

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

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

EXPEDIENTE N°: 11001-33-42-046-2019-00248-00
DEMANDANTE: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO
DEMANDADO: ARMANDO HUMBERTO HERNÁNDEZ CASTRO
MEDIO DE CONTROL: CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

ASUNTO

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la posibilidad de aprobar o no la conciliación extrajudicial efectuada entre la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO y el señor ARMANDO HUMBERTO HERNÁNDEZ CASTRO, adelantada el día 14 de marzo de 2014, ante la Procuraduría 83 Judicial I para Asuntos Administrativos.

I. ANTECEDENTES

1. De la solicitud de conciliación

El día 08 de enero de 2019, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, mediante apoderado judicial, solicitó ante Procuraduría General de la Nación, citar a conciliación extrajudicial al señor Armando Humberto Hernández Castro, con el fin que se reconozca, reliquide y pague las diferencias generadas al omitir la inclusión de la Reserva Especial de Ahorro como parte integral de la asignación básica mensual de las siguientes prestaciones: Prima de Actividad, Bonificación por Recreación y Horas Extras con base en lo dispuesto en el Acuerdo 040 de 1991.

La petición de conciliación se sustenta en los hechos que a continuación se sintetizan:

1. El señor Armando Humberto Hernández Castro presta sus servicios a la Superintendencia de Industria y Comercio en el cargo de Conductor Mecánico 4103-11, por lo tanto, le es aplicable el Acuerdo 040 de 1991.
2. El artículo 58 del Acuerdo 040 del 13 de noviembre de 1991 consagró el pago de la reserva especial del ahorro.
3. Mediante el Decreto 1695 de 1997, el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 31 de la Ley 334 de 1998, suprimió la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades (Corporanonimas). Sin embargo, en su artículo 12, el referido decreto dispuso que el pago de los beneficios económicos del régimen especial de prestaciones económicas de los empleados de las superintendencias afiliadas a CORPORANONIMAS.
4. En principio la Superintendencia de Industria y Comercio excluyó el porcentaje equivalente a la Reserva Especial de Ahorro, al momento de realizar los pagos por concepto de Prima por Dependientes.
5. Por intermedio de diferentes escritos dirigidos a la Superintendencia de Industria y Comercio, varios funcionarios de la entidad solicitaron que la Prima de Actividad, Bonificación por Recreación y Prima por Dependientes se les liquidara teniendo en cuenta la Reserva Especial del Ahorro como factor salarial, pues según los peticionarios, la entidad al efectuar la liquidación de los citados conceptos no la estaba incluyendo y debía hacerlo.
6. La Superintendencia, dando respuesta a los derechos de petición antes mencionados, inicialmente indicó que no accedía al objeto de los mismos.
7. No conformes con las respuestas, los peticionarios, por la posición asumida por la Superintendencia, presentaron recursos de reposición y apelación.
8. La Superintendencia resolvió entonces los recursos de reposición y apelación interpuestos, agotando así la vía gubernativa, basada en que no existe lugar a revocar las decisiones objeto de impugnación, puesto que las mismas se

expidieron conforme a la ley. En este sentido, los funcionarios que presentaron derecho de petición con el objeto de que se les reconocieran algunas prestaciones económicas, las cuales fueron negadas por esa entidad, solicitaron audiencia de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación como requisito de procedibilidad previo al inicio de la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Al momento del desarrollo de la audiencia de conciliación, la Superintendencia de Industria y Comercio, no concilió con los convocantes por cuanto consideró que las decisiones adoptadas, en el sentido de no reconocer los derechos alegados por los peticionarios en sede administrativa, se encontraban ajustada a la ley

9. La Superintendencia en la sesión del Comité de Conciliación llevaba a cabo el día 03 de marzo de 2011, teniendo en cuenta los reiterados fallos en segunda instancia donde se ha condenado a la entidad a pagar la reliquidación de Prima por Dependientes, ordenó la reliquidación y pago del mencionado emolumento "con inclusión de la Reserva Especial de Ahorro como factor base de salario". En consecuencia, adoptó un criterio general para presentar fórmula de conciliación, respecto de las nuevas solicitudes que se hicieren por parte de funcionarios y/o ex funcionarios.

