

37

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO VEINTIUNO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

EXPEDIENTE 11001 33 35 021 2019 00085 00

Bogotá, D.C., cinco (5) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Procede el Despacho a pronunciarse acerca de la aprobación o improbación de la **CONCILIACION EXTRAJUDICIAL** celebrada por la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** con el señor **ANDRES EMILIO ROJAS GUACANEME**, ante la Procuraduría Judicial I para Asuntos Administrativos.

ANTECEDENTES

I. De la solicitud de conciliación extrajudicial.

1. Pretensiones.

La Superintendencia de Industria y Comercio pretende reconocer la reliquidación de la prima de actividad, de la bonificación por recreación y de la prima por dependientes con base en la reserva especial del ahorro, por el periodo comprendido entre el 26 de febrero de 2016 y el 26 de noviembre de 2017.

2. Los hechos:

2.1 El señor Andrés Emilio Rojas Guacaneme presta sus servicios a la Superintendencia de Industria y Comercio en el cargo de Profesional Universitario.

2.2 Que la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades mediante el Acuerdo No. 040 de 13 de noviembre de 1991 adoptó el reglamento general para reconocer y pagar las prestaciones económicas a favor de sus afiliados, entre ellos los empleados de la Superintendencia de Industria y Comercio.

2.3 Que el Gobierno Nacional, en ejercicio de sus facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 30 de la ley 344 de 1998, suprimió la Corporación Social

de la Superintendencia de Sociedades (Corporanónimas) por medio del Decreto 1695 de 27 de junio de 1997.

2.4 Que el artículo 12 del Decreto 1695 de 1997 le transfirió el pago de las prestaciones sociales de Corporanónimas a las Superintendencias, en los siguientes términos: *“El pago de beneficios económicos del régimen especial de prestaciones económicas de los empleados de las Superintendencias afiliadas a CORPORANONIMAS, contenido en los 2739 de 1991, 2156 de 1992, 2621 de 1993, 1080 de 1996 y el Acuerdo 040 de 1991, en adelante estarán a cargo de dichas superintendencias, respecto de sus empleados, para lo cual en cada vigencia fiscal se apropiaran las partidas presupuestales necesarias en cada una de ellas en los términos establecidos en las disposiciones mencionadas en el presente artículo”*

2.5 Que la Superintendencia de Industria y Comercio excluyó el valor de la reserva del ahorro al liquidar la prima de actividad, de la bonificación por recreación, de la prima por dependientes y de los viáticos.

2.6 Que varios funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio, han solicitado que la prima de actividad, la bonificación por recreación y la prima por dependientes, se liquide con base en la reserva especial de ahorro como factor salarial en aplicación del artículo 12 del Decreto 1695 de 1997.

2.7 Que la Superintendencia de Industria y Comercio ha negado dichas peticiones por considerar que había actuado conforme a ley.

2.8 Que Tribunal Administrativo de Cundimarca ha ordenado reliquidar la prima de actividad, la bonificación por recreación y la prima por dependientes, se liquide con base en la reserva especial de ahorro.

2.9 Que el Comité de Conciliación de la Superintendencia de Industria y Comercio, en sesión del 22 de septiembre de 2015, decidió cambiar su postura en estos asuntos en atención a los fallos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a fin de reconocer la incidencia salarial de la reserva especial del ahorro con base en los siguientes criterios: (i) el convocante desiste de la indexación e intereses; (ii) que funcionario desiste de cualquier acción legal por prima de servicios por incompatibilidad con la prima semestral, y también desiste de la indexación de la prima de alimentación porque el incremento solo lo puede hacer el legislador, (iii) la

38

entidad reconoce el derecho por los últimos tres años y (iv) que el funcionario desiste de cualquier acción por los mismos hechos objeto de la conciliación.

