

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El diez (10) de octubre de dos mil veintidós (2022), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **HÉCTOR FABIO ÁLVAREZ MONTOYA**, contra la **EMPRESA PARA LA SEGURIDAD URBANA** (en adelante ESU), y el **MUNICIPIO DE MEDELLÍN** tramitado bajo el radicado único nacional No. 05001-31-05-004-2013-00947-01, venido a esta instancia en apelación de la sentencia de primera instancia.

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES:

El actor demandó a la ESU y el MUNICIPIO DE MEDELLÍN, con el fin de que se declare la existencia de contrato de trabajo con estas demandadas con extremos entre el 15 de marzo de 2004 y el 30 de abril de 2011, y en consecuencia, sean condenados de manera solidaria a pagarle las prestaciones laborales referidas a cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, causadas durante la vinculación laboral, así como indemnización moratoria por no pago de la totalidad de los salarios y de prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, indemnización por despido injusto, sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en concordancia con los Arts. 13 y siguientes de la Ley 344 de 1996, por el no depósito de cesantías en un fondo especializado, reembolso de lo pagado por aportes al sistema de seguridad social, y lo retenido por “retención en la fuente” e indexación de las condenas que la admitan.

Como fundamento factico de las pretensiones narra el demandante, que trabajó al servicio de METROSEGURIDAD hoy la ESU, desde 15 de marzo de 2004 y el 30

de abril de 2011 bajo la modalidad de simulados contratos de prestación de servicios.

Que dejó de laborar el 30 de abril de 2011, por decisión unilateral de la ESU, en el sentido que el contrato no sería renovado.

Que durante la vinculación jurídica antes indicada siempre cumplió la jornada de trabajo que le asignaron.

Que el último salario básico mensual devengado que la ESU caprichosamente denominó honorarios, fue de \$1.485.000, a los cuales siempre se les retuvo el 10% por retención en la fuente.

Que durante la vinculación jurídica antes indicada se desempeñó como COORDINADOR DEL ESPACIO PÚBLICO correspondiéndole básicamente lo siguiente:

- Coordinaba el trabajo de los defensores del móvil y los asignados a los cuadrantes.
- Pasaba revista y daba informe sobre su trabajo.
- Realizaba operativos con los venteros.
- Asistencia a diferentes eventos de ciudad como feria de Flores y Fiestas decembrinas.

Que, en las actividades desplegadas en el cargo antes mencionado, siempre estuvo subordinado, debía cumplir horarios de trabajo, recibía órdenes, acataba los reglamentos, estaba sujeto a sanciones, etc.

Que, durante la vinculación laboral, METROSEGURIDAD hoy ESU, no lo inscribió al Sistema de Seguridad Social Integral.

Que la entidad demandada nunca le consignó o depositó las cesantías en un fondo especializado, como lo establece la ley.

Que tuvo que pagar durante el vínculo jurídico la totalidad de los aportes en pensiones, salud y riesgos profesionales, y la demandada le descontaba íntegramente lo pertinente por aportes a la seguridad social.

Que la ESU y el MUNICIPIO DE MEDELLÍN — SUBSECRETARÍA DEL ESPACIO PÚBLICO se suscribieron varios convenios interadministrativos con miras a

desarrollar estrategias y proyectos relacionados con el espacio públicos y en el objeto de dichos contratos se estableció:

“METROSEGURIDAD se compromete para con el MUNICIPIO DE MEDELLÍN, Secretaría de Gobierno a: desarrollar una estrategia para el control y la defensoría del espacio público en aras de recuperar el centro y el entorno público de la ciudad, de ventas ambulantes e invasión del espacio. Lo anterior dentro de los programas y las estrategias señaladas por lo Secretaría de Gobierno”

Que el 15 de mayo de 2013 envió una comunicación a PROTECCIÓN S.A. mediante la cual solicitaba le informaran por escrito el valor de los aportes cancelados mes a mes al SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES durante el periodo comprendido entre el 15 de marzo de 2004 y el día 30 de abril de 2011, y dicho fondo no ha respondido dicha comunicación.

Que agotó la vía gubernativa laboral mediante reclamación de derechos laborales que presentó ante la ESU y el y MUNICIPIO DE MEDELLÍN en mayo de 2013

2. RESPUESTA A LA DEMANDA:

La demandada ESU dio respuesta al libelo mediante escrito que obra a folios 163 a 193, oponiéndose a las pretensiones del actor, proponiendo las excepciones de INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL FRENTE A LA ESU, EXISTENCIA DE CONVENIO INTERADMINISTRATIVO DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA DE RECURSOS CELEBRADOS ENTRE LA EMPRESA PARA LA SEGURIDAD URBANA Y EL MUNICIPIO DE MEDELLÍN, INEFICACIA DE LA CLAUSULA DE EXCLUSIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL CON EL MUNICIPIO DE MEDELLÍN, BUENA FE y PRESCRIPCIÓN.

Por su parte, el MUNICIPIO DE MEDELLÍN, dio respuesta al libelo mediante escrito que obra a folios 197 a 211, oponiéndose a las pretensiones del demandante y proponiendo las excepciones de PRESCRIPCIÓN, PAGO, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN FRENTE AL MUNICIPIO DE MEDELLÍN, AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD, AUSENCIA DE NEXO CAUSAL y BUENA FE DEL MUNICIPIO DE MEDELLÍN, MALA FE DEL DEMANDANTE, COMPENSACIÓN y PAGO.

3. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El juez de primera instancia, DECLARÓ que entre el demandante y la ESU existió una relación laboral como trabajador oficial, con contrato a término indefinido entre el 15 de marzo de 2004 y el 30 de abril de 2011 disfrazada en contratos de prestación de servicios personales, y en consecuencia condenó a la ESU a pagarle al actor: cesantías e intereses a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, reintegro de lo pagado por el actor por aportes al sistema de seguridad social e indemnización por despido injusto, prestaciones que se ordenó fueran indexadas al momento del pago.

Respecto de las anteriores condenas se declaró que el MUNICIPIO DE MEDELLÍN era solidariamente responsable de su pago, argumentando el juez, que la solidaridad se derivaba por ser beneficiario de la labor contratada, por ser garante de las obligaciones de los contratos y además porque ejercía sobre la ejecución de los contratos de prestación de servicios, no solo su vigilancia, sino su desarrollo como que le indicaba a la ESU quién debían ser contratados, quiénes debían ser ascendidos a Coordinadores del espacio público tal como lo manifestó el actor en su interrogatorio de parte, qué valor y duración debía tener los contratos y a quién se les debía terminar el mismo.

La *a quo* negó las prestaciones de la demanda referentes a la prima de servicios, devolución de retención en la fuente y la sanción que establece el Dto. 797 de 1949, y manifestó, que se declaraban parcialmente prescritas algunas prestaciones de las que produjo la condena.

Para resolver la excepción de prescripción, adujo el juez, que el demandante elevó petición de las prestaciones el 4 de mayo de 2013 ante la ESU, y el 22 de mayo de 2013 ante el municipio de Medellín interrumpiendo así el término de prescripción.

Preciso el juez, que conforme lo anterior, se encontraban prescritas las vacaciones y prima de vacaciones causadas con antelación al 15 de marzo de 2009, pues se aplica la prescripción de cuatro años que establece el Art. 24 del decreto 1045 de 1978.

Seguidamente adujo el juez, que las demás prestaciones prescribían en tres años después de su causación, por lo que prescribían las causadas antes del 15 de marzo de 2009.

Enseguida, en consideración a lo establecido anteriormente sobre la prescripción el juez, cuantificó las prestaciones así:

- Cesantías en la suma de \$8.280.576
- intereses a las cesantías del 12% en la suma de \$934.655
- Vacaciones en la suma de \$1.333.665
- Prima de vacaciones en la suma de \$1.333.665
- Prima de navidad en la suma de, \$2.138.400
- Reintegro de lo pagado por aportes al sistema de seguridad social en la suma de \$11.315.344
- Indemnización por despido injusto en la suma de \$7.163.640

Para negar la pretensión de la sanción que establece el Dto. 797 de 1949 señaló el juez que conforme la jurisprudencia de la CSJ tal sanción no es de aplicación automática, por lo que el operador judicial debe verificar si el empleador tuvo alguna razón que justificara la falta de pago de las prestaciones laborales, y en este caso, la entidad demandada siempre negó la existencia de la relación de trabajo toda vez que consideró que la vinculación del demandante conforme a lo pactado en los convenios interadministrativos con el municipio de Medellín debía efectuarse mediante contrato de prestación de servicios, lo que ubica a la ESU en el campo de la buena fe, suficiente para exonerarla de la sanción, por lo que se absolvía de la misma.

Para negar a pretensión de la indemnización del Art. 99 de la Ley 50 de 1990, argumentó el juez, que las demandadas actuaban con la convicción de no estar regidos por las normas laborales y en consecuencia, se absolverá de esta indemnización.

En cuanto a la pretensión de devolución de los dineros descontados por retención en la fuente adujo el juez se negaba por cuanto estos dineros ya entraron al organismo recaudador, fueron declarados por la entidad empleadora y es a esta dependencia gubernamental ante quien se debe hacer la respectiva reclamación por parte del demandante y no ante la demandada que carece de legitimidad para devolver estos aportes.

En lo concerniente a la pretensión de devolución de lo pagado por el actor al sistema de seguridad social, indicó el *a quo* con base en los documentos que obran a folios 17 a 28, provenientes de la ESU, el actor durante el tiempo que duró la relación laboral al demandante le fue descontado de su salario, por concepto de deducción seguridad social pagada a la cooperativa la suma de \$ 15.731.749 al trabajador le corresponde asumir la suma de \$4.415.105 por concepto de pensión y salud, y por ello dispuso que se le reintegrara la suma de \$11.315.344.

4. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN.

La sentencia fue apelada, por el demandante, el municipio de Medellín y la ESU, en los siguientes términos:

APELACIÓN DEL DEMANDANTE.

