



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE
BOGOTÁ
SECCION SEGUNDA**

Bogotá, D.C., 09 NOV 2018

JUEZ: MARTHA HELENA QUINTERO QUINTERO.

Referencia: CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL N° 2018-00446
Convocante: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
Convocado: JENNY PATRICIA MÉNDEZ SERRANO

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la diligencia de Conciliación Prejudicial referenciada, remitida por la Procuraduría 86 Judicial I para Asuntos Administrativos, contenida en el **Acta de Conciliación Prejudicial de fecha 26 de octubre de 2018**, la cual se llevó a cabo entre el Doctor BRIAN JAVIER ALFONSO HERRERA en calidad de apoderada de la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** y la Doctora JAZMIN ROCIO SOACHA PEDRAZA quien actúa en calidad de apoderada de la parte convocada señora **JENNY PATRICIA MÉNDEZ SERRANO**.

Antecedentes:

Se tienen como fundamentos fácticos los siguientes:

1. La convocada presta sus servicios a la Superintendencia de Industria y Comercio ocupando el cargo de profesional universitario 2028-17.
2. Sostiene que mediante el Acuerdo No. 040 de 13 de noviembre de 1991, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades (Corporanónimas), se adoptó el reglamento general de dicha Corporación, cuyo objeto fue el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, a favor de sus afiliados entre ellos los empleados de la Superintendencia de Sociedades, en el artículo 58 de dicho Acuerdo, se consagró el pago de la Reserva Especial del Ahorro.
3. Mediante Decreto 1695 de 27 de junio de 1997, el Gobierno Nacional suprimió la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades. Sin embargo, el artículo 12 del citado Decreto, mantuvo el pago de los beneficios económicos del régimen especial de las prestaciones económicas de los empleados de las Superintendencias afiliadas a Corpoanónimas, a cargo de dichas Superintendencias.
4. Sostiene que la Superintendencia Industria y Comercio al momento de realizar los pagos por concepto de prima por dependientes, prima de actividad, bonificación por recreación y viáticos, excluyó la Reserva Especial del Ahorro.
5. Por lo anterior, varios funcionarios de la entidad solicitaron que las prestaciones económicas se liquidaran teniendo en cuenta la reserva especial del ahorro, la cual desde la supresión de Corpoanónimas, dejó de ser incluida para liquidar los referidos conceptos.
6. La entidad negó lo solicitado, frente a lo cual los funcionarios interpusieron

recursos de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos en los mismos términos.

7. La entidad accionada en sesión del comité de Conciliación atendiendo la línea jurisprudencial referida al tema adoptó un criterio general para presentar fórmulas de conciliación del tema de estudio.

8. La entidad mediante diferentes comunicados ha invitado a los funcionarios para que se acojan a la fórmula conciliatoria.

9. La convocada aceptó la fórmula conciliatoria.

La solicitud de conciliación:

La Superintendencia de Industria y Comercio a través de apoderado presentó ante la Procuraduría Judicial Administrativa –Reparto-, solicitud de conciliación prejudicial, en la que señala como pretensiones las que a continuación se detallan:

"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 y BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN, 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 períodos de tiempo y el monto total señalado en las liquidaciones que se adjuntan a la presente solicitud.

Para mayor claridad, incluyo el siguiente cuadro:

<i>FUNCIÓNARIO Y/O EXFUNCIÓNARIO PÚBLICO</i>	<i>FECHA DE LIQUIDACIÓN- PERIODO QUE COMPRENDE- MONTO POR CONCILIAR</i>
<i>JENNY PATRICIA MÉNDEZ SERRANO CC 51.658.558</i>	<i>15/11/2014 AL 15/11/2017 \$4.434.656</i>

Conciliación ante la Procuraduría 86 Judicial I para Asuntos Administrativos ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá:

La conciliación se celebró entre las partes el 26 de octubre de 2018, dentro de la audiencia se observa que cada uno de los convocados tuvo la oportunidad de presentar sus argumentos, los cuales se encuentran consignados en el acta de conciliación suscrita.

