a cargo de las mismas superintendencias respecto de sus empleados, para lo cual en cada vigencia fiscal se apropiarían las partidas necesarias en cada una de ellas.
- La reserva especial del ahorro no fue creada por el Gobierno Nacional acorde con lo dispuesto en la Ley 4 de 1992 y en el artículo 150 numeral 19 literal e) y f) de la Constitución Política, sino por el artículo 58 del Acuerdo 040 de 13 de Noviembre de 1991, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades "CORPORANÓNIMAS", Establecimiento Público del Orden Nacional, adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, órgano no competente para fijar asignaciones básicas mensuales de empleados públicos, a lo cual no se adentrará el Despacho en análisis, por no ser objeto de estudio dentro del presente expediente la competencia o incompetencia para fijar el régimen salarial o prestacional de los empleados públicos.

Acorde con lo antes expuesto, se concluye que la reserva especial del ahorro es una suma que habitual y periódicamente reciben los empleados de las Superintendencias que estaban afiliadas a CORPORANONIMAS, que a pesar de haber sido otorgada por una entidad de previsión, por no tener como finalidad amparar a los empleados de un riesgo o contingencia alguna a las que pueda verse sometido, debe tenerse como salario por corresponder entonces a una retribución directa por sus servicios prestados y constituir un ingreso personal a su patrimonio, pero que en todo caso no hace parte de la asignación básica mensual.

En similar sentido y en diferentes oportunidades se ha pronunciado el Tribunal



Contencioso Administrativo de Cundinamarca al sostener que tanto la asignación básica como la reserva especial del ahorro constituyen factor salarial, pero que no se puede pretender que la mencionada reserva, sea incluida dentro de la asignación básica a efectos de liquidar otros factores²¹.

De la liquidación de la Prima de actividad, de la Bonificación por recreación y de los viáticos- Factores que dan origen a la cuantía establecida.

La Prima de Actividad a la que se refiere la conciliación bajo análisis, fue prevista en el artículo 44 del Acuerdo 040 de 13 de Noviembre de 1991, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades, a favor de sus afiliados forzosos que hayan laborado un año continuo, en una cuantía equivalente a 15 días del **sueldo básico mensual** percibido a la fecha en que se cumpla el año de servicios y pagaderos cuando el interesado acredite que le ha sido autorizado el disfrute de vacaciones o su compensación en dinero.

Por su parte, la **bonificación por recreación** es un reconocimiento a favor de los empleados públicos, correspondiente a dos (2) días de la **asignación básica mensual²²** que se tenga al momento de iniciar el disfrute del respectivo período vacacional y por cada uno de ellos. Igualmente, habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se compensen en dinero y al pago proporcional al retiro del servicio sin haber cumplido el año de labor, de acuerdo con el Decreto 404 de 2006.

Luego entonces, no sería procedente reliquidar la Prima de Actividad, ni la Bonificación por Recreación, incluyendo la Reserva Especial del Ahorro como factor computable, toda vez que como se explicó en párrafos precedentes, ésta no hace parte del sueldo o asignación básica.

En cuanto a los **Viáticos** se tiene que los mismos son una remuneración salarial que tiene como objetivo sufragar gastos de alojamiento y manutención en que incurra un empleado con ocasión de actividades laborales desarrolladas por fuera de la sede de trabajo, fijada anualmente por el Gobierno Nacional en montos fijos

²¹ Ver: Sentencia de 23 de Junio de 2011, Expediente 11001-33-31-024-2008-00206-01 Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subssección “A” M. P. Sandra Lisset Ibarra Velez; Sentencia de 17 de Marzo de 2011, Expediente 11001-33-31-024-2008-00177-01 Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subssección “D” M. P. Yolanda García de Carvajalino; Sentencia de 26 de Mayo de 2011, Expediente 11001-33-31-024-2008-00154-01 Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subssección “D” M. P. Cerveleón Padilla Linares.

²² Ver Decretos 451 de 1984, 4150 de 2004, 919 de 2005, y 600 de 2007 expedido por el Gobierno Nacional.



según intervalos de salario dentro de los cuales se tiene en cuenta la sumatoria de la asignación básica mensual, los gastos de representación y los incrementos de salario por antigüedad.

Por tratarse de montos fijos y no de porcentajes a aplicar sobre factores salariales dentro de los cuales se tenga prevista la reserva especial del ahorro, no habría lugar a reliquidación por su omisión en una liquidación previamente efectuada.

En razón a lo expuesto frente a la solicitud de reliquidación de los viáticos reconocidos con inclusión de la denominada reserva especial del ahorro, se hace incensario realizar el recaudo probatorio sugerido por la Procuraduría Delegada con el fin de determinar el monto a conciliar por este concepto.

3. CONCLUSIÓN

Una vez confrontado lo probado dentro del expediente con el marco normativo y jurisprudencial acogido por el Despacho no hay lugar a reliquidar los factores reclamados por Andrés Martín Gaitán Roza teniendo como parte integral de la asignación básica mensual a la reserva especial del ahorro, anudado a las observaciones realizadas por el Procurador delegado en el acta de audiencia de conciliación cuya aprobación se pretende.

4. LA DECISIÓN

*Ahora bien, teniendo en cuenta que, como quedó establecido, la solicitud de conciliación extrajudicial, no cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 1716 de 2088, además de las falencias anotadas, y no contando el Juzgado con más facultad que la de pronunciarse sobre la aprobación o improbación del acuerdo de conciliación prejudicial, ya que por mandato expreso del artículo 230 de la Carta Política está sometido en sus providencias al imperio de la ley y no tiene la facultad de corregir, enmendar, aclarar o modificar lo que allí se plasmó, fuerza concluir que se improbará la conciliación celebrada entre la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** y **ANDRÉS MARTIN GAITÁN ROZO** ante la **Procuraduría 195 Judicial I Para Asuntos Administrativos de la Procuraduría General de la Nación** el día **22 de febrero de 2019**.*

Por lo expuesto en precedencia, el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito



Judicial de Bogotá,

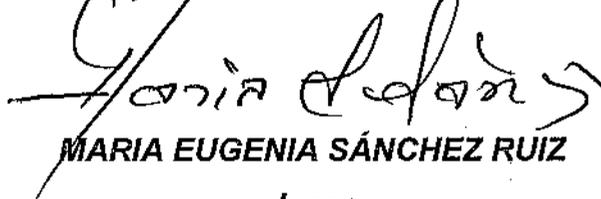
DISPONE:

PRIMERO. - IMPROBAR el acuerdo alcanzado en la audiencia de conciliación celebrada el día **22 de febrero de 2019** ante la **Procuraduría 195 Judicial I para Asuntos Administrativos de la Procuraduría General de la Nación**, en el trámite de la solicitud presentada por **ANDRÉS MARTÍN GAITÁN ROZO** siendo convocada la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**.

SEGUNDO. - INFORMAR a las partes que, de conformidad con lo establecido por el in cido final del artículo 3º del Decreto 1716 de 2009, la presente decisión no hace tránsito a cosa juzgada.

TERCERO. - En firme la presente providencia ARCHIVAR el expediente efectuando las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


MARIA EUGENIA SÁNCHEZ RUIZ

Jueza

L.P.

JUZGADO DECIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C.	
NOTIFICACIÓN POR ESTADO	
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO	
N° 91	23 AGO. 2019
DE HOY A LAS 8:00 a.m.	
LUIS ALVARADO GUEVARA BARRERA SECRETARIA	



Bogotá D.C., **22** AUG 2019

REFERENCIA:

EXPEDIENTE: **11001-33-31-010-2019-00226-00**

CONVOCANTES: **AMPARO ISABEL LUJAN CARRILLO
CAROL BIBIANA MARTÍNEZ CAMELO
CLAUDIA CONSUELO PEDRAZA CÓRDOBA
DIANA ROCÍO SANTOS VÁSQUEZ
FREDDY HERNANDO CORTES ROJAS
JORGE ENRIQUE RAMOS ARIAS
JULIO ROBERTO BLANCO QUINTERO
LUIS HERNÁN SÁNCHEZ
MARÍA DEL CARMEN DÍAZ HERNÁNDEZ
MARÍA TERESA LARA CAICEDO
MARTHA PATRICIA GUIJO RODRÍGUEZ
NATACHA USCATEGUI TORRES y
MARTHA LILIANA VARELA HERRERA.**