El apoderado judicial de la parte demandante apela la sentencia de primera instancia, argumentando resumidamente que frente a la prosperidad parcial de la excepción de prescripción existe jurisprudencia del Consejo de Estado y la sentencia **T 084 de 2010** de la Corte Constitucional, en el sentido que la prescripción solo opera desde la fecha que queda ejecutoriada la sentencia que declara la existencia del contrato de trabajo pues tal sentencia es constitutiva del contrato y por ello sólo desde que quede ejecutoriada puede operar la prescripción de los derechos demandados.

Que en la liquidación de las cesantías deben ser incluidas las doceavas enumeradas en el Art. 45 del Dcto. 1045 de 1978, esto es prima de vacaciones y prima de navidad que le fueron reconocidas al actor como trabajador oficial.

Que frente a la sanción moratoria establecida en el Art. 1 del decreto Ley 797 de 1949 considera que la ESU sí actuó de mala fe pues su actuar fue sistemático y reiterativo utilizando la figura de los contratos de prestación de servicios desde el año 2003 hasta el año 2011 haciendo aplicación ilegal de esta forma contractual en desmedro de los derechos ciertos e indiscutibles de los trabajadores, debiendo ser esta entidad quien demuestre que actuó de buena fe y las respuestas de la testigo presentada por la ESU prueba una falta de diligencia en la elaboración de los contratos, sus dichos son esquivos y malintencionados y enmarcados en el plano de lo hipotético y la ESU y el MUNICIPIO DE MEDELLÍN cuentan con un amplio equipo de asesores expertos en contratación razón por la cual no se entiende cómo se seguían elaborando este tipo de contratos violatorios de los derechos de los trabajadores.

Finalmente se expresa en la apelación, que frente a la pretensión de la devolución de los dineros descontados por retención en la fuente está probado que la empresa le realizaba un descuento del 10% al actor cada que suscribía un contrato y por lo que aplicando el principio que lo accesorio de seguir la suerte de lo principal, al declararse la ilegalidad de los contratos de prestación de servicios debe la ESU devolver los dineros que injustamente se le retuvieron al actor.

APELACIÓN DE LA ESU.

El apoderado judicial de la demandada ESU, en la apelación argumentó que (02:10) no comparte los argumentos de la sentencia en cuanto a la existencia de la relación laboral ya que la ESU no ejercía ningún poder subordinante frente al demandante, a través de los coordinadores pues estos también eran subordinados de la subsecretaría del espacio público y por tanto no podían estar actuando en representación de la ESU así tuviesen contratos de prestación de servicios con esta entidad, pues lo que cuenta no es lo que dice en contrato sino lo que se realiza en la realidad y en la planta de la ESU no existe el cargo de defensor del espacio público y esos coordinadores no tenían ningún contacto con la ESU sino con la subsecretaria de espacio público la que a través de otros coordinadores daban las instrucciones y por ello el verdadero empleador sería el municipio de Medellín y por ello no sería esta la jurisdicción competente para emitir las condenas por lo que solicita se revoque el fallo de primera instancia.

Finalmente se expresa en la apelación de la ESU, que de manera subsidiaria en el caso que se confirme la sentencia, se efectúe una revisión de la condena por devolución de aportes a la seguridad social por estar liquidada en una forma superior al que debía dar en razón a los extremos de la relación laboral.

APELACIÓN DEL MUNICIPIO DE MEDELLÍN. (1:59)

La apoderada del municipio de Medellín, se opuso a la sentencia argumentando que este municipio no es quien contrata con el demandante, sino que lo hace utilizando un mecanismo, de carácter legal y los argumentos del despacho si bien nacen de la percepción individual del fallador no se coincide en el criterio que los elementos que configuran la relación laboral se dan en este caso, porque no se pagaron salarios sino honorarios, que aunque los contratos de prestación de servicios son prestado de forma personal y directa por el demandante, esto es aceptado y un mandato obligatorio de la contratación estatal con el referido contrato que regula el Art. 32 de la Ley 80 de 1993, por ser este intuito persona y por tal razón no se puede delegar las funciones que le corresponden al contratista por lo que de ello no puede configurarse los elementos de la relación de trabajo como la subordinación.

Que las actividades que desempeño el actor son propias de Policía Nacional y no las que se desarrollan el MUNICIPIO DE MEDELLÍN y los contratos se celebraron

por necesidad del servicio y no para burlar los derechos de carrera administrativa o los intereses del contratista.

Finalmente se expresa en la apelación del MUNICIPIO DE MEDELLÍN que respecto de la condena a la solidaridad, para que se dé la solidaridad del 2127 de 1945 es necesario que se den los elementos que estructuran esa solidaridad y la actividad que desarrolló o desplegó el contratista no es misional de la entidad como se planteó en los alegatos de las partes.

5. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados del demandante y el municipio de Medellín., presentaron alegatos, indicando resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DEL DEMANDANTE.

Considero importante reiterar en este momento procesal lo relativo a la sanción moratoria establecida en el decreto 797 de 1.949 la cual se impetró en la demanda, señalando que esa H CORPORACIÓN en asuntos EXACTAMENTE IGUALES ha condenado a la aquí demandada a la referida sanción moratoria concluyendo que ha actuado en forma temeraria y de mala fe pues abusó de una simulada contratación utilizando fraudulentamente la figura de CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS (más adelante cito algunas de dichas sentencias).

Sobre la utilización indebida y al margen de la ley de contratos de prestación de servicios la H. CORTE CONSTITUCIONAL mediante sentencia C-171 de 2012, siendo magistrado ponente el Doctor LUIS ERNESTO VARGAS SILVA expresó lo siguiente:

"la jurisprudencia de esta Corte ha afirmado categóricamente que la protección del derecho al trabajo y la relación laboral, la especial protección de la vinculación laboral con el estado y los derechos de los servidores públicos, así como la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre la forma, obliga tanto a los particulares o empleadores del sector privado, como a todas las autoridades públicas o empleadores del sector público, a respetar las prohibiciones legales dirigidas a impedir que los contratos estatales de prestación de servicios sean utilizadas como formas de intermediación laboral, de deslaborización, o de tercerización como regla general, de manera que deben ser obligados a responder jurídica y socialmente por la burla de la relación laboral. A este respecto, ha mencionado que corresponde tanto a los jueces, pero también a los empleadores, como a los órganos de control y a los entes del sector público como el Ministerio de Protección Social y la Superintendencia de Economía Solidaria, velar por la efectividad de las normas que protegen los derechos laborales

de los trabajadores, de manera que se garantice la protección de la relación laboral y se evite la burla de los derechos derivados de la misma”

En el presente caso desde el mismo clausulado de los aparentes y simulados contratos de prestación de servicios se establecieron las funciones específicas que debía cumplir el demandante, la presentación rendición de los informes respectivos según la actividad desplegada, llevar los datos estadísticos sobre las actividades desarrolladas, trasladar los elementos retenidos a las bodegas dispuestas para tal fin, ingresándolos con los inventarios de ingresos, mantener comunicación continua con sus superiores a través de los radios de comunicación, demostrar la asistencia diaria a los sitios designados, el uso obligatorio del uniforme y carne etc., todo lo cual aparece contenido en la cláusula SEXTA de los contratos suscritos.

La simple afirmación de la existencia de contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes o afirmar la creencia de que se actuó de conformidad con la ley, no es sinónimo de buena fe, pues como bien lo ha reiterado la H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN LABORAL, es el empleador quien debe asumir la carga de probar en forma clara que obró sin intención de eludir las obligaciones de carácter laboral, y en el presente caso no hay acreditación de al menos una razón aceptable y razonable de que la EMPRESA PARA LA SEGURIDAD URBANA "ESU" habría actuado bajo la convicción de encontrarse ejecutando un contrato de carácter civil, y por el contrario las circunstancias que rodearon la vinculación jurídica del actor implicaron una serie de controles propios y típicos de la subordinación laboral.

Sobre el tema objeto de discusión existen múltiples sentencias proferidas por la H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA LABORAL en procesos exactamente iguales al caso que nos ocupa donde se ha condenado a la EMPRESA PARA LA SEGURIDAD URBANA - ESU a la indemnización o sanción moratoria establecida por el artículo 1 del decreto 797 de 1949, (sentencia SL459-2019, Sentencia del día 13 de Marzo de 2019, proferida dentro del proceso promovido por el señor MIGUEL ÁNGEL VERGARA GIRALDO contra LA EMPRESA PARA LA SEGURIDAD URBANA "ESU", Magistrado Ponente Doctor JORGE PRADA SÁNCHEZ, Radicado interno No. 59675. Sentencia del día 10 de Septiembre de 2019, proferida dentro del proceso promovido por el señor JAIRO ALBERTO ESTRADA CANO contra LA EMPRESA PARA LA SEGURIDAD URBANA "ESU", Magistrado Ponente Doctor CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO, Radicado interno No. 66507. Sentencia del día 27 de febrero de 2019, proferida dentro del proceso promovido por el señor ROLANDO ARIEL POSADA GALEANO Contra LA EMPRESA PARA LA

SEGURIDAD URBANA "ESU", Magistrado Ponente Doctor DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ, Radicado interno No. 65684. Sentencia del día 8 de Mayo de 2019, proferida dentro del proceso promovido por el señor JORGE IVÁN GÓMEZ RODRÍGUEZ contra LA EMPRESA PARA LA SEGURIDAD URBANA "ESU", Magistrada Ponente Doctora JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO, Radicado interno No. 63435. Sentencia del día 9 de Octubre de 2019, proferida dentro del proceso promovido por el señor VÍCTOR GABRIEL RAMÍREZ ZULUAGA contra LA EMPRESA PARA LA SEGURIDAD URBANA "ESU", Magistrada Ponente Doctora DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA, Radicado interno No. 69198. Sentencia SL4401-2021

