

**JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**



Bogotá D.C., doce (12) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Proceso:	CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL
Expediente	CE 11001-33-35-013-2019-00278
Convocante:	SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
Convocado(a):	ANDRES FERNANDO GANEM GULFO
Asunto:	CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL – RESERVA ESPECIAL DEL AHORRO

Procede el Despacho a adoptar las decisiones que en derecho correspondan, dentro del expediente de la referencia:

- Avocar el conocimiento de la presente conciliación extrajudicial, por ser de competencia de este Juzgado.

- Decidir sobre la aprobación o no de la conciliación extrajudicial, celebrada ante la **PROCURADURÍA 07 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS**, entre la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** y el señor **ANDRÉS FERNANDO GANEM GULFO**, consignada en la correspondiente Acta del 27 de junio de 2019, de conformidad con la misión encomendada al Juez Contencioso Administrativo en el artículo 12 del Decreto 1716 de 2009.

ANTECEDENTES

1. Fundamentos de la solicitud.

Se tienen como fundamentos fácticos dentro de la solicitud de conciliación extrajudicial, los siguientes:

- Que el señor **ANDRÉS FERNANDO GANEM GULFO**, presta sus servicios en la Superintendencia de Industria y Comercio en el cargo de Profesional Universitario Código 2044-07.

- Que con el Acuerdo 040 del 13 de noviembre de 1991, se adoptó el Reglamento General para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas de los empelados de la SIC.

- Que a través de diferentes escritos dirigidos a la SIC, varios funcionarios solicitaron que la prima de actividad, la bonificación por recreación, las horas

extras, viáticos y la prima por dependientes, entre otros, se les liquidara teniendo en cuenta el porcentaje correspondiente a la Reserva Especial del Ahorro, como factor salarial.

- Que la SIC negaba las anteriores solicitudes apoyándose en el concepto rendido el 9 de mayo de 2007 por el Departamento Administrativo de la Función Pública, que consideró que la Reserva Especial del Ahorro no era parte de la asignación básica.

- Que tales peticionarios, inconformes con la anterior decisión, interpusieron los recursos de reposición y en subsidio apelación contra la misma, los cuales fueron resueltos por la Superintendencia de Industria y Comercio, confirmando la negativa.

- Que por lo anterior, los interesados solicitaron audiencias de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación como requisito de procedibilidad previo al inicio de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

- Que el Comité de Conciliación de la SIC, atendiendo lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Subsección "D" adoptó el criterio general para presentar fórmula de conciliación respecto a las nuevas solicitudes que se hicieran sobre este tema, y por ello, ha invitado a algunos funcionarios y exfuncionarios para acogerse a la respectiva fórmula de conciliación.

2. Solicitud de conciliación extrajudicial.

El 11 de abril de 2019, la Superintendencia de Industria y Comercio, presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación, en la que señaló como pretensiones las siguientes:

"(...)

Muy respetuosamente me permito solicitarle a la Procuraduría General de la Nación, que con el fin de prever demandas de nulidad y restablecimiento del derecho futuras contra la Entidad por los hechos que se mencionan en la presente solicitud, permita que en audiencia de Conciliación, la CONVOCANTE y los CONVOCADOS celebren acuerdo conciliatorio sobre la re liquidación y pago de algunos factores salariales contenidos en el Acuerdo 040 de 1991 expedido por la Junta Directiva de la extinta Corporación, a saber: PRIMA DE ACTIVIDAD, BONIFICACION POR RECREACION, PRIMA POR DEPENDIENTES Y VIÁTICOS, según el caso, incluido el porcentaje correspondiente a la RESERVA ESPECIAL DEL AHORRO, factor salarial que también se encuentra contenido en el mencionado Acuerdo; lo anterior, por los periodos de tiempo y el monto total señalado en las liquidaciones que se adjuntan a la presente solicitud.

FUNCIONARIO Y/O EXFUNCIONARIO PÚBLICO	FECHA DE LIQUIDACIÓN- PERIODO QUE COMPRENDE - MONTO TOTAL POR CONCILIAR
ANDRÉS FERNANDO GANEM GULFO C.C N°9.149.236	02/12/2016 AL 08/01/2019 \$5.090.773

"(...)"

De la anterior solicitud de conciliación extrajudicial, se entregó copia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación el 10 de abril de 2019, en los términos del artículo 613 del Código General del Proceso¹ (fls. 25).

Posteriormente, con Auto No. 104 del 23 de abril de 2019, se admitió la solicitud de conciliación extrajudicial presentada por la entidad convocante (fl. 26).

3. Pruebas.

Dentro del expediente, se tienen como pruebas las siguientes:

- Se encuentra a folio 22 del expediente, copia de la Resolución N°78939 del 16 de noviembre de 2016, a través de la cual el Superintendente de Industria y Comercio, nombró en provisionalidad al señor ANDRÉS FERNANDO GANEM GULFO, para desempeñar el cargo de Profesional Universitario, Código 2044-07.

- Obra a folio 23 del plenario, Acta N°718 del 02 de diciembre de 2016, mediante la cual el señor ANDRÉS FERNANDO GANEM GULFO tomó posesión del anterior cargo, a partir de la misma fecha.

*- Con derecho de petición radicado el 08 de enero de 2019, el señor ANDRÉS FERNANDO GANEM GULFO, solicitó a la SIC el reconocimiento y pago de las diferencias generadas al omitir la Reserva Especial de Ahorro, en el concepto de **prima de actividad, bonificación por recreación, viáticos y prima por dependientes** (fl. 13).*

- A través del Oficio N°19-2238-1-0 del 10 de enero de 2019, la Secretaria General de la Superintendencia de Industria y Comercio le informó al señor ANDRÉS FERNANDO GANEM GULFO, que a dicha entidad le asistía ánimo conciliatorio respecto a la anterior solicitud, indicándole los parámetros definidos por el Comité, y que, en caso de aceptarlos, se procedería a efectuar la respectiva liquidación (fl. 14).

¹ ARTÍCULO 613. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN LOS ASUNTOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS. Cuando se solicite conciliación extrajudicial, 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 la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado resuelva sobre su intervención o no en el Comité de Conciliación de la entidad convocada, así como en la audiencia de conciliación correspondiente.

No será necesario agotar el requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se adelanten, como tampoco en los demás procesos en los que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial o cuando quien demande sea una entidad pública.

Las entidades públicas en los procesos declarativos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra particulares, podrán solicitar las medidas cautelares previstas para los procesos declarativos en el Código General del Proceso.

