



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA
SALA DE DECISIÓN CIVIL- FAMILIA – LABORAL.

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada Ponente

Riohacha, La Guajira, primero (01) de abril de dos mil veintidós (2022)

Discutida y aprobada en sesión virtual de la fecha, según consta en acta N°034

RAD: 44-650-31-05-001-2015-00310-01. Proceso Ordinario Laboral promovido por YOHALIS OÑATE GIL contra EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ solidariamente LA NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – I.C.B.F y el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE.

1. OBJETO DE LA SALA.

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los magistrados CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ, JOSÉ NOÉ BARRERA SAENZ y PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO, quien preside en calidad de ponente, procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza el decreto 806 de 2020 artículo 15 numeral 1° y una vez surtido el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F), contra la sentencia dictada en audiencia pública por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira, verificada el primero (01) de diciembre del dos mil veinte (2020).

ANTECEDENTES.

1.1. La demanda.

YOHALIS OÑATE GIL mediante apoderado judicial instauró proceso ordinario Laboral de Primera Instancia contra la señora EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ y en solidaridad contra el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL (MEN), EL FONDO FINANCIERO DE

PROYECTOS DE DESARROLLO “FONADE” y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (I.C.B.F) pretendiendo se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 19 de marzo de 2013 y el 28 de junio de 2013, argumentando para tal fin que:

1.- Que el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIÓN celebró con el FONADE y el I.C.B.F el convenio interadministrativo de gerencia de proyectos No. 212019 - 1719 cuyo objeto era la GERENCIA INTEGRAL PARA LA ATENCIÓN INTEGRAL DE LA PRIMERA INFANCIA Y SUS ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS EN LA FASE DE TRANSICIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS ATENDIDOS POR EL PAIPI, siendo una de las obligaciones adquiridas las de contratar personas naturales y jurídicas para garantizar la aplicación de la “Estrategia de Cero a Siempre”.

2.-Que entre el FONADE y la señora EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, en calidad de representante legal del colegio Gabriela Mistral celebró el contrato No. 2130507 del 06 de marzo de 2013, el cual tenían por objeto la prestación integral de educación inicial, cuidado y nutrición a las niñas y niños menores de 5 años en condiciones de vulnerabilidad vinculados al PAIPI.

3.- Para el desarrollo del contrato anterior el demandante fue contratado por la señora EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ mediante contrato de trabajo el 19 de marzo de 2013, para desarrollar sus labores.

4.- Las labores desempeñadas por la demandante era la de Auxiliar Docente en el entorno institucional, en el municipio de Distracción – La Guajira, de manera subordinada y cumpliendo horario de trabajo.

5.- La asignación laboral fue pactado en novecientos setenta y nueve mil pesos (\$979.000).

6.- La relación laboral terminó unilateralmente el 28 de junio de 2013 adeudando para dicha data auxilio de transporte, salarios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, además, no se encontraba al día en el pago de cotizaciones al sistema de seguridad social y parafiscalidad. Consecutivamente el demandante agotó las reclamaciones administrativas ante las entidades de derecho público demandadas, FONADE, MEN y el I.C.B.F. Subsidiariamente solicitan que se declare la sanción moratoria; así mismo, reclama la declaratoria de solidaridad respecto de las entidades públicas demandadas en los términos del artículo 34 del C.S.T y que se falle *extra y ultra petita*, solicitando además el pago por concepto de sanción moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T.

2. SENTENCIA DE PRIMER GRADO.

El Juez de conocimiento profirió sentencia en la que resolvió Declarar que entre YOHANLIS OÑATE GIL existió contrato de trabajo con EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ; en consecuencia de lo anterior, condenó al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, auxilio de transporte, salarios; declaró la ineficacia de la terminación del contrato, ordenando a la demandada a pagar *“un día de salario diario, a razón de \$32.633 contados a partir del 28 de junio de 2013 hasta tanto se verifique la cancelación de los aportes por seguridad social y parafiscalidad correspondientes a los últimos meses de labores de la trabajadora (sic)”*. Finalmente, declaró la solidaridad del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, absolviendo a FONADE y al MEN de todas las pretensiones; y por último, ordenó la consulta ante el Superior por haber sido adversa al demandado ICBF.

RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con lo decidido el apoderado judicial del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar interpuso recurso de apelación manifestando:

“ ... En la presente audiencia interpongo el recurso de apelación, contra la providencia emitida por su señoría bajo los siguientes argumentos: considero pertinente reiterar que no aparece ni siquiera probado de manera sumaria si el ICBF ostentaba la calidad de empleador de la demandante, no es factible jurídicamente que el ICBF sea llamado a responder por las pretensiones concedidas en la sentencia condenatoria dado que la persona responsable de la presunta omisión de la acreencias reclamadas hoy concedidas por el despacho judicial en la sentencia condenatoria es su empleador patrono la señora EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, quien tenía la obligación de conformidad con los contratos celebrados entre ella FONADE de responder con sujeción a la ley por todas las obligaciones de tipo laboral que se originen con la ejecución del contrato, así las cosas no es posible que se pretenda la responsabilidad del ICBF si se tiene en cuenta que en el convenio interadministrativo suscrito entre el ICBF Y FONADE en el objeto contractual se estableció que FONADE se obliga a ejecutar la gerencia integral para la atención de la primera instancia y sus actividades complementarias en la fase de transición de los niños y niñas atendidos por el PAIPI como se puede observar la labor desempeñada por la reclamante jamás puede ser catalogada de aquellas a que se refiere el artículo 3 del decreto reglamentario 1848 de 1969, razón por la cual la existencia de un contrato de trabajo en el sector público no depende de la valoración subjetiva que considere la reclamante al pretender darle un carácter jurídicamente imposible existir y no de la realidad fáctica impuesta por la misma ley, no existe en el presente caso un vínculo legal o reglamentario entre la demandante y el ICBF, ello por cuanto no se demuestra o acredita por parte de la demandante la suscripción de un contrato de trabajo, una resolución de nombramiento, acta de posesión, que le otorgue estatus de trabajador oficial o empleada pública con el Bienestar Familiar, vale decir al respecto que la demandante no acredita con la presentación de la demanda este requisito descrito por la norma en comento en caso de que el vínculo pretendido se deriva de labores de trabajadora social y tampoco acreditó la calidad de empleada pública, a través de un acto administrativo de nombramiento,

su acta de posesión o cualquier otro documento del que pudiera derivarse esa relación legal o reglamentaria, sobre la alegada solidaridad entre el ICBF y las demás entidades objeto de demanda no es procedente por cuanto la misma no aplica en el presente caso toda vez que el ICBF no resultó en ningún momento beneficiario de la labor desarrollada por la presunta contratista, las normas que gobiernan al ICBF excluyen la aplicación del artículo 34 del código sustantivo del trabajo, esto es la presunta solidaridad del ICBF frente a la indisciplina contractual de los contratistas, independientes, fundaciones o asociaciones con sus trabajadores como quiera que las actividades que desarrollan dichas entidades particulares, la hacen bajo su exclusiva responsabilidad, luego es claro que se rompe la figura de la solidaridad en lo que atañe al ICBF, por lo anterior solicito su señoría que en el trámite de apelación se exonere al ICBF de la sentencia condenatoria hoy impuesta, gracias señoría.”

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

a.- Presentados por la apoderada judicial de la parte demandante.

Se hizo al proceso manifestando que se ratifica de los alegatos presentados en la audiencia de la primera instancia.

b.- Presentados por el apoderado judicial del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

En síntesis, expuso que los efectos de la relación laboral decretada por la primera instancia, no se puede hacer extensiva a la entidad que representa, pues ellos no suscribieron con los demandantes ningún tipo de contrato ni laboral, ni civil y que “*además que no existe certeza de la actividad realmente desempeñada por la señora YOHOANLIS OÑATE GIL a órdenes de su contratante, lo cual genera un vacío probatorio, lo que impediría el que se pueda considerar, como lo hizo el a quo, que dicha actividad guarda estrecha relación con las actividades del resorte del ICBF, para entrar declarar su solidaridad a las voces del artículo 34 del Código Sustantivo del trabajo, en lo que estamos en total*

desacuerdo debido a que no se cumplen sus presupuestos para formular dicha declaración”.

c.- Presentados por el apoderado judicial del Ministerio de Educación Nacional.