El H. TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN- SALA LABORAL igualmente en asuntos muy similares ha condenado a la sanción moratoria establecida por el decreto 797 de 1949, algunas de las cuales cito a continuación:

1. Sentencia del día 25 de Marzo de 2022, proferida dentro del proceso promovido por el señor ANDRÉS ALBERTO DÍAZ DÍAZ contra LA EMPRESA PARA LA SEGURIDAD URBANA "ESU", Magistrado Ponente Doctor JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ, Radicado O5001310501220150176301.
2. Sentencia del día 2 de Noviembre de 2021, proferida dentro del proceso promovido por el señor JUAN DAVID PATINO CARO contra LA EMPRESA PARA LA SEGURIDAD URBANA "ESU", Magistrada Ponente Doctora MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA, Radicado 05001310500720150073701.
3. Sentencia del día 2 de Noviembre de 2021, proferida dentro del proceso promovido por el señor JORGE ARTURO AGUIRRE GONZÁLEZ contra LA EMPRESA PARA LA SEGURIDAD URBANA "ESU", Magistrada Ponente Doctora MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA, Radicado 05001310500220140039401.
4. Sentencia del día 12 de Noviembre de 2021, proferida dentro del proceso promovido por el señor LUIS JAVIER CHICA TORRES contra LA EMPRESA PARA LA SEGURIDAD URBANA "ESU", Magistrada Ponente Doctora MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA, Radicado 05001310501320150062901. Sentencia del día 12 de Noviembre de 2021, proferida dentro del proceso promovido por la señora DIANA MABEL ZAPATA HENAO contra LA EMPRESA PARA LA SEGURIDAD URBANA "ESU", Magistrada Ponente Doctora MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA, Radicado 05001310500520150053201.
5. Sentencia proferida el día 20 de noviembre de 2019 dentro del proceso adelantado por el señor HERNÁN CÓRDOBA CUESTA contra LA EMPRESA PARA LA SEGURIDAD URBANA "ESU" Y OTRA, Magistrado Ponente Doctor FRANCISCO ARANGO TORRES, Radicado No. 05001310500520150151201.
6. Sentencia proferida el día 23 de septiembre de 2014 dentro del proceso promovido por JAVIER DE JESÚS MARÍN GARCÍA contra LA EMPRESA

PARA LA SEGURIDAD URBANA "ESU", Magistrado Ponente Doctor ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, Radicado No. 015-2012-1232.

7. Sentencia proferida el día 28 de junio de 2019 dentro del proceso adelantado por la señora LUZ GLADYS VARGAS RAMÍREZ contra LA EMPRESA PARA LA SEGURIDAD URBANA "ESU", Magistrada Ponente Doctora ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, Radicado No.009-2013-00630-02.
8. Sentencia proferida el día 24 de julio de 2019 dentro del proceso adelantado por la señora DIANA MAGALY PALACIO ARANGO contra LA EMPRESA PARA LA SEGURIDAD URBANA "ESU", Magistrada Ponente Doctora ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, Radicado No.013-2014-00709-01.

Por eso reitero, la conducta reprochable de la ESU de pretender OCULTAR la relación laboral del demandante, tratando con ello en forma premeditada y malintencionada de encubrir o esconder el vínculo laboral de este último, valiéndose de simulados o ficticios contratos de prestación de servicios, debe ser castigada ejemplarmente, siendo claro que LA EMPRESA PARA LA SEGURIDAD URBANA "ESU" actuó en todo momento al margen de la ley.

En el proceso no se evidenció una conducta honesta y transparente de la demandada encaminada a normalizar el empleo del demandante en condiciones dignas de acuerdo mandato establecido por el artículo 53 de la constitución nacional, y por el contrario lo que se probó fue que la demandada ideo estratagemas para evadir los derechos laborales del demandante, y una conducta de esa naturaleza no puede ser calificable como de buena fe.

Por lo antes expuesto solicito se profiera sentencia de segunda instancia acogiendo los planteamientos expuestos en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el A-quo.

ALEGATOS DEL MUNICIPIO DE MEDELLÍN.

Las entidades públicas convocadas al proceso no han actuado desbordando los marcos de la Constitución y la Ley y no se ha pretendido violentar ni burlar los derechos de los trabajadores.

Es cierto que está a cargo del Estado la protección del espacio público, como un derecho al que tiene acceso toda la Comunidad. No hemos negado esto, pero es claro que las entidades públicas concurren al cumplimiento de dicho deber, en la medida de la aplicación del principio de la administración reglada contenido en el Artículo 121 de la Carta, según el cual ninguna autoridad del Estado podrá cumplir funciones distintas de aquellas que le señalen la Constitución y la Ley. Es por esto que hemos sido insistentes en sostener que actividades como las que ejecuta el

actor y en general todos aquellos que fungen como “defensores del espacio público”, no son del giro ordinario de la municipalidad, porque ellos cumplen actividades complementarias a las de policía y las funciones asignadas a los entes territoriales no son las actividades de policía, los entes territoriales tienen funciones de policía. Pareciera sutil la diferencia, pero no lo es y para el efecto es importante reseñar el precedente de la Corte Constitucional contenido en la Sentencia C 492 de 2002, cuyo alcance, dada su naturaleza, tiene un poder vinculante general, impersonal y abstracto, es decir, para toda la Comunidad y para el Estado en cualquiera de sus Ramas. Para el efecto me permito transcribir apartes de la Sentencia citada, pues de ello se desprenden consecuencias directas sobre las razones por las cuales la municipalidad ha actuado en este tipo de circunstancias generadoras de múltiples procesos judiciales de idéntica naturaleza fáctica.

“PODER DE POLICIA-Límites

El poder de policía que puede ejercer el legislador al dictar las leyes generales y abstractas que reglamentan el ejercicio de libertades, está sujeto al respeto de la Constitución y de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El poder de policía que ejerce el legislador no puede entenderse como absoluto e ilimitado. El ejercicio de este poder debe cumplirse dentro de los estrictos límites constitucionales y expedir normas que limiten, sin suspender, el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales.

FUNCION DE POLICIA-Limitaciones

La función de policía que ejercen las autoridades del poder ejecutivo se debe desarrollar dentro del marco de legalidad que le impone la Constitución y la ley. La función de policía además de los límites constitucionales y de derecho internacional de los derechos humanos se encuentra sometida al principio de legalidad, a la eficacia y necesidad del uso del poder, a la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas adoptadas, y al respeto del principio de igualdad, porque las medidas de policía no pueden traducirse en discriminaciones injustificadas de ciertos sectores de la población.

ACTIVIDAD DE POLICIA-Límites

La actividad de policía que desempeñan los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, se encuentra limitada por los aspectos señalados para el poder y la función de policía. Además, el ejercicio de la actividad de policía requiere, en extremo, cumplir con el respeto de los derechos y libertades de las personas. “

“5. En síntesis, se puede afirmar que la Corte Constitucional frente a la función de proteger el orden público tiene como criterio de distinción:

El poder de policía lo ejerce, de manera general, el Congreso de la República por medio de la expedición de leyes que reglamentan el ejercicio de la libertad cuando éste trasciende el ámbito privado e íntimo. Este poder también es ejercido en forma excepcional, por el Presidente de la República en los estados de guerra exterior, conmoción interior y emergencia.

La función de policía es ejercida por las autoridades de la rama ejecutiva (como los alcaldes e inspectores) en cumplimiento de competencias determinadas por la ley.

La actividad de policía es ejercida por los miembros de la Policía Nacional, que en cumplimiento de su obligación de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, aplican diversos medios legítimos para prevenir y conjurar las alteraciones del orden público. “

Del contenido de las pruebas se desprende que el actor no cumplía funciones de policía, que a lo que más se asemejan dichas actividades es a acciones de policía, pues no elaboraba actos administrativos de contenido general o particular para el

control del espacio público en la ciudad de Medellín, esas actividades están reservadas de manera exclusiva a los funcionarios públicos, que ejercen las funciones públicas que son de competencia de los entes territoriales y nunca podrán ser asignadas a funcionarios del ente territorial, pues las normas que regulan la función pública no lo permiten (Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios), porque además así lo dispone el Artículo 122 de la Constitución Nacional el cual informa:

“ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente...”

También el Artículo 5° de la Ley 489 de 1998 indica:

ARTÍCULO 5.- Competencia Administrativa. *Los organismos y entidades administrativos deberán ejercer con exclusividad las potestades y atribuciones inherentes, de manera directa e inmediata, respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo.*

Se entiende que los principios de la función administrativa y los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad consagrados por el artículo 288 de la Constitución Política deben ser observados en el señalamiento de las competencias propias de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y en el ejercicio de las funciones de los servidores públicos.

De lo antes expuesto se derivan varias consecuencias, la primera es que aquellos que cumplen actividades de policía, como los defensores del espacio público, porque el control que ejercen tiene tal naturaleza, dado que retiran personas que invaden el espacio público con actividades diversas y diferentes al acceso y disfrute que debe tener cualquier ciudadano, no ejecutan actividades propias de la municipalidad y no pueden catalogarse como propias del Municipio de Medellín por lo ya expuesto y si ello es así, se rompe la solidaridad que se desprende del Artículo 6° del Decreto 2127 de 1945, norma que dispone:

Artículo 6° *No son simples intermediarios ni representantes, sino contratistas independientes, y como tales, verdaderos patronos de sus trabajadores, los que contraten la ejecución de una o varias obras o labores en beneficio ajeno, por un precio determinado, para realizarlas con sus propios medios y con autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo, dueño de la obra o base industrial, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores. (Lo destacado no hace parte del texto original)*

De tal suerte, que llegando a la conclusión de que las actividades del demandante no son de las que puedan catalogarse como propias del Municipio de Medellín, pues

no pueden enmarcarse dentro de lo que conforme a lo citado de la Sentencia C 492 de 2002, no constituyen función de policía, sino de acciones de policía, pues al actor no lo correspondía elaborar actos administrativos generales o particulares que conllevaran el control del espacio público; ese tipo de actos eran elaborados por los inspectores de espacio público del Municipio de Medellín, no por personal contratado por la modalidad de contratos de prestación de servicios, ni bajo cualquier otra modalidad.