2.10 Que la Superintendencia de Industria y Comercio invitó algunos funcionarios y ex funcionarios a conciliar.

3. De los fundamentos jurídicos.

La Superintendencia de Industria y Comercio aduce que la solicitud de conciliación se fundamenta en las providencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que ha considerado que la reserva especial del ahorro constituye ingreso base de liquidación de la prima de actividad, la bonificación por recreación y la prima por dependientes, y por otra parte, dicha Jurisdicción ha considerado que cuando existe una prima de características similares a la prima de servicios, no hay lugar el reconocimiento, según el Concepto 1349 de 10 de mayo de 2001 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado; mientras que la indexación de la prima de alimentación porque la Superintendencia carece de facultades para ello, según la sentencia del Consejo de Estado dictado dentro del proceso 25000 23 25 000 2002 3940 01 (3331-0).

II. Del Acta de Conciliación Extrajudicial¹.

El acuerdo al cual llegaron convocante y convocada, ante la Procuraduría 192 Judicial I para Asuntos Administrativos, consiste en el pago de la reliquidación de la prima de actividad, de la bonificación por recreación y de la prima por dependientes con base en la reserva especial del ahorro, por el periodo comprendido entre el 26 de febrero de 2016 y el 26 de noviembre de 2017, por valor de cuatro millones quinientos setenta y cuatro mil novecientos cincuenta y un peso (\$4.574.951).

CONSIDERACIONES

Para decidir acerca de la aprobación o improbación de la Conciliación Extrajudicial contenida Acta REG-IN-CE-006 con radicación 193-2018 del 8 de

¹ "ARTICULO 3o. CLASES. La conciliación podrá ser judicial si se realiza dentro de un proceso judicial, o extrajudicial, si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial.

La conciliación extrajudicial se denominará en derecho cuando se realice a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad.

PARAGRAFO. Las remisiones legales a la conciliación prejudicial o administrativa en materia de familia se entenderán hechas a la conciliación extrajudicial; y el vocablo genérico de "conciliador" remplazará las expresiones de "funcionario" o "inspector de Trabajo" contenidas en normas relativas a la conciliación en asuntos laborales" (Ley 640 de 2001).

enero de 2019, celebrada el 25 de febrero de 2019, el Despacho seguirá las orientaciones dadas en materia de conciliación por las normas compiladas² a través del Decreto 1069 de 2015 por disposición del artículo 48 de la Ley 640 de 2001, con las modificaciones introducidas por el Decreto 1167 de 2016, según las cuales las conciliaciones extrajudiciales susceptibles del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tienen que reunir unos requisitos de procedibilidad y de fondo.

I. Del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad.

De la normativa de la conciliación extrajudicial se extraen los requisitos que se requieren cumplir para realizar el acto conciliatorio, a saber: (i) que el asunto sea de carácter particular y patrimonial, (ii) el agotamiento de la actuación administrativa (iii) que no ha caducado el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y (iv) que se realice a través de abogado.

1. El carácter particular y patrimonial del asunto³. El presente caso se cumple este presupuesto porque se trata de una controversia integrada por dos extremos la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO en condición de convocante y la señora MARÍA CLAUDIA CAVIEDES MEJÍA parte convocada, quienes solucionaron las diferencias sobre el reconocimiento de la inclusión de la reserva especial del ahorro para liquidar prima de actividad, bonificación por recreación, prima por dependientes y viáticos.

2. El agotamiento de la actuación administrativa. El señor Andrés Emilio Rojas Guacaneme solicitó ante la Superintendencia de Industria y Comercio, con derecho de petición de radicado 18-221160-00000-0000 del 3 de septiembre de 2018, el reconocimiento y pago de las diferencias generadas al omitir la reserva especial de ahorro en la liquidación correspondiente de la prima de actividad, la bonificación por recreación, la prima por dependientes y los viáticos (folio 16).