En síntesis, expuso que la decisión de primer grado debe mantenerse incólume, por cuanto esta entidad no hizo parte de la cadena contractual del convenio demandado.

d.- Presentados por Equidad Seguros Generales Organismos Cooperativo.

En síntesis, expuso que *“en lo que respecta a la Equidad Seguros Generales O.C., atienda lo pactado en los contratos de seguros que dan fundamento al llamamiento en garantía efectuado a dicha entidad, se tengan como base los límites de las coberturas y de los sublímites contratados entre las partes (...) y que dicho llamamiento sea resuelto, de conformidad con los parámetros allí establecidos”.*

3. CONSIDERACIONES

4.1 Presupuestos Procesales.

Del estudio del plenario se determina que los requisitos indispensables para su formación y desarrollo normal, representados en la demanda en forma, competencia del funcionario judicial y capacidad de las partes tanto para serlo como para obrar procesalmente, se encuentran reunidos a cabalidad, circunstancia que permite ser decidido en el fondo mediante una sentencia de mérito, pues no se vislumbra causales de nulidad que invaliden lo actuado.

4.2 Competencia.

Se conoce del proceso en segunda instancia con el objeto de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – IC.B.F., tarea judicial que otorga

competencia al *ad quem* para revisar los puntos objeto de reparo con el fin de determinar si se comparte y surtir el grado jurisdiccional de consulta, conforme al mandato establecido en el artículo 15 Literal B Numerales 1 y 3 del CPL y SS.

4.2 Problema Jurídico.

Se conoce el proceso en segunda instancia por apelación formulada por el apoderado judicial de la parte demandada, INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y en consulta, lo que otorga competencia al Tribunal para revisar tanto los puntos de inconformidad expuestos por el apelante respecto de la sentencia de primera instancia, como la totalidad de la misma.

El problema jurídico que deberá abordar esta Sala, consiste en determinar si se dieron los presupuestos para determinar la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la demandada **EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ**, en caso de que la respuesta sea afirmativa surge como problemas jurídico establecer si es procedente la declaratoria de ineficacia del despido y si en consecuencia, si el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** son solidariamente responsable de las acreencias laborales de la demandante. Así mismo, conforme a los postulados del artículo 280 del CGP, especialmente en su enunciado *“La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas”*.

Para resolver el problema jurídico planteado es preciso identificar que se cumplan los tres elementos esenciales señalados en el artículo 23 del C.S.T que indican que para que haya contrato de trabajo se requiere:

- a)** *la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;*
- b)** *la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de*

órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo aquello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país, y c) un salario como retribución del servicio.

Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. Para la configuración del contrato de trabajo; es así, que en principio la carga de la prueba de conformidad con el artículo 167 del C.G.P. de aplicación analógica por expresa remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., le impone a la parte que alega el derecho probarlo mediante pruebas idóneas y en base a ellas el fallador adoptará su decisión.

Del plenario se tiene que el demandante aduce la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido suscrito con la señora Eduvilia Fuentes, con extremos temporales comprendidos entre el 19 de marzo de 2013 al 28 de junio de esa misma anualidad, definiendo que las actividades desarrolladas fue bajo el cargo de “Auxiliar Docente en el entorno institucional, en el municipio de Distracción”, a cambio de una remuneración salarial, que indicó se elevaba a la suma de \$979.000 pesos.

En el libelo inicial, se arrimaron como pruebas documentales: i) certificado de matrícula mercantil en donde se constata que la señora EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMUDEZ es propietaria del Colegio Gabriela Mistral; ii) el contrato N° 2130507 suscrito entre Fonade y Eduvilia Fuentes; iii) el “informe final de interventoría” suscrito por el consorcio C&M consultores; y iv) el “Acta de Inicio y/o Apertura de sede”, frente al contrato inicialmente referenciado ^(fl.42).