Ya como se ha precisado, el Municipio de Medellín, ni ningún ente municipal podrán crear cargos para desempeñar las actividades que ejecutan los defensores del espacio público, por las razones de orden constitucional y legal que he expuesto. Pero se preguntarán, ¿porque razón está entonces el Municipio de Medellín contratando personas para cumplir funciones que no le corresponden? Es indudable que es una pregunta compleja de resolver, como complejo el problema del manejo del espacio público, el cual desde lo hipotético, debería ser única y exclusivamente destinado al goce y uso de los ciudadanos, pero la realidad de nuestro País es otra y trasciende la esfera local o municipal, pues la informalidad y la falta de oportunidades ha llevado a los ciudadanos a que ocupen el espacio público con actividades invasivas y que violentan el derecho colectivo a la ocupación del espacio público y hay dos alternativas: no se hace nada y nos dedicamos a observar la ocupación de esos espacios de manera indiscriminada y sin control o se acude a los trámites normales, es decir, pedir a la policía que se ocupe de mantener el espacio público libre de ocupaciones y la experiencia ha mostrado que hay que ser mucho más pro activos y de ahí que se haya acudido a los mecanismos ya ampliamente conocidos y que tuvieron reveses muy grandes en los escenarios judiciales y los siguen teniendo, pues ahora no solo condenan a los salarios y prestaciones sociales, sino además a la sanción moratoria, agravando el problema de manera exponencial.

La búsqueda de un dispositivo legal que permitiera al Municipio intervenir de manera más eficaz en el control del Espacio Público tiene su sustento en el Artículo 6° de la Ley 489 de 1998, la cual dispone:

ARTÍCULO 6.- Principio de coordinación. *En virtud del principio de coordinación y colaboración, las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales.*

En consecuencia, prestaran su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones y se abstendrán de impedir o estorbar su cumplimiento por los órganos, dependencias, organismos y entidades titulares.

Es que los problemas que afronta nuestra Ciudad son de un impacto tan grande que no solo hay que desempeñar actividades que no corresponden de manera directa a la Ciudad, pero se hace, aunque con personal no armado, pues los defensores del espacio público jamás han sido armados. También muestra nuestra ciudad una participación muy activa en la coordinación y colaboración con los órganos de seguridad del estado, suministrando equipos, vehículos, gasolina y muchas otras cosas más, sin las cuales la delincuencia habría tomado mucha más ventaja a la institucionalidad.

Este mandatario entiende la voluntad del Sistema de Administración de Justicia cuando aplica principios de favorabilidad en beneficio del sector más vulnerable, pero debe comprenderse que el Estado también debe contar con instrumentos que le permitan enfrentar situaciones de choque, sin los cuales se haría más letal o nocivo “la cura que la enfermedad”.

Si entendemos que no es posible crear los cargos de defensores del espacio público, que sería la respuesta más inmediata, pero no viable desde la perspectiva constitucional y legal, tendremos que concluir que el instrumento utilizado por la Administración Municipal de los contratos de prestación de servicios bajo los parámetros del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 son adecuados; sin embargo preocupan varios temas, entre ellos la temporalidad, pero para el caso no es posible desde el punto de vista legal la creación de los cargos porque no son funciones propias del ente municipal, luego habrá de entenderse que dichas funciones son temporales y que esa temporalidad no está sujeta a las acciones del ente que represento, pues el problema que da origen a la necesidad es Nacional o mejor dicho, de todos, porque es un problema estructural de nuestra sociedad.

Ahora, se ha venido iterando que hay mala fe en la gestión de la Municipalidad y la ESU, otrora Metroseguridad, pero es una apreciación que se aleja de la realidad por lo que les he expuesto además porque las entidades públicas, que tenemos vigilancia fiscal de las Contralorías no verían ajustado a la Ley que pagáramos prestaciones sociales con fundamento en un contrato de prestación de servicios. En su momento dicha alternativa se consideró viable y la entidad de buena fe dio un tratamiento a los honorarios que permitiera compensar a los que prestaban su concurso la falta de su pago y por ello los honorarios que se pagaban a los contratistas eran por encima de lo que en el mercado se pagaba por actividades no calificadas; sin embargo ello no fue apreciado así y terminó sirviendo para que las personas que demandaron fueran liquidados bajo promedios altos, en detrimento del erario público y de los fines comunitarios.

No puede deducirse mala fe de las apreciaciones que les he expresado, pues son fines lícitos, comprensibles, legales y una diversa interpretación no puede llevar a los jueces a entender que se derriba la presunción que nos ampara.

Por lo expuesto, solicito revocar la decisión del A quo y absolver de todo cargo a la entidad que represento.

6. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si es legal establecer en este proceso, que de la prestación personal del servicio del demandante a favor de la demandada ESU, se ejecutó bajo los requisitos establecidos por la doctrina y la Ley para la estructuración de una relación laboral y si de haberse presentado el contrato de trabajo sería con la ESU o el MUNICIPIO DE MEDELLÍN, y si hay lugar a la condena por sanción moratoria por falta de pago de prestaciones laborales al culminar el contrato de trabajo, devolución de la retención en la fuente, si en la liquidación de las cesantías debe ser incluida las doceavas enumeradas en el Art. 45 del Dcto. 1045 de 1978, si la declaratoria de prescripción parcial de los derechos del actor se ajusta a derecho, si el monto de lo ordenado reintegrar a favor del demandante como aportes al sistema de seguridad social presente alguna falencia, y finalmente si el codemandado municipio de Medellín está obligado a responder solidariamente por las condenas impuestas a la ESU.

Tramitado el proceso en legal forma, y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la apelación de la sentencia de primera instancia, conforme a lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes,

7. CONSIDERACIONES:

El análisis del caso en esta instancia, además de resolver lo que es objeto del recurso de apelación, atendiendo lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007, se consultará la sentencia en favor del MUNICIPIO DE MEDELLÍN en razón a la solidaridad que se le impuso a este ente territorial, en el pago de las prestaciones de las que se produjo las condenas y por ello la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Entrará la Sala en primer lugar, a resolver la apelación del MUNICIPIO DE MEDELLÍN, respeto de su oposición a la declaratoria de la existencia de un contrato

de trabajo entre el actor y la ESU, pues de prosperar su recurso sobre ese aspecto se haría innecesario resolver sobre los demás puntos de las apelaciones.

Antes de continuar, es preciso resaltar que la demandada ESU, en la apelación no demostró inconformidad, respecto de la declaración de la existencia de la relación laboral del demandante y los extremos temporales, ni sobre los montos de las condenas salvo para el caso de la devolución de aportes a la seguridad social, sino que su descontento es con el hecho que se haya declarado la existencia del contrato de trabajo fue con esta empresa, afirmando que fue con el MUNICIPIO DE MEDELLÍN por cuanto las órdenes impartidas al actor provenían de la subsecretaria del espacio público de este municipio, es decir que la ESU no controvierte sobre la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo, sino que se haya decidido que el contrato fue entre el demandante y la ESU, alegando que fue con el MUNICIPIO DE MEDELLÍN.

Aclarado lo anterior, es el MUNICIPIO DE MEDELLÍN, el que se opone a la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo, argumentando que este municipio no es quien contrata con el demandante, sino que lo hace utilizando un mecanismo, de carácter legal y los argumentos del despacho si bien nacen de la percepción individual del fallador no se coincide en el criterio que los elementos que configuran la relación laboral se dan en este caso, porque no se pagaron salarios sino honorarios, que aunque los contratos de prestación de servicios son prestados de forma personal y directa por el demandante, esto es aceptado y un mandato obligatorio de la contratación estatal con el referido contrato que regula el Art. 32 de la Ley 80 de 1993, por ser este intuito persona y por tal razón no se puede delegar las funciones que le corresponden al contratista por lo que de ello no puede configurarse los elementos de la relación de trabajo como la subordinación.

Respecto de los anteriores argumentos, el referido a que el municipio no es quien contrata con el demandante, sino que lo hace utilizando el contrato de prestación de servicios, los mismos no tienen ninguna relación con lo definido por el *a quo*, pues este para nada indicó, ni decidió que el actor haya sido contratado por el municipio de Medellín, sino que por el contrario decidió, que el actor fue contratado por la ESU y por ello declaró la existencia del contrato de trabajo con esta entidad y le impuso el pago de las prestaciones de las que se produjo la condena, haciendo responsable al municipio de Medellín de la misma solo en virtud de la solidaridad que encontró el juez, por las razones indicadas anteriormente, por lo que el anterior argumento de la apelación, no tiene ninguna incidencia para desconocer el fallo de

primera instancia, en lo relativo a la declaración de la existencia de la relación laboral.

No obstante, al hacerse necesario revisar la legalidad del fallo de primera instancia en favor del municipio de Medellín, en el grado jurisdiccional de consulta, entra la Sala a establecer si en la prestación personal del servicio del demandante por la contratación de la ESU, lo que no se discute y además se prueba con los contratos obrantes entre folios 29 y 139, se presentaron los elementos propios del contrato de trabajo.

Respecto del anterior asunto adicional a lo ya estudiado, se aduce en la apelación del municipio de Medellín, que los contratos de prestación de servicios son prestados de forma personal y directa por el demandante, lo que es aceptado y un mandato obligatorio de la contratación estatal con el referido contrato que regula el Art. 32 de la Ley 80 de 1993, por ser este intuitu persona y por tal razón no se puede delegar las funciones que le corresponden al contratista por lo que de ello no puede configurarse los elementos de la relación de trabajo como la subordinación, y que además el actor devengaba honorarios y no salarios.