Frente ante la anterior petición, la entidad se pronunció mediante oficio 18-221160-2-0 del 10 de septiembre de 2018 en el sentido proponerle al funcionario una fórmula conciliatoria para la aludida inclusión de la reserva especial del ahorro,

² Si bien, el Decreto 1818 de 1998 se constituyó en estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, las normas de conciliación compiladas aluden a las Leyes 23 de 1991 y 446 de 1998, 1285 y 1716 de 2009 y 1395 de 2010

³ "ARTÍCULO 2.2.4.3.1.1.2. 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 los medios de control previstos en los artículos 138, 140y 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo" (Decreto 1069 de 2015 modificado por el artículo 1 del Decreto 1167 de 2016).

39

a lo cual el peticionario manifestó el ánimo conciliatorio mediante de radicado 18-221160 – 00003 -0000 de 20 de septiembre de 2018 (folios 16 al 19).

Posteriormente, el 2 de octubre de 2018, bajo el radicado 18-221160-5-0, la entidad realiza la liquidación básica del objeto de petición, frente a la cual, el 18 de octubre de 2018, la convocada manifestó que está de acuerdo con la liquidación del derecho (folios 20 a 21).

De esta forma, el Despacho estima cumplido el requisito de agotamiento de actuación administrativa.

3. Caducidad de la acción. Los actos administrativos sobre los cuales giró el acuerdo conciliatorio están exceptuados del término perentorio para acudir ante la jurisdicción, porque versan sobre prestaciones periódicas por disposición del artículo 164 del CPACA.

4. Derecho de postulación⁴. Los convocantes presentaron la solicitud de conciliación extrajudicial a través de apoderado, quien también los asistió a la audiencia de conciliación ante el Ministerio Público.

5. Las pruebas⁵. En este punto, se dirá que sólo a luz de la normativa aplicable y el caso concreto, se podrá saber si las pruebas anexadas al presente trámite son suficientes para aprobar la conciliación extrajudicial. A continuación se relacionan las pruebas que se aportaron con la solicitud de conciliación:

- Solicitud de conciliación suscrita por el apoderado judicial de la Superintendencia de Industria y Comercio ante la Procuraduría General de la Nación (folios 1 al 8).

- Petición de radicado 18-221160-00000-0000 del 3 de septiembre de 2018, por medio de la cual el señor Andrés Emilio Rojas Guacaneme solicita a la Superintendencia de Industria y Comercio el reconocimiento de las diferencias generadas al omitir la Reserva Especial del Ahorro en la liquidación de la prima de

⁴ "PARAGRAFO 3o. En materia de lo contencioso administrativo el trámite conciliatorio, desde la misma presentación de la solicitud deberá hacerse por medio de abogado titulado quien deberá concurrir, en todo caso, a las audiencias en que se lleve a cabo la conciliación". (Art. 1º de la Ley 640 de 2001).

"ARTÍCULO 2.2.4.3.1.1.5. DERECHO DE POSTULACIÓN. Los interesados, trátese de personas de derecho público, de particulares o de personas jurídicas de derecho privado, actuarán en la conciliación extrajudicial por medio de apoderado, quien deberá ser abogado inscrito y tener facultad expresa para conciliar" (Decreto 1069 de 2015).

⁵ De acuerdo al Art. 60 de la Ley 23 de 1991 modificado por el Art. 80 de la Ley 446 de 1998 y luego el artículo 25 (último inciso) de la Ley 640 de 2001 dispuso que "Si agotada la oportunidad para aportar las pruebas según lo previsto en el inciso anterior, la parte requerida no ha aportado las solicitadas, se entenderá que no se logró el acuerdo"

actividad, de la bonificación por recreación y de la prima por dependientes (folio 16)

- Oficio No. 18-221160-2-0 del 10 de septiembre de 2018 mediante el cual la Superintendencia de Industria y Comercio pone en consideración fórmula conciliatoria al señor Andrés Emilio Rojas Guacaneme (fls. 17 a 18).