CONVOCADA: **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**

CLASE: **CONCILIACION PREJUDICIAL**

*Procede el Juzgado a emitir pronunciamiento sobre la aprobación o improbación del acuerdo alcanzado por las partes en la audiencia de conciliación prejudicial celebrada ante la **Procuraduría 144 Judicial II Para asuntos Administrativos de la Procuraduría General de la Nación** el día **22 de abril de 2019**¹, previas consideraciones que se consignan a continuación:*

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

AMPARO ISABEL LUJAN CARRILLO, CAROL BIBIANA MARTÍNEZ CAMELO, CLAUDIA CONSUELO PEDRAZA CÓRDOBA, DIANA ROCÍO SANTOS VÁSQUEZ, FREDDY HERNANDO CORTES ROJAS, JORGE ENRIQUE RAMOS ARIAS, JULIO ROBERTO BLANCO QUINTERO, LUIS HERNÁN SÁNCHEZ, MARÍA DEL CARMEN DÍAZ HERNÁNDEZ, MARÍA TERESA LARA CAICEDO, MARTHA PATRICIA GUIJO RODRÍGUEZ, NATACHA USCATEGUI TORRES y MARTHA LILIANA VARELA HERRERA, por conducto de apoderado judicial, elevaron petición de conciliación prejudicial

¹ Folios 136 a 138



ante la Procuraduría General de la Nación², en procura de obtener solución anticipada a un eventual litigio referido a la inclusión de la Reserva Especial del Ahorro, como factor computable para la liquidación de la Prima de Actividad y de la Bonificación por Recreación, para lo cual convocaron a la Superintendencia de Sociedades.

De las documentales obrantes en el expediente se infiere que los convocantes presentaron una solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación con fecha 24 de abril de 2019 (fl. 1).

Como fundamento de su solicitud afirmaron que el Acuerdo 40 de 13 de noviembre de 1991 reglamento el pago de la Reserva Especial del Ahorro y que el Consejo de Estado en sentencia de 26 de marzo de 1998, dentro de expediente radicado No. 13910 estableció que la misma constituye salario y por lo tanto forma parte de la asignación básica mensual.

Los convocantes procedieron a tasar la cuantía de la solicitud, así:

AMPARO ISABEL LUJAN CARRILLO en \$1.519.536
CAROL BIBIANA MARTÍNEZ CAMELO en \$2.830.388
CLAUDIA CONSUELO PEDRAZA CÓRDOBA en \$4.041.939
DIANA ROCÍO SANTOS VÁSQUEZ en \$1.984.662
FREDDY HERNANDO CORTES ROJAS en \$2.101.617
JORGE ENRIQUE RAMOS ARIAS en \$2.101.617
JULIO ROBERTO BLANCO QUINTERO en \$1.090.148
LUIS HERNÁN SÁNCHEZ en \$2.101.617
MARÍA DEL CARMEN DÍAZ HERNÁNDEZ en \$2.104.619
MARÍA TERESA LARA CAICEDO en \$556.306
MARTHA PATRICIA GUIJO RODRÍGUEZ en \$3.290.908
NATACHA USCATEGUI TORRES en \$2.674.144
MARTHA LILIANA VARELA HERRERA en \$ 725.227

2. TRAMITE DE LA CONCILIACIÓN

La solicitud de conciliación fue presentada por el apoderado judicial de los convocantes en los términos mencionados, el **24 de abril de 2019** y la audiencia de conciliación prejudicial se llevó a cabo ante la **Procuraduría 144 Judicial II para Asuntos Administrativos de la Procuraduría General de la Nación** el día **22 de abril de 2019**³.

² Folios 2 a 15

³ Folio 136 a 138



3. EL ACUERDO

El acuerdo alcanzado en la audiencia antes referida está contenido en las siguientes manifestaciones de las partes:

"Seguidamente, se le concede el uso de la palabra al doctor **CONSUELO VEGA MERCHAN** apoderada de la entidad CONVOCADA **SUPERINTENDENCIA DESOCIEDADES** con el fin de que se sirva indicar la decisión tomada por el comité de conciliación de la entidad en relación con la solicitud incoada: anexa 13 certificaciones suscritas por la Secretaria del Comité de Conciliación doctora Manuelita Bonilla Rojas, expedidas el 14 de mayo de 2019, en 13 folios, en las que se acordó conciliar las siguientes sumas:

La fórmula de conciliación es **bajo los siguientes parámetros**: además de las sumas ya indicadas y los conceptos de cada uno de los solicitantes, se indica:

"2. No se reconocerán intereses ni indexación, o cualquier otro gasto que se pretenda por la convocante, es decir, sólo se reconoce el capital conforme a la liquidación realizada por la entidad.

3. Se debe tener en cuenta la prescripción trienal de las sumas indicadas, conforme la certificación aludida.

3. Se debe tener en cuenta la prescripción trienal de las sumas indicadas, conforme la certificación aludida.

4. Pago: Los valores antes señalados serán cancelados dentro de los 60 días siguientes a aquél en el que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa apruebe la conciliación, no generando intereses tampoco en este lapso.

5. Forma de pago: El pago se realizará, mediante consignación en la cuenta que el funcionario tenga reportada en la entidad para el pago de nómina, salvo indicación en contrario del solicitante, comunicada a la entidad al momento de elevar la petición de pago, o en todo caso, antes de efectuarse el pago respectivo.

Así mismo, los convocantes aceptan que no iniciará acciones contra la Superintendencia de Sociedades que tengan que ver con el reconocimiento de las sumas relativas a los factores solicitados a que se refiere esta conciliación".

Se le concede el uso de la palabra al apoderado de la parte **CONVOCANTE** para que manifieste su posición frente a lo expuesto por la parte convocada: conforme a las certificaciones aportadas por la convocada nos acogemos en todos los términos que allí se plasman. Acto seguido se hace una relación de las pruebas presentadas por la parte **CONVOCANTE**: Poderes, derechos de petición, respuestas de la entidad acto administrativo a conciliar, Liquidación efectuada por la entidad con la correspondiente cuantía y aceptación de liquidación. Acto seguido se hace una relación de las pruebas presentadas por la parte **CONVOCADA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** así: Poder Legalmente conferido, certificados del comité de conciliación. **ESCUCHADAS LAS PARTES LA PROCURADURÍA CONSIDERA** que el anterior acuerdo contiene obligaciones claras, expresas y exigibles, en cuanto al tiempo, modo y lugar de su cumplimiento y reúne los requisitos; (i) del Decreto 1716 de 2009 y del artículo 613 de la Ley 1564 de 2012 (77) la eventual acción contenciosa que se ha podido llegar a presentar no ha caducado (art. 61, ley 23 de 1991, modificado por el art. 81, ley 446 de 1998);



(777) el acuerdo conciliatorio versa sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes (art. 59, ley 23 de 1991, y 70, ley 446 de 1998); (iv) las partes se encuentran debidamente representadas y sus representantes tienen capacidad para conciliar; (v) obran en el expediente las pruebas necesarias que justifican el acuerdo, (vi) en criterio de esta agencia del Ministerio Público, el acuerdo contenido en el acta no es violatorio de la ley y no resulta lesivo para el patrimonio público (art. 65 A, ley 23 de 1.991 y art. 73, ley 446 de 1998)^[21]. En consecuencia, se dispondrá el envío de la presente acta, junto con los documentos pertinentes, al Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá (reparto) para efectos de control de legalidad, advirtiéndolo a los comparecientes que el auto aprobatorio del acuerdo hará tránsito a cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo, razón por la cual no son procedentes nuevas peticiones conciliatorias por los mismos hechos ni demandas ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por las mismas" (Sic)

II. CONSIDERACIONES

1. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL GENERAL PARA LA CONCILIACION PREJUDICIAL

La Ley 1285 de 2009, en su artículo 13, estableció como requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa en acciones consagradas por los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo la celebración de audiencia prejudicial de conciliación ante el Ministerio Público. De igual forma, el artículo 161, numeral 1 de la Ley 1437 de 2011, señala que cuando los asuntos sean conciliables, la conciliación prejudicial constituye requisito de procedibilidad de toda demanda en la que se formulen pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

Por su parte, el Decreto 1716 de 2009, reglamentario de la Ley 1285 de 2009, consagró en su artículo segundo los asuntos susceptibles de conciliación así:

"Artículo 2°. Asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa. Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan.

Parágrafo 1°. No son susceptibles de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo:

- Los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.
- Los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993.
- Los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado.

Parágrafo 2°. El conciliador velará porque no se menoscaben los derechos ciertos e



indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles.

