



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE PEREIRA
Pereira Rda., Tres (03) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

REFERENCIA	
AUTO INTERLOCUTORIO No.	101
RADICADO No.	66001-33-33-006-2017-00399-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	JOSÉ IGNACIO OSPINA HURTADO
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE PEREIRA
ASUNTO:	IMPRUEBA ACUERDO CONCILIATORIO

El presente proceso ingresa a Despacho a efectos de decidir si se imparte aprobación a la conciliación acordada el día 9 de octubre de 2020 entre el municipio de Pereira y el señor José Ignacio Ospina Hurtado, dentro de la audiencia prevista en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, la cual se encuentra contenida en la Certificación de la secretaría Técnica del Comité de Conciliación de la entidad territorial accionada visible en el Archivo Digital No. 37. En tal virtud, se dicta la presente providencia en los siguientes términos.

I. ANTECEDENTES

El señor José Ignacio Ospina Hurtado, a través de apoderado judicial presentó demanda dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, formulando las pretensiones que a continuación se resumen:

“Declarar nulo el acto administrativo No. 30114 del 26 de julio de 2017 mediante el cual la entidad territorial negó el reconocimiento y pago del reajuste salarial y de las acreencias laborales adeudadas a la parte demandante.

Que se declare que entre el señor Ospina Hurtado y el municipio de Pereira existió una relación laboral entre el 23 de enero de 2014 y el 31 de enero de 2016.

Como restablecimiento del derecho solicita condenar al municipio de Pereira al reconocimiento y pago (a título indemnizatorio) del valor de todas las prestaciones salariales adeudadas durante el periodo comprendido entre el 23 de enero de 2014 al 31 de enero de 2016, tales como cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y de vacaciones; compensación de vacaciones, auxilio de transporte; dotación de calzado y vestido de labor, subsidio de alimentación y el valor del trabajo suplementario correspondiente a horas extras y recargos nocturnos y por el trabajo en dominicales y festivos, a que tiene derecho con base en el valor mensual del último contrato celebrado por el accionante, correspondiente a \$1.168.679 pesos, e indexados al momento del pago; así como los porcentajes de cotización a pensión, salud y ARP, que se debió trasladar a los fondos correspondientes y además, se declare que el tiempo laborado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, se compute para efectos pensionales y se cancelen las cotizaciones de caja de compensación.

Por último, requiere que se condene a la demandada al pago de la sanción moratoria por la no consignación de cesantías en vigencia de la relación laboral, las cuales se tomaran desde el 15 de febrero de 2015 al 31 de enero de 2016; y por la no cancelación de las prestaciones sociales de ley desde el 1º de febrero de 2016 y hasta el día en que se haga efectivo el pago de la obligación; condenar al pago de costas procesales, así como a todas las sumas que resultaren debidamente probadas en el proceso bien sea ultra o extra petita”.

Por otro lado, los fundamentos de hecho por los cuales se elevó la demanda se resumen, intentando ser fiel a lo expresado, así:

“Manifiesta que el señor José Ignacio laboró para el municipio de Pereira en la Secretaría de Educación en el periodo comprendido entre el 23 de enero de 2014 al 30 de enero de 2016. Lاپso durante el cual se desempeñó como vigilante en la Institución Educativa Villa Santana de esta localidad.

Expresa que de conformidad con los objetos y alcances de los contratos suscritos el accionante desarrolló funciones, que implicaban una notoria subordinación, tales como: cumplir los turnos de portería que se le asignaran y en coordinación con el rector; custodiar y cuidar las áreas de la Institución Educativa que se le haya asignado cumplir la jornada laboral legalmente establecida; controlar la entrada y salida de personas, vehículos y objetos de los planteles; velar por el mantenimiento, conservación y seguridad de los bienes del establecimiento en las zonas de seguridad que le hayan sido asignadas; estar atento en la prevención y control de situaciones de emergencia; consignar en un registro de control las anomalías detectadas durante el turno e informar sobre los mismos; entre otras.

Indica que el último salario devengado por el accionante fue la suma de \$1.168.679, sobre los cuales se hacían las retenciones de ley.