- Oficio No. 18-221160-00003-0000 del 20 de septiembre de 2018 por medio del cual el convocado expresa su ánimo conciliatorio respecto de la inclusión de la Reserva especial del Ahorro en las siguientes partidas: prima de actividad, bonificación por recreación y prima por dependientes (folio 18).

- Oficio No. 18-221160-5-0 del 2 de octubre de 2018 mediante el cual la entidad convocante pone en conocimiento del señor Andrés Emilio Rojas Guacaneme la liquidación para continuar con el trámite de conciliación (fl. 20).

- Oficio 18-221160-00006-0000 del 18 de octubre de 2018 por medio del cual la convocada manifestó la aceptación de la liquidación (fol. 21)

- Constancia laboral expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio en la cual se indica el tiempo laborado y salario devengado por el señor Andrés Emilio Rojas Guacaneme (fol. 23).

- Copia de la Resolución 53350 del 2 de septiembre de 2013 "Por la cual se hace un nombramiento provisional", que nombró al señor Andrés Emilio Rojas Guacaneme en el cargo de Profesional Universitario 2044-01 de la Planta Global de la Dirección Administrativa con acta de posesión 6466 del 3 de septiembre de 2013 (folios 24 y 25)

- Certificación del Secretario Técnico del Comité de Conciliación de la Superintendencia de Industria y Comercio, según la cual en reunión del 4 de diciembre de 2018, se decidió de manera unánime conciliar las prestaciones sociales como lo son: la prima de actividad, la bonificación por recreación y la prima por dependientes en el porcentaje correspondiente a la reserva especial del ahorro (fol. 14 y 14 Vto).

II. De los requisitos de fondo.

Los requisitos sustanciales de la conciliación extrajudicial, cuando se trata

40

del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se contraen a que el acto conciliatorio se ajuste al principio de legalidad, es decir, que lo pactado no riña con las normas que regulan los derechos y las obligaciones conciliadas, por lo cual se expondrá el marco normativo que servirá para el estudio del caso concreto.

La Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades "CORPORANONIMAS" administró el reconocimiento y pago de diferentes clases de prestaciones sociales a los empleados de las Superintendencias afiliadas, las cuales se regían por el Acuerdo 40 de 1991 de la Junta Directiva de Corporanóminas.

Sin embargo, el Decreto 1695 de 1997, al ordenar la supresión y liquidación de Corporanónimas, determinó que las Superintendencias asumirían "El pago de los beneficios económicos del régimen especial de prestaciones económicas de los empleados de las Superintendencias afiliadas a Corporanónimas, contenido en los Decretos 2739 de 1991, 2156 de 1992, 2621 de 1993, 1080 de 1996 y el Acuerdo 040 de 1991 de la Junta Directiva de Corporanónimas".

Ahora bien, el Acuerdo 40 de 1991 creó la reserva especial del ahorro en los siguientes términos:

"ARTICULO 58.- CONTRIBUCION AL FONDO DE EMPLEADOS- RESERVA ESPECIAL DE AHORRO.- Corporanónimas contribuirá con sus aportes al fondo de empleados de la Superintendencia y Corporanónimas, 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 (65%) del sueldo básico, prima de antigüedad, prima técnica y, gastos de representación; de este porcentaje entregará Coporanónimas directamente al Fondo el quince por ciento (15%), previa deducción de la cotización que sea del caso por concepto de afiliación de los beneficiarios. Los afiliados forzosos contribuirán mensualmente al Fondo con el 5% de las asignaciones básicas mensuales fijadas por la ley"

Durante un tiempo, el Despacho consideró que la reserva especial del ahorro no es salario sino una prestación social, entre otras razones, porque la norma transcrita señaló que es una contribución de Corporanóminas al fondo de empleados de la Superintendencia afiliada, y por consiguiente, no forma parte de la asignación básica, tampoco altera la escala salarial de los empleados de la Superintendencia de Industria y Comercio que es potestad exclusiva del Congreso de la República y el Gobierno Nacional, y menos podría servir de base para aumentar el valor de las demás prestaciones sociales, cuando las facultades otorgados para crear, suprimir, o adoptar los estatutos de las entidades públicas, no incluye crear emolumentos

salariales y prestacionales de los empleados de las Superintendencias, según el artículo transitorio 20⁶ de la Constitución Política y el artículo 30⁷ de Ley 344 de 1996.