Parágrafo 3°. Cuando la acción que eventualmente se llegare a interponer fuere la de nulidad y restablecimiento de derecho, la conciliación extrajudicial sólo tendrá lugar cuando no procedan recursos en vía gubernativa o cuando esta estuviere debidamente agotada, lo cual deberá acreditarse, en legal forma, ante el conciliador.

(...)" (Negrillas y subrayado fuera de texto)

El artículo 5° del Decreto 1716 de 2009 dispuso que los interesados en la diligencia de conciliación prejudicial, trátense de personas jurídicas o particulares, deberán actuar por intermedio de apoderado, quien deberá ser abogado inscrito y tener facultad expresa para conciliar.

De igual forma, el artículo 6° de la citada norma, consagró los requisitos formales que debe llenar la petición de conciliación, destacándose, entre otros, la aportación de las pruebas que se pretendan hacer valer, la demostración del agotamiento de la vía gubernativa, la indicación de la acción contenciosa administrativa que se pretenda intentar y la estimación razonada de la cuantía de las aspiraciones.

Además, el mismo Decreto en el Capítulo II reguló lo concerniente a los Comités de Conciliación, estableciendo como obligatorio para las entidades de derecho público, los organismos públicos del orden nacional, departamental, distrital, los municipios que sean capital de departamento y los entes descentralizados de esos mismos niveles el funcionamiento de dichos comités; siendo de carácter optativo para las entidades de derecho público de los demás órdenes. Comités que en cada caso específico deben decidir sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos.

Las decisiones de los comités, como las del representante legal de la entidad cuando no se tenga la obligación de constituirlo ni se haya hecho de manera facultativa, son de obligatorio cumplimiento para los apoderados de cada entidad.

De otra parte, de acuerdo con reiterados pronunciamientos del Consejo de Estado⁴, el acuerdo conciliatorio prejudicial se somete a los siguientes supuestos de aprobación:

- La debida representación de las personas que concilian.
- La capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar.
- La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes.

⁴ Ver entre otras, las providencias proferidas por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, el 29 de Enero de 2004, Sección Tercera, Magistrado Ponente ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ 85001-23-31-000-2003-0091-01(25347); y el 25 de Noviembre de 2009, Sección Tercera, Magistrado Ponente MAURICIO FAJARDO GOMEZ 44001-23-31-000-2008-00171-01(36544).



- Que no haya operado la caducidad de la acción.
- Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.
- Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público (artículos 73 y 81 de la Ley 446 de 1998).

Adicionalmente, el artículo 71 de la Ley 446 de 1998 dispuso que cuando medie acto administrativo de carácter particular, puede conciliarse sobre los efectos económicos del mismo, si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, el cual fue reemplazado por el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, conservando las mismas causales de revocatoria, que son las siguientes:

- 1º) Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
- 2º) Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
- 3º) Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

En relación con la audiencia de conciliación extrajudicial en los asuntos contencioso administrativos, el artículo 613 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, dispuso que, cuando la convocada sea una entidad pública, el peticionario deberá acreditar la entrega de copia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación, en los mismos términos previstos para el convocado, con el fin de que ésta resuelva sobre su intervención o no en el Comité de Conciliación de la entidad convocada, así como en la audiencia de conciliación correspondiente.

2. EL CASO CONCRETO

Así entonces el Despacho a efectos de aprobar o improbar el acuerdo conciliatorio prejudicial en estudio procederá a efectuar el análisis de cada uno de los anteriores supuestos.

2.1. Representación de las partes y la capacidad de sus representantes para conciliar

La actuación de los interesados dentro de la conciliación extrajudicial, según lo dispone el artículo 5 del Decreto 1716 de 2009 debe ser a través de abogado inscrito y tener facultad expresa para conciliar.

Las partes acudieron a la audiencia de conciliación, así:

Parte convocante



En representación de los convocantes asistió **LAURA ALEJANDRA MEDINA GONZÁLEZ**, quien venía actuando como apoderada de los mismos y tenía facultad para conciliar (fl. 16, 23, 35, 41, 47, 52, 61, 67, 75, 84, 94, 100 y 106), quien acreditó la calidad de abogada según se desprende del primer folio del acta de conciliación obrante a folio **136**.

Parte convocada

CONSUELO VEGA MERCHÁN⁵ en representación de la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**, quien acreditó la calidad de abogado según se desprende de lo consignado en el primer folio del acta de conciliación.

A su vez se allegaron certificaciones expedidas con fecha 14 de mayo de 2019 del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Superintendencia de Sociedades, donde consta que en reunión del Comité de 14 de mayo de 2019, se decidió, entre otras cosas, conciliar en relación con las solicitudes de los aquí convocantes los valores por ellos solicitados y obtenidos de la reliquidación de la Prima de Actividad y la Bonificación por recreación, incluyendo la Reserva Especial del Ahorro como factor computable. (fl. 123 a 135).

Como las partes dentro de la audiencia de conciliación estuvieron representadas por quienes acreditaron la calidad de abogado y ostentaban poder para actuar, con capacidad para conciliar, el Despacho encuentra cumplidos los dos primeros requisitos exigidos para la aprobación del acuerdo.

2.2. Sobre la disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes

En el caso objeto de estudio, el acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes, tiene que ver con unas prestaciones derivadas de la relación laboral existente entre los convocantes y la entidad convocada, por lo que a ello se ceñirá el Despacho para determinar la procedencia del acuerdo en estudio.

El artículo 53 de la Constitución Política le atribuyó al Congreso de la República el deber de expedir el estatuto del trabajo teniendo en cuenta, entre otros aspectos, unos principios mínimos fundamentales de carácter laboral como la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y las facultades para conciliar y transigir sobre derechos inciertos y discutibles.

La Ley 640 de 2001 en su artículo 19, al regular lo concerniente con la conciliación extrajudicial en derecho dispuso que se puede conciliar todas las materias que sean

⁵ Fl. 119



susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación; así entonces, en armonía con el precepto constitucional antes referido, en materia laboral no serían susceptibles de conciliar los derechos ciertos e indiscutibles.

De las pruebas allegadas con la petición de conciliación, así como de los hechos y pretensiones de la solicitud, se advierte que el eventual litigio a solucionar, se circunscribe a determinar si es posible reliquidar la Prima de Actividad y la Bonificación por Recreación de los convocantes, incluyendo la Reserva Especial del Ahorro como partida computable; en este orden de ideas, el acuerdo no versó sobre derechos imprescriptibles e irrenunciables expresamente protegidos por normas de derecho público, como sería el caso de los derechos pensionales.

Así entonces, en el caso bajo estudio, como el acuerdo logrado ante la Procuraduría General de la Nación surgió tiene que ver con un eventual conflicto particular de contenido económico donde se involucran derechos inciertos y discutibles susceptibles de conciliar, se cumple con el tercer supuesto exigido para la aprobación.

2.3. Del cumplimiento de los requisitos de la solicitud de conciliación prejudicial

Como ya se anotó, el artículo 6º del Decreto 1716, consagró unos requisitos formales que debe llenar la petición de conciliación, destacándose, entre otros, la aportación de las pruebas que se pretendan hacer valer, la demostración del agotamiento de la vía gubernativa, la indicación de la acción contenciosa administrativa que se pretenda intentar y la estimación razonada de la cuantía de las aspiraciones.

Al respecto, el Despacho encuentra que la solicitud de conciliación prejudicial no cumplió con los requisitos de la norma, para su trámite ante el respectivo Agente del Ministerio Público, por las razones que se exponen a continuación.

La Reserva especial del Ahorro fue prevista en el artículo 58 del Acuerdo 040 de 13 de Noviembre de 1991, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades "CORPORANÓNIMAS", en los siguientes términos:

"Artículo 58.- CONTRIBUCION AL FONDO DE EMPLEADOS. RESERVA ESPECIAL DEL AHORRO. Corporanónimas contribuirá con sus aportes al Fondo de Empleados de la Superintendencia de Sociedades y Corporanonimas, Entidad con Personería Jurídica reconocida por la Superintendencia Nacional de Cooperativas. Para tal fin **pagará mensualmente a sus afiliados forzosos una suma equivalente al sesenta y cinco por ciento (65%) del sueldo básico, prima de antigüedad, prima técnica y gastos de representación;** de este porcentaje entregará Corporanónimas directamente al Fondo el quince por ciento (15%), previa deducción de la cotización que sea del caso por concepto de la afiliación de los beneficiarios. Los afiliados forzosos contribuirán mensualmente al Fondo con el cinco por (5%) de las asignaciones básicas mensuales fijadas por la ley" (Negrilla y subrayado extratexto)



De acuerdo con el artículo precedente, la reserva especial del ahorro constituye una acreencia de carácter laboral, por lo tanto, el medio de control procedente para reclamar por vía judicial su reconocimiento e inclusión como partida computable para la liquidación de otras prestaciones, eventualmente sería el de nulidad y restablecimiento del derecho, como acertadamente lo afirman los convocantes.