- Obra a folio 15 del expediente, oficio de fecha 11 de enero de 2019 remitido por el señor ANDRÉS FERNANDO GANEM GULFO, mediante el cual aceptó la fórmula propuesta por la SIC.

- Se encuentra a folio 16 del plenario, copia del Oficio N°19-2238-4-0 del 22 de febrero de 2019, a través del cual la SIC informó a la convocada el valor tenido en cuenta para conciliar, el cual correspondía a \$5.090.773 por concepto de **Prima de actividad, Bonificación por recreación, Viáticos y Prima por dependientes.**

- Obra escrito de fecha 27 de febrero de 2019 suscrito por el señor ANDRÉS FERNANDO GANEM GULFO, mediante el cual aceptó de manera expresa la liquidación y los parámetros conciliatorios presentados por la SIC. (fl. 19).

- Obra a folios 30 a 31 del expediente, original del Acta de Audiencia de Conciliación Extrajudicial celebrada el 27 de junio de 2019, ante la **PROCURADURÍA 07 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS**, entre la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** y el señor **ANDRÉS FERNANDO GANEM GULFO**, en la que se llegó a un acuerdo, en el sentido de reliquidar la **prima de actividad, bonificación por recreación, viáticos y prima por dependientes**, teniendo en cuenta para ello la Reserva Especial del Ahorro, en el periodo comprendido entre el 02 de diciembre de 2012 al 08 de enero de 2019 por valor de \$5.090.773; cuyo pago se haría dentro de los siguientes 70 días a la aprobación del Juez administrativo y a que la entidad contara con la documentación necesaria para adelantar el trámite respectivo.

CONSIDERACIONES

La conciliación es un acto por medio del cual dos (2) o más personas gestionan la solución de sus conflictos de carácter particular y contenido patrimonial con la ayuda de un conciliador.

Este medio busca la solución de conflictos, es decir, trata de arreglar o componer los ánimos en discordia. Cuando entra un tercero a validar éste acuerdo, se está frente a una conciliación administrativa, es decir, ante una heterocomposición, toda vez que el acuerdo que resuelve las diferencias surgidas por decisiones o conductas de acción o de omisión de la Administración Pública, debe ser homologado por un tercero imparcial.

El Capítulo I del Decreto 1716 de 2009, que reglamentó los artículos 13 de la Ley 1285 de 2009, 75 de la Ley 446 de 1998 y el Capítulo V de la Ley 640 de 2001, en materia de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo, dispone lo siguiente:

"(...)

Artículo 1°. Objeto. Las normas del presente decreto se aplicarán a la conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo.

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.

(...)

Parágrafo 4°. Si el acuerdo es parcial, se dejará constancia de ello, precisando los puntos que fueron materia de arreglo y aquellos que no lo fueron, advirtiendo a los interesados acerca de su derecho de acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para demandar respecto de lo que no fue objeto de acuerdo.

(...)

Artículo 12. Aprobación judicial. El agente del Ministerio Público remitirá, dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la correspondiente audiencia, el acta de conciliación, junto con el respectivo expediente al juez o corporación competente para su aprobación.

(...)"-Subrayado fuera de texto-

1. Conciliación extrajudicial.

Es aquella que se intenta antes de iniciar un proceso judicial. En ella intervienen el Procurador que actúa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la Administración Pública y el particular u otra entidad estatal.

Adicionalmente, procede en aquellos conflictos que por su naturaleza podrían demandarse mediante los medios de control donde se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

2. Caso concreto.

En la conciliación extrajudicial de la cual se solicita aprobación por esta instancia judicial, se acordó lo siguiente:

"(...)

En este estado de la diligencia se concede el uso de la palabra a las partes para que expongan sucintamente sus posiciones, en virtud de lo cual la parte convocante indica sus pretensiones de la siguiente manera: "Muy respetuosamente me permito solicitarle a la Procuraduría General de la Nación, que con el fin de prever demandas de nulidad y restablecimiento del derecho futuras contra la Entidad por los hechos que se mencionan en la presente solicitud, permita que en audiencia de Conciliación, la CONVOCANTE y los CONVOCADOS celebren acuerdo conciliatorio sobre la re liquidación y pago de algunos factores salariales contenidos en el Acuerdo 040 de 1991 expedido por la Junta Directiva de la extinta Corporación, a saber: PRIMA DE ACTIVIDAD, BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN, PRIMA POR DEPENDIENTES Y VIÁTICOS, según el caso, incluido el porcentaje correspondiente a la RESERVA ESPECIAL DE AHORRO, factor salarial que también se encuentra contenido en el mencionado Acuerdo; lo anterior, por los periodos de tiempo y el monto total señalado en las liquidaciones que se adjuntan a la presente solicitud.

FUNCIONARIO Y/O EXFUNCIONARIO PÚBLICO	FECHA DE LIQUIDACION - PERIODO QUE COMPRENDE - MONTO TOTAL POR CONCILIAR
ANDRES FERNANDO GANEM GULFO C.C N° 9.149.236 expedida en Cartagena	02/12/2016 AL08/01/2019 \$5.090.773

Seguidamente, se le concede el uso de la palabra a la apoderada de la parte convocante, 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 SECRETARIO TECNICO DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO De conformidad con lo previsto en el artículo 18 del Decreto 1716 de 2009 Certifica: **PRIMERO:** Que en la reunión del Comité de Conciliación de la Superintendencia de Industria y Comercio llevada a cabo el pasado 9 de abril de 2019 se efectuó el estudio y adoptó una decisión, respecto a la solicitud No. 192238 que se va a presentar ante la PROCURADURIA II JUDICIAL DELEGADA ANTE LOS JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DE BOGOTA D.C., Solicitud donde la Superintendencia de Industria y Comercio será parte CONVOCANTE. **SEGUNDO:** Que para el estudio y decisión adoptada por el Comité, se analizaron los siguientes: ANTECEDENTES: Con el ánimo de llegar a un acuerdo conciliatorio en los casos que proceden, es importante resaltar que los funcionarios y/o ex funcionarios que relacionaremos a continuación, presentaron ante esta Entidad, solicitud para la re liquidación y pago de algunas prestaciones sociales como lo son: PRIMA DE ACTIVIDAD, BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN, PRIMA POR DEPENDIENTES Y VIÁTICOS, teniendo para ello en cuenta, el porcentaje correspondiente a la RESERVA ESPECIAL DEL AHORRO.