Finalmente el acuerdo de las partes fue avalado por la Procuradora 86 Judicial I para Asuntos Administrativos, según consta en el acta suscrita, vista a folios 35-36 del expediente.

CONSIDERACIONES

La conciliación es un acto por medio del cual dos 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 este 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.

De la Conciliación prejudicial

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.

Procede en aquellos conflictos que por su naturaleza podrían demandarse mediante las Acciones de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Reparación Directa, Controversias Contractuales y de Grupo.

Requisitos de Procedibilidad de la conciliación prejudicial:

Establece el artículo 63 del Decreto 1818 de 1998, que la conciliación administrativa prejudicial, solo tendrá lugar cuando en caso de ser necesario se agoten los recursos en el procedimiento administrativo, de igual forma el parágrafo segundo de dicha norma establece que no habrá lugar a conciliación cuando la acción haya caducado.

Frente al primero de los requisitos exigidos, cabe precisar que en el presente caso la señora JENNY PATRICIA MÉNDEZ SERRANO (parte convocada), elevó solicitud el 15 de noviembre de 2017 ante la Superintendencia de Industria y Comercio tendiente al reconocimiento y pago de las diferencias generadas al omitir la reserva especial del ahorro en la liquidación de las prestaciones sociales (fl. 15-16), la entidad accionada mediante oficio 17-384371 del 17 de noviembre de 2017 invitó a la convocada a conciliar el asunto (fl. 17-19) quedando agotado debidamente el procedimiento administrativo.

Así las cosas, tenemos que en el presente caso, la señora JENNY PATRICIA MÉNDEZ SERRANO agotó debidamente el procedimiento administrativo, toda vez que realizó la solicitud de reconocimiento y pago de las diferencias generadas al omitir la reserva del ahorro como parte integral de la asignación básica mensual devengada, petición que fue resuelta por la Superintendencia de Industria y Comercio y presentándole al convocado acuerdo conciliatorio,

razón por la cual se entiende que efectivamente cumple con el primero de los requisitos para que sea procedente la conciliación judicial.

Respecto del segundo de los requisitos, este es, que la acción no haya caducado, se precisa que se entiende por caducidad de la acción, al fenómeno procesal en virtud del cual se pierde la posibilidad de hacer uso de la acción judicial por el transcurso del tiempo fijado por la ley, que tiene como objetivo dar seguridad jurídica a las actuaciones de la administración.

Para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral existe un término perentorio de cuatro (4) meses dispuesto por la ley 1437 de 2011 artículo 164¹, para contar la caducidad de la acción, el cual empieza a contarse a partir del día siguiente de la notificación, publicación o ejecutoria del acto administrativo demandado. Sin embargo es de recordar que el mismo artículo, establece una excepción para la aplicación de la caducidad alegada, esto es, cuando las pretensiones versen sobre prestaciones de tipo periódico, tal y como acontece en el presente caso, ya que se solicita la inclusión de la reserva especial del ahorro a efectos de liquidar la prima de actividad y bonificación por ahorro, devengos de tipo periódico, siendo inaplicable la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Cambio de posición.

Cabe precisar que este Despacho venía negando la aprobación del acuerdo conciliatorio así como negando las pretensiones dentro de las demandas tendientes a obtener el reconocimiento de la reserva especial del ahorro como parte de la asignación o sueldo básico a fin de que afecte la base de liquidación de los demás factores devengados, como es el caso de autos.

Lo anterior, al considerar que una cosa es que una suma determinada sea reputada salario, y otra muy diferente es que tal suma se constituya como parte integral de cada uno de los factores salariales, como es la denominado asignación básica, el cual a su vez se erige en la base para liquidar otros factores salariales, por lo tanto esta instancia judicial en múltiples decisiones ha considerado que la Reserva Especial del Ahorro no puede ser tenida en cuenta como parte del salario básico mensual devengado y en casos similares al que nos ocupa ha negado las pretensiones de la demanda o improbadado los acuerdos conciliatorios.