Así lo ha considerado el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, entre otras la sentencia de fecha 23 de junio de 2010, donde manifestó:

"Interpretando el contenido de la demanda, puede colegirse, en estricto sentido, que lo pretendido realmente por el actor es que se le reconozcan los salarios dejados de percibir y las prestaciones sociales a las que tendría derecho, tal como se le reconoce a quienes desarrollan actividades semejantes, en consideración a que las labores de celaduría que desempeñó en el Departamento de Casanare, a través de órdenes de prestación de servicios, revisten todos los elementos propios de una relación legal y reglamentaria; sin embargo, a juicio de la Sala, la acción formulada por el demandante, con miras a obtener la satisfacción de los derechos alegados y que estarían siendo desconocidos por la Administración, no es la indicada, pues él debió acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por ser ésta la que procede en situaciones como la anotada, de tal suerte que la Sala confirmará la decisión de primera instancia en cuanto encontró acreditada la excepción de indebida escogencia de la acción."

(...)

En cuanto a la reclamación por el no pago de las prestaciones sociales a las que tiene derecho una persona en virtud de una relación laboral con la Administración, por aplicación del principio de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado lo siguiente en torno a la acción procedente para hacer efectivos los derechos conculcados:

"La acción pertinente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., porque lo que ha debido hacer es demandar el acto administrativo de carácter particular, expreso o ficto, que le negó el pago de las prestaciones sociales reclamadas, por transgredir el ordenamiento jurídico, a efectos de que se le restablezca el derecho lesionado y/o se le repare el daño ocasionado."

Es innegable la diferencia que existe entre la acción interpuesta por el demandante –acción de reparación directa- y **la acción que realmente resultaba procedente en el sub lite -acción de nulidad y restablecimiento del derecho,** pues el Código Contencioso Administrativo establece que mediante el ejercicio de la acción de reparación directa la persona interesada puede demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa, **mientras que mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo, se le restablezca en su derecho y se le repare el daño causado;**⁶ (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En otra oportunidad la misma Corporación indicó:

⁶ Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 23 de junio de 2010. Consejera Ponente (E): Dra. Gladys Agudelo Ordóñez. Expediente: 85001-23-31-000-1998-00129-01(18319).



"La esencia de la figura jurídica del restablecimiento del derecho está dada por la finalidad que persigue la acción, en este caso, restablecer pecuniariamente el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el señor JOSE WIDMAN ARIAS CÁRDENAS durante periodos determinados al servicio laboral de la entidad demandada, eso sí, como consecuencia jurídica de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo viciado de legalidad. Entre tanto que, la acción de reparación directa, consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, si bien coincide en su naturaleza reparatoria con la de la nulidad y restablecimiento del derecho, difiere de ésta última en la causa del daño. En efecto, la primera solo será procedente en los casos en que el perjuicio haya sido causado por un hecho, una omisión, una operación administrativa, la ocupación temporal o permanente de un inmueble; en cambio, la de nulidad y restablecimiento del derecho procede siempre que el origen del daño sea un acto administrativo viciado de algún tipo de ilegalidad. Debe recordarse que, la procedencia de una u otra acción y su elección por parte del demandante tienen relación con el debido proceso del posible demandado, de manera que, no puede entenderse que la indebida escogencia de la acción es un simple defecto formal de la demanda, ni escogerse aleatoriamente al entender del accionante, sino a la naturaleza de la acción misma. Ante la inconformidad de los pronunciamientos y la existencia de los actos administrativos proferidos por el ente territorial demandado, entonces sí, el demandante debió poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado mediante la acción pertinente, que a todas luces, es la de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 del C.C.A.), por cuanto se repite, el reclamo es el pago de salarios y otras acreencias laborales, propio de la naturaleza de esta clase de acción, claro está con los presupuestos de procedibilidad como la caducidad, entre otros" (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Ahora bien, el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, consagró el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, así:

"Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare **la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto**, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

(...)" (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Por su parte, el artículo 163 *ibídem* indica:

"Artículo 163. Individualización de las pretensiones. **Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión.** Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron.

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda."

En el caso objeto de estudio, teniendo en cuenta que, como se dijo, el medio de control procedente sería el de nulidad y restablecimiento del derecho, los convocantes debieron dar cumplimiento a lo señalado en las normas precedentes, esto es, individualizar con precisión los actos administrativo que eventualmente serían enjuiciables ante esta jurisdicción, acreditando, además, el debido agotamiento de la vía gubernativa, como lo disponen el Parágrafo 3° del artículo segundo y artículo 6°, literal g) del Decreto 1716 de

⁷ Sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", 23 de julio de 2009. Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Expediente: 76001-23-31-000-2007-01133-01(0944-08).



2009.

A pesar de estar demostrado que se agotó en debida forma la vía gubernativa, no se individualizaron en debida forma los actos que eventualmente serían enjuiciables, por lo tanto no se dio cumplimiento a cabalidad a lo señalado en las normas referidas.

En efecto, las peticiones hechas por los convocantes vistas a folios 17, 24, 35, 42, 48, 53, 62, 68, 77, 86, 96, 101 y 108 tuvieron por objeto la reliquidación del valor de la prima de actividad, de la bonificación por recreación y viáticos, según el caso, con inclusión de la Reserva Especial del ahorro.

De otra parte, si bien es cierto que por medio de los Oficios radicados bajo los Nos. 2019-01-054938 (fl. 18), 2019-01-054928 (fl. 26), 2019-01-054898 (fl. 37), 2019-01-394576 (fl. 43), 2019-01-024211 (fl. 49), 2019-01-054899 (fl. 55), 2019-01-054902 (fl. 63), 2019-01-024207 (fl. 69), 2019-01-054906 (fl. 78), 2019-01-054909 (fl. 88), 2019-01-048437 (fl. 96), 2019-01-048435 (fl. 101) y 2019-01-015980 (fl. 109), la Superintendencia de Industria y Comercio dio respuesta a las peticiones de los convocantes, también lo es que, en los mentados oficios, la entidad **no emitió ningún pronunciamiento expreso** negando o accediendo el reconocimiento, reliquidación y pago de dichas prestaciones incluyendo la Reserva Especial del Ahorro como partida computable, sino que se limitó a transcribir el contenido del Acta de una reunión del Comité de Conciliación y Defensa Judicial, donde se estudió la posibilidad de reconocer las prestaciones a las que se ha hecho referencia por vía de conciliación extrajudicial, razón por la cual, los mentados oficios no son un acto administrativo demandable, pues **no contiene una decisión de fondo**.

Es de anotar, que si bien es cierto el parágrafo de 1° del artículo 6° Decreto 1716 de 2009 indica que no se podrá rechazar de plano la solicitud de conciliación prejudicial por el incumplimiento de los requisitos allí señalados, también lo es que, según la misma norma, es al representante del Ministerio Público ante quien se presenta la solicitud de conciliación extrajudicial, a quien le corresponde inadmitirla y propender por el cumplimiento de los requisitos que la norma estipula, informando al interesado sobre las falencias que se deban enmendar.

Por otro lado, se debe advertir que la conciliación, es un instrumento a través del cual se puede solucionar un conflicto o controversia determinados sin necesidad de acudir a los estrados judiciales.

El artículo 1° del Decreto 1818 de 1998 "Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos", definió la conciliación en los siguientes términos:



"Artículo 1º. Definición. La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador. (Artículo 64 Ley 446 de 1998)."

Atendiendo la anterior definición normativa, en el caso objeto de estudio, la conciliación prejudicial no sería procedente, toda vez que, no existe controversia alguna, pues como ha quedado establecido, la administración pretende pagar unas sumas de dinero que considera adeudar a los convocantes y por esa razón no se ha expedido ningún acto administrativo que niegue ese derecho.

Por su lado, **los convocantes** no ha manifestado su oposición frente al reconocimiento en su favor de la reliquidación de la Prima de Actividad y la Bonificación por Recreación incluyendo como partida computable, la Reserva Especial del Ahorro, por esta razón, se reitera no existe un conflicto entre las partes y por ende, la conciliación no es procedente.