FUNCIONARIO Y/O EXFUNCIONARIO PÚBLICO	FECHA DE LIQUIDACION- PERIODO QUE COMPRENDE - MONTO TOTAL POR CONCILIAR
ANDRES FERNANDO GANEM GULFO C.C N° 9.149.236 expedida en Cartagena	02/12/2016 AL08/01/2019 \$5.090.773

Esta Entidad, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 y la determinación tomada por el Comité de Conciliación de la Superintendencia de Industria y Comercio en sesión del 3 de marzo de 2011, del 27 de noviembre de 2012 y del 22 de septiembre de 2015, y teniendo en cuenta los reiterados fallos en segunda instancia donde se ha condenado a la Entidad a pagar la reliquidación de la Prima Actividad, Bonificación por Recreación, prima por dependientes, viáticos y horas extras teniendo en cuenta para ello, la Reserva Especial de Ahorro como parte del salario que devengan los funcionarios, decidió cambiar su posición frente a la posibilidad de presentar propuestas conciliatorias a los solicitantes y/o demandantes cuando precisamente, lo pretendido sea la reliquidación de la mencionada prima. **TERCERO:** Teniendo en cuenta los antecedentes anteriormente expuestos, el Comité de Conciliación de la Superintendencia de Industria y Comercio en uso de sus facultades, adopta la siguiente: **DECISIÓN: 3.1.- CONCILIAR la reliquidación de las prestaciones sociales: PRIMA DE ACTIVIDAD. BONIFICACION POR RECREACION. PRIMA POR DEPENDIENTES Y VIATICOS, teniendo en cuenta para ello, la RESERVA ESPECIAL DEL AHORRO, lo anterior en los siguientes términos:** 3.1.1. Que los convocados desistan de los intereses e indexación correspondientes a la prima de actividad, bonificación por recreación, prima por dependientes y viáticos. 3.1.2. Que los convocados desistan de cualquier acción legal en contra de la SIC basada en los mismos hechos que dieron origen a la audiencia de conciliación, las anteriores pretensiones y otras que den origen a alguna acción legal, deberán ser desistidas por el convocado. 3.1.3. Que la SIC con base en las diferentes sentencias en firme en contra de la misma, donde reconoce que la SIC debe liquidar la prima de actividad, bonificación por recreación, prima por dependientes y viáticos, reconocer el valor económico a que tenga derecho el convocado por lo últimos tres años dejados de percibir, conforme a la liquidación pertinente. 3.1.4. Que en el evento que se concilie, la Superintendencia de Industria y Comercio pagará los factores reconocidos en la presente audiencia de conciliación, dentro de los setenta (70) días siguientes a la aprobación del juez administrativo y a que la parte convocada presente ante la entidad toda la documentación necesaria para adelantar el trámite requerido. **3.2.- CONCILIAR la re liquidación de las prestaciones enunciadas en el punto anterior, frente a los siguientes funcionarios y/o ex funcionarios que presentaron solicitud previa ante esta Entidad, por el periodo y monto y/o valor que se les liquidó en su oportunidad**

FUNCIONARIO Y/O EXFUNCIONARIO PÚBLICO	FECHA DE LIQUIDACION- PERIODO QUE COMPRENDE - MONTO TOTAL POR CONCILIAR
ANDRES FERNANDO GANEM GULFO C.C N° 9.149.236 expedida en Cartagena	02/12/2016 AL08/01/2019 \$5.090.773

CUARTO: En consecuencia, se le solicita al señor Procurador, tener la presente certificación expedida como base para la solicitud presentada por la apoderada designada para los efectos y como base para la audiencia de conciliación que programe su Despacho. Se expide certificación a los nueve (09) del mes de abril de dos mil diecinueve (2019). **Se le concede el uso de la palabra a la parte convocada para que manifieste su posición frente a lo expuesto por la parte convocante:** "Acepto la Liquidación Propuestas por La Superintendencia de Industria Y Comercio."

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

3. Cumplimiento de los presupuestos de procedibilidad.

Sobre este particular, es importante reseñar que de conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la Ley 446 de 1998, la autoridad judicial "(...) improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público. (...)".

*Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado² ha precisado que para aprobar un acuerdo conciliatorio, el juez contencioso administrativo debe verificar lo siguiente: (i) que no haya operado el fenómeno de caducidad, (ii) que el acuerdo verse sobre derechos de contenido particular y económico, (iii) **que las partes se encuentren debidamente representadas y los representantes tengan capacidad para conciliar**, y, (iv) que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el tesoro público.*

El juez para aprobar el acuerdo, debe revisar todos los aspectos que son comunes a la conciliación, sea ésta extrajudicial o judicial, y en este orden de ideas, llevada a cabo una conciliación ante el juez del proceso, debe éste con base en el medio de control donde se formula pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, verificar concretamente el cumplimiento de los siguientes requisitos:

4. Jurisdicción.

Existe para conocer del asunto, porque de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), ésta jurisdicción juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos estatales de las entidades públicas.

5. Competencia funcional.

Se observa que este Despacho tiene competencia para conocer del presente asunto, porque la ley atribuye el conocimiento a los Juzgados Administrativos en primera instancia de los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, cuando la cuantía no excede de 50 salarios mínimos legales mensuales, monto

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia del 18 de julio de 2007, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00072-01(31838), ponente: Ruth Stella Correa Palacios.

que se determina por el valor de las pretensiones conciliadas, el cual fue tasado en la suma de \$5.090.773 y porque el último lugar de prestación del servicio fue en la ciudad de Bogotá (inciso 2° del artículo 55 e inciso 3° del artículo 156 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA).

6. Caducidad.

Sobre este punto, como quiera que la convocada se encuentra actualmente vinculada en la Superintendencia de Industria y Comercio, y se está conciliando el reajuste de la **prima de actividad, la bonificación por recreación, los viáticos y la prima por dependientes** con la inclusión de la Reserva Especial del Ahorro, es claro que el mismo versa sobre prestaciones periódicas y, por ende, de conformidad con el literal c del numeral 1° del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), no opera la caducidad, pues este puede ser demandada en cualquier tiempo.

7. Reclamación administrativa.

A través de petición radicada el 08 de enero de 2019 el señor ANDRÉS FERNANDO GANEM GULFO, solicitó a la entidad convocante, el reconocimiento y pago de las diferencias generadas por omitir la Reserva Especial del Ahorro en la liquidación de la **prima de actividad, la bonificación por recreación, los viáticos y la prima por dependientes**.