Primeramente, frente al argumento de la ESU sobre que el actor devengaba honorarios y no salario, y que conforme a la Ley 80 de 1993 el contrato de prestaciones de servicios que esta ley regula sin ser laboral implica que el contratista debe prestar personalmente sus servicios por ser celebrado en consideración a la persona, son argumentos que resultan baladíes para dar al traste con la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo, pues en todo caso los honorarios o salarios, son una remuneración de la prestación de un servicio personal, y por ello nada importa la denominación que se le dé a tal remuneración. De otra parte, tanto el contrato de prestación de servicios como el de trabajo exigen la característica de la prestación personal de un servicio por una persona natural, por lo que la sola existencia de la prestación personal de servicio no nos da ninguna luz sobre que se trate de uno u otro contrato.

De esta manera, el elemento que distingue esencialmente los referidos contratos, es la subordinación que se encuentra presente en el contrato de trabajo y ausente total o parcialmente en el contrato de prestación de servicios independientes.

Primeramente se ha de precisar que como quiera que el demandante prestó sus servicios en la ESU, la naturaleza de su vínculo laboral con esta empresa en miras

a la existencia de una relación laboral, sería la de trabajador oficial, toda vez que el ESU, acorde al Decreto 178 del 20 de febrero de 2002, fue erigido como una EICE del orden municipal, y conforme con ello, bajo las preceptivas del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 292 del Decreto 1333 de 1986, sus servidores tienen la calidad de trabajadores oficiales por regla general, constituyendo la excepción la de quienes desempeñen actividades de dirección o confianza, las que es evidente que no prestaba el demandante, pues ninguna de las actividades para las que fue contratado, que se describen en los contratos que militan a folios 21 a 89, son propias de dirección o confianza.

Como ya se esbozó en precedencia, en el caso que ocupa nuestra atención, la parte demandada ha negado tener relación laboral con el demandante, argumentando que el mismo, prestó sus servicios personales a su favor, pero en virtud de un contrato de prestación de servicios profesionales, que permite, el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Es el momento de advertir, que la Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1997, al estudiar la exequibilidad de la norma antes referida, nos brinda claridad meridiana sobre el asunto de la contratación por prestación de servicios que permite el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en la que podemos destacar los siguientes apartes:

“...Así, la decisión de contratar o de no hacerlo no es una opción absolutamente libre sino que depende de las necesidades del servicio; de igual modo, la decisión de con quién se contrata debe corresponder a un proceso de selección objetiva del contratista, en todos los eventos previstos en la ley; y tampoco pueden comprender el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente, de manera que, la relación jurídica con quien se contrata es totalmente distinta a la que surge de la prestación de servicios derivada de la relación laboral y de los elementos propios del contrato de trabajo.

Las estipulaciones sobre el precio, el plazo y las condiciones generales del contrato no pueden pactarse en forma caprichosa ya que deben ajustarse a la naturaleza y finalidad del contrato y a las que resulten más convenientes para la entidad estatal.

Para hablar de la posibilidad de celebrar CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS, éstos deben reunir las siguientes Características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

d. Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo....”

En ilación con lo anterior, existe en nuestra legislación el principio Constitucional y legal de la primacía de la realidad en las relaciones de trabajo, conforme al art. 53 de la C.P. de manera genérica y de manera especial el art. 3 del Decreto 2127 de 1945, en el caso de trabajadores oficiales, en virtud del cual, si cualquier forma de contratación ajena al contrato de trabajo se utiliza para encubrir o desdibujar la relación de trabajo, prima la realidad sobre las formalidades que se hayan podido utilizar para desconocer la existencia de un vínculo laboral.

Conforme a lo que viene de decirse, se ha de poner de presente que tratándose de trabajadores oficiales por mandato del Art. 20 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6 de 1945, existe la presunción legal de existencia de contrato de trabajos, entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, corresponde a este último destruir la presunción, por ser esta una presunción de hecho que puede ser desvirtuada mediante la prueba correspondiente.

En atención a las normas mencionadas anteriormente le corresponde en este caso al demandado –ESU- y al municipio de Medellín, probar que el servicio prestado por el actor quien alega haber tenido una relación laboral, estuvo regido por un contrato que no tenía la naturaleza laboral por haberse ejecutado de manera independiente por el actor es decir sin subordinación laboral, por cuanto, en virtud de la presunción ya referida, se invierte el peso normal de la carga de la prueba, y debido a ello quien alega haber sido trabajador no le corresponde probar que lo era, sino a la parte demandada probar que no lo era.

En ilación con lo anterior, en los procesos del denominado contrato realidad la prueba documental poco o nada ofrece, para resolver el asunto, sino las pruebas testimoniales y de interrogatorio de parte, para establecer la forma como se prestó el servicio, es decir si fue independiente o bajo subordinación de tipo laboral.

Al entrar en el análisis de la prueba testimonial solicitada por las partes y decretada y practicada en el proceso, se encuentra, que sobre la forma como el demandante prestó el servicio, y que no discute la demandada ESU fue prestado, pero alega que no fue protagonista esto manifestaron los testigos:

La testigo **VIVIANA JANETH DURANGO OQUENDO** en su declaración grabada en el disco compacto de folio 303 en los (Minuto 6:18 y siguientes), expresa que conoce al demandante hace aproximadamente quince años, cuando ello inició a trabajar en la subsecretaria del espacio público donde eran compañeros de trabajo, y luego que ambos salieron de dicha secretaría, siguieron con la amistad.

Relata, que su tiempo de labor en la subsecretaria del espacio público fue desde el 22 de junio de 2006 hasta el 30 de diciembre de 2010, que cuando ella ingresó él (el demandante) ya trabajaba en la subsecretaria del espacio público y cuando ella (la testigo) salió él quedó ahí. Que el demandante en la subsecretaria del espacio público, hubo un tiempo que fue defensor y luego empezó a ser coordinador, cargos con funciones similares, con la diferencia que, al ser coordinador, los defensores pasaban a estar a cargo de él. Que la labor era básicamente controlar el espacio Público de la ciudad de Medellín y también de la periferia y que la subsecretaria del espacio público es del municipio de Medellín.

Al ser preguntada sobre qué relación había entre el actor y la ESU, CONTESTÓ que realmente la labor que se desempeñaba era para la alcaldía de Medellín, y las funciones eran en aras de mejorar el espacio público y este servicio se le prestaba era a la alcaldía de Medellín y con la ESU lo que hacían era firmar los contratos. Que los honorarios los pagaba la ESU. Que las funciones y directrices de defensor y luego empezó de coordinador al actor se las imponía el área operativa de espacio público y esta las daba el subsecretario o el EP2 que era la persona que le seguía al subsecretario. Que el subsecretario era el Dr. Francisco Henao y el EP2 era el señor Luís Fernando Restrepo Sánchez, profesional universitario del municipio de Medellín. Que el demandante no tenía libertad para escoger el horario, que este horario salía del área operativa. Que el demandante era vigilado en las funciones, era un cuadro jerárquico, el defensor estaba supervisado por el coordinador, este por otras personas al mando coordinadores, pero con un cargo más alto que se les llamaba MP3. Que el horario se lo controlaban al demandante el señor Juan Carlos Sierra Ramírez y el señor Froilán Zuluaga Pineda. Que lo que relata lo recuerda porque ella era la que manejaba el personal, la que hacía las programaciones recibiendo indicaciones de Luís Fernando o si por ejemplo de la alcaldía le decían a Luis Fernando necesito cien defensores para hacer una actividad con la secretaria

de gobierno, entonces él le generaba la directriz y ella organizaba el personal, porque ella era la persona encargada de manejar la radio base en dicha institución. Que ella (la testigo) inicialmente ingresó como cinco meses como defensora, pero nunca estuvo por fuera siempre estuvo en las oficinas del área operativa y luego el contrato pasó a ser tramitadora. Que la labor la debía cumplir el demandante personalmente sin delegársela a otra persona y debía cumplir el horario establecido.

Interrogada la testigo por el apoderado del demandante, manifiesta que las funciones particulares que hacía el demandante era cuidar el espacio público de la ciudad de Medellín, también se cumplía PQR que era cumplir quejas tanto en la parrilla central y periferia de la ciudad, también se apoyaban actividades que, hacia la alcaldía de Medellín, o eventos como feria de flores, fondas, y todos los eventos relacionados con la ciudad. Que la ESU y el municipio de Medellín tenían la ciudad distribuida por cuadrantes, eran seis cuadrantes en la parrilla central. Que el demandante no podía escoger el cuadrante pues esa indicación salía desde la oficina operativa tanto del cuadrante y móvil o camión en el que iban a ejercer la labor. Que el demandante no podía delegar la prestación del servicio en otra persona distinta, la labor se realizaba de forma personal. Que hubo capacitaciones y charlas a los defensores a las que asistía el demandante, que hacían las capacitaciones cuando el personal ingresaba nuevo a la subsecretaría e igualmente periódicamente se hacía capacitaciones en el aula que queda al lado de la oficina operativa en torres de Bomboná, las dictaba el señor Cesar Zapata. Que a las capacitaciones asistía todo el personal tanto defensores como coordinadores, en las que se tomaba la asistencia por el señor Cesar Zapata. Que el demandante para sus labores utilizaba el uniforme de la subsecretaria de espacio público de uso obligatorio con la insignia de la alcaldía de Medellín tanto en la gorra como en el chaleco y la camiseta e igualmente el carné. Que el demandante firmó el contrato con la ESU. Que los coordinadores le pedían informes al demandante sobre su gestión. Al ser preguntada con qué entidad firmaban los contratos los coordinadores CONTESTÓ que tenían el mismo tipo de contratación que ellos a excepción del señor Luis Fernando Restrepo que era profesional universitario vinculado con la alcaldía de Medellín. Que la papelería que utilizaba el demandante la suministraba el área operativa y tenía el logotipo o membrete de la alcaldía de Medellín. Que una de las funciones que ejecutaba el demandante era retener mercancías de vendedores ambulantes que estuvieran obstaculizando el espacio público, los que se llevaban a la bodega de polo norte de la alcaldía de Medellín. Que los vehículos en los que se transportaba la mercancía incautada eran contratados por la ESU. Que la seguridad social del demandante la pagaba la ESU. Que el demandante

trabajo de manera continua en la ESU durante el tiempo que ella (la testigo) estuvo vinculada a esta empresa. Al ser preguntada por qué el demandante dejó de prestar servicios a la ESU, CONTESTÓ que, porque los pusieron a firmar contratos con la dos Cooperativas, la una se llamaba JIRO y la otra MISIÓN EMPRESARIAL.