En consecuencia, lo que la entidad debía hacer, es expedir el correspondiente acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones adeudadas a los convocantes, sin necesidad de acudir al mecanismo de la conciliación extrajudicial o, en su defecto, debió expedir un acto en el que manifestara la imposibilidad de efectuar dicho pago y las razones de dicha imposibilidad. De esta forma, se habría configurado un acto que eventualmente sería demandable ante esta jurisdicción a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se reitera, es el procedente en tratándose de asuntos de carácter laboral.

Así las cosas, como la solicitud de conciliación extrajudicial no cumple con los requisitos normativos enunciados, no había lugar a su admisión por parte del Ministerio Público y por las mismas razones, no es posible impartirle aprobación al acuerdo celebrado por las partes.

Se advierte que en tratándose del estudio de conciliaciones prejudiciales, la facultad del Juez se limita a verificar el cumplimiento de los requisitos de la solicitud y la legalidad del acuerdo, para de esta forma determinar si hay lugar o no a impartirle aprobación. Esto significa que, al funcionario judicial no le está permitido modificar de ninguna manera las condiciones del acuerdo, ni subsanar los vicios que se hayan podido presentar en la actuación surtida ante el conciliador.

2.4. Sobre la caducidad de la acción

En relación con las conciliaciones prejudiciales, la caducidad se determina de conformidad con la acción que procedería ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.



El convocante, en su escrito de solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, indicó que en caso de no allegarse a un acuerdo la acción contenciosa administrativa a intentar sería la de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral.

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 23 de Decreto 2304 de 1989 y por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, establece que las acciones de restablecimiento del derecho caducan al cabo de cuatro meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto; pero que, pueden demandarse en cualquier tiempo los actos que reconozcan prestaciones periódicas y los actos presuntos que resuelven un recurso.

Pese a ello como quedo señalado en parrados anteriores en el presente asunto no se avizora acto administrativo respecto del cual se podría efectuar el conteo para determinar que no ha operado el fenómeno de la caducidad.

2.5. Sobre las probabilidades de que los actos a demandar sean anulados por la Jurisdicción Contencioso Administrativa

El artículo 65 A de la Ley 23 de 1991, adicionado por la Ley 446 de 1998 en su artículo 73, dispone que para poderse aprobar un acuerdo conciliatorio, se debe establecer que ese arreglo económico cuente con las pruebas necesarias, se ajuste a la ley y no resulte lesivo al patrimonio público.

De otra parte, como ya se anotó, el artículo 71 de la Ley 446 de 1998 consignó que cuando medie acto administrativo de carácter particular, puede conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, hoy remplazado por el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, implicando esto que para efectos de la aprobación de la conciliación dicho acto debe tener probabilidad de ser declarado nulo por el juez natural en sede judicial.

Acorde con lo anterior, con base en los hechos que se encuentren probados dentro del expediente se procede a determinar el marco normativo y jurisprudencial a aplicar al caso y tomar la decisión sobre el cumplimiento de las condiciones o supuestos a analizar en este acápite.



Hechos probados

- Según certificación de 01 de marzo de 2019, suscrita por el Coordinador Grupo de Administración de Personal de la Superintendencia de Sociedades⁸, Amparo Isabel Lujan Carrillo con cédula de ciudadanía No. 49778635 labora en dicha entidad desde el 10 de agosto de 2007 a la fecha de expedición de la mencionada certificación, en el cargo de Secretario Ejecutivo 421015 de la Planta Globalizada.

De igual manera se indicó en la mencionada certificación que en el periodo objeto de solicitud (18 de febrero de 2016 a 18 de febrero de 2019) se certificó por parte de la entidad convocada que la convocante tenía derecho a un reajuste teniendo en cuenta la reserva especial del ahorro, por la suma de \$1.519.536 respecto de la prima de actividad y bonificación por recreación.

- Según certificación de 01 de marzo de 2019, suscrita por el Coordinador Grupo de Administración de Personal de la Superintendencia de Sociedades⁹, Carol Bibiana Martínez Camelo con cédula de ciudadanía No. 1015405309 laboró en dicha entidad desde el 08 de agosto de 2017 a 2 de diciembre de 2018, con último cargo de asesor 102013 de la Planta Globalizada.

De igual manera se indicó en la mencionada certificación que en el periodo objeto de solicitud (8 de agosto de 2017 a 18 de febrero de 2019) se certificó por parte de la entidad convocada que la convocante tenía derecho a un reajuste teniendo en cuenta la reserva especial del ahorro, por la suma de \$2.830.388 respecto de la prima de actividad y bonificación por recreación.

- Según certificación de 01 de marzo de 2019, suscrita por el Coordinador Grupo de Administración de Personal de la Superintendencia de Sociedades¹⁰, Claudia Consuelo Pedraza Córdoba con cédula de ciudadanía No. 40028914, labora en dicha entidad desde el 12 de enero de 1996 a la fecha de expedición de la mencionada certificación, en el cargo de Profesional Especializado 202820 de la Planta Globalizada.

De igual manera se indicó en la mencionada certificación que en el periodo objeto de solicitud (22 de febrero de 2017 a 12 de febrero de 2019) se certificó por parte de la entidad convocada que la convocante tenía derecho a un reajuste teniendo en cuenta la reserva especial del ahorro, por la suma de \$4.041.939 respecto de la

⁸ Folio 19

⁹ Folio 28

¹⁰ Folio 38



prima de actividad y bonificación por recreación.

- Según certificación de 28 de agosto de 2018, suscrita por el Coordinador Grupo de Administración de Personal de la Superintendencia de Sociedades¹¹, Diana Rocío Santos Vásquez con cédula de ciudadanía No. 52961649 labora en dicha entidad desde el 18 de marzo de 2013 a la fecha de expedición de la mencionada certificación, en el cargo de Profesional Universitario 204411 de la Planta Globalizada.

De igual manera se indicó en la mencionada certificación que en el periodo objeto de solicitud (1 de octubre de 2015 a 17 de agosto de 2018) se certificó por parte de la entidad convocada que la convocante tenía derecho a un reajuste teniendo en cuenta la reserva especial del ahorro, por la suma de \$1.984.662 respecto de la prima de actividad y bonificación por recreación.

- Según certificación de 01 de febrero de 2019, suscrita por el Coordinador Grupo de Administración de Personal de la Superintendencia de Sociedades¹², Freddy Hernando Cortes Rojas con cédula de ciudadanía No. 19260897 labora en dicha entidad desde el 10 de diciembre de 1991 a la fecha de expedición de la mencionada certificación, en el cargo de Profesional Universitario 204411 de la Planta Globalizada.

De igual manera se indicó en la mencionada certificación que en el periodo objeto de solicitud (15 de junio de 2017 a 22 de enero de 2019) se certificó por parte de la entidad convocada que el convocante tenía derecho a un reajuste teniendo en cuenta la reserva especial del ahorro, por la suma de \$2.101.617 respecto de la prima de actividad y bonificación por recreación.

- Según certificación de 01 de marzo de 2019, suscrita por el Coordinador Grupo de Administración de Personal de la Superintendencia de Sociedades¹³, Jorge Enrique Ramos Arias con cédula de ciudadanía No. 19457519 labora en dicha entidad desde el 04 de abril de 1995 a la fecha de expedición de la mencionada certificación, en el cargo de Profesional Universitario 204411 de la Planta Globalizada.

De igual manera se indicó en la mencionada certificación que en el periodo objeto de solicitud (7 de octubre de 2016 a 13 de febrero de 2019) se certificó por parte de la entidad convocada que el convocante tenía derecho a un reajuste teniendo en

¹¹ Folio 44

¹² Folio 50

¹³ Folio 57



cuenta la reserva especial del ahorro, por la suma de \$2.101.617 respecto de la prima de actividad y bonificación por recreación.

- *Según certificación de 01 de marzo de 2019, suscrita por el Coordinador Grupo de Administración de Personal de la Superintendencia de Sociedades¹⁴, Julio Roberto Blanco Quintero con cédula de ciudadanía No. 4133703 labora en dicha entidad desde el 20 de septiembre de 1990 a la fecha de expedición de la mencionada certificación, en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales 406408 de la Planta Globalizada.*

De igual manera se indicó en la mencionada certificación que en el periodo objeto de solicitud (6 de octubre de 2016 a 13 de febrero de 2019) se certificó por parte de la entidad convocada que el convocante tenía derecho a un reajuste teniendo en cuenta la reserva especial del ahorro, por la suma de \$2.830.388 respecto de la prima de actividad y bonificación por recreación.