Así mismo, mediante del oficio N° 19-2238-1-0 del 10 de enero de 2019, la Superintendencia de Industria y Comercio dio respuesta a la anterior solicitud, invitando al señor ANDRÉS FERNANDO GANEM GULFO a conciliar, respecto a la **prima de actividad, la bonificación por recreación, los viáticos y la prima por dependientes**.

8. Capacidad.

Los sujetos conciliantes son personas jurídica y natural, respectivamente, a las cuales la ley les da vocación jurídica por activa y por pasiva, para formular la pretensión procesal y oponerse a ella.

9. Pruebas necesarias.

El acuerdo conciliatorio se encuentra respaldado con las pruebas necesarias y legalmente allegadas al presente proceso, las cuales fueron relacionadas en precedencia.

*Los anteriores antecedentes y pruebas referidas, le permiten afirmar al Despacho que la conciliación que se surtió en Acta del 27 de junio de 2019, celebrada ante la PROCURADURÍA 07 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS, entre la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** y el señor ANDRÉS FERNANDO GANEM GULFO, fue total y en esa medida lo que se pretende que se apruebe en el presente asunto, es el acuerdo conciliatorio efectuado entre las partes sobre la reliquidación de la **prima de actividad, la bonificación por recreación, los viáticos y la prima por dependientes**, con la inclusión de la Reserva Especial del Ahorro en la liquidación de tales emolumentos.*

10. Acuerdo sobre prestaciones económicas.

Encuentra el Despacho que el presente asunto se trata de una prestación económica que es susceptible de conciliación conforme a lo establecido en el artículo 2° del Decreto 1716 de 2009.

11. Exigibilidad.

La conciliación efectuada por las partes en Acta del 27 de junio de 2019, celebrada ante la PROCURADURÍA 07 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS, contiene una obligación clara, expresa y exigible, pues en ella está plasmado un valor determinado para el pago y un plazo para su cumplimiento.

12. Procedencia.

Para determinar si el acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes convocante y convocada, está revestido de legalidad, procede el Despacho a realizar un análisis de los siguientes puntos, en su orden: (i) diferencias entre prestaciones sociales y factores salariales (salario); (ii) de la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público; (iii) de la legalidad de las prestaciones consagradas en el Acuerdo 040 de 1991 (iv) de la forma de liquidar la Bonificación por Recreación, la Prima

de Actividad y de la forma de liquidar la Bonificación por Recreación, la Prima de Actividad y los Viáticos; (v) De la Prima de Dependientes (vi) de la naturaleza de la Reserva Especial del Ahorro.

1. Diferencias entre prestaciones sociales y factores salariales (salario).

Los conceptos de prestaciones sociales y factores salariales (salario), si bien son percibidos por el trabajador en virtud de su relación laboral, lo cierto es que ambos difieren en su naturaleza.

Las prestaciones sociales han sido concebidas como beneficios, ya sea en dinero, especie o servicios, que le son concedidos al trabajador para cubrir los riesgos o necesidades que se originan durante la relación laboral.

Según la Corte Constitucional³, las prestaciones sociales “se encuadran dentro de aquellas sumas destinadas a asumir los riesgos intrínsecos de la actividad laboral. Estas prestaciones pueden estar a cargo del empleador o ser responsabilidad de las entidades de los sistemas de seguridad social en salud o en pensiones, o a cargo de las cajas de compensación familiar”

Cuando las prestaciones sociales son asumidas por el empleador, se dividen en comunes y especiales; las primeras deben ser asumidas por el empleador sin importar su capital o naturaleza (persona natural o jurídica) y son las que se reconocen por accidente o enfermedad profesional, calzado, vestido, protección a la maternidad, auxilio funerario; por su parte, las especiales son solo exigibles a algunos patronos, dependiendo de sus condiciones, entre ellas están los seguros de vida colectivos, capacitaciones, etc.

Por otra parte, los factores salariales, o salario (lato sensu), son aquellas sumas que percibe el trabajador, habitual y periódicamente, derivadas directamente de la prestación del servicio.

El Código sustantivo del Trabajo, en su artículo 127, modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, definió el salario de la siguiente manera:

“(…)

ARTICULO 127. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del

³ Corte Constitucional, sentencia C-892 del 2 de diciembre de 2009.

trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. (...)"

En el plano supranacional, la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁴, ha definido el concepto de salario así:

"(...)

A los efectos del presente Convenio, el término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

(...)"

En suma, como ya se reseñó, pese a que los conceptos de prestaciones sociales y factores salariales (salario), tienen su origen en la relación laboral del empleador con el trabajador, difieren en que las primeras no retribuyen directamente la prestación del servicio.

2. De la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 150, numeral 19, determina que es función del Congreso, entre otras, dictar las normas generales y en ellas señalar los objetivos y criterios a los cuales debe ceñirse el Gobierno para los siguientes temas:

"(...)

- a) Organizar el crédito público;
- b) Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República;
- c) Modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;
- d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;
- e) **Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.**

(...)" – Negrillas fuera de texto –

En virtud del mandato superior previamente reseñado, el Congreso de la República expidió la Ley marco 4^a de 1992 "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la

⁴ Convenio 95, OIT, aprobado por Colombia mediante la Ley 54 de 1962

fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos...” en cuyo artículo 1º consagró:

“(…)

Artículo 1º.- El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

a. Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;

b. Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República; Texto Subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia 312 de 1997

c. Los miembros del Congreso Nacional, y

d. Los miembros de la Fuerza Pública.

(...)” – Negrillas y subrayas fuera de texto-

De lo anterior se puede evidenciar que para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos en general, la Carta Política consagró una competencia concomitante entre el Congreso y el Ejecutivo; el primero fijaría los parámetros y objetivos mínimos, y el segundo lo desarrollaría en su integridad. Por lo tanto, si una entidad, cualquiera que sea su naturaleza o denominación, fija emolumentos para sus empleados, tal determinación será ilegal e inconstitucional, pues está usurpando la competencia privativa fijada por el constituyente primario⁵.

3. De la legalidad de las prestaciones consagradas en el Acuerdo 040 de 1991

El Acuerdo 040 de 1991 “Por el cual se reforman los estatutos de la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades “CORPORANOMINAS” consagró en su artículo 1º el objeto social de dicha Corporación, determinando que le correspondía reconocer, otorgar y pagar las prestaciones sociales y médico asistenciales autorizadas por la Ley y los estatutos a sus afiliados forzosos, facultativos, beneficiarios, pensionados y adscritos especiales.