Respecto a este punto particular, llama la atención de la Sala que no fue arrimado al plenario el convenio interadministrativo del cual refiere la actora derivan las obligaciones contratadas por los demandados, esto en la presentación de la demanda. Sin embargo, al interior del proceso fue arrimado el convenio interadministrativo N° 212019 - 1710 (fl.126) suscrito por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con FONADE: otrosí N° 1,2,3 y 4 “*al contrato interadministrativo de gerencia integral de proyectos N° 212019 – 1710 suscrito entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade*”, documentos que reposan al interior del expediente y de los cuales se puede acreditar la actividad comercial a la que se dedicaba la demandada directa, la existencia de los negocios jurídicos entre el ICBF y FONADE, y entre este último y la señora FUENTES BERMÚDEZ.

En sentido de verificar la prestación del servicio alegada por la demandante, también se pudo verificar el documento denominado “*ANEXO 2. Talento humano*”, visto a folio 43 del plenario. De esta pieza procesal, se tiene que la demandante se encontraba vinculada como auxiliar docente, a través de contrato de prestación de servicios, con una remuneración salarial de \$ 958.000 pesos.

Este documento, debe dársele valor de indicio, tal como se ha indicado por esta Sala de Decisión en pronunciamientos recientes. Debe valorarse la información contenida en el aludido documento de forma conjunta con las demás pruebas arrimadas en la oportunidad procesal pertinente a fin de determinar con certeza la prestación personal del servicio para el período demandado por la demandante, por cuanto fue una prueba debidamente allegada e incorporada al plenario y debe valorarse como documento a fin de imponer de allí las consecuencias jurídicas que pudieren derivarse, máxime cuando del mismo no pudo establecerse la subordinación de la vinculada como tampoco el cumplimiento de un horario de trabajo o más importante aún la verificación de los extremos temporales alegados por los demandantes, con lo cual pasamos al estudio de los testimonios practicados.

En la presente litis, se recibió el testimonio rendido por la señora Delis Otilia Camargo, quien fue contestes en manifestar que la actora se desempeñaba como auxiliar docente, que que fueron contratadas de manera verbal por **EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ** y que laboraron bajo su subordinación, teniendo como horario de trabajo de 7:30 am a 5:00 pm de lunes a viernes, al igual que la demandante ingresó a trabajar el 19 de marzo de 2013 y finalizó el 28 de junio de ese mismo año, manifestó el no pago de seguridad social y la terminación del contrato por parte de la demandada EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ, lo que lleva al convencimiento de la Sala de que si se probaron los elementos esenciales para la existencia del contrato de trabajo, y su declaratoria entre los demandantes y la demandada EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ cuyos extremos temporales fueron del 19 de marzo de 2013 y el 28 de junio de 2013, esto en conjunto con las documentales que fueron valoradas en párrafos anteriores.

Ahora bien, analizadas la declaración rendida por la testimoniante, no se denota ánimo de defraudación en sus afirmaciones para cada uno de los procesos que fueron indicados respectivamente, no hubo contradicción en sus dichos y fue testigo presencial de los hechos en tiempo, modo y lugar, pues, la razón radica en que ejerció docente en el mismo sitio que la demandante, por el mismo periodo demandado, por ende, era conocedora de primera mano de los acontecimientos que rodearon la relación laboral y el simple hecho de la cercanía de las partes o la existencia de un supuesto interés por ser demandante en otro proceso laboral sobre el mismo asunto, no puede cercenar la credibilidad de las mismas, como lo ha anunciado la Corte Suprema de Justicia, y citó el Juez de Primera Instancia, difícilmente puede existir un proceso laboral en el que sus declarantes no tengan relación directa con el empleador o con el trabajador, por ende, debe darse total credibilidad a sus afirmaciones como acertadamente concluyó el A-quo, desestimando la tacha propuesta por el recurrente.

Aunado lo anterior, debe decirse que cualquier otra apreciación subjetiva en el presente asunto diferente a lo estudiado, como inconformidades con el tipo de contratación por parte de las demandantes resulta irrelevantes para el problema jurídico. Con lo cual debe ser confirmado la declaratoria de existencia de contrato de trabajo y sus extremos temporales.