- *Según certificación de 01 de febrero de 2019, suscrita por el Coordinador Grupo de Administración de Personal de la Superintendencia de Sociedades¹⁵, Luis Hernán Sánchez con cédula de ciudadanía No. 11254522 labora en dicha entidad desde el 13 de diciembre de 1996 a la fecha de expedición de la mencionada certificación, en el cargo de Técnico Operativo 313214 de la Planta Globalizada.*

De igual manera se indicó en la mencionada certificación que en el periodo objeto de solicitud (21 de enero de 2016 a 21 de enero de 2019) se certificó por parte de la entidad convocada que el convocante tenía derecho a un reajuste teniendo en cuenta la reserva especial del ahorro, por la suma de \$2.830.388 respecto de la prima de actividad y bonificación por recreación.

- *Según certificación de 05 de marzo de 2019, suscrita por el Coordinador Grupo de Administración de Personal de la Superintendencia de Sociedades¹⁶, María del Carmen Díaz Hernández con cédula de ciudadanía No. 66884390 labora en dicha entidad desde el 24 de octubre de 2012 a la fecha de expedición de la mencionada certificación, en el cargo de Auxiliar de Profesional Universitario 204407 de la Planta Globalizada.*

De igual manera se indicó en la mencionada certificación que en el periodo objeto de solicitud (6 de enero de 2017 a 19 de febrero de 2019) se certificó por parte de

¹⁴ Folio 64

¹⁵ Folio 71

¹⁶ Folio 80



la entidad convocada que la convocante tenía derecho a un reajuste teniendo en cuenta la reserva especial del ahorro, por la suma de \$1.825.330 respecto de la prima de actividad y bonificación por recreación y \$279.289 por concepto de viáticos.

- Según certificación de 01 de marzo de 2019, suscrita por el Coordinador Grupo de Administración de Personal de la Superintendencia de Sociedades¹⁷, María Teresa Lara Caicedo con cédula de ciudadanía No. 51646574 laboró en dicha entidad desde el 17 de abril de 1995 hasta el 27 de noviembre de 2016, con último cargo de Secretaria Ejecutivo de la Planta Globalizada.

De igual manera se indicó en la mencionada certificación que en el periodo objeto de solicitud (13 de febrero de 2016 a 13 de febrero de 2019) se certificó por parte de la entidad convocada que la convocante tenía derecho a un reajuste teniendo en cuenta la reserva especial del ahorro, por la suma de \$556.306 respecto de la prima de actividad y bonificación por recreación.

- Según certificación de 15 de febrero de 2019, suscrita por el Coordinador Grupo de Administración de Personal de la Superintendencia de Sociedades¹⁸, Martha Patricia Guijo Rodríguez con cédula de ciudadanía No. 51.633696 labora en dicha entidad desde el 05 de agosto de 1998 a la fecha de expedición de la mencionada certificación en el cargo de Profesional Universitario 204407 de la Planta Globalizada.

De igual manera se indicó en la mencionada certificación que en el periodo objeto de solicitud (31 de enero de 2016 a 31 de enero de 2019) se certificó por parte de la entidad convocada que la convocante tenía derecho a un reajuste teniendo en cuenta la reserva especial del ahorro, por la suma de \$3.290.908 respecto de la prima de actividad y bonificación por recreación.

- Según certificación de 15 de febrero de 2019, suscrita por el Coordinador Grupo de Administración de Personal de la Superintendencia de Sociedades¹⁹, Natacha Uscategui Torres con cédula de ciudadanía No. 39547379 labora en dicha entidad desde el 25 de agosto de 1994 a la fecha de expedición de la mencionada certificación en el cargo de Profesional Universitario 204407 de la Planta Globalizada.

De igual manera se indicó en la mencionada certificación que en el periodo objeto

¹⁷ Folio 90

¹⁸ Folio 97

¹⁹ Folio 102



de solicitud (31 de enero de 2016 a 31 de enero de 2019) se certificó por parte de la entidad convocada que la convocante tenía derecho a un reajuste teniendo en cuenta la reserva especial del ahorro, por la suma de \$2594.671 respecto de la prima de actividad y bonificación por recreación y de \$79.473 por concepto de viáticos.

- Según certificación de 21 de enero de 2019, suscrita por el Coordinador Grupo de Administración de Personal de la Superintendencia de Sociedades²⁰, Martha Liliana Varela Herrera con cédula de ciudadanía No. 52956417 labora en dicha entidad desde el 15 de enero de 2015 a la fecha de expedición de la mencionada certificación en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales Código 4064 Grado 8 de la Planta Globalizada.

De igual manera se indicó en la mencionada certificación que en el periodo objeto de solicitud (2 de enero de 2016 a 2 de enero de 2019) se certificó por parte de la entidad convocada que la convocante tenía derecho a un reajuste teniendo en cuenta la reserva especial del ahorro, por la suma de \$725.227 respecto de la prima de actividad y bonificación por recreación.

- Que los convocantes solicitaron a la Superintendencia de Sociedades la reliquidación de la prima de actividad, de la bonificación por recreación y de los viáticos teniendo en cuenta la Reserva Especial del Ahorro.²¹
- Que la Superintendencia de Sociedades con Oficios radicados bajo los Nos. 2019-01-054938 (fl. 18), 2019-01-054928 (fl. 26), 2019-01-054898 (fl. 37), 2019-01-394576 (fl. 43), 2019-01-024211 (fl. 49), 2019-01-054899 (fl. 55), 2019-01-054902 (fl. 63), 2019-01-024207 (fl. 69), 2019-01-054906 (fl. 78), 2019-01-054909 (fl. 88), 2019-01-048437 (fl. 96), 2019-01-048435 (fl. 101) y 2019-01-015980 (fl. 109), informa a los convocantes que a la entidad le asiste animo conciliatorio.
- Que el Secretario del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Superintendencia de Sociedades certifico se expuso formula conciliatoria respecto de los convocantes.²²
- Con escrito de 24 de marzo de 2019 los convocantes solicitaron a la Procuraduría Delegada para Asuntos Administrativos se concilien los efectos contenidos y decididos con la Superintendencia de Sociedades respecto al reajuste de ciertos factores teniendo en cuenta la denominada reserva especial del ahorro.²³

²⁰ Folio 110

²¹ Folios 17, 24, 35, 42, 48, 53, 62, 68, 77, 86, 96, 101 y 108

²² Folios 123 a 135

²³ Folio 1 a 15



- La procuraduría 144 Judicial II para asuntos Administrativos con fecha 22 de abril de 2019 llevó a cabo audiencia de conciliación judicial entre la Superintendencia de Sociedades y los aquí convocantes.²⁴

Pese a lo anterior considera importante el Despacho consignar el criterio que en otros casos similares ha aplicado en relación con la posibilidad de incluir la reserva especial del ahorro como parte de la asignación básica mensual y por ende considerarla factor salarial para la liquidación de otros haberes laborales, para tales efectos se han examinado las nociones de prestación social y de salario.

Prestaciones sociales

Son derechos a favor del trabajador que emergen de la relación laboral y tienen como finalidad ampararlo en los riesgos o contingencias a las que suele verse sometido; pueden ser en económicas o asistenciales, a su vez pueden estar a cargo del empleador, de la seguridad social o de las cajas de compensación familiar.

Acorde con lo establecido en el artículo 14 del Decreto 3135 de 1968, el artículo 5 del Decreto 1045 de 1978, modificados por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, las prestaciones sociales para los empleados públicos son las siguientes:

a) A cargo de la seguridad social, son de carácter económico y/o asistencial y tienen como fin la protección del trabajador frente a las contingencias relacionados con la salud, la vejez o la muerte:

- Asistencia médica, odontológica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.
- Auxilio por enfermedad no profesional.
- Indemnización por accidente de trabajo.
- Indemnización por enfermedad profesional.
- Auxilio de maternidad.
- Pensión de jubilación.
- Pensión de invalidez.
- Pensión de vejez.
- Seguro por muerte.
- Auxilio funerario.
- Seguro por muerte.

b) A cargo del empleador, son de carácter económico, pueden ser en dinero o en especie

²⁴ Folio 136 a138



y están encaminadas a amparar la subsistencia del trabajador y su familia al terminar su vínculo laboral, garantizarle el descanso remunerado o la prestación del servicio, o atender gastos extraordinarios, son:

- Vacaciones.
- Prima de Vacaciones.
- Prima de Navidad.
- Auxilio de cesantía.
- Auxilio funerario.
- Calzado y vestido de labor.

c) A cargo de las cajas de compensación familiar, constituyen un alivio para el trabajador frente a las cargas económicas que le representan el sostenimiento de la familia como núcleo de la sociedad y son:

- Subsidio familiar.
- Auxilio de desempleo.