De igual modo, en el artículo 4º ibídem, dispuso:

“(…)

CORPORANOMINAS tendrá a su cargo el reconocimiento y pago de las **prestaciones económicas** y de los servicios sociales a que está obligada por las disposiciones legales a que se refiere el artículo anterior, por las normas generales que prevén el régimen prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público y las especiales proferidas en ejercicio de lo dispuesto por la ley 6ª de 1945 y los estatutos vigentes, en relación con los

⁵ El artículo 150 de la Constitución no ha sido modificado por ningún Acto Legislativo, por ende, se ha mantenido intacta la voluntad del constituyente primario allí plasmada.

afiliados forzosos, facultativos o beneficiarios, pensionados y adscritos especiales, para lo cual cumplirá con las siguientes funciones:

1.1. Atender, en relación con los funcionarios de la Superintendencia de Sociedades, de Corporanónimas y de los adscritos especiales, según convenio, el reconocimiento y pago de los auxilios, indemnizaciones, subsidios, primas, seguros, servicios sociales, etc. que en la actualidad disfrutan, y de los que en el futuro se establezcan conforme al régimen prestacional señalado por la ley y los reglamentos vigentes en la Entidad.

(...)

Así mismo, el Título III del citado Acuerdo, que comprende de los artículos 47 a 61, determinó una serie de prestaciones económicas que serían pagadas por Corporanónimas a sus afiliados.

Luego, ya en vigencia de la Constitución de 1991, el Ejecutivo, en ejercicio de la facultades extraordinarias conferidas en el artículo 52 transitorio de la nueva Carta Política, expidió el Decreto 2739 de 1991 "Por el cual se adecua la estructura de la Comisión Nacional de Valores a su Nueva Naturaleza de Superintendencia", en cuyo artículo 23 dispuso:

"(...)

Artículo 23. Los empleados de la Superintendencia de Valores gozarán de las prestaciones sociales consagradas por la ley para los empleados públicos, y a partir del primero de abril de 1992 estarán afiliados a la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades (Corporanónimas) para efectos de las prestaciones y servicios hoy a cargo de la Caja Nacional de Previsión. Igualmente tendrán derecho a los servicios y a los beneficios extralegales que Corporanónimas presta a sus afiliados, siempre y cuando el Ministerio de Hacienda haga las transferencias necesarias con el fin de atender el pago de dichos servicios y beneficios, de suerte que el patrimonio propio de la Caja no se vea afectado con ocasión de la afiliación de los trabajadores de la Superintendencia de Valores. El Gobierno Nacional, la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades (Corporanónimas) y la Caja Nacional de Previsión adoptarán las medidas necesarias para dar cabal cumplimiento al presente artículo.

(...)"

Posteriormente, el Gobierno Nacional, nuevamente en ejercicio de facultades extraordinarias, pero esta vez de orden legal, conferidas por el artículo 30 de la Ley 344 de 1996, expidió el Decreto 1695 de 1997 a través del cual suprimió y ordenó liquidar la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades (CORPORANÓNIMAS), el cual, en su artículo 12 dispuso lo siguiente:

"(...)

ARTÍCULO 12. PAGO DE BENEFICIOS ECONÓMICOS. 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, en adelante estará a cargo de dichas superintendencias, respecto de sus empleados, para

lo cual en cada vigencia fiscal se apropiarán las partidas presupuestales necesarias en cada una de ellas, en los mismos términos establecidos en las disposiciones mencionadas en el presente artículo.

(...)” –Negrillas y subrayas fuera de texto -

De la anterior reseña normativa se puede evidenciar que si bien, en un principio, se podría aseverar que las prestaciones económicas contenidas en el Acuerdo 040 de 1991 eran ilegales e inconstitucionales por no tener CORPORANÓNIMAS facultad para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados de las Superintendencias, lo cierto es que los emolumentos allí estipulados fueron avalados y legalizados por el Gobierno Nacional a través del Decreto 1695 de 1997, pues es éste el que tiene la competencia de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, como ya se reseñó en precedencia.

Este criterio, pese a que no fue pacífico⁶, fue ratificado por el Consejo de Estado en providencia del 6 de febrero de 2004⁷, en la cual se consignó lo siguiente:

“(...

Si bien es cierto en la Constitución anterior la facultad para fijar el régimen salarial y prestacional correspondía al Congreso (art. 76-9) y que tal facultad fue otorgada por la Constitución de 1991 al Gobierno Nacional en los términos del artículo 150 numeral 19 letra e), existió un momento de transición entre las dos Cartas Supremas en el cual el Constituyente Primario otorgó al Gobierno la facultad de adecuar la Comisión Nacional de Valores a la naturaleza de Superintendencia, lo cual de suyo comporta la fijación del régimen salarial y prestacional. El Gobierno ejerció tal facultad al proferir el Decreto 2739 de 1991 en el cual, entre otras cosas, estableció (art. 23) que los empleados de la Superintendencia de Valores tendrían derecho a los servicios y beneficios extralegales que Corporanónimas presta a sus afiliados, con lo cual legitimó tales beneficios, dado que hasta el momento éstos habían sido previstos en el Acuerdo 040 de 1991 expedido por la Junta Directiva de la Comisión de Valores, la cual, arrogándose una facultad que no le correspondía, dispuso otorgar a sus afiliados, entre otras, las siguientes prestaciones: una prima mensual de alimentación, una prima de matrimonio pagadera por una sola vez, una prima de nacimiento por cada uno de los hijos del afiliado y una prima semestral equivalente a un mes de sueldo que tuvieran a 30 de junio y a 31 de diciembre (arts. 32, 41, 42 y 59 parágrafo 1º ibidem).

Además, la Sala considera que cualquier ilegalidad en que hubiesen podido estar incursas las prestaciones antes mencionadas se saneó mediante Decreto 1695 de 27 de junio de

⁶ La Consejera Ana Margarita Olaya Forero salvó el voto en la providencia del 6 de febrero de 2004, al considerar que no se podían tener como avalados por el Gobierno los emolumentos consagrados en el Acuerdo 040 de 1991, por cuanto el Decreto 1695 de 1997 fue expedido en virtud de la facultad extraordinaria conferida por la Ley 344 de 1997 para suprimir o fusionar entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional, y nó en virtud de lo consagrado en el artículo 150, numeral 19, de la Constitución Política.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, Radicación número: 25000-23-25-000-2002-2578-01(3483-02)

1997 (art. 12), expedido por el Presidente luego de entrar a regir la ley 4ª de 1992 (ley marco en materia de salarios y prestaciones); decreto en el cual se señaló expresamente que el pago de los beneficios económicos de los empleados de la Superintendencia de Valores a que se refieren el Decreto 2739 de 1991 y el acuerdo 040 de 1991 del mismo año, en adelante estaría a cargo de la propia Superintendencia.