Por su parte la testigo **MARÍA IRMA CASTAÑO ALZATE** (Minuto 24:04 y siguientes del CD de folio 276) convocada por la entidad accionada, manifiesta ser servidora pública de la ESU, y que en agosto de 2004 tuvo una relación contractual con la ESU y desde el 3 de enero de 2011 como servidora pública. Igualmente, afirma la testigo no conocer al demandante. Que ella conocía de manera general de la contratación que la ESU celebraba con diferentes entidades públicas entre ellas el municipio de Medellín, pero que no tuvo que ver con la contratación entre la ESU y el municipio de Medellín, sino de otros procesos de la seguridad de la ciudad como manejo de cámaras, alarmas, infraestructura y obra pública, y explica de manera genérica cómo funcionaban los contratos interadministrativos entre la ESU y el municipio de Medellín, indicando que ella no era la encargada de revisar los contratos, pero no fue interventora ni elaboró las minutas del contrato del demandante, porque era competencia del personal auxiliar de la entidad. Manifiesta que la ESU ni ella tienen información de cómo se ejecutaba el contrato del demandante, pues su desarrollo lo ejecutó directamente la subsecretaria del espacio público del municipio de Medellín, en sus oficinas que quedaban en las torres de Bomboná.

Que el contrato de la ESU y el municipio de Medellín era un contrato de mandato de administración de recursos, en los que este ente territorial, daba todas las instrucciones directrices y órdenes de cómo se ejecutaba, incluso que bienes se debían adquirir y a qué personas naturales se debía contratar, indicando incluso los honorarios a pagar.

Valorados los testimonios, en ellos no se encuentra, prueba que el actor desarrollara la prestación del servicio de manera independiente ausente de subordinación laboral, antes, por el contrario, el testimonio de la señora VIVIANA JANETH DURANGO OQUENDO, reafirma la presunción del *del Art. 20 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6 de 1945*, pues esta aduce con conocimiento directo por haber interactuado en la ejecución del contrato de prestación de servicios del actor, este no tenía libertad para escoger el horario, que este horario salía del área operativa. Que el demandante era vigilado en las funciones, Que el horario se lo controlaban al demandante el señor Juan Carlos Sierra Ramírez y el señor Froilán

Zuluaga Pineda. Que la labor la debía cumplir el demandante personalmente si delegársela a otra persona y debía cumplir el horario establecido.

Que el demandante no podía escoger el cuadrante pues esa indicación salía desde la oficina operativa tanto del cuadrante y móvil o camión en el que iban a ejercer la labor. Que el demandante no podía delegar la prestación del servicio en otra persona distinta, Que el demandante firmó el contrato con la ESU. Que los coordinadores le pedían informes al demandante sobre su gestión.

Ahora, aunque la testigo manifiesta que, su tiempo de labor en la subsecretaria del espacio público fue desde el 22 de junio de 2006 hasta el 30 de diciembre de 2010, no pudo saber cómo era el desarrollo de los contratos del demandante antes que ella ingresara a trabajar, ni tampoco después que el 30 de diciembre de 2010 que terminó su relación laboral, sin embargo, no podemos perder de vista que al actor lo beneficia la presunción del Art. 20 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6 de 1945, y por ello era a los demandados a quienes les correspondía probar que la prestación personal del servicio del actor que no se discute ejecutó, la desarrolló ausente de subordinación laboral, por lo que en todo caso, subsiste en la declaratoria de la relación laboral en el tiempo que la testigo no supo cómo se desarrolló el contrato.

De otra parte, respecto del testimonio de MARÍA IRMA CASTAÑO ALZATE, nada se puede extraer sobre la forma como el actor ejecutaba la prestación del servicio, pues esta testigo ni siquiera conoció al demandante, y solo hace un relato de aspectos jurídicos del contrato entre la ESU y el municipio de Medellín por lo que sus dichos tampoco conducen a destruir la pluricitada presunción.

Finalmente, en el interrogatorio de parte absuelto por el actor, tampoco efectúa ninguna confesión que denote la ejecución de la prestación de sus servicios con autonomía ausente de subordinación laboral.

En conclusión, se confirmará la sentencia apelada y consultada en el aspecto de haberse declarado la existencia de relación laboral entre el actor y la demanda ESU.

Igualmente se expresa en la apelación del MUNICIPIO DE MEDELLÍN que respecto de la condena a la solidaridad, para que se dé la solidaridad del 2127 de 1945 es necesario que se den los elementos que estructuran esa solidaridad y la actividad que desarrolló o desplegó el contratista no es misional de la entidad como se planteó en los alegatos de las partes.

Respecto del anterior argumento, es pertinente indicar, que la defensa del espacio público recae en las entidades territoriales, siendo relevante que de acuerdo a los convenios interadministrativos suscritos por las entidades aquí accionadas obrantes a folios 231 al 256, el objeto de éstos, era el desarrollo de programas y estrategias para la defensa y control del espacio público, recuperación del centro y su entorno de los venteros ambulantes, objeto contractual, que claramente se relaciona con la función de defensa del espacio público de competencia del ente municipal demandado.

Conforme lo anterior, también se confirmará la sentencia apelada y consultada en cuanto dispuso la solidaridad del municipio de Medellín, en el pago de las prestaciones de las que se produjo la condena del *a quo*, e igualmente de las que se llegaren a imponer en esta instancia.

Ahora sobre en punto de la apelación de la ESU, que de manera subsidiaria en el caso que se confirme la sentencia, se efectúe una revisión de la condena por devolución de aportes a la seguridad social por estar liquidada en una forma superior al que debía dar en razón a los extremos de la relación laboral, la Sala resolverá sobre ese aspecto de la sentencia no solo por los argumentos de la ESU sino de la consulta de la sentencia en favor del municipio de Medellín.

Es así que el *a quo* con base en los documentos que obran a folios 17 a 28, en los que la ESU relaciona lo pagado por seguridad social, concluyó que el actor pagó por cotizaciones al sistema de seguridad social, la suma de \$14.144.180 de la que descontó el 25% del aporte que le corresponde al trabajador, y por ello dispuso que se le reintegrara la suma de \$11.315.344.

No obstante, al dar respuesta a la demanda la ESU propuso la excepción de prescripción, de la que indicó el juez prosperaba la trienal respecto de todas las prestaciones demandadas distintas a las vacaciones y prima de vacaciones de la que operaba la prescripción de cuatro años el Art. 24 del decreto 1045 de 1978, aspecto del que no apeló ninguna de las partes, pero que se hace necesario revisar su legalidad en lo que pueda perjudicar al municipio de Medellín.

Para aplicar la excepción de prescripción, como ya se explicó, adujo el juez, que operaba la trienal, respecto de todas las prestaciones demandadas, salvo las vacaciones y prima de vacaciones de las que operaba la prescripción cuatrienal,

concluyendo finalmente sin hacer distinción que estaban prescritas todas las prestaciones causadas con antelación al 15 de marzo de 2009.

De esta manera, como el contrato de trabajo del actor culminó el 30 de abril de 2011 y presentó la reclamación administrativa de los derechos demandados ante la ESU el 14 de mayo de 2013 (fol. 13), y la demanda fue presentada el 9 de agosto de 2013, solo prescribirían las prestaciones que el juez estableció que era trienal, causadas con antelación al 30 de abril de 2008, sin embargo como el juez estableció que eran las causadas con antelación al 15 de marzo de 2009, sin apelación del actor en este sentido, será esta la fecha que se tomará para establecer el monto de la condena a las prestaciones no afectadas por la prescripción, distintas a las vacaciones y prima de vacaciones.

En razón a la anterior decisión del juez, que se repite no fue apelada por el demandante, y además porque si bien la jurisprudencia de la CSJ ha establecido que las cotizaciones al sistema pensional son imprescriptibles, en cuanto sean demandadas por el trabajador con destino al ente de seguridad social, no se puede pasar por alto que en este caso lo pretendido no es que las cotizaciones sean pagadas al sistema de seguridad social, sino que se efectúe devolución de los aportes ya pagados por el accionante a los entes de la seguridad social, por lo que esta devolución sigue la regla general de la prescripción, de la acción que regula el art. 151 del CPTSS, aplicable a las acciones laborales sin importar que se trate de trabajadores privados u oficiales y por ello respecto de ellas opera la prescripción.

De esta manera, revisados los documentos que tomó como base el a quo para condenar a la devolución de los aportes a la seguridad social que militan a folios 20 a 28 en los que la ESU certifica sobre tales pagos, se encuentra que con posterioridad al 15 de marzo de 2009, se registran pago por valor total de \$4.343.308 del que se deduce el 25% que el a quo, decidió sin apelación del demandante que se debía deducir por ser el porcentaje que le correspondía como trabajador, por lo que el monto a restituir es de \$3.257.481, asistiéndole razón en la apelación al apoderado de la ESU sobre este aspecto, por lo que su recurso prospera.

Respecto de las vacaciones y prima de vacaciones y demás prestaciones de las que se produjo condena en primera instancia, se resolverá, cuando se revise la condena a estas prestaciones en consultada de la sentencia del *a quo* en favor del municipio de Medellín, y la apelación del actor respecto de las cesantías.

Una vez, resuelta la apelación de la ESU y el MUNICIPIO DE MEDELLÍN, se pasará a analizar los puntos de inconformidad presentados por el apoderado judicial del demandante, sobre las prestaciones de las que se absolvió a la ESU y el punto de la prescripción parcial declarada en la sentencia apelada.