2. Trámite Conciliatorio

El apoderado de la parte convocante presentó solicitud de conciliación el día 08 de enero de 2019¹, ante la Procuraduría General.

Mediante auto de 08 de febrero de 2019² se admitió la solicitud de conciliación extrajudicial presentada por la Superintendencia de Sociedades.

El día 14 de marzo de 2019³, se adelantó la audiencia de conciliación extrajudicial, en la cual las partes llegaron a un acuerdo conciliatorio.

3. Acuerdo Conciliatorio.

En audiencia de conciliación celebrada el 14 de marzo de 2019, las partes acordaron lo siguiente:

¹ Folios 1-29.

² Folio 30.

³ Folios 34-35.

1. Reconocer y pagar el valor de dieciséis millones trescientos sesenta y seis mil diez pesos (\$16'366.010), por concepto de reliquidación de la prima de actividad, bonificación por recreación y horas extras con la inclusión de la reserva especial del ahorro, durante el periodo comprendido entre 31 de julio de 2015 al 31 de agosto de 2018
2. Desistimiento del pago de indexación, intereses ni otro gasto que pretenda la parte convocada.
3. El desistimiento por parte de la convocada de cualquier acción judicial en contra de la SIC que se sustente en los mismos hechos y pretensiones.
4. Los valores reconocidos en favor de la parte convocante se pagarán 70 días después a la aprobación del acuerdo conciliatorio por parte del juez administrativo. Para ello, la parte convocada deberá allega toda la documentación necesaria para adelantar el trámite de pago.

II. CONSIDERACIONES

1. De la competencia

La conciliación extrajudicial en lo contencioso administrativo, sólo puede ser adelantada ante los agentes del Ministerio Público asignados al Juez o Corporación que fuere competente para conocer de la acción de restablecimiento del derecho, reparación directa o contractual (Arts. 60 de la Ley 23 de 1991 y 23 de la Ley 640 de 2001). En este evento, el acuerdo debe ser enviado al Juez o Tribunal correspondiente para su homologación o aprobación judicial, para que tenga eficacia.

2. Aspectos Generales de la Conciliación

El artículo 59 de la Ley 23 de 1991 regulaba la conciliación en asuntos Contencioso Administrativos; sin embargo, dicho artículo fue modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, bajo el siguiente tenor literal:

"Artículo 70.- Asuntos susceptibles de conciliación. El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus

representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o 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”.

La Ley 1395 de 2010⁴, en su artículo 52, dispuso como requisito de procedibilidad para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la conciliación prejudicial. Veamos:

“(…)

ARTÍCULO 52. <Ver modificaciones directamente en la Ley 640 de 2001> El artículo 35 de la Ley 640 de 2001 quedará así:

Artículo 35. Requisito de procedibilidad. En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, de familia y contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas. En los asuntos civiles y de familia podrá cumplirse el requisito de procedibilidad mediante la conciliación en equidad.

Realizada la audiencia sin que se haya logrado acuerdo conciliatorio total o parcial, se prescindirá de la conciliación prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil o de la oportunidad de conciliación que las normas aplicables contemplen como obligatoria en el trámite del proceso, salvo cuando el demandante solicite su celebración.

El requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término previsto en el inciso 1o del artículo 20 de esta ley la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa; en este último evento se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación

(…)”.

Por su parte, el artículo 12 del Decreto 1716 de 2009, en lo atinente a la aprobación de la conciliación extrajudicial en asuntos de lo Contencioso Administrativo, estableció:

“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”.