No obstante lo anterior, la condena contenida en el numeral segundo de la sentencia fechada 01 de diciembre de 2020, deberá modificarse, por lo siguiente:

a).- Del testimonio practicado, inicialmente se tiene que la actora devenga un salario de \$979.000 pesos, suma que fue ratificada en la demanda, sin embargo, existen imprecisiones de este valor en las documentales que generan dudas en la cuantificación de este factor. Así, de la reclamación administrativa vista a folio 17 al 19, se tiene que la misma demandante señaló que su salario ascendía a la suma de 950.000 pesos,

b).- De otra parte, el “ANEXO 2. Talento humano”, visto a folio 43 del plenario, deja ver que el salario pactado respecto la demandante ascendía a la suma de \$958.000 pesos.

c) y frente a los salarios dejados de percibir, la testigo fue conteste en asegurar que únicamente se adeudaba el salario del mes de junio.

De esta forma, aun cuando la demandada principal no allegó constancia del pago de salarios, con todo, la testigo traída a juicio en su favor, no advirtió una falta de pago de salarios de todo el periodo causado.

Así las cosas, si se da credibilidad a las manifestaciones de la testigo en punto a probar los elementos del contrato de trabajo, se lograr concluir que en efecto la demandante percibió el pago de sus salarios, excepto el del mes de junio de 2013; consecuentemente, se modificará dichas condenas, por cuanto al haberse acreditado que

únicamente se adeuda por concepto de salario un mes y que hay una disparidad en las pruebas frente al factor salarial, debió el juez de primer grado liquidar el mismo teniendo en cuenta el salario mínimo legal, por cuanto ningún trabajador debe ganar menos de esa cantidad, con excepción de las personas que trabajan medio tiempo o menos (cosa que no ocurre en el presente proceso, pues la testigo traída al proceso manifestó que la actora laboraba de 7:30 am a 5:00 pm. Ante esto la Corte Suprema de Justicia (2004) ha señalado: *"...aunque el artículo 132 del código exige el respeto del Salario mínimo en toda hipótesis laboral, éste resulta inaplicable, dentro de su regulación actual, a aquellos casos en que no se remunera la duración del esfuerzo del trabajador sino el resultado de ese esfuerzo, sea corto o largo el tiempo empleado en conseguirlo, sin imponerle una jornada de trabajo para cumplir su cometido"*.

Por lo que procede esta Sala a realizar nuevamente la liquidación de prestaciones sociales teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente que para la época de 2013 ascendía a la suma de \$589.500, la cuales quedaran así:

Cesantías	\$ 185.166
Intereses de cesantías	\$ 22.220
Primas de servicio	\$ 185.166
Vacaciones	\$92.583
Salario x el mes de junio de 2013	\$589.500
Auxilio de transporte	\$ 232.650

Ahora bien, **Sobre la ineficacia del despido** el Parágrafo 1º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002 modificadorio del artículo 65 del CST tiene como finalidad garantizar el pago real de las cotizaciones al sistema de seguridad social y parafiscales, independientemente de las demás formalidades exigidas, esto es, de si empleador cumplió con el deber de afiliación y de si comunicó de manera efectiva dicho pago al trabajador, específicamente, por los últimos tres meses y la inobservancia de tal obligación, trae consigo el pago de la indemnización moratoria a favor del trabajador y no su reintegro al cargo desempeñado, dado que el objeto de la norma no recae en el

restablecimiento real y efectivo del contrato de trabajo, sino en la cancelación de los aportes a la seguridad social y parafiscales, pese a lo anterior, dicha sanción no es de aplicación automática, bajo los postulados de la jurisprudencia y traída a colación se debe indagar el comportamiento del empleador ante la omisión de aportar.