En cuanto a la inconformidad planteada por el apoderado judicial del demandante en el sentido que no se debió de aplicar la prescripción parcial de las prestaciones de las que se produjo las condenas, es necesario manifestar que si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional han indicado que en tratándose del denominado contrato realidad los derechos que se reclamen no prescriben por cuanto la sentencia es constitutiva del derecho no declarativa del derecho que ya existía, la jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, la que acoge esta Colegiatura por ser la de nuestra especialidad, ha indicado que la referida sentencia es declarativa de un derecho que ya existía, por lo tanto no es constitutiva y por ello los derechos que no se reclamaron en tiempo se afectan por la prescripción.

Y es que si se aplicara la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, no sería posible imponer la sanción moratoria de que trata el Decreto 797 de 1949 solicitada en la apelación del actor por la falta de pago de las prestaciones sociales, si se encuentra que existió mala fe en la celebración de los contratos, por cuanto si la existencia del contrato de trabajo solo surge con la sentencia que lo declarara, no puede existir mora en el pago de derechos laborales, pues la relación laboral solo nace una vez ejecutoriada la sentencia que la declara.

En razón a lo anterior, no puede prosperar la apelación del actor en el sentido de la imprescriptibilidad total de los derechos demandados.

Ahora, debe revisarse si en el caso del actor, hay lugar a reliquidar el monto establecido por el *a quo* por concepto de cesantías, teniéndole en cuenta, la doceava de la prima de vacaciones y prima de navidad, conforme el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, como lo argumentó su apoderado en la alzada, para lo cual, se debe manifestar que el Decreto 1045 de 1978, solo es aplicable a las entidades de la administración pública del orden nacional, en donde no encuadra la ESU, quien es una EICE del orden municipal.

No obstante, las normas legales que sí son aplicables al demandante para liquidar las cesantías, las del Decreto 2712 de 1999, igualmente prevén que para liquidar esta prestación se tiene en cuenta la prima de vacaciones y prima de navidad, por

lo que le asiste derecho a que sean tomadas las doceavas de las citadas primas para liquidar las cesantías como lo peticiona en el recurso.

Así entonces, para liquidar las cesantías, debemos tener en cuenta que el juez decidió al resolver la prescripción, sin oposición del actor en la apelación, que salvo las vacaciones y prima de vacaciones, operaba la prescripción trienal de las restantes prestaciones, precisando que eran las causadas con antelación al 15 de marzo de 2009, por lo que será esta la fecha que se tomará para establecer el monto de la condena a las cesantías, independientemente que el *a quo*, haya acertado o no en la decisión, pues al no haberse apelado tal asunto, al Tribunal le queda vedado modificar este aspecto de la decisión.

De esta manera, la liquidación de las cesantías anualmente como lo ordena el Art. 13 de la Ley 344 de 1996 es la siguiente:

AÑO	SALARIO BASE	DOCEAVA PRIMA VACACIONES	DOCEAV A PRIMA NAVIDAD	TOTAL BASE DE LIQUIDACION	DIA S	TOTAL AÑO
2009	\$1.485.000	\$121.500	\$121.500	\$1.728,000	360	\$1.728,000
2010	\$1.504.000	\$125.333	\$125.333	\$1.752.666	360	\$1.752.666
2011	\$1.485.000	\$121.500	\$121.500	\$1.728,000	120	\$ 576.000
TOTAL CESANTÍAS						\$4.056.000

Se pone de presente que para liquidar las cesantías del año 2011 como salario devengado por el actor se toma la suma de \$1.485.000, pues si bien el *a quo*, adujo que para liquidar las prestaciones del año 2011, tomaría el salario de \$1.613.800 que se registra en los contratos de este año, revisados estos contratos que obran a folios 132 a 139, en el del mes de enero se anota que el valor del contrato por este mes es de \$1.485.000, y en los de febrero, marzo y abril, si bien se anota un total de \$1.603.800, se aplica “RETEIVA” por \$ 118.800, para un subtotal de \$ 1.485.000 sin más explicación, lo que concordado con la confesión del demandante en el hecho cuarto de la demanda que su último salario fue de \$1.485.000, lleva a concluir que este fue en realidad el último salario del actor y por ello es el que se aplica para liquidar las prestaciones laborales.

De la devolución de lo descontado como retención en la fuente.

El apoderado del actor al sustentar la apelación, aduce que frente a la pretensión de la devolución de los dineros descontados por retención en la fuente, está probado

que la empresa le realizaba un descuento del 10% al actor cada que suscribía un contrato, por lo que aplicando el principio que lo accesorio ha de seguir la suerte de lo principal, al declararse la ilegalidad de los contratos de prestación de servicios debe la ESU devolver los dineros que injustamente se le retuvieron al actor, es preciso manifestar que el argumentos del *a quo* para negar tal pretensión fue que ello no era procedente por cuanto tales dineros no estaban en poder de la ESU sino de la DIAN y por ello era a esta entidad a quien se le debía reclamar tal devolución, argumento respecto del cual no se ofrece ninguna oposición en la sustentación de la apelación, lo que conduce a que no pueda prosperar la misma, pues la Sala no puede confrontar las razones de la sentencia con las ofrecidas en el recurso pues los argumentos de la apelación no confrontan los argumentos del juez para negar la pretensión.

Respecto de la exigencia que los argumentos de la apelación deben controvertir los del fallador se ha pronunciado el C.E., en los siguientes términos:

Sentencia 2005-00150/38744 de mayo 26 de 2016

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A

Rad.: 81001-23-31-000-2005-00150-01 (38.744)

“Al respecto, debe decirse que esta corporación ha señalado, en reiterados pronunciamientos, que para que el juez de segunda instancia pueda ejercer la facultad jurisdiccional que la ley le ha conferido se hace necesario confrontar el fallo impugnado con los fundamentos de la apelación incoada en su contra:

“(…) De conformidad con el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme.

“La apelación permite el ejercicio del derecho de defensa de las partes, a través de la impugnación de la decisión judicial contenida en la sentencia. Por tanto, exige que el recurrente confronte los argumentos expuestos por el fallador de primera instancia con sus propias razones de inconformidad, para determinar si las pruebas y el sustento jurídico han sido correctamente valorados.

“Como ha señalado esta corporación ‘la labor de la segunda instancia consiste en verificar, sobre la base de la decisión impugnada, el acierto o el error del A-quo en el juicio realizado, circunscribiéndose a dicho aspecto la competencia’.

“El recurso de apelación es un instrumento judicial, en este caso, para impugnar una sentencia contravirtiéndola con argumentos que apunten a desvirtuarla total o parcialmente y sirvan de marco al juez de segunda instancia para llevar a cabo la función revisora que comporta tramitar y decidir una apelación.

“Esa función, que no es oficiosa, tiene que apoyarse en la argumentación contenida en la sustentación del recurso de apelación, que le debe servir al *ad*

quem para soportar la decisión de revocar o modificar la sentencia de primera instancia según lo pretendido por el apelante.”

Pero, es más, si se resolviera de fondo el anterior asunto, como bien lo argumentó el *a quo*, el asunto de la retención en la fuente, se trata de una cuestión tributaria ajena a controversias de naturaleza eminentemente laborales, como la que aquí se debate, y además no se probó en el proceso que, los dineros de retención en la fuente están en poder de la empresa demandada para que pudiera devolverlos.

Sobre el anterior aspecto se pronunció la SCL de la H. CSJ en la Sentencia de Radicación No. 22027 del 5 de agosto de 2004 Magistrada Ponente: ISAURA VARGAS DIAZ en los siguientes términos:

“REINTEGRO POR DEDUCCIONES POR RETENCIÓN EN LA FUENTE:

Al respecto tiene dicho la Sala: “En cuanto a la pretensión de que le sea devuelta la retención en la fuente correspondiente a cada uno de los cuatro contratos que suscribió con el municipio, hay que decir que se trataría de una cuestión de índole tributaria ajena a lo que propiamente constituye el objeto de este litigio, por no tratarse de un asunto de naturaleza laboral. (Sentencia de junio 29 de 2001, rad. 15499). Manteniendo el criterio jurisprudencial que antecede, será absuelto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES de esta pretensión.”

Conforme a lo indicado anteriormente no puede prosperar la apelación del demandante en lo relativo a la devolución de lo que le pudieran haber deducido por retención en la fuente.

En lo concerniente con la procedencia o no de la sanción moratoria contemplada en el Decreto 797 de 1949 aplicable a los trabajadores oficiales, se tiene que la apelación la fundamenta la parte demandante en que la ESU sí actuó de mala fe pues su actuar fue sistemático y reiterativo utilizando la figura de los contratos de prestación de servicios desde el año 2003 hasta el año 2011 haciendo aplicación ilegal de esta forma contractual en desmedro de los derechos ciertos e indiscutibles de los trabajadores, debiendo ser esta entidad quien demuestre que actuó de buena fe y las respuestas de la testigo presentada por la ESU prueba una falta de diligencia en la elaboración de los contratos, sus dichos son esquivos y malintencionados y enmarcados en el plano de lo hipotético y la ESU y el MUNICIPIO DE MEDELLÍN cuentan con un amplio equipo de asesores expertos en contratación razón por la cual no se entiende cómo se seguían elaborando este tipo de contratos violatorios de los derechos de los trabajadores.