Salario

Concordante con lo dispuesto en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, constituye salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado o trabajador como retribución directa por sus servicios prestados, no opera por la mera liberalidad del empleador y constituye un ingreso personal a su patrimonio.

El citado artículo 42, dispone que son factores de salario los siguientes:

- *Asignación básica:* corresponde al valor mensual básico señalado para el cargo o empleo, está determinada por las funciones, responsabilidades, requisitos de conocimientos y experiencia requeridos para el ejercicio, según la denominación y el grado establecido en el sistema de nomenclatura y escalas de remuneración²⁵.
- *Valor del trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio:* todo aquel servicio prestado fuera de la jornada laboral ordinaria sea en el día, en la noche o en días de descanso obligatorio.
- *Los gastos de representación:* constituyen una remuneración mensual prevista para facilitar el desempeño del cargo de altos funcionarios que representan a la

²⁵ Artículo 13 del Decreto 1042 de 1978.



administración²⁶.

- *La prima técnica: creada con el fin de mantener vinculados a la administración a ciertos empleados en razón a sus especiales calidades de estudios, experiencia o evaluación del desempeño.*
- *El auxilio de transporte: dinero que se reconoce y paga directamente al empleado para facilitar su desplazamiento al lugar de trabajo en aquellas ciudades donde se presta el servicio público de transporte; no se tiene derecho a éste cuando se disfruta de vacaciones, se encuentre en licencia, suspendido en el ejercicio de funciones, cuando la entidad preste el servicio o se devengue más de dos salarios mínimos legales mensuales.*
- *El subsidio de alimentación: suma de dinero que se reconoce al empleado con destino a la provisión de sus alimentos y como retribución a la prestación de sus servicios; no se tiene derecho a éste cuando se disfruta de vacaciones, se encuentre en licencia, suspendido en el ejercicio de funciones, cuando la entidad preste el servicio o la asignación básica supere el tope máximo establecido para acceder a él.*
- *La prima de servicio: reconocimiento equivalente a 15 días de salario que se hace al empleado en la primera quincena del mes de Julio de cada año de servicios prestados.*
- *La bonificación por servicios prestados: reconocimiento económico a favor del empleado que se causa cada vez que cumpla un año de servicios continuos.*
- *Los viáticos percibidos por funcionarios en comisión: reconocimiento en dinero que se hace a los empleados por concepto de alojamiento y manutención cuando deban desempeñar sus funciones en lugar diferente a su sede habitual de trabajo o deban atender transitoriamente actividades oficiales diferentes a las del empleo del cual se es titular.*
- *Los incrementos por antigüedad: aumentos salariales basados en la antigüedad de vinculación del empleado.*

La reserva especial del ahorro

La Reserva Especial del Ahorro fue prevista en el artículo 58 del Acuerdo 040 de 13 de Noviembre de 1991, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Social de la

²⁶ Ver, entre otros, Decretos 1042 de 1978 artículos 43 y 44, 2054 de 1973, 540 de 1977 y 1396 de 2010.



Superintendencia de Sociedades "CORPORANÓNIMAS", en los siguientes términos:

"Artículo 58.- CONTRIBUCION AL FONDO DE EMPLEADOS. RESERVA ESPECIAL DEL AHORRO. Corporanónimas contribuirá con sus aportes al Fondo de Empleados de la Superintendencia de Sociedades y Corporanonimas, Entidad con Personería Jurídica reconocida por la Superintendencia Nacional de Cooperativas. Para tal fin **pagará mensualmente a sus afiliados forzosos una suma equivalente al sesenta y cinco por ciento (65%) del sueldo básico, prima de antigüedad, prima técnica y gastos de representación;** de este porcentaje entregará Corporanónimas directamente al Fondo el quince por ciento (15%), previa deducción de la cotización que sea del caso por concepto de la afiliación de los beneficiarios. Los afiliados forzosos contribuirán mensualmente al Fondo con el cinco por (5%) de las asignaciones básicas mensuales fijadas por la ley" (Resaltado por el Despacho)

Dicha Corporación, cuya personería jurídica fue reconocida mediante Resolución 097 de 1946 del Ministerio de Justicia²⁷, y reestructurada mediante Decreto 2156 de 30 de Diciembre de 1992, era un establecimiento público del orden nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico; como entidad de previsión social, tenía a su cargo el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, económicas y médico asistenciales para los empleados de las superintendencias afiliadas a ella, así como las de sus propios empleados.

Sin embargo, Corpoanónimas fue suprimida por Decreto 1695 de 1997, que en su artículo 12 dispuso que el **régimen especial de prestaciones económicas** contenido en los Decretos 2739 de 1991, 2156 de 1992, 2621 de 1993, 1080 de 1996 y el Acuerdo 040 de 1991, en adelante estarían a cargo de las mismas superintendencias respecto de sus empleados, para lo cual en cada vigencia fiscal se apropiarían las partidas necesarias en cada una de ellas.

Acorde con lo anterior, la naturaleza salarial o prestacional de la reserva especial del ahorro no resulta muy clara, puesto que aun cuando su pago estaba a cargo de CORPORANONIMAS, entidad de previsión, nótese que de lo consignado en el artículo 58 antes transcrito, no se desprende que tenga como finalidad amparar a los empleados de riesgo o contingencia alguna a las que pueda verse sometido, para que sea considerada como una prestación social.

Así entonces, no siendo prestación social, pero constituyéndose en una suma habitual y periódica que recibe un empleado como retribución por sus servicios prestados tendría la connotación de salario.

No obstante su condición de salario, para los efectos del acuerdo económico en estudio debe tenerse en cuenta que el mismo se logró bajo el supuesto que la

²⁷ Diario oficial 26093 de 28 de Marzo de 1946.



SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO debía reconocer y cancelar al convocante las diferencias o reajustes generados al omitir la reserva especial del ahorro como parte integral de la **asignación básica mensual**, por ello resulta necesario establecer si dada la condición salarial de dicha reserva, la misma debe ser considerada como asignación básica para liquidar otros factores de salario u otras prestaciones sociales.

Sobre la asignación básica, el Consejo de Estado en concepto de fecha 21 de Junio de 1996, con ponencia del Consejero Javier Henao Hidrón, proferido con radicado 839, sostuvo:

"Desde la expedición de la Ley 83 de 1931, se llama sueldo el pago de los servicios de los empleados públicos, el cual debe hacerse por periodos iguales vencidos y sin que sobrepase el mes calendario; se acepta como una noción restringida que coincide con la asignación básica fijada por la ley para los diversos cargos de la administración pública."

Las asignaciones básicas como ya se anotó corresponden al valor mensual básico o primario señalado para cada cargo o empleo, sin tener en cuenta o liquidarse en función de otros factores salariales, y son fijadas anualmente por el Gobierno Nacional acorde con lo dispuesto en la Ley 4 de 1992 y en el artículo 150 numeral 19 literal e) y f) de la Constitución Política.

Características anteriores que no cumple la reserva especial del ahorro por lo siguiente:

- Aun cuando es un pago que se hace mensualmente, este reconocimiento no constituye el monto inicial sobre el cual se van a liquidar otros factores salariales o prestaciones sociales; así se infiere sin lugar a dudas, del contenido del artículo 58 del Acuerdo 040 de 13 de Noviembre de 1991, que dispone que el pago mensual que debe hacer a sus afiliados forzosos corresponde al 65% del **sueldo básico, la prima de antigüedad, la prima técnica y los gastos de representación**, es decir, es el resultado de aplicar un porcentaje sobre varios factores salariales.
- No obstante que en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 1695 de 1997 expedido por el Gobierno Nacional, se continuó con el reconocimiento y pago de la reserva especial del ahorro, el gobierno no le dio el tratamiento de asignación básica, ni siquiera de factor de salario, pues claramente hizo referencia a que "el régimen especial **de prestaciones económicas**" contenido en los Decretos 2739 de 1991, 2156 de 1992, 2621 de 1993, 1080 de 1996 y el Acuerdo 040 de 1991, en adelante estarían a cargo de las mismas superintendencias respecto de sus empleados, para lo cual en cada vigencia fiscal se apropiarían las partidas necesarias en cada una de ellas.
- La reserva especial del ahorro no fue creada por el Gobierno Nacional acorde con lo dispuesto en la Ley 4 de 1992 y en el artículo 150 numeral 19 literal e) y f) de la



Constitución Política, sino por el artículo 58 del Acuerdo 040 de 13 de Noviembre de 1991, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades "CORPORANÓNIMAS", Establecimiento Público del Orden Nacional, adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, órgano no competente para fijar asignaciones básicas mensuales de empleados públicos, a lo cual no se adentrará el Despacho en análisis, por no ser objeto de estudio dentro del presente expediente la competencia o incompetencia para fijar el régimen salarial o prestacional de los empleados públicos.