En lo que respecta el presente asunto, el actuar de la demandada sobre el particular punto aquí expuesto carece de la buena fe que debe imperar entre los particulares, como quiera, que pese a que la terminación de la relación laboral ocurrió el 28 de junio de 2013, han transcurrido más de 8 años a la actualidad, y no obra prueba alguna de que efectivamente se haya pagado las cotizaciones de seguridad social y parafiscalidad de la demandante, ni mucho menos que se haya informado al respecto a los accionantes, esta actitud, sin duda, afectó los derechos y las garantías de esta, pues a futuro la desidia del empleador puede afectar de manera ostensible, como por ejemplo al momento de solicitar el derecho pensional o en si en su momento se quiso acceder a servicios de salud o auxilios estatales y esto no fue posible, además, no existe ninguna argumentación seria y atendible de la demandada que permita a esta Corporación, eximirla de tal obligación, a pesar de encontrarse asistida por Curador Ad Litem, esta se rehusó a la notificación de la presente demanda y no se dignó a absolver el interrogatorio de parte solicitado por la parte, motivo por el cual debe confirmarse la sentencia de primera instancia en esta condena; no obstante y en virtud de un estudio minucioso de la Sala su concesión será modificada.

Sobre este asunto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de justicia, ha expuesto en la sentencia SL516-2013 que: *“Del texto pre transcrito, en especial del aparte destacado por la Sala, no cabe duda que la norma consagra una consecuencia adversa para el empleador incumplido en el pago de las respectivas cotizaciones y a favor del trabajador, en virtud de la relación laboral que los liga y de la cual se derivan las obligaciones de cotizar que, justamente, constituyen el objeto de protección de la norma. Si bien la redacción de la norma en*

comento es distinta al texto original del artículo 65 del CST y a la modificación introducida a este por el primer inciso del citado artículo 29 de la Ley 789, en la medida que allí sí se fija, claramente, la consecuencia consistente en que el empleador le deberá pagar al trabajador un día de salario por cada día de mora en el pago de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato, no puede ser motivo de extrañeza para la comunidad jurídica laboral el que, **cuando el legislador se refiera a la ineficacia del retiro del servicio derivada del incumplimiento del pago de obligaciones laborales, en este caso del sistema de la protección social, a cargo del empleador, se equipare al pago de la indemnización moratoria a favor del trabajador**, por cuanto la jurisprudencia tiene precisado, desde antaño, conforme al propósito de la norma en estos casos, que el objeto de tutela jurídica no es la estabilidad laboral, sino el pago de ciertas obligaciones laborales que, dada su naturaleza, merecen una protección especial y que esta protección debe estar armonizada con el principio general de la resolución contenido en todos los contratos de trabajo". (subrayado y negrillas fuera de texto).

De lo anterior, factible es colegir que tratándose de la solicitud de ineficacia del despido, aplican los mismos requisitos previstos tratándose de la indemnización moratoria, en específico, que será concedido un día de salario por cada día de retardo hasta tanto se verifique el pago de las obligaciones.

Sin embargo, en reciente postura de esta Corporación se precisó que “pese a no existir condena respecto del pago de aportes a seguridad social, en tanto no fueron peticionados en la demanda ni concedidos en primera instancia en aplicación de las facultades ultra y extra petita, en efecto en esta instancia se avizora la falta de probanza del pago de aportes a seguridad social integral a voces de lo previsto en el párrafo del artículo 65 del CST, tesis sostenida en primera instancia y respaldada por este cuerpo colegiado.

Así las cosas, la condena a imponer debe darse en los precisos términos del párrafo del artículo 65 del CST, esto es, “PARÁGRAFO 1o. Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora”.

Por ello, la condena por concepto de impago de aportes a seguridad social integral se impondrá desde el día 61 con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, esto es, a partir del 28 de agosto de 2013, tomando en consideración el extremo final de la relación laboral (28 de junio de 2013), y hasta que se demuestre “el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato”, **correspondiente a un día de salario por cada día de retardo.**

Con base en lo expuesto, y de conformidad con la postura acogida recientemente por este Tribunal, se retomará la argumentación jurídica que venía siendo objeto de aplicación, esto es, la imposición de un (01) día de salario por cada día de retardo a partir del día 61 después de la terminación del vínculo y hasta que se verifique el pago ante las administradoras del sistema y órganos de parafiscalidad, esto es, a partir del 28 de agosto de 2013 y sobre el salario declarado en esta instancia, por ende, se modificará en este sentido la condena, para precisar que la indemnización respectiva procederá a partir del 28 de agosto de 2013.