Es del caso anotar que aunque el mencionado Decreto 1695 fue dictado con fundamento en el artículo 30 de la ley 344 de 1996 el Gobierno tenía la facultad constitucional para expedirlo en los términos del artículo 150, numeral 19, letra e), amén de que para la fecha de su expedición regía la Ley 4ª de 1992.

Así las cosas, existe sustento legal para el pago de las prestaciones objeto de la conciliación, razón por la cual el acuerdo no es violatorio de la ley.

(...)” – Negrillas y subrayas fuera de texto –

4. De la forma de liquidar la Bonificación por Recreación, la Prima de Actividad y los Viáticos que perciben los empleados de la Superintendencia de Industria y Comercio

La Bonificación por Recreación de los empleados de la Rama Ejecutiva en general (entre ellos las Superintendencias con y sin personería jurídica), para la vigencia de 2016, conforme al artículo 16 del Decreto 229 del año en curso, se liquida así:

(...)

Artículo 16. Bonificación especial de recreación. Los empleados públicos a que se refiere el presente Decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación, por cada período de vacaciones, en cuantía equivalente a dos (2) días de **la asignación básica mensual** que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute del respectivo período vacacional. Igualmente, habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se compensen en dinero.

Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal y se pagará por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de inicio en el evento que se disfrute del descanso remunerado.

(...)” – Negrilla fuera de texto –

Por su parte, la Prima de Actividad, como actualmente se concibe, fue creada para los empleados de las Superintendencias por Corporanónimas en el Acuerdo 040 de 1991, en cuyo artículo 44 dispuso lo siguiente:

(...)

Artículo 44.- PRIMA DE ACTIVIDAD.- Los afiliados forzosos que hayan laborado durante un año continuo en la Superintendencia de Sociedades o en Corporanónimas, tendrán derecho al reconocimiento de una Prima de Actividad en cuantía equivalente a quince (15) días **de sueldo básico mensual**, que perciba a la fecha en que cumpla el año de servicios. Esta prima se pagará

cuando el interesado acredite que se ha autorizado el disfrute de vacaciones o su compensación en dinero.

(...)” - Negrillas fuera de texto -

De la precedente reseña normativa, se puede colegir que tanto la Bonificación por Recreación, como la Prima de Actividad, son emolumentos percibidos por los empleados de la Superintendencia de Sociedades, que se liquidan en una proporción equivalente a dos (2) y quince (15) días de asignación básica mensual devengada, respectivamente.

De otro lado, la escala de los viáticos para los servidores públicos se encuentra actualmente regulado en el Decreto 1063 del 26 de mayo de 2015, que en su artículo 2º determina:

“(…)

Artículo 2º. Los organismos y entidades fijarán el valor de los viáticos según la remuneración mensual del empleado comisionado, la naturaleza de los asuntos que le sean confiados y las condiciones de la comisión, teniendo en cuenta el costo de vida del lugar o sitio donde deba llevarse a cabo la labor, hasta por el valor máximo de las cantidades señaladas en el artículo anterior.

Para determinar el valor de los viáticos se tendrá en cuenta **la asignación básica mensual**, los gastos de representación y los incrementos de salario por antigüedad.

Cuando para el cumplimiento de las tareas asignadas no se requiera pernoctar en el lugar de la comisión, sólo se reconocerá el cincuenta por ciento (50%) del valor fijado.

(…)” – Negrillas fuera de texto –

5. De la Prima por Dependientes.

La Prima de Dependientes fue consagrada por en los artículos 33, 34 y 36 del Acuerdo 040 de 1991 en los siguientes términos:

“(…)

PRIMA POR DEPENDIENTES: Los afiliados forzosos que adscriban beneficiarios que les dependan económicamente y que cumplan lo dispuesto en el artículo 15 y siguientes de este Reglamento, tendrán derecho a recibir mensualmente una prima por dependientes en cuantía **equivalente al quince por ciento (15%) del sueldo básico**.

Artículo 34. DERECHO A LA PRIMA POR DEPENDIENTES: esta forma se reconocerá y pagará a los afiliados forzosos que acrediten tener beneficiarios. En concordancia con lo dispuesto en el presente Acuerdo y en el Orden dispuesto en el Artículo 16.

(…)

Artículo 36. RECONOCIMIENTO POR LA PRIMA POR DEPENDIENTES: Su reconocimiento se hará por medio de Resolución motivada expedida por el Sub Director de Corporanónimas y en la misma providencia se determinará el

nombre de cada una de las personas que se aceptan como beneficiarias para efectos de su inscripción.

(...)" – Negrillas fuera de texto

De la precedente reseña normativa, se puede colegir que la Prima por Dependientes consagrada por CORPORANÓNIMAS en el Acuerdo 040 de 1991, es un beneficio que se reconoce y paga a los afiliados forzosos que adscriban a beneficiarios que dependan económicamente de ellos, la cual se calcula con el quince por ciento (15%) del sueldo básico; así mismo, es evidente que esta prima hace parte de las denominadas "prestaciones sociales", pues como previamente se anotó, no se percibe como contraprestación directa por la labor realizada, sino que constituye un beneficio para cubrir las necesidades del trabajador.

6. De la naturaleza de la Reserva Especial del Ahorro.

En lo que respecta a la Reserva Especial del Ahorro, la misma fue establecida en el artículo 58 del mismo Acuerdo 040 de 1991, de la siguiente manera:

"(...)

CONTRIBUCION AL FONDO DE EMPLEADOS RESERVA ESPECIAL DE AHORRO: Corporanominas contribuirá con sus aportes al Fondo de Empleados de la Superintendencia y Corporanominas, 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, la prima de antigüedad, prima técnica, y gastos de representación;** de este porcentaje entregará Corporanominas 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 ciento (5%) de las asignaciones básicas mensuales fijadas por la ley.