No obstante, comoquiera que en materia contencioso administrativa, el estudio de la aprobación de la conciliación requiere un mayor grado de análisis y exigencias en razón a que el patrimonio público se puede ver afectado, este Despacho atiende para tal efecto, lo expuesto por el Consejo de Estado que

⁴ “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”.

determinó que, para aprobar el acuerdo conciliatorio, se deben verificar los siguientes requisitos:

1. Que la acción no haya caducado (art. 61 ley 23 de 1.991, modificado por el art. 81 Ley 446 de 1.998).
2. Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes (Art. 59 ley 23 de 1991, 70 ley 446 de 1.998 y Art. 2 párrafo 2 Decreto 1614 de 2009).
3. Que las partes deben estar debidamente representadas y sus representantes tener capacidad para conciliar (Art. 2 Decreto 1614 de 2009).
4. Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, y no sea violatorio de la ley y no resultar lesivo para el patrimonio público (artículos 25, 26 37 de la Ley 640 de 2001).

En consecuencia, el Despacho entrará a revisar si el acuerdo conciliatorio cumplió con todos y cada uno de los requisitos antes señalados.

3. Caso Concreto

En primer lugar, advierte el despacho que el acuerdo conciliatorio objeto de estudio, versa sobre prestaciones de carácter periódico, por tal razón, no opera la figura de la caducidad. De acuerdo con lo señalado en el artículo 164, numeral 1, literal c) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos que reconocen o niegan total o parcialmente prestaciones periódicas, se puede ejercer en cualquier tiempo. A su tenor dispone:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;

(...)”.

Respecto de la representación de las partes, encuentra este Juzgador que las partes acudieron a la audiencia de conciliación debidamente representadas por

sus apoderados quienes tenían la facultad para conciliar, como lo demuestran los poderes obrantes a folios 9 y 23 del expediente.

De igual forma, se advierte que la apoderada de la parte convocante aportó los siguientes medios de prueba:

- ✓ Derecho de petición de fecha 31 de julio de 2018⁵, mediante el cual el señor Armando Humberto Hernández Castro solicita de la entidad la reliquidación, reconocimiento y pago de las diferencias generadas al omitir la Reserva Especial de Ahorro en la liquidación correspondiente, respecto de los factores de prima de actividad, bonificación por recreación y horas extras.
- ✓ Oficio N°. 18-196657—2-0 de 02 de agosto de 2018⁶, por medio del cual la Superintendencia de Industria y Comercio resuelve la petición del señor Armando Humberto Hernández Castro, manifestándole la intención de conciliar los derechos pretendidos por el peticionario.
- ✓ Memorial suscrito por el señor Armando Humberto Hernández Castro⁷, en el que manifiesta que le asiste ánimo conciliatorio respecto de la propuesta planteada en la comunicación en el Oficio N°. 18-196657—2-0 de 02 de agosto de 2018.
- ✓ Liquidación de prima de actividad, bonificación por recreación y horas extras con la inclusión de la Reserva Especial del Ahorro (folios 19-21).

DEL DERECHO CONCILIADO – NORMATIVIDAD

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁸, al estudiar el origen y desarrollo legal de la reserva especial de ahorro o Fomento Especial del Ahorro, así como también la jurisprudencia del Consejo de Estado⁹; concluyó que dicho emolumento tiene constituye salario, entendido éste como todo pago dirigido a remunerar de manera directa los servicios prestados por el trabajador, aun

⁵ Folio 15.

⁶ Folios 16-17.

⁷ Folio 18.

⁸ TAC, sentencia de 19 de marzo de 2013, M.P. Jorge Hernán Sánchez Fellizola, Rad.11001333101520110004001.

⁹ Posición fijada en sentencias 27 de abril de 2000, CE, SCA; S2, SS "A" Expediente No. 14477, actor: José Antonio Sequera Duarte; y de 24 de julio de 2008, CE, SCA; S2, SS "A", expediente No. 250002325000200490528 01, (0457-2007), Actor: Henry Fernando Borda Quintero.

cuando le haya sido dada otra denominación o se pretenda hacer variar su naturaleza.