No obstante, el Despacho acatará los precedentes jurisprudenciales en la materia en aras de salvaguardar los principios constitucionales fundamentales de la igualdad, favorabilidad y seguridad jurídica. En efecto, el Consejo de Estado ha considerado que la reserva especial del ahorro, pese a su origen en estatutos de carácter prestacional, constituye salario porque remunera el servicio, y por ende, forma parte de la asignación básica⁸.

Sin más cavilaciones, se puede afirmar que por jurisprudencia la reserva especial del ahorro constituye factor de liquidación de las prestaciones establecidas a través del Acuerdo 40 de 1991. Ahora, como el precitado Acuerdo señala que la prima de actividad, la bonificación por recreación, la prima por dependientes y los viáticos, se liquidan con base en la asignación básica entendida como salario, resulta lógico decir que la reserva especial del ahorro se debe incluir para establecer el valor de dichos emolumentos.

En síntesis, los empleados de la Superintendencia de Industria y Comercio tienen derecho a que las prestaciones del Acuerdo 40 de 1991 se liquiden sobre la asignación básica y la reserva especial del ahorro, siempre y cuando se hubiesen reconocido conforme a la legalidad y tenga los debidos soportes probatorios.

EL CASO CONCRETO

La Superintendencia de Industria y Comercio nombró provisionalmente al señor Andrés Emilio Rojas Guacaneme, en el cargo de Profesional Universitario

⁶ **ARTICULO TRANSITORIO 20.** El Gobierno Nacional, durante el término de dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución y teniendo en cuenta la evaluación y recomendaciones de una Comisión conformada por tres expertos en Administración Pública o Derecho Administrativo designados por el Consejo de Estado; tres miembros designados por el Gobierno Nacional y uno en representación de la Federación Colombiana de Municipios, suprimirá, fusionará o reestructurará las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

⁷ **ARTÍCULO 30.** Revestir al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de 6 meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente ley, para suprimir o fusionar, consultando la opinión de la Comisión de Racionalización del Gasto Público, dependencias, órganos y entidades de la rama ejecutiva del orden nacional que desarrollen las mismas funciones o que traten las mismas materias o que cumplan ineficientemente sus funciones, con el propósito de racionalizar y reducir el gasto público. Igualmente, tendrá facultades para separar la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

⁸ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”, Sentencia del 27 de abril de 2000, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda; y Sentencia del 24 de julio de 2008, C.P. Jesús María Lemus Bustamante, Rad. 250002325000200449052801, entre otras.

41.

2044-01 de la Planta Global de la Dirección Administrativa, mediante la Resolución 53350 del 2 de septiembre de 2013, quien se posesionó a través del Acta 6466 del 3 de septiembre de 2013 (folios 24 y 25)

La Coordinadora del Grupo de Talento Humano de la Superintendencia de Industria y Comercio emitió constancia en la cual señala que el señor Andrés Emilio Rojas Guacaneme prestó servicios en el cargo de Profesional Universitario 2044 - 01 desde el 3 de septiembre de 2013 hasta el 26 de septiembre de 2017, y además acreditó el valor de la asignación básica devengada durante los años 2014 al 2017 (folio 23).