Antes de entrar a analizar los argumentos de la apelación del demandante, es necesario manifestar que a sanción moratoria que establece el Dto. 797 de 1949, se causa por la mora en el pago de los salarios y prestaciones sociales al culminar

el contrato de trabajo, en este caso el contrato de trabajo realidad que se declara por la prestación del servicio del demandante a la ESU en las labores indicadas en la demanda; sin embargo, sobre la terminación del contrato de trabajo que se declaró en la sentencia, la testigo VIVIANA JANETH DURANGO OQUENDO, al ser preguntada por qué terminó la prestación del servicio del demandante manifestó, que porque los pusieron a firmar contratos con las Cooperativas JIRO y MISIÓN EMPRESARIAL. Igualmente el actor al absolver interrogatorio de parte manifestó que terminados los contratos de prestación de servicios, continuó prestando sus servicios a la ESU sin solución de continuidad en la misma labor, a través de las empresas JIRO y MISIÓN EMPRESARIAL, por lo que se debe tener como probado con el testimonio de la señora DURANGO OQUENDO y lo confesado por el demandante que su relación laboral con la ESU no terminó en el 30 de abril de 2011 que dejó de firmar contratos de prestación de servicios, sino que se cambió la modalidad de vinculación para la prestación del servicio, independientemente que en su demanda solo haya reclamado la existencia del contrato de trabajo hasta tal fecha, y por ello no hay lugar a la sanción moratoria que establece el Dto. 797 de 1949, pues al haber continuado la relación laboral no pudo haber existido mora en el pago de las prestaciones al culminar el contrato de trabajo que aquí se declara, por lo que se confirmará la sentencia sobre la absolución de esta prestación, pero por las razones indicadas en esta instancia, sin que se haga necesario por sustracción de materia el estudio de los argumentos expuestos por el apoderado del actor.

Se pasa a decidir sobre la apelación del **MUNICIPIO DE MEDELLÍN**.

La apoderada del municipio de Medellín, se opuso a la sentencia argumentando que este ente territorial no es quien contrata con el demandante, sino que lo hace utilizando un mecanismo, de carácter legal y los argumentos del despacho si bien nacen de la percepción individual del fallador no se coincide en el criterio que los elementos que configuran la relación laboral se dan en este caso, porque no se pagaron salarios sino honorarios, que aunque los contratos de prestación de servicios son prestado de forma personal y directa por el demandante, esto es aceptado y un mandato obligatorio de la contratación estatal con el referido contrato que regula el Art. 32 de la Ley 80 de 1993, por ser este intuitu persona y por tal razón no se puede delegar las funciones que le corresponden al contratista por lo que de ello no puede configurarse los elementos de la relación de trabajo como la subordinación.

Que las actividades que desempeñó el actor son propias de Policía Nacional y no las que se desarrollan en el MUNICIPIO DE MEDELLÍN y los contratos se celebraron por necesidad del servicio y no para burlar los derechos de carrera administrativa o los intereses el contratista.

Respecto de los anteriores argumentos, los mismos ya quedaron resueltos al estudiarse la existencia del contrato de trabajo, por lo que no pueden constituir fundamento para negar las pretensiones de la demanda.

Finalmente, se pasa a revisar en consulta de la sentencia de primera instancia en favor el municipio de Medellín, en los aspectos que no fueron objeto de apelación.

- **De los intereses a las cesantías.**

Al demandante le asiste derecho a los intereses a las cesantías, conforme a la ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, Ley 244 de 1995, Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 de 1998 y el Decreto 1252 de 2020

Es así, que teniendo en cuenta los montos de la condena a las cesantías, los intereses en el porcentaje del 12% que decidió el *a quo*, sin oposición del demandante en la apelación, ascienden a la suma de \$ 486.720, valor al que se ajustará la condena, pues en la primera instancia se condenó a una suma superior.

- **De la indemnización por despido injusto.**

Respecto a la condena a la indemnización por despido injusto, es preciso indicar que sobre la terminación del contrato de trabajo que se declaró en la sentencia, la testigo VIVIANA JANETH DURANGO OQUENDO, al ser preguntada por qué terminó la prestación del servicio del demandante manifestó, que porque los pusieron a firmar contratos con las Cooperativas JIRO y MISIÓN EMPRESARIAL. Igualmente el actor al absolver interrogatorio de manifestó que terminados los contratos de prestación de servicios, continuó prestando sus servicios a la ESU sin solución de continuidad en la misma labor, a través de las empresas JIRO y MISIÓN EMPRESARIAL, por lo que se debe tener como probado con el testimonio de la señora VIVIANA JANETH DURANGO OQUENDO y lo confesado por el demandante que su relación laboral con la ESU no terminó en el 30 de abril de 2011 que dejó de firmar contratos de prestación de servicios, sino que se cambió la modalidad de vinculación, independientemente que en su demanda solo haya reclamado la existencia del contrato de trabajo hasta tal fecha y por ello no hay lugar

a la indemnización por despido injusto, pues al haber continuado la relación laboral no pudo haber existido despido, ni terminación de la relación laboral, por lo que se revocará la sentencia sobre la condena a la indemnización por despido injusto.

- **De las vacaciones.**

La condena a las vacaciones, es procedente por cuanto está prevista para los trabajadores oficiales 15 días de vacaciones por cada año de servicios, conforme al Decreto Ley 3135 de 1968 modificado por el Decreto Ley 1045 de 1978. Según el artículo 23 ibidem, el derecho a disfrutarlas o a recibir la respectiva compensación en dinero prescribe en 4 años, que se contarán a partir de la fecha en que se haya causado el derecho como lo decidió el a quo.

Liquidado por la Sala el valor de las vacaciones, no corresponde a un monto inferior al que concedió el *a quo*, por lo que la sentencia será confirmada respecto de esta condena.

- **De la prima de vacaciones.**

La condena a la prima de vacaciones, es procedente por cuanto se reconoce a los trabajadores oficiales del nivel territorial, y que corresponde a 15 días de salario por cada año de servicio, de conformidad con el Decreto Reglamentario 1848 de 1969, y el Decreto 1045 de 1978, la que se liquida con los mismos criterios de las vacaciones y teniendo en cuenta el término de prescripción de 4 años desde la causación del derecho, conforme al artículo 31 ibídem.

Liquidado por la Sala el valor de la prima de vacaciones, no corresponde a un monto inferior al que concedió el *a quo*, por lo que la sentencia será confirmada respecto de esta condena.

- **De la prima de navidad.**

La condena a la prima de navidad, es procedente por cuanto está prevista en el artículo 11 del Decreto 1335 de 1968, modificado por el Decreto 3148 de 1968, para todos los servidores públicos, en concordancia con el Decreto 1045 de 1978, artículos 32 y 33 y Decreto 1848 de 1969 artículo 51. Por lo que, siendo el demandante trabajador oficial, corresponde por este concepto un mes de salario, según el cargo desempeñado a 30 de noviembre de cada año y en forma proporcional por una doceava por cada mes completo de servicios.

Según el artículo 32 del Decreto 1045 de 1968 “*La prima se pagará en la primera quincena del mes de diciembre*”, por lo que a partir de allí se hace exigible. Para su liquidación, se tendrán en cuenta la asignación básica y la prima de vacaciones conforme al artículo 33 del Decreto 1045 de 1978.

Así entonces, para liquidar la prima de navidad, debemos tener en cuenta que el juez, decidió que operaba la prescripción trienal de las causadas con antelación al 15 de marzo de 2009, por lo que le correspondía al actor las causadas del año 2009, 2010 y lo corrido del 2011. Liquidado por la Sala el valor de la prima de navidad, no corresponde a un monto inferior al que concedió el *a quo*, por lo que la sentencia será confirmada respecto de esta condena.

Finalmente, en lo concerniente a la condena a la indexación de las prestaciones de las que se produjo la condena, la misma es procedente por razones de justicia y equidad, por cuanto ella obedece a la necesidad de resarcir un fenómeno económico como lo es la depreciación constante del dinero, que se genera por el simple paso del tiempo, constituyendo la indexación antes que un tratamiento sancionatorio, en un mecanismo resarcitorio o restaurativo de la moneda, en tanto, no se está pagando más de lo debido, sino la misma suma causada tiempo atrás y traída al valor presente.

Resueltos los aspectos de la apelación de las partes, y la consulta de la sentencia en favor del municipio de Medellín, por las razones de hecho, de derecho y probatorias descritas en precedencia, la sentencia de primera instancia será confirmada, modificada y revocada en los términos ya explicados.

Sin **costas** en esta instancia a cargo de ninguna de las partes, pues el actor resultó vencido en la apelación en lo concerniente a la imprescriptibilidad total de los derechos, y *la devolución de lo que le pudieran haber deducido por retención en la fuente*, oposición que se entiende surtía efecto tanto para la ESU como para el municipio de Medellín.

Igualmente, la ESU y el municipio de Medellín, resultaron vencido total o parcialmente de su recurso de apelación, lo que impide imponer costas al demandante.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín el 10 de noviembre de 2015, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **HÉCTOR FABIO ÁLVAREZ MONTOYA**, contra la **EMPRESA PARA LA SEGURIDAD URBANA –E.S.U.** y el **MUNICIPIO DE MEDELLÍN**, en cuanto declaró la existencia de la relación laboral y condenó a la ESU y solidariamente al municipio de Medellín al reconocimiento y pago de cesantías e intereses a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, reintegro de lo pagado por el actor por aportes al sistema de seguridad social, pero MODIFICÁNDOLA en cuanto a que los montos a pagar por cesantías, intereses a las cesantías y reintegro de lo pagado por aportes al sistema de seguridad social, son los siguientes:

- Cesantías, \$4.056.000
- Intereses a las cesantías, \$ 486.720
- Reintegro de lo pagado por aportes al sistema de seguridad social, \$3.257.481

SEGUNDO. REVOCAR la sentencia de primea instancia en cuanto condenó a la ESU y solidariamente al MUNICIPIO DE MEDELLÍN, al reconocimiento y pago de indemnización por despido injusto, para en su lugar ABSOLVERLAS de esta prestación, por las razones indicadas en la parte motiva de este fallo.

TERCERO. CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en los demás aspectos de la apelación de las partes, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo de segunda instancia.

CUARTO. Sin costas en esta instancia.

La anterior sentencia se notifica a las partes por EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, por quienes en ella han intervenido, los magistrados.

Firmado Por:

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **ea05ed450f0de4d3139947c17d79bfa9acac1465b2e5bca3907a4789e70919c3**

Documento generado en 10/10/2022 02:36:26 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>