No obstante lo anterior, un hecho probado que la entidad ya adoptó una conducta de reconocimiento y pago de la reserva especial del ahorro con

1"ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada: (...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;"

fundamento en las diferentes sentencias del H. Tribunal Administrativo – Sección Segunda compuesta por subsecciones, en la cuales una sola niega las pretensiones que hoy nos ocupan.

Cabe citar entre estas sentencias que la reconocen, la proferida el 11 de diciembre de 2015 dentro del radicado No. 2014-00145 MP. Doctor SAMUEL JOSÉ RAMÍREZ POVEDA², en la cual una vez estudiada la naturaleza jurídica de la Reserva Especial del Ahorro y los diferentes pronunciamientos efectuados por el H. Consejo de Estado, estableció *“que la reserva especial del ahorro, constituye factor salarial y forma parte de la asignación básica devengada por los empleados de las superintendencias que estuvieron afiliadas a CORPORANONIMAS”* situación que ha conllevado al reconocimiento y pago de lo hoy solicitado a otros funcionarios, que se encuentran en la misma situación fáctica del demandante.

Así, este despacho judicial no obstante no compartir los argumentos mediante los cuales se ha reconocido la reserva especial del ahorro como parte integrante del salario básico, con el único fin de garantizar el derecho fundamental a la igualdad y la favorabilidad en materia laboral procederá a cambiar la posición que venía adoptando.

Sustenta tal decisión, el contenido del artículo 53 de la Constitución Política que consagra entre otras, la garantía de aplicar al trabajador la situación que le sea más favorable cuando exista duda en la aplicación o interpretación de las fuentes formales del derecho.

Pues el principio de favorabilidad es dable en dos eventos, (i) cuando existen dos normas vigentes aplicables a un caso particular y (ii) cuando frente a una norma aplicable existen varias interpretaciones. Frente a esta última situación, para la aplicación de la favorabilidad deben darse dos elementos:

1. La duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir una o más interpretaciones.
2. La efectiva concurrencia de las interpretaciones para el caso en concreto.

En el caso de autos se verifica el segundo supuesto, dada la existencia de dos interpretaciones diferentes de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y al no existir Sentencia de Unificación Jurisprudencial que defina una única posición al respecto el Despacho acogerá la más favorable al trabajador.

² Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, subsección C, Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho No. 2014-00145 de fecha 11 de diciembre de 2015, MP. Dr. Samuel José Ramírez Poveda. Ver también Sentencia de fecha 18 de marzo de 2013 Radicado No. 11001-33-31-015-2011-00040-01 Tribunal administrativo de Cundinamarca, Sección segunda Subsección F, M.P. Jorge Hernán Sánchez Felizola, Sentencia de fecha 8 de noviembre de 2012 Radicado 2018-0171 Tribunal administrativo de Cundinamarca, Sección segunda Subsección D, M.P. Dra. Yolanda García de Carvajalino.

Adicionalmente, no puede perder de vista el derecho a la igualdad del accionante, derecho que ha sido analizado por la Corte de Constitucional³, así:

"4. La Igualdad

4.1. *La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido la compleja naturaleza jurídica de la igualdad, en la medida en que se trata simultáneamente de un principio y de un derecho fundamental. Este múltiple carácter se deriva de su consagración en preceptos de diferente densidad normativa que cumplen distintas funciones en el ordenamiento constitucional; así, por ejemplo, el preámbulo de la Carta Política establece, dentro de los principios que pretende asegurar el nuevo orden constitucional, el de la igualdad. Por otro lado, el artículo 13 de la Constitución Política ha sido considerado como la fuente del principio constitucional de igualdad y del derecho fundamental a la igualdad^[5].*

Esta Corporación, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que el derecho a la igualdad constituye el fundamento insustituible del ordenamiento jurídico que emana de la dignidad humana, pues se deriva del hecho de reconocer que todas las personas, en cuanto lo son, tienen derecho a exigir de las autoridades públicas un mismo trato y por lo tanto merecen la misma consideración con independencia de la diversidad que exista entre ellas^[6].

El artículo 13 de la Carta Política establece que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación. De igual forma prescribe que al Estado le corresponde promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados. Finalmente, señala que el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, por su condición económica, física o mental.

De esta forma, dicho precepto constitucional establece distintas dimensiones del derecho a la igualdad, tales como (i) igualdad ante la ley, en virtud de la cual la ley debe ser aplicada de la misma forma a todas las personas^[7]; (ii) igualdad de trato, que excluye la posibilidad de que la ley regule de forma diferente la situación de personas que deberían ser tratadas igual; e (iii) igualdad de protección, que asegura efectivamente gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades^[8].

Así, es evidente que, pese a no compartir los argumentos mediante los cuales prosperaron pretensiones como las del presente caso en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, es evidente que respetando el derecho de igualdad en situaciones fácticas idénticas, como es el caso de estudio, este Despacho acoge tales decisiones y con el fin de garantizar el derecho a la igualdad entre los pares y en aplicación al principio de favorabilidad que rige en materia laboral, cambia la posición que venía adoptando procediendo a aprobar el acuerdo conciliatorio celebrado por las partes.

De conformidad con lo anterior, el pago se realizara con fundamento en los cálculos efectuados por la entidad accionada, obrante a folio 22 del expediente.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-748/09 veinte (20) de octubre de dos mil nueve (2009) Conjuez Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

En este orden de ideas, es claro que en el presente caso se cumple con los presupuestos exigidos para aprobar la conciliación prejudicial, realizada entre la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** en calidad Convocante y la señora **JENNY PATRICIA MÉNDEZ SERRANO** .

De lo expuesto en precedencia éste Despacho Judicial, advierte que la conciliación prejudicial, realizada entre el apoderado de la **SUPERINTENDENCIA INDUSTRIA Y COMERCIO** en calidad de Convocante y la señora **JENNY PATRICIA MÉNDEZ SERRANO** por valor de **\$4.434.656** reúne los requisitos para ser aprobada, toda vez que el convocado agotó debidamente los recursos dentro del procedimiento administrativo, la acción no se encuentra caducada y no se causa detrimento al erario público, pues los valores reconocidos, corresponden a sumas que deben ser canceladas al convocado, razón por la cual será aprobado el acuerdo celebrado ante la Procuraduría 86 Judicial I para Asuntos Administrativos.

Por tanto el Juzgado Quince Administrativo de Bogotá, Sección Segunda administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

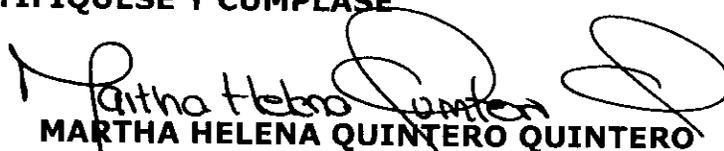
RESUELVE

PRIMERO: APROBAR el Acta de Conciliación de fecha 26 de octubre de 2018, celebrada ante la Procuraduría 86 Judicial I para Asuntos Administrativos, entre la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** en calidad de convocante y la señora **JENNY PATRICIA MÉNDEZ SERRANO** identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.658.558, en calidad de convocado, por valor de **\$4.434.656** obrante a folios 32-33 del expediente, por los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: El acta de acuerdo conciliatorio y el auto aprobatorio debidamente ejecutoriado prestarán mérito ejecutivo y tendrán efectos de cosa juzgada de conformidad con el artículo 72 de la ley 446 de 1998.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones y constancias del caso, expídanse copias a las partes de conformidad a lo dispuesto en el artículo 114 del Código General del Proceso y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARTHA HELENA QUINTERO QUINTERO
JUEZ