(...)" - Negrillas fuera de texto –

De acuerdo con lo anterior, se puede aseverar que la Reserva Especial del Ahorro es una prestación económica que era pagada mensualmente a los afiliados forzosos de CORPOANÓNIMAS, en un porcentaje equivalente al sesenta y cinco por ciento (65%) de lo devengado por concepto de sueldo básico, prima de antigüedad, prima técnica y gastos de representación.

Ahora, en lo que respecta la naturaleza de este emolumento, vale la pena traer a colación lo reseñado por el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia del 30 de enero de 1997⁸, en la cual precisó:

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente: Carlos Orjuela Góngora, radicado: 13910.

"(...)

Pues bien, es claro para la Sala que **todo lo que esté dirigido a remunerar de manera directa el servicio prestado por el empleado o trabajador, tiene el carácter de salario, así se le dé otra denominación o se pretenda modificarle su naturaleza.**

En el caso de autos es evidente que los empleados de la Superintendencia de Sociedades perciben su salario mensual a través de dos fuentes: la Superintendencia misma y su Corporación Social, Corporación Social, Corporación Social. En efecto, cada mes la entidad les cancela su asignación básica y la corporación un 65% de esa suma, adicionalmente; esto es, que en realidad la asignación mensual, fuera de otros factores que puedan concurrir en ella, es el total de lo reconocido por los dos organismos.

Así las cosas, la aparente antinomia del decreto 2152 de 1992 al utilizar la expresión salario promedio del último año y luego determinar unos factores salariales dentro de los cuales no aparece ese rubro, no puede alterar la verdad de que la asignación básica mensual del empleado cubre los dos pagos ya relacionados. Por tanto, es incuestionable que el 65% del salario básico mensual reconocido por Corporación Social debió incluirse para los fines del reconocimiento de las indemnizaciones o bonificaciones.

La corporación ha basado su defensa en la premisa de que ese porcentaje es una prestación y no concretamente salario; empero, es ostensible que no se trata de un complemento para el empleado o su familia, sino de una retribución directa de sus servicios. Por consiguiente, salario.

(...) - Negrillas y Subrayas fuera de texto -

Posteriormente, la misma Corporación, en sentencia del 4 de marzo de 1998, señaló:

"(...)

aunque el 65% del salario se haya denominado Reserva Especial de Ahorro, como no se ha demostrado aquí que el pago de esta suma tenga causa distinta a la del servicio que presta el empleado, forzoso es concluir que se trata de salario y no de una prestación social a título de complemento para satisfacer las necesidades del empleado o su familia; es decir, forma parte de la asignación mensual que devengaba el actor.

(...)" - Negrillas y subrayas fuera de texto-

Conforme a la anterior pauta jurisprudencial, no existe duda que el Consejo de Estado, en forma unánime, ha considerado que la Reserva Especial del Ahorro constituye "salario", en términos generales, o estricto sensu "factor salarial", pues al retribuir directamente la prestación del servicio de los empleados de las Superintendencias, no puede ser confundido con una prestación social; tal criterio jurisprudencial resulta lógico si se evalúa el contexto de las controversias allí ventiladas, esto es, la indemnización por supresión del cargo de un trabajador y los emolumentos que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, respectivamente.

No obstante lo anterior, el hecho que dicha Reserva Especial del Ahorro constituya "salario" o factor salarial, no implica per se, que sea parte de la asignación básica, pues ésta última también constituye un factor salarial.

Sobre éste particular vale la pena reseñar lo que la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 7 de octubre de 2004, consideró:

"(...)

En la sentencia de mayo 15 de 1997, actor Héctor Hernando Rodríguez Miranda, objeto de posterior recurso extraordinario de súplica, la Sección Segunda del Consejo de Estado dirimió una controversia relacionada con la nulidad de resoluciones expedidas por la Superintendencia de Sociedades por medio de las cuales se le liquidó y reconoció indemnización como consecuencia del retiro del servicio por supresión del empleo, sin tenerse en cuenta la partida del 65% (Reserva Especial de Ahorro) a cargo de Corporanónimas. Allí se expuso lo siguiente:

(...)

La anterior posición de la Sección Segunda, merece también reparos: (i) la reserva especial del ahorro prevista en el artículo 58 del Acuerdo 0040 de 1991, no se creó como asignación básica sino como prestación económica; (ii) la asignación básica que se tiene en cuenta para liquidar prestaciones sociales de empleados públicos, es la consagrada en las normas expedidas con fundamento en el artículo 150.19.lit.e) de la Constitución y no la prevista en actos jurídicos expedidos por fuera de ese contexto. Solamente el Gobierno Nacional puede regular el régimen salarial de los empleados públicos del orden nacional.

(...)" – Negrillas y subrayas fuera de texto –

Así mismo, resulta oportuno reseñar lo que el máximo Tribunal Contencioso Administrativo, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010⁹, sobre factores salariales determinó:

"(...)

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

(...)" – Negrillas y subrayas fuera de texto -

⁹ H. Consejo de Estado – Sección Segunda, Sentencia del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), Expediente No. 250002325000200607509-01, Consejero Ponente: Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

En tales condiciones, se puede concluir que la Reserva Especial del Ahorro, evidentemente es un factor salarial que devengan los empleados de las Superintendencias en razón del servicio prestado; sin embargo, al constituir un factor salarial autónomo, no puede subsumirse dentro de otro como lo es la asignación básica, máxime cuando, como ya se reseñó, quien fija los salarios y prestaciones de los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público, es el Gobierno Nacional conforme a los lineamientos determinados por el Congreso en la Ley 4ª de 1992.

La anterior tesis encuentra apoyo en lo decidido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 2 de abril de 2012, en la cual expuso:

"(...)

Concluye la Sala que la Junta Directiva de CORPORANÓNIMAS, no tenía la facultad legal, para crear la denominada "Reserva Especial de Ahorro"; y si bien el H Consejo de Estado le ha conferido el carácter salarial a dicha Reserva, no puede aquello confundirse con que se haya incorporado a la asignación básica, la cual es fijada por la Ley.

(...)"- Negrillas fuera de texto-

Tal criterio fue ratificado por la misma Corporación en reciente pronunciamiento del 07 de marzo de 2017¹⁰, al resolver un recurso de apelación contra una sentencia proferida por este Despacho, en la cual señaló

"(...)

En primer lugar debe mencionarse que los trabajadores de la Superintendencia de Industria y Comercio son empleados públicos que se encuentran sujetos a las disposiciones prestacionales que para el efecto profiera el Gobierno Nacional y el Legislador, ya que no está dado a las entidades públicas la posibilidad de fijarlas.