Al respecto la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió a reliquidar las prestaciones sociales con base en la inclusión de la reserva especial del ahorro. De hecho, en la sentencia del 19 de julio de 2012, la Subsección A referida sostuvo lo siguiente:

«[...] En ese orden de ideas, a partir del 1º de enero de 1998, la Superintendencia de Industria y Comercio asume los pagos de sus funcionarios estatuidos en el Acuerdo 0040 de 1991, el cual a la fecha se encuentra vigente, razón por la cual, los funcionarios de dicha entidad tienen derecho al reconocimiento y pago de la mencionada Reserva Especial del Ahorro..

Ahora bien, al percibir el señor Molano Hernández la denominada Reserva Especial del Ahorro de manera permanente – mes a mes -, es claro para este Despacho que la misma no se encuentra condicionada para su reconocimiento a nada diferente a ser empleado de la entidad demandada y que ésta tiene el carácter de salario, por ser una retribución directa de la prestación de sus servicios [...]

En ese mismo orden, está demostrado en el expediente que la Superintendencia de Industria y Comercio no liquidó los factores devengados por el accionante con la inclusión de la Reserva Especial del Ahorro [...]

En este orden de cosas, se condenará a la entidad pública demandada, a realizar una reliquidación de las primas de servicio prestados, horas extras y viáticos autorizadas y pagadas al demandante, teniendo en cuenta que el salario base para liquidarlas era la asignación básica más el valor de la reserva especial del ahorro pagada al demandante. Deberá deducirse el valor inicialmente reconocido y pagado por los expresados conceptos y sólo pagar en consecuencia, los mayores valores o mesadas diferenciales que resultaren.

También se reconocerá y pagará al demandante el valor de la indexación de los valores pagados por concepto de prima de alimentación.

En cuanto se refiere a las primas de servicios prestados y la denominada de "actividad" es claro para el Tribunal, que corresponden a la misma prestación social a que se contrae el Decreto 1042 de 1.978 y, que tiene como período de causación el servicio de un año, es decir, se consolida el derecho cada vez que el servidor público cumple un año de servicio [...].».

Por lo anterior, a pesar de no estar señalada la reserva de fomento al ahorro taxativamente por el Decreto 2152 de 1992, como factor salarial, por tratarse de una retribución directa por los servicios prestados por el trabajador, adquiere la calidad de factor salarial e incide al momento del reconocimiento y liquidación de las prestaciones sociales del trabajador (prima de actividad, prima por dependientes y bonificación por recreación), factor salarial que debe ser tenido en cuenta, al momento del reconocimiento o reliquidación pensional, según fuere el caso.

Así las cosas, concluye el despacho, que el acuerdo conciliatorio celebrado entre el apoderado de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES y el señor Armando Humberto Hernández Castro, no lesiona los intereses de la entidad, pues además de reconocer un derecho que ampliamente ya ha sido reconocido en innumerables sentencias judiciales, se evitó un desgaste procesal y una mayor condena, razón por la cual, aprobará el acuerdo conciliatorio objeto de estudio.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: **APROBAR** el acuerdo conciliatorio celebrado entre la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO y el señor LUIS ARMANDO HUMBERTO HERNÁNDEZ CASTRO, identificado con C.C. N°. 19.265.118, Procuraduría 83 Judicial I para Asuntos Administrativos, conforme las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: El acta de conciliación aprobada mediante la presente providencia, hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

TERCERO: Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría 83 Judicial I para Asuntos Administrativos.

CUARTO: En firme este proveído, y a petición de los convocantes o de su apoderado, entréguese copia auténtica de esta decisión en los términos del artículo 114 del Código General del Proceso.

QUINTO: Cumplido lo anterior, archívese el expediente, previas las constancias a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez

EXPEDIENTE N°.:11001334204620190024800
CONVOCANTE: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
CONVOCADO: ARMANDO HUMBERTO HERNÁNDEZ CASTRO

JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Hoy 15 de julio de 2019 se notifica el auto anterior por
anotación en el Estado No. 2700

MARÍA DEL PILAR CORCHUELO SAAVEDRA
SECRETARIA