*Acorde con lo antes expuesto, se concluye que la reserva especial del ahorro es una suma que habitual y periódicamente reciben los empleados de las Superintendencias que estaban afiliadas a CORPORANONIMAS, que a pesar de haber sido otorgada por una entidad de previsión, por no tener como finalidad amparar a los empleados de un riesgo o contingencia alguna a las que pueda verse sometido, debe tenerse como salario por corresponder entonces a una retribución directa por sus servicios prestados y constituir un ingreso personal a su patrimonio, **pero que en todo caso no hace parte de la asignación básica mensual.***

En similar sentido y en diferentes oportunidades se ha pronunciado el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca al sostener que tanto la asignación básica como la reserva especial del ahorro constituyen factor salarial, pero que no se puede pretender que la mencionada reserva, sea incluida dentro de la asignación básica a efectos de liquidar otros factores²⁸.

De la liquidación de la Prima de actividad, de la Bonificación por recreación y de los viáticos- Factores que dan origen a la cuantía establecida.

La Prima de Actividad a la que se refiere la conciliación bajo análisis, fue prevista en el artículo 44 del Acuerdo 040 de 13 de Noviembre de 1991, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades, a favor de sus afiliados forzosos que hayan laborado un año continuo, en una cuantía equivalente a 15 días del **suelo básico mensual** percibido a la fecha en que se cumpla el año de servicios y pagaderos cuando el interesado acredite que le ha sido autorizado el disfrute de vacaciones o su compensación en dinero.

²⁸ Ver: Sentencia de 23 de Junio de 2011, Expediente 11001-33-31-024-2008-00206-01 Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección "A" M. P. Sandra Lisset Ibarra Velez; Sentencia de 17 de Marzo de 2011, Expediente 11001-33-31-024-2008-00177-01 Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección "D" M. P. Yolanda García de Carvajalino; Sentencia de 26 de Mayo de 2011, Expediente 11001-33-31-024-2008-00154-01 Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección "D" M. P. Cerveleón Padilla Linares.



Por su parte, la **bonificación por recreación** es un reconocimiento a favor de los empleados públicos, correspondiente a dos (2) días de la **asignación básica mensual**²⁹ que se tenga al momento de iniciar el disfrute del respectivo período vacacional y por cada uno de ellos. Igualmente, habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se compensen en dinero y al pago proporcional al retiro del servicio sin haber cumplido el año de labor, de acuerdo con el Decreto 404 de 2006.

Luego entonces, no sería procedente reliquidar la Prima de Actividad, ni la Bonificación por Recreación, incluyendo la Reserva Especial del Ahorro como factor computable, toda vez que como se explicó en párrafos precedentes, ésta no hace parte del sueldo o asignación básica.

En cuanto a los **Viáticos** se tiene que los mismos son una remuneración salarial que tiene como objetivo sufragar gastos de alojamiento y manutención en que incurra un empleado con ocasión de actividades laborales desarrolladas por fuera de la sede de trabajo, fijada anualmente por el Gobierno Nacional en montos fijos según intervalos de salario dentro de los cuales se tiene en cuenta la sumatoria de la asignación básica mensual, los gastos de representación y los incrementos de salario por antigüedad.

Por tratarse de montos fijos y no de porcentajes a aplicar sobre factores salariales dentro de los cuales se tenga prevista la reserva especial del ahorro, no habría lugar a reliquidación por su omisión en una liquidación previamente efectuada.

En razón a lo expuesto frente a la solicitud de reliquidación de los viáticos reconocidos con inclusión de la denominada reserva especial del ahorro, se hace incensario realizar el recaudo probatorio sugerido por la Procuraduría Delegada con el fin de determinar el monto a conciliar por este concepto.

3. CONCLUSIÓN

Una vez confrontado lo probado dentro del expediente con el marco normativo y jurisprudencial acogido por el Despacho no hay lugar a reliquidar los factores reclamados por Andrés Martín Gaitán Roza teniendo como parte integral de la asignación básica mensual a la reserva especial del ahorro, anudado a las observaciones realizadas por el Procurador delegado en el acta de audiencia de conciliación cuya aprobación se pretende.

²⁹ Ver Decretos 451 de 1984, 4150 de 2004, 919 de 2005, y 600 de 2007 expedido por el Gobierno Nacional.



4. LA DECISIÓN

Ahora bien, teniendo en cuenta que, como quedó establecido, la solicitud de conciliación extrajudicial, no cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 1716 de 2088 y no contando el Juzgado con más facultad que la de pronunciarse sobre la aprobación o improbación del acuerdo de conciliación prejudicial, ya que por mandato expreso del artículo 230 de la Carta Política está sometido en sus providencias al imperio de la ley y no tiene la facultad de corregir, enmendar, aclarar o modificar lo que allí se plasmó, fuerza concluir que se improbará la conciliación celebrada entre la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** y **AMPARO ISABEL LUJAN CARRILLO, CAROL BIBIANA MARTÍNEZ CAMELO, CLAUDIA CONSUELO PEDRAZA CÓRDOBA, DIANA ROCÍO SANTOS VÁSQUEZ, FREDDY HERNANDO CORTES ROJAS, JORGE ENRIQUE RAMOS ARIAS, JULIO ROBERTO BLANCO QUINTERO, LUIS HERNÁN SÁNCHEZ, MARÍA DEL CARMEN DÍAZ HERNÁNDEZ, MARÍA TERESA LARA CAICEDO, MARTHA PATRICIA GUIJO RODRÍGUEZ, NATACHA USCATEGUI TORRES y MARTHA LILIANA VARELA HERRERA** ante la Procuraduría 144 Judicial II Administrativo de la Procuraduría General de la Nación el día 22 de abril de 2019.

Por lo expuesto en precedencia, el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá,

DISPONE:

PRIMERO. - IMPROBAR el acuerdo alcanzado en la audiencia de conciliación celebrada el día 22 de abril de 2019 ante la Procuraduría 144 Judicial II para Asuntos Administrativos de la Procuraduría General de la Nación, en el trámite de la solicitud presentada por **AMPARO ISABEL LUJAN CARRILLO, CAROL BIBIANA MARTÍNEZ CAMELO, CLAUDIA CONSUELO PEDRAZA CÓRDOBA, DIANA ROCÍO SANTOS VÁSQUEZ, FREDDY HERNANDO CORTES ROJAS, JORGE ENRIQUE RAMOS ARIAS, JULIO ROBERTO BLANCO QUINTERO, LUIS HERNÁN SÁNCHEZ, MARÍA DEL CARMEN DÍAZ HERNÁNDEZ, MARÍA TERESA LARA CAICEDO, MARTHA PATRICIA GUIJO RODRÍGUEZ, NATACHA USCATEGUI TORRES y MARTHA LILIANA VARELA HERRERA** siendo convocada la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**.

SEGUNDO. - INFORMAR a las partes que, de conformidad con lo establecido por el inciso final del artículo 3º del Decreto 1716 de 2009, la presente decisión no hace tránsito a cosa juzgada.

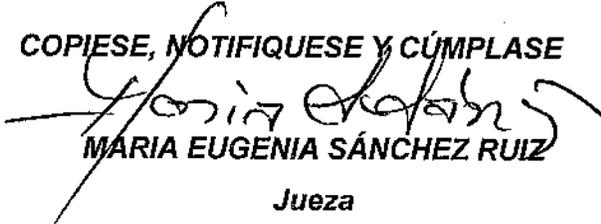
10/10/10



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DECIMO DEL CIRCUITO JUDICIAL ADMINISTRATIVO DE BOGOTA
Sección Segunda
Expediente: 11001-33-35-010-2019-00226-00

TERCERO. - En firme la presente providencia **ARCHIVAR** el expediente efectuando las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


MARIA EUGENIA SÁNCHEZ RUIZ
Jueza

L.P.

JUZGADO DECIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C.	
NOTIFICACIÓN POR ESTADO	
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO	
N° 41	23 AGO. 2019
A LAS 8:00 a.m.	
	
LUIS ALEJANDRO GUEVARA BARRERA SECRETARIO	