La señalada "Reserva Especial del Ahorro", de que hace referencia el Acuerdo No. 040 de 1991, no puede ser considerado como factor salarial, precisamente porque fue expedido por la Junta Directiva de "CORPORANONIMAS", entidad que no tenía la facultad de crear prestaciones sociales o factores salariales, ya que esta potestad está concedida privativamente para el Congreso de la República en su condición de legislador ordinario, o al Presidente de la República en el ejercicio de facultades extraordinarias.

Si bien anteriormente se había tenido como factor salarial, en esta oportunidad la Sala recoge este criterio y lo analiza de la siguiente manera, para lo cual se trae a colación en primer término el Concepto No. 1573 de 7 de octubre de 2004 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, en el cual se indica que los Acuerdos Nos. 055 de 1986 y 040 de 1991, deben ser inaplicados, al estimar que sólo el legislativo o el Presidente de la República les asistía la competencia para reconocer prestaciones sociales.

(...)

¹⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección segunda-Subsección "A", sentencia del 07 de marzo de 2017 Mp. Dra. Carmen Alicia Rengifo Sanguino.

En vigencia de la Constitución Nacional de 1886, sólo el legislador ordinario, esto es, el Congreso de la República, tiene la atribución de determinar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, o cual se ha conocido como la "cláusula general de competencia"; precisándose que si bien el Congreso de la República en el artículo 11 de la ley 43 de 1975, otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de 12 meses, para establecer el régimen salarial y prestacional del personal docente, no se le concedió a autoridad alguna del orden territorial tal potestad.

Bajo la Constitución Política de 1991, al regularse la cláusula general de competencia del Congreso de la República en el artículo 150-, se le facultó para dictar las normas que contengan los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública (numeral 19). Lo anterior, fue reglamentado, como ya se señaló, por medio de la Ley 4a de 1992.

Teniendo en cuenta que las prestaciones sociales reclamadas por la parte actora, sólo podían ser concedidas privativamente por el Congreso de la República en su condición de legislador ordinario, o por el Presidente de la República en el ejercicio de facultades extraordinarias, lo cual no ocurrió en el caso sub - examine; no existe lugar a hacer reconocimiento alguno.

Por los argumentos antes expuestos, **se confirmará** la sentencia de 3 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Trece Administrativo de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "A", administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de 3 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Trece Administrativo de Bogotá que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en este proveído.

(...)"-Negrilla fuera de texto-

*En este orden de ideas, de conformidad con el anterior análisis normativo y jurisprudencial, y de cara a la situación fáctica de el señor ANDRÉS FERNANDO GANEM GULFO encuentra el Despacho que el reajuste de la **prima de actividad, la bonificación por recreación, los viáticos y la prima por dependientes** con la inclusión de la Reserva Especial del Ahorro en su liquidación, es improcedente, pues como se reseñó en precedencia, el hecho que dicha reserva, constituya factor salarial o salario (lato sensu), no la convierte automáticamente en parte integral de la Asignación Básica, ya que éste último es un emolumento autónomo, fijado exclusivamente por el Gobierno para cada año, de acuerdo a los lineamientos determinados por el Congreso en la Ley marco.*

Sobre este particular, el Despacho se permite hacer dos precisiones:

- (i) *Pese a que otrora, esta Dependencia Judicial le impartió aprobación a una*

conciliación extrajudicial¹¹ en un asunto similar, apoyándose en las sentencias proferidas por el Consejo de Estado¹², donde se determinó que la Reserva Especial del Ahorro era parte del salario para liquidar una pensión y reconocer una indemnización por supresión de un cargo, lo cierto es que ya en una anterior oportunidad¹³, luego de analizar nuevamente en conjunto todos los criterios hasta ahora esbozados en relación con la controversia que aquí se suscita, el Despacho rectificó el criterio respecto a este tema en el sentido de indicar que dicha Reserva no puede ser considerada como parte integral de la asignación básica de los trabajadores de las Superintendencias, ya que a tal conclusión se arribó con el convencimiento que surgió del nuevo análisis efectuado sobre la naturaleza de dicho emolumento.

(ii) Igualmente, el Despacho se aparta de la decisión proferida el 25 de abril de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", pues no obstante que esta Dependencia Judicial respeta los criterios allí adoptados, de todas maneras, en aplicación de los principios de autonomía e independencia judicial que caracterizan la función de la administración de justicia, acoge la posición de que pese a que la Reserva Especial del Ahorro constituye factor salarial, no puede por ello ser considerada parte integral de la Asignación Básica, máxime cuando, por una parte, a dicha conclusión se arriba luego de analizar las diferentes sentencias proferidas sobre el tema por el Consejo de Estado, Corporación de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y por otra, porque aún no se ha emitido una providencia de unificación sobre ese tema.

En consecuencia, se concluye que la presente conciliación no se halla ajustada a derecho, pues se reitera, el hecho que la Reserva Especial del Ahorro constituya factor salarial, no la convierte per se en parte integral de la asignación básica mensual devengada por los trabajadores de la Superintendencia de Sociedades, y en tales condiciones habrá de improbarse el acuerdo conciliatorio adoptado por las partes, dentro del Acta de audiencia de conciliación extrajudicial celebrada el 27 de junio de 2019, ante la **PROCURADURÍA 07 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS**.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. – SECCIÓN SEGUNDA**,

¹¹ 12 de septiembre de 2013, expediente 110013335013201300162

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencias del 14 de marzo y 23 de octubre de 2000.

¹³ Expediente 2013-00242, sentencia del 23 de febrero de 2016, demandante Alexander Martínez López, demandado Superintendencia de Industria y Comercio.

RESUELVE:

PRIMERO. IMPROBAR la conciliación extrajudicial, realizada entre **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** y el señor **ANDRÉS FERNANDO GANEM GULFO**, consignada en el Acta de fecha 27 de junio de 2019, y celebrada en la **PROCURADURÍA 07 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS**, por lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO. Ejecutoriada esta providencia, previas las anotaciones y constancias del caso, por Secretaria del Juzgado, procédase a **EXPEDIR** las copias respectivas, de conformidad con lo establecido en el artículo 114 del Código General del Proceso y; **ARCHIVAR** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE;


YANIRA PERDOMO OSUNA
JUEZ

JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en estado electrónico No. 56 de fecha 15/07/19 fue notificado el auto anterior. Fijado a las 8:00 AM.

La Secretaria



11001-33-35-013-2019-00278