Con respecto a la solidaridad deprecada, el juez declaró solidariamente responsable a la Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, sobre el particular el artículo 34 de CST señala que para la procedencia de la condena solidaria, se necesita la confluencia de tres elementos: i) la existencia del vínculo contractual entre el empleado y beneficiario; ii) el contrato de trabajo entre las demandantes y el contratista del beneficiario; y iii) que la labor ejecutada por el trabajador sea de aquellas contratadas por el beneficiario y corresponde a las actividades normales de la empresa o negocio de éste.

En el sublite, como ya dejó dicho, existió un contrato de trabajo entre la demandante y EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, el cual inicio el 19 de marzo de 2013 y culminó el 28 de junio de esa misma anualidad.

En lo que respecta al segundo elemento, esto es, la relación empleador – beneficiario de la obra o labor, en este caso la que debe existir entre la señora EDUVILIA FUENTES y el ICBF, en el caso que se estudia se encuentra demostrado con el convenio interadministrativo No. 212019 - 1710, suscrito entre el **FONADE y el I.C.B.F.** cuyo objeto social es “garantizar la ejecución y seguimiento del plan de atención integral para la primera infancia – PAIPI –asegurando el acompañamiento de los niños y las niñas conforme los lineamientos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF que permita facilitar y cualificar el tránsito a la estrategia de cero a siempre” para subsidiar la atención a los niños y niñas menores de cinco años y/o hasta su ingreso al grado obligatorio de transición.

Sin embargo, con respecto a la declaratoria de solidaridad con el ICBF, no comparte la Sala el argumento esgrimido por el Juez de Primera Instancia, por cuanto las labores desempeñadas por la demandante “DOCENTE” no eran del giro ordinario del I.C.B.F, y prestar el servicio de educación no está dentro de sus competencias “*trabajar con calidad y transparencia por el desarrollo y la protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias*

colombianas y como objetivos institucionales, promover la seguridad alimentaria y nutricional en el desarrollo de la primera infancia, los niños, niñas y adolescente y la familia”; por lo que esta debe ser revocada.

De la consulta

Dentro de las obligaciones procesales contempladas en el artículo 69 del CPT y de la SS es necesario revisar la sentencia en su integralidad; por lo que verificada las demás condenas que el Juez de instancia declaró, se encuentran ajustadas en derecho, así como, los restantes puntos considerados en la sentencia proferida en primera instancia, no obstante lo anterior, abordada la estructura de la decisión inicial en su integridad, el grado jurisdiccional de consulta queda subsumido allí.

Costas a cargo de la parte que le resulta desfavorable el recurso (art. 365-1 C. G. del P.).

DECISIÓN

En mérito de lo brevemente expuesto, esta Sala de Decisión Civil - Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley, **FALLA:**

PRIMERO: MODIFICAR los literales a), b), c), d), e) y f) del numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar el día 01 de diciembre de 2020, el cual quedará así: *“(...) condenar a la demandada EDUVILIA MARIA FUENTES BERMUDEZ a cancelar a la demandante, las sumas de dinero por los siguientes conceptos: a) Por cesantías **\$185.166.** b) Por Intereses de cesantías **\$22.220.** c) Por Primas de Servicios **\$185.166.** d) Por vacaciones, **\$92.583.** e) Por salarios de **\$589.500.** f) por auxilio de transporte **\$232.650.** (...)”*

SEGUNDO: REVOCAR el numeral TERCERO de la sentencia de origen y fecha anotados, para en su lugar ABSOLVER al I.C.B.F. de las pretensiones encaminadas en su contra.

TERCERO: REVOCAR los numerales SEXTO Y SEPTIMO de la sentencia de origen y fecha anotados, en lo que atañe a la imposición de costas y agencias en derecho en cabeza del ICBF, para en su lugar ABSOLVER al ICBF de las pretensiones encaminadas en su contra.

CUARTO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de origen y fecha anotados para señalar que la condena por concepto de ineficacia *de la* terminación del contrato de trabajo debe ser tasada a partir del 28 de agosto de 2013.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de origen y fecha anotados.

SÉXTO: SIN COSTAS en esta instancia atendiendo al Grado Jurisdiccional de Consulta.

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada Sustanciadora

JOSÉ NOÉ BARRERA SAENZ
Magistrado
Con salvamento de voto

CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado