

41

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO VEINTIUNO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

EXPEDIENTE 11001 33 35 021 2019 00044 00

Bogotá, D.C., **22 FEB. 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 JARAMILLO SANZ**, ante la Procuraduría 83 Judicial I para Asuntos Administrativos.

ANTECEDENTES

I. De la solicitud de conciliación extrajudicial.

1. Las pretensiones.

La Superintendencia de Industria y Comercio pretende reconocer, a manera de reliquidación, algunos factores previstos en el Acuerdo 40 de 1991 expedido por la Junta Directiva de Corporanóminas, a saber: la prima de actividad, la bonificación por recreación, la prima por dependientes y los viáticos, con base en la reserva especial del ahorro, causados durante los periodos y en los montos señalados en la respectiva hoja de liquidación.

2. Los hechos.

2.1 El señor Andrés Jaramillo Sanz presta sus servicios a la Superintendencia de Industria y Comercio en el cargo de Profesional Universitario 2044-09

2.2 Que la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades mediante el Acuerdo 40 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, 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 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 a 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 no se reconoce 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.

Ante la Procuraduría 83 Judicial I para Asuntos Administrativos, la convocada aceptó la propuesta conciliatoria de la Superintendencia Industria y Comercio de conciliar la reliquidación de la prima de actividad, la bonificación por recreación y viáticos con base en la reserva especial del ahorro, causadas entre el 3 de noviembre de 2015 y el 6 de agosto de 2018, por valor de dos millones seiscientos noventa y tres pesos \$2.693.902, con desistimiento de los intereses y la indexación y cualquier acción legal.

CONSIDERACIONES

Para decidir acerca de la aprobación o improbación de la Conciliación

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).

Extrajudicial contenida Acta REG-IN-CE-007 con radicación 41920 de 19 de diciembre de 2018 y celebrada el 8 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 la Superintendencia de Industria y Comercio, quien como empleador concilia con el empleado Andrés Jaramillo Sanz las diferencias económicas originadas en la reliquidación de la prima de actividad, bonificación por recreación y los viáticos con base en la reserva especial del ahorro.

2. El agotamiento de la actuación administrativa. El señor Andrés Jaramillo Sanz solicitó a la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante derecho de petición de radicado 18-200717-00000-0000 del 6 de agosto 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 y los viáticos (fol. 15).

Frente ante la anterior petición, la entidad se pronunció mediante oficio 18-200717-2-0 del 10 de agosto 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).

frente a la cual la requerida manifestó el ánimo conciliatorio mediante de radicado 18-074231 - 00003-0000 de 5 de febrero de 2018 (folios 16 y 17).

Posteriormente, el 29 de agosto de 2018 bajo el radicado 18-200717-5-0, la entidad realiza la liquidación básica del objeto de petición, frente a la cual el convocada manifestó que está de acuerdo con la liquidación del derecho mediante escrito de 10 de septiembre de 2018 (folios 19 a 23).

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. La entidad convocante presentó la solicitud de conciliación extrajudicial a través de apoderado, y el convocado lo asistió un profesional del derecho ante el Ministerio Público (folio 21).

5. Las pruebas⁵. En este punto se dirá, que sólo a luz de la normativa aplicable y del 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:

5.1 La 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).

5.2 El certificado emitido el 23 de octubre de 2018 por la Secretaría Técnica del Comité de Conciliación de la Superintendencia de Industria y Comercio, según la cual en reunión de la fecha se estudió y adoptó realizar la anterior solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación (folio 13).

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, trátense 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"

5.3 Las actuaciones del trámite de agotamiento de actuación administrativa (folios 14 al 20).

5.4 La Resolución 81953 de 2015 “por la cual se hace un nombramiento provisional en una vacante definitiva” (folios 24 y 25).

5.5 El Acta de Posesión 6979 de 3 de noviembre de 2015 del señor Andrés Felipe Sanz en el cargo de Profesional Universitario Código 2044, Grado 01, de la dependencia Grupo de Trabajo de Defensa al Consumidor adscrito al Despacho del Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales (folio 26).

5.6 Resolución 42693 de 2017 “por la cual se hace un nombramiento provisional en una vacante definitiva” (folios 27 y 28).

5.7 El Acta de Posesión 6979 de 3 de noviembre de 2015 del señor Andrés Felipe Sanz en el cargo de Profesional Universitario Código 2044, Grado 09, del Despacho del Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales – Grupo de Trabajo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial (folio 29).

5.8 Constancia laboral expedida el 8 de noviembre de 2018 por la Coordinadora del Grupo de Trabajo de Talento Humano de la Superintendencia de Industria y Comercio (folio 30).

5.9 El Acta de Conciliación Extrajudicial REG-IN-CE-007 con radicación 41920 de 19 de diciembre de 2018 y celebrada el 8 de febrero de 2019, expedida por la Procuraduría 83 Judicial I para Asuntos Administrativos (folios 36 y 37).

2. De los requisitos de fondo.

Los requisitos sustanciales de la conciliación extrajudicial, cuando se trata 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 ello, el estudio en este sentido se orientará en dos direcciones: la exposición del marco normativo, el cumplimiento del ordenamiento jurídico en el caso concreto y si los montos reconocidos afectan el patrimonio público.

44

2.1 Del marco jurídico. 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, 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

Al revisar los anexos del expediente se aprecia que las pruebas que sirven de fundamento al trámite de Conciliación Extrajudicial sólo se contraen al cargo y sueldo del señor Andrés Jaramillo Sanz, aspectos que se acreditaron con el certificado expedido por la Coordinadora del Grupo de Trabajo de Talento Humano de la Superintendencia de Industria y Comercio, según el cual el convocado le prestó servicios a la entidad desde el 3 de noviembre de 2015 hasta el 2 de julio de

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 ARTICULO 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.

2018 en el cargo de Profesional Universitario (folio 30).

El Despacho echa de menos información autorizada del pagador y/o administrador del talento humano de la entidad, acerca del valor cancelado por concepto de reserva especial del ahorro, los tiempos y las sumas reconocidos sobre los emolumentos sobre los cuales se solicita la reliquidación como la prima de actividad, la bonificación por recreación y los viáticos.

Adicionalmente, la Superintendencia de Industria y Comercio omitió presentar la liquidación de la prima de actividad, la bonificación por recreación, y los viáticos, sin reserva especial y con reserva especial del ahorro, a fin de determinar que al sumar las diferencias coincide con el monto total que se obligó pagar a la servidora pública.

Estas falencias probatorias no le permiten al Despacho verificar que reliquidación de la prima de actividad, la bonificación por recreación y los viáticos, causen o no un deterioro al patrimonio público.

En efecto, el Despacho no puede aprobar la Conciliación Extrajudicial objeto del presente proveído porque el valor estimado *a grosso modo* en dos millones seiscientos noventa y tres y novecientos dos pesos (\$2.693.902), pues no indica los conceptos, periodos y cifras que contribuyeron a conformar dicho monto, lo cual se hubiese podido apreciar con alguna hoja de liquidación que describa de donde provienen las sumas primarias con los debidos soportes documentales y las operaciones realizadas.

Ahora, como el Acuerdo 040 de 1991 se constituyó en el fundamento del reconocimiento de dichos emolumentos, el acto conciliatorio debió indicar cómo se aplicó este reglamento para realizar el reconocimiento y las respectivas liquidaciones, e incluso se debió aportar al expediente la copia de dicho Acuerdo, para de esta forma, el Juzgado llegar al convencimiento de que las sumas acordadas ante el Ministerio Público se ajustan a la legalidad, y calificar si resulta gravoso o no para el erario público, máxime cuando también se expresa en dólares.

Vale decir, que el requisito de fondo o legalidad el Acta de Conciliación Extrajudicial no satisface con estimar que la reserva especial de ahorro constituye salario, y por ende, que incide en las aludidas prestaciones sociales de los empleados de la Superintendencia de Industria y Comercio, adicionalmente se hace

indispensable allegar los soportes documentales sobre las cuales se aplicó el marco jurídico o legal, pues la demostración del derecho implica necesariamente acudir a las pruebas en los términos señalados en precedencia.

Cabe agregar que las pruebas constituyen un requisito del trámite de la conciliación extrajudicial desde las primeras normas que abrieron paso a esta modalidad de solución de conflictos, como el artículo 60 de la Ley 23 de 1991 luego al ser modificado por el artículo 80 de la Ley 446 de 1998, recogidas por la Ley 640 de 2001, y retomadas por el Decreto compilatorio 1069 de 2015 con las modificaciones introducidas por el Decreto 1167 de 2016.

Por manera que son los respectivos soportes documentos, los que permiten establecer si se aplicó correctamente la normativa base del reconocimiento, los valores pagados sin reserva al ahorro, y saber cómo se realizó la reliquidación con la demostración de las diferencias y valores acumulados periódicamente.

En vista que la convocante se relevó de aportar las pruebas necesarias y pertinentes en los términos ya anunciados, el Despacho procederá a improbar la aludida Conciliación Extrajudicial.

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

RESUELVE:

IMPROBAR el acta de Conciliación Extrajudicial Acta REG-IN-CE-007 con radicación 41920 de 19 de diciembre de 2018 y celebrada el 8 de febrero de 2019, expedida por la Procuraduría 83 judicial I para Asuntos Administrativos, conforme a lo expuesto. En firme la decisión, envíese copia de esta decisión a la aludida Procuraduría, hágase entrega del desglose de los anexos de la solicitud de conciliación, y archívese el expediente

Notifíquese y cúmplase.

gpg

ROSSE MAIRE MESA CEREDA