En razón a que el artículo 58 del Acuerdo 40 de 1991 indica que la reserva especial del ahorro equivale al 65% de la asignación básica, la Coordinadora del Grupo de Talento Humano de la Superintendencia de Industria y Comercio extrae el valor de reserva especial del ahorro devengado por el señor Andrés Emilio Rojas Guacaneme con base en la asignación básica, y señala que reserva especial del ahorro tenía los siguientes valores: en el 2016 \$1.027.309 y en el 2017 \$1.096.653 (folio 20 vlto.).

El artículo 3º del Decreto 451 de 1984 determinó que la bonificación por recreación equivale a dos (2) días de la asignación básica, mientras que el artículo 33 del 40 de 1991 dispone que la prima por dependientes equivale al 15% de la asignación básica, y el artículo 44 del Acuerdo 40 de 1991 señala que la prima de actividad equivale a 15 días de sueldo básico mensual por año de servicios.

En vista que la reserva especial del ahorro constituye salario, el señor Andrés Emilio Rojas Guacaneme tiene derecho a que la bonificación por recreación, la prima de dependientes y la prima de actividad se reliquiden con el valor acreditado de la reserva especial del ahorro.

En tal virtud, la Coordinadora del Grupo de Talento Humano de la Superintendencia de Industria y Comercio, al realizar la respectiva liquidación con base en la reserva especial del ahorro y las indicaciones de las precitadas normas, señala que la prima de actividad del año 2016 equivale a \$513.655 y del 2017 a \$548.327; que la bonificación por recreación ascendió en el 2016 a \$68.487, y en el 2017 a 90.291, mientras que la prima de dependientes del 2016 es de \$1.566.646 y del 2017 a 1.787.544, valores que sumados alcanzan un total \$4.574.951 (folio 20 vlto.).

Dado que el actor aceptó que el anterior saldo sin intereses e indexación, el Despacho considera que la conciliación se ajusta a la legalidad y no afecta el patrimonio público.

Por lo anterior, se procederá de aprobar el acta de conciliación extrajudicial expedida el 25 de febrero de 2019 por la Procuraduría Judicial 192 Judicial I para Asuntos Administrativos.

Por lo expuesto, el JUZGADO VEINTIUNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, SECCION SEGUNDA,

RESUELVE:

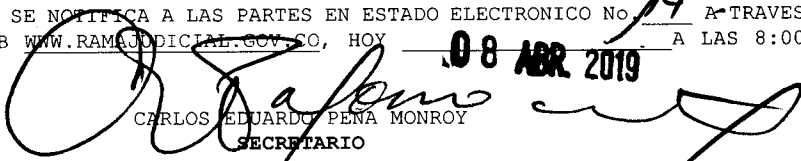
APROBAR el Acta de Conciliación Extrajudicial REG-IN-CE-006 con radicación 193-2018 de 8 de enero de 2019, celebrada el 25 de febrero de 2019 ante la Procuraduría 192 judicial I para Asuntos Administrativos, entre la Superintendencia de Industria y Comercio y el señor Andrés Emilio Rojas Guacaneme, mediante la cual conciliaron la reliquidación la prima de actividad, la bonificación por recreación y la prima de dependientes con base en la reserva especial del ahorro, por valor de cuatro millones quinientos setenta y cuatro mil novecientos cincuenta y un peso, bajo las condiciones acordadas en la precitada acta, por las razones expuestas en este proveído.

En firme la decisión, envíese copia de esta decisión a la aludida Procuraduría y archívese el expediente.

Notifíquese y cúmplase.


ROSSE MAIRE MESA CEPEDA
JUEZ

gpg

JUZGADO VEINTIUNO ADMINISTRATIVO CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. SECCION SEGUNDA	
EL AUTO ANTERIOR SE NOTIFICA A LAS PARTES EN ESTADO ELECTRONICO No. <u>14</u> A TRAVES DE LA PAGINA WEB <u>WWW.RAMAJUDICIAL.GOV.CO</u> , HOY <u>08</u> <u>ABR</u> 2019 A LAS 8:00 A.M.	
CARLOS EDUARDO PEÑA MONROY SECRETARIO	