Prosigue indicando que en el ente territorial accionado, tiene en su planta de personal 61 celadores de colegio, quienes cumplen similares funciones a las ejecutadas por el señor José Ignacio Ospina Hurtado; respecto de las órdenes a seguir, manifiesta que las mismas son dadas por los rectores de los colegios, quienes fijan mediante resoluciones y oficios estas, además de los horarios a cumplir.

Menciona que la entidad territorial en el año 2009, a través de la Resolución 002 expedida por el Rector de la Institución Educativa Jorge Eliécer Gaitán, en su artículo 2º establece las jornadas laborales por turnos de 6:00 am a 2:00 pm, de 2:00 pm a 10:00 pm y de 10:00 pm a 6:00 am, además requiere al personal presentarse 15 minutos antes de iniciar la jornada.

El apoderado del demandante realiza unas manifestaciones en relación a los conserjes que tenían contrato de prestación de servicios en los años 2002 a 2004 indicando que les fueron reconocidas algunas prestaciones sociales, así mismo indica que en el año 2006 se expidió la circular No. 07 de 2006 donde encargaban a dichos empleados de los turnos nocturnos, días feriados, entre otros, más no a los nombrados de planta; de igual manera explica que entre el año 2010 y 2011 la entidad territorial vinculó a los contratistas a través de SERVITEMPORALES, una empresa de servicios temporales donde se les reconocía todas las prestaciones de ley, pero con base en el salario mínimo, situaciones que demuestran claramente la subordinación y la existencia de una verdadera relación laboral.

Informa que según las copias de los cuadernos de minutas allegadas al proceso, el señor Ospina Hurtado laboró un total de 105 días de dominicales o festivos y 173 días con recargo nocturno.

Atendiendo lo anterior, el demandante, presentó escrito de reclamación, ante la Administración Municipal, con el fin de que se le reconocieran los derechos laborales y la existencia de una relación laboral; obteniendo como respuesta negativa el oficio No. 30114 del 26 de julio de 2017”.

II. DEL TRÁMITE DEL PROCESO Y LA SENTENCIA PROFERIDA

En el presente asunto, se llevaron a cabo todas las etapas procesales correspondientes a las determinadas en los artículos 180 y 181 del C.P.A.C.A., tal como se puede observar en los archivos digitales No. 19 a 22 del expediente; antes de finalizar la audiencia de pruebas, se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión, los cuales fueron presentados en debida forma, tal como se vislumbra en el archivo digital No. 25; una vez vencido dicho término, se procedió a ingresar a despacho para sentencia, la cual fue proferida el día 8 de junio de 2020 (Archivo Digital No. 27), en la misma se declaran no

probadas las excepciones propuestas por la entidad territorial demandada, respecto a la relación laboral derivada de los contratos de prestación de servicios, se declara la nulidad parcial del acto administrativo acusado que negó el reconocimiento y pago de reajuste salarial y prestaciones sociales ocasionadas con la suscripción de los contratos de prestación de servicios durante el periodo comprendido entre el 23 de enero de 2014 y el 30 de enero de 2016, todo ello conforme la parte motiva de la providencia.

Encuentra esta Juzgadora que en la parte motiva o considerandos de la citada sentencia, se manifestó lo siguiente:

“(...) este Despacho anulará de forma parcial el acto acusado y en su lugar reconocerá el “contrato realidad” existente entre las partes, durante el tiempo que la demandante estuvo vinculada al municipio de Pereira a través de contratos u órdenes de prestación de servicios, por cuanto no le era dable al ente territorial acudir a esta figura para proveer un servicio propio y permanente de la entidad. Lo anterior, con las consecuencias prestacionales que corresponden a la labor desarrollada, pues de acuerdo al verdadero sentido del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, conlleva a que se reconozca el derecho proveniente de una actividad laboral, pero de forma efectiva”.

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia C – 337 de 2016, manifestó respecto al artículo 192 del CPACA, en lo relacionado con la audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso, lo siguiente:

“En conclusión, la norma demandada se incluyó en la Ley 1437 de 2011 manifiestamente con el propósito de racionalizar el aparato judicial, hacer más efectiva la justicia, promover los mecanismos alternativos de solución de conflictos, garantizar mayor economía procesal, garantizar el cumplimiento oportuno de las obligaciones generadas por el proceso y racionalizar la segunda instancia, de tal manera que la entidad pública condenada en primera instancia y las otras partes del proceso no se vieran sometidos a un largo y costoso proceso judicial para obtener la aplicación de justicia en su respectivo caso, sino que se hicieran efectivos los principios de justicia pronta y efectiva propios de la administración de justicia, íntimamente ligados con el acceso a ella, la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso. Es decir, el objeto de la norma en comento, en el parecer del legislador, no es otro que el de dar desarrollo a los artículos 29 y 229 constitucionales.

***Es relevante tener en cuenta que la norma abre una posibilidad adicional para que, sin necesidad de agotar todo el trámite de segunda instancia, una entidad pública condenada en primera instancia pueda concurrir a la audiencia de conciliación y terminar anticipadamente el proceso. Es, por decirlo de alguna manera, un beneficio único, la oportunidad de ahorrarse meses y hasta años de litigio. La consecuencia de perder ese beneficio, al incumplir la carga de asistir siquiera a la cita fijada en la conciliación, fuerza a las partes del proceso a observar una especial diligencia en cuanto a honrar la obligación que le impone el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011. En ese sentido es conducente; esto es, resulta adecuado para el fin propuesto. Más aún si se tiene en cuenta que la entidad pública ya ha sido -como serijo- condenada en primera instancia y que subsiste el riesgo procesal de que, de tramitarse la segunda, se mantenga en firme el fallo, causando eventualmente mayores intereses de mora y, por esa vía, acrecentar el daño patrimonial de la persona jurídica de derecho público”.* (Negritas por fuera del texto original).**

En consonancia con lo manifestado, el ente accionado al proponer una fórmula conciliatoria y esta ser aceptada por el demandante, da paso a la terminación anticipada del proceso como forma anormal de terminación, pues en este caso la sentencia de primera instancia no logra su ejecutoria, pero sirve de base para que la entidad pública evalúe el riesgo de obtener fallo desfavorable en segunda instancia.

Bajo este entendido, se tiene que la parte demandada municipio de Pereira, a través de su comité de conciliación y defensa judicial decide conciliar sobre los efectos patrimoniales del acto, propuesta en la cual se encuentra contenida el pago de las prestaciones sociales

de orden legal y las cotizaciones correspondientes a salud, pensión y caja de compensación familiar, todo ello durante el periodo comprendido entre el 23 de enero de 2014 y el 30 de enero de 2016.

III. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

En desarrollo de la audiencia de conciliación de que trata el inciso 4º del artículo 192 de la ley 1437 de 2011, la parte demandada propuso fórmula de arreglo:

“Basándome en lo sucedido con procesos similares y la situación de la no declaratoria de la prescripción, en aras de que en el presente asunto, no opera interrupción efectiva de contratos, tal y como se puede observar, en el caso concreto no hubo solución de continuidad, razón por la cual, este apoderado recomienda presentar una fórmula de arreglo, consistente en un pago de la suma de DOCE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS SEISCIENTOS SESENTA Y DOS MIL PESOS (\$12.886.662.00,) valor que no incluye indexación ni costas procesales.

Dicho valor será cancelado en un pago único dentro de los noventa (90) días hábiles siguientes a la aprobación del acuerdo por el despacho judicial y previa presentación de la cuenta de cobro de la parte actora”.

A lo propuesto por la entidad, el apoderado judicial de la parte actora señaló que, analizando la liquidación allegada de manera previa por el municipio, a su poderdante le asiste ánimo conciliatorio.

En este punto, se resalta por parte de esta instancia judicial que las anteriores consideraciones tienen asidero en la Certificación Técnica del Comité de Conciliación allegada por la parte demandada según obra en Archivo Digital No. 37, en la cual consta la propuesta conciliatoria citada, un pago único de DOCE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$12.886.662.00,), sin pago de indexación ni costas procesales, a cancelar a más tardar dentro de los noventa (90) días siguientes a la aprobación de la presente fórmula de arreglo y presentación de la respectiva cuenta de cobro de la parte actora.

III. CONSIDERACIONES

Marco normativo y jurisprudencial de la conciliación.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 446 de 1998 (que adicionó el artículo 65ª a la Ley 23 de 1991), y a los reiterados pronunciamientos del Consejo de Estado el acuerdo conciliatorio se somete a los siguientes supuestos de aprobación:

“(…) El juez para aprobar el acuerdo, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: Que no haya operado el fenómeno de la caducidad (artículo 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 81 de la Ley 446 de 1998). Que el acuerdo conciliatorio verse sobre derechos de contenido particular y económico, disponibles por las partes (artículo 59 de la Ley 23 de 1991 y 70 de la Ley 446 de 1998). Que las partes estén debidamente representadas y que los representantes tengan capacidad para conciliar. Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público (artículo 65 A de la Ley 23 de 1991 y artículo 73 de la Ley 446 de 1998) (...).”

Adicionalmente, el artículo 59 de la Ley 23 de 1991 establece” *Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales, sobre conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se ventilarían*

mediante las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo (...)"

En este contexto el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha sostenido¹:

"Ahora bien, al ser la aprobación del acuerdo conciliatorio procesal o extraprocesal una labor otorgada al juez contencioso administrativo, cuando éste realiza el estudio respectivo, además de valorar los requisitos que vienen dados por ley – que se hayan presentado las pruebas necesarias, que no sea violatorio de la ley y que no resulte lesivo para el patrimonio público²-, es su deber verificar que con el acuerdo se estén cumpliendo los postulados constitucionales tendientes a la reparación integral del daño, pues de lo contrario, solo será procedente su improbación, en concordancia con la finalidad de la actividad judicial en un Estado Social de Derecho, como se viene de explicar" (Subrayado del Despacho)

Continuando con la explicación de sus postulados el Consejo de Estado asevera:

"(...) realizar el estudio de aprobación de un acuerdo conciliatorio supone, por parte del juez, la integración de dos dimensiones jurídico-sociales: la autonomía de la voluntad privada dentro de los límites que se viene de indicar, con la fuerza normativa que la reviste en el ejercicio de autorregularse, y los fines del Estado Social de Derecho basados en el bien común y el interés general, para que solo pueda ser aprobado si se respeta a cabalidad el núcleo de ambas dimensiones, ponderando en cada caso concreto el nivel de aplicabilidad de cada una de ellas."

Presupuestos para la aprobación del acuerdo conciliatorio.

Los supuestos fijados por la ley (Inc. 3 art. 65A ley 23 de 1991, modificado por el artículo 73 ley 446/98) y la jurisprudencia, deben estar acreditados suficientemente para que el juez apruebe la conciliación, estos son, que:

- No haya operado el fenómeno de la caducidad.
- Las personas que concilian estén debidamente representadas;
- Los representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para conciliar;
- Verse sobre derechos económicos disponibles por las partes;
- Lo reconocido, patrimonialmente, esté debidamente respaldado o probado en la actuación; y
- No resulte violatorio de la ley y lesivo para el patrimonio público.

Respecto de tales requisitos tenemos lo siguiente:

Caducidad de la acción:

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil catorce (2014) Radicación: 07001-23-31-000-2008000901(37.747) Demandante: Bernabé Cuadros Contreras y otros Demandado: Nación –Fiscalía General de la Nación Referencia: Acción de Reparación Directa.

² Artículo 73 Ley 446 de 1998: Competencia. La Ley 23 de 1991 tendrá un artículo nuevo, así:

"Artículo 65A. El auto que apruebe o impruebe el acuerdo conciliatorio corresponde a la Sala, Sección o Subsección de que forme parte el Magistrado que actúe como sustanciador; contra dicho auto procede recurso de apelación en los asuntos de doble instancia y de reposición en los de única. El Ministerio Público podrá interponer el recurso de apelación para ante el Tribunal, contra el auto que profiera el Juez Administrativo aprobando o improbandone una conciliación. Las partes podrán apelarlos, sólo si el auto imprueba el acuerdo.

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.

Parágrafo. Lograda la conciliación prejudicial, el acta que la contenga será suscrita por las partes y, por el agente del Ministerio Público y se remitirá, a más tardar, al día siguiente, al Juez o Corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva, a efecto de que imparta su aprobación o improbación. El auto aprobatorio no será consultable." (Subrayas fuera de texto)

Tal como ya lo había estudiado este despacho en la emisión del auto admisorio de la demanda, en el *sub júdice* no se presentó el fenómeno de la caducidad pues se reunieron los requisitos establecidos en el artículo 164 numeral 2º, literal d) de la ley 1437 de 2011, sumado a la interpretación jurisprudencial que frente a los contratos realidad en materia pensional no opera el dicha figura procesal.

Representación Debida:

PARTE DEMANDANTE: Se encuentra en el Archivo Digital No. 2, poder otorgado por la demandante al doctor John Jairo Bello Carvajal en el cual se encuentra la facultad expresa para conciliar.

PARTE DEMANDADA: la entidad demandada, municipio de Pereira en archivo digital No. 29 le otorga poder al doctor Julián Andrés Angulo Hoyos con expresa facultad de conciliar.

En este caso encontramos que de conformidad con lo previsto en los artículos 2.2.4.3.1.2.2. y 2.2.4.3.1.2.5 numeral 5º del Decreto 1069 de 2015, que compiló las disposiciones del Decreto 1716 de 2009, la propuesta de conciliación presentada y a que han llegado las partes en la presente audiencia, ha sido estudiada por el comité de conciliación de la entidad quien determinó la procedencia de la misma.

Que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes:

Como se puede observar, el acuerdo conciliatorio se suscribe respecto de los efectos económicos derivados del reconocimiento de la existencia de un contrato realidad entre las partes, consistentes en el pago de las prestaciones sociales, los porcentajes de cotización correspondientes a Pensión y Salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes y las cotizaciones de Caja de Compensación dejados de percibir durante el periodo del 23 de enero de 2014 al 30 de enero de 2016.

Debe recordar esta sede judicial que el derecho a la seguridad social resulta irrenunciable en los términos del artículo 48 de la CP, tema frente al cual la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, precisó:

*"(...) respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, **en tanto que aquellos derechos son de aplicación judicial inmediata y evidenciada su vulneración, en aras de su prevalencia sobre el derecho procesal, habrán de adoptarse las medidas jurídicas necesarias para su restablecimiento**, lo cual encuentra respaldo en lo expuesto por la Corte Constitucional, en sentencia C-197 de 1999, con ponencia del magistrado Antonio Barrera Carbonell, en el sentido de que "...cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación", por lo cual lo anotado no implica la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador a favor de quien se ha declarado la existencia de una relación laboral con la Administración.*

Acerca del tema, también resulta pertinente evocar la sentencia del 28 de mayo de 2015 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que explicó lo siguiente:

"(...) estima pertinente la Sala recordar, que de conformidad con el art. 17 de la L. 100/1993, modificado por el art. 4 de la L. 797/2003, durante la vigencia de la relación laboral, es obligación del empleador afiliar a su trabajador y efectuar las cotizaciones

al sistema general de pensiones, y es también el único responsable de realizar el pago de tales aportes -incluido el porcentaje que le corresponde al trabajador-, tal como lo prevé el art. 22 de la L. 100/1993.

Ello significa que si el empleador incumple las obligaciones que el Sistema de Seguridad Social le impone, debe soportar no sólo el pago de tales aportes, también las demás sanciones a que haya lugar, tal como lo precisa el art. 23 ibídem.

Lo anterior, también aplica a los eventos en los cuales el Juez declara la existencia de un contrato de trabajo, pues esa decisión judicial... indefectiblemente conlleva la obligación de realizar aportes al régimen pensional al cual pertenecía o estaba afiliado el demandante...sin que sea dable pensar siquiera, que el trabajador se vea obligado a iniciar un nuevo proceso persiguiendo el pago de tales aportes, pues tal objetivo se cumple cuando la jurisdicción declara la existencia del contrato realidad".

En relación a los aportes pensionales a tono con la sentencia 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16 del 25 de agosto de 2016, han sido considerados derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), por lo que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles y no son conciliables, aspecto frente al cual la sentencia de unificación indicada, señaló:

*"Igualmente, en atención a que el derecho a una pensión redundante en la calidad de vida de aquella persona que entregó al Estado su fuerza de trabajo en aras de su propia subsistencia, e incluso de la de su familia, tanto para recibir una contraprestación por su servicio como para llegar a obtener beneficios que cubran contingencias derivadas de la vejez o invalidez, el juez contencioso deberá estudiar en todas las demandas en las que proceda el reconocimiento de una relación laboral (contrato realidad), así no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones debidas por la Administración al sistema de seguridad social en pensiones, pues si bien es cierto que la justicia contencioso-administrativa es rogada, es decir, que el demandante tiene la carga procesal de individualizar las pretensiones condenatorias o declaratorias (diferentes a la anulación del acto) con claridad y precisión[32] en el texto de la demanda respecto de las cuales el juez deberá pronunciarse en la sentencia (principio de congruencia), también lo es que este mandato legal debe ceder a los postulados superiores, **cuanto más respecto de los derechos constitucionales a la vida en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social, puesto que "La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores "** (artículo 48 de la C.P.), como extremo débil de la relación laboral, que imponen a las autoridades estatales la obligación de adoptar medidas tendientes a su protección efectiva, ya que sería mayor el menoscabo para la persona cuando llegare a acceder a un derecho pensional (sea por vejez o invalidez) con un monto que no reconoce la fuerza laboral que entregó a su empleador, frente a los demás que sí obtuvieron todos los beneficios a los que se tiene derecho en un contrato de trabajo (principio de proporcionalidad).*

Lo anterior, además por cuanto al hallarse involucrados derechos de linaje constitucional fundamental, ha de privilegiarse el principio de *iura novit curia*, en virtud del cual al funcionario judicial le incumbe aplicar el derecho pese a que este sea diferente al invocado por las partes, pues es su deber estudiar el asunto de acuerdo con los hechos y el derecho vigente, por lo que se insiste en que el juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, en tanto que aquellos derechos son de aplicación judicial inmediata y evidenciada su vulneración, en aras de su prevalencia sobre el derecho procesal, habrán de adoptarse las medidas jurídicas necesarias para su restablecimiento, lo cual encuentra respaldo en lo expuesto por la Corte Constitucional, en sentencia C-197 de 1999, con ponencia del magistrado Antonio Barrera Carbonell, en el sentido de que "...cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas

violadas y el concepto de violación", por lo cual lo anotado no implica la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador a favor de quien se ha declarado la existencia de una relación laboral con la Administración.

En consideración a lo anterior, la sentencia de primera instancia respecto a las cotizaciones a seguridad social, indicó:

"(...) QUINTO: Condenar al municipio de Pereira, a título de reparación del daño a pagar al señor José Ignacio Ospina Hurtado el valor equivalente a los porcentajes de cotización de pensión, salud y riesgos que fueron asumidos por el accionante para el periodo señalado en el numeral anterior y que debió pagar el empleador, siempre y cuando el demandante acredite haberlas pagado; sin embargo, en lo referente a salud y pensión si dichos aportes no se hubieren efectuado o la cotización efectuada fuere menor a la que por ley corresponde, la demandada deberá hacer las cotizaciones respectivas, descontando de las sumas que se adeudan al accionante el porcentaje que a él le corresponda.

Sin perjuicio de lo anterior, el municipio de Pereira deberá tomar todos los periodos en los que ejerció como contratista para calcular su ingreso base de cotización (IBC) pensional, mes a mes, teniendo en cuenta todos los honorarios pactados, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, en el porcentaje que le correspondía en su calidad de empleador, descontando así mismo de las sumas reconocidas, el porcentaje que le corresponde a la parte actora".

Ahora bien, con relación al pago de las cotizaciones a seguridad social y de manera específica aportes a pensión, se advierte que en la liquidación obrante en archivo digital No. 38, se toman los valores con base en el salario mínimo y en los porcentajes de ley, que debía asumir el municipio, adicional a ello se establece una diferencia pensional por valor de \$1.511.645; resultante entre los aportes realizados por el contratista que presuntamente fueron sobre la base del salario mínimo y los aportes que debió realizar con base en los honorarios del contrato.

Sin embargo, revisado el expediente judicial y los documentos aportados para el acuerdo conciliatorio, no se observa que la entidad territorial haya verificado la cancelación de tales aportes al sistema, pues no se allegan recibos de pago o autoliquidación de aportes, de los contratos celebrados por el demandante; en este orden de ideas, vale reiterar que dentro de los derechos que se discuten a través de la conciliación, existen unos irrenunciables como lo serían los aportes pensionales por lo cual para determinar que la conciliación lograda se encuentra ajustada a derecho debe realizarse el cálculo de los aportes realizados por el contratista mes por mes para determinar si corresponden a lo que realmente debió cotizarse en el periodo y en caso de existir diferencias o de determinarse que los mismos no fueron realizados deberá cotizarse al respectivo fondo de pensiones la suma a que haya lugar en el porcentaje que corresponda al empleador descontando así mismo de las sumas reconocidas, el porcentaje que le corresponde a la parte actora, procedimiento que en este caso no fue efectuado, pues aun cuando se establece una diferencia pensional por valor de \$1.511.645, su pago se realizará al contratista y no al fondo de pensiones al que se encuentra afiliado como correspondería según lo expuesto en precedencia. Adicional a ello tampoco se garantiza que el contratista aporte al sistema de seguridad social en pensión la suma faltante en relación a lo cotizado por este mes por mes.

Debe manifestarse que tal como se dejó sentado en la providencia calendada 8 de junio de 2020, la cotización tratándose de contratos de esta naturaleza por regla general se realiza sobre el 40% del valor del contrato sin que sea inferior a un salario mínimo, ello en

aplicación de lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, compilado en el Decreto único reglamentario 780 de 2016, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social" y la Circular Conjunta 001 de 2004 de los Ministerios de la Protección Social y de Hacienda y crédito Público, por lo que podrían existir diferencias en torno a las cotizaciones que disminuirían su base pensional.

EN CONCLUSIÓN, este Despacho improbará la conciliación que contiene el acta obrante en Archivo Digital No. 37, por consiguiente, se concederá el recurso de apelación interpuesto tanto por la parte actora como por el municipio de Pereira, para lo cual, una vez vencido el término de ejecutoria de la presente providencia, se ordenará que por secretaría se remita el expediente al Tribunal Contencioso Administrativo.

Por lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

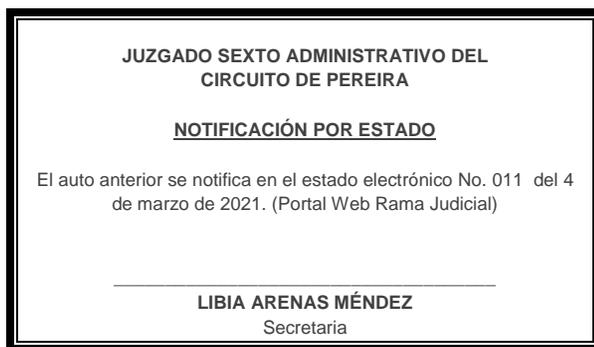
PRIMERO: IMPROBAR la conciliación realizada entre el señor José Ignacio Ospina Hurtado y el municipio de Pereira en relación con los efectos económicos de la sentencia de primera instancia emitida dentro del presente asunto el 8 de junio de 2020 (Archivo Digital No. 27), por lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONCEDER el recurso de apelación presentado tanto por la parte actora como por el municipio de Pereira, en efecto suspensivo, para ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda.

TERCERO: Por Secretaría remítase el expediente a esa alta Corporación previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SANDRA MERCEDES HERRERA GONZÁLEZ
JUEZ



Firmado Por:

SANDRA MERCEDES HERRERA GONZALEZ
JUEZ CIRCUITO

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. 66001-33-33-006-2017-00399-00

JUZGADO 006 ADMINISTRATIVO ORAL PEREIRA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **cfe735100f3926e3f7f261b02133aaeccc703c3867695a289192ab02759ccb9e**
Documento generado en 03/03/2021 09:01:04 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>