



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA**  
SALA CIVIL – FAMILIA - LABORAL  
RIOHACHA- LA GUAJIRA

Riohacha, cinco (05) de abril de dos mil veintidós (2022).

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ

ACCIÓN:	PROCESO ORDINARIO LABORAL – LEY 1149 DE 2011
PROVIDENCIA	SENTENCIA ACUMULADA
DEMANDANTE:	MARTHA ELENA RUMBO GUERRA, KATHERINE VANESSA RINCÓN MADERA, ELVIS ELENA MEDINA CAMARGO, ERICA PATRICIA SOLANO RAMÍREZ Y MÓNICA IVÓN PABÓN
DEMANDADO:	EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ y solidariamente MINISTERIO DE EDUCACIÓN y FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE E INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF.
JUZGADO DE ORIGEN:	LABORAL DEL CIRCUITO DE SAN JUAN DEL CESAR, LA GUAJIRA
TEMA:	CONTRATO REALIDAD Y SOLIDARIDAD
RADICACIÓN:	44-650-31-05-001-2015-00525-01

Discutido y aprobado en Sala Según **Acta No. 018** del cinco (05) de abril de dos mil veintidós (2022).

Se procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza el Decreto 806 de 2020 artículo 15 numeral 1º y una vez surtido el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, con el fin de resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta y el recurso de apelación de la sentencia dictada el **03 de agosto de dos mil veintiuno (2021)**, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira, en el proceso de la referencia y que fuere repartida ante esta Corporación judicial el día 08 de septiembre de 2021 y con ingreso efectivo al despacho del 15 de septiembre de 2021, según constancia secretarial que antecede.

Por disposición del art. 279 y 280 del C.G.P., esta sentencia será motivada de manera breve, porque demanda, contestación y actuaciones procesales son suficientemente conocidas por las partes del proceso, para iniciar el argumento desde la sentencia de primera instancia.

#### **ANTECEDENTES**

MARTHA ELENA RUMBO GUERRA, KATHERINE VANESSA RINCÓN MADERA, ELVIS ELENA MEDINA CAMARGO, ERICA PATRICIA SOLANO RAMÍREZ Y MÓNICA IVÓN PABÓN demandaron a la señora EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ, y

solidariamente al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO- FONADE, y al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF pretendiendo se declarara: (i) la existencia de un contrato de trabajo con extremos temporales del 23 de octubre de 2012 al 15 de diciembre del mismo año, (ii) que se condenara al pago de: salarios (salvo en el proceso de MARTHA ELENA RUMBO GUERRA y ELVIS ELENA MEDINA CAMARGO), auxilio de transporte, prestaciones sociales y vacaciones causadas en dicho período, (iii) la ineficacia de la terminación del contrato, con orden de pago de salarios y prestaciones sociales por el tiempo que permaneciera cesante, (iv) reclama la declaratoria de solidaridad respecto de las entidades demandadas a términos del artículo 34 del C.S.T., (v) que se falle extra y ultra petita, (vi) y las costas procesales.

Como pretensión subsidiaria solicitaron el pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.

Como sustento de sus pretensiones indicaron: Haber celebrado contrato de trabajo con la señora EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, del 23 de octubre al 15 de diciembre de 2012, fecha cuando terminó el contrato sin justa causa. Que desempeñaron los cargos de: docente en el entorno institucional- municipio de Villanueva, La Guajira (MARTHA ELENA RUMBO); auxiliar docente en el entorno familiar – municipio de Rio de oro, Cesar (KATHERINE VANNESA RINCÓN MADERA); auxiliar de servicios generales en el entorno institucional - municipio de Distracción, La Guajira (ELVIS ELENA MEDINA CAMARGO); psicóloga en el entorno institucional - municipio de Villanueva, La Guajira ( MÓNICA IVÓN PABÓN); docente en el entorno familiar- municipio de Valledupar, Cesar (ERICA PATRICIA SOLANO RAMÍREZ) desarrollaron labores tendientes a la educación, cuidado y nutrición de niños y niñas menores de 5 años en situaciones de vulnerabilidad a cambio de una asignación salarial de \$950.000 (MARTHA ELENA RUMBO); \$923.270 (KATHERINE VANNESA RINCÓN MADERA); \$566.700 (ELVIS ELENA MEDINA CAMARGO); \$1.200.000 (MÓNICA IVÓN PABÓN) y \$1.100.000 (ERICA PATRICIA SOLANO RAMÍREZ) respectivamente, a fin de dar cumplimiento al objeto y las obligaciones de los convenios de gestión de proyectos 212019-1710 celebrado entre el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y FONADE, en virtud del cual la demandada FUENTES BERMÚDEZ en su calidad de propietaria del establecimiento de comercio COLEGIO GABRIELA MISTRAL, suscribió los convenios de prestación de servicios con FONADE. Informaron que, en desarrollo del contrato laboral, fueron subordinadas de su empleadora EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, cumplieron horario, sin que liquidara y pagara prestaciones sociales y vacaciones, ni se acreditara la afiliación al sistema de seguridad social y parafiscalidad, que se agotó la reclamación administrativa, finalmente expresaron que las entidades demandadas son solidariamente responsables.

#### **CONTESTACIONES DE LAS DEMANDAS**

Las demandadas en solidaridad dieron respuesta de la siguiente forma:

### **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE**

Manifestó no ser solidariamente responsable de las condenas reclamadas. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones y propuso como excepciones previas; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, y de fondo: INEXISTENCIA DE LA SOLIDARIDAD y PÓLIZA DE SEGUROS QUE AMPARA EL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES LABORALES, COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE Y LA GENÉRICA.

### **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- MEN**

Negó haber suscrito el Convenio interadministrativo 212019, enfatizando que tan sólo fue firmado por el ICBF y FONADE, razón por la cual adujo no constarle los hechos de la demanda y de otra parte se opuso a la totalidad de pretensiones. Finalmente propuso como excepciones previas: FALTA DE JURISDICCIÓN, FUERO DE ATRACCIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA, NO COMPRENDER LA DEMANDA TODOS LOS LITISCONSORCIOS NECESARIOS YA QUE EN EL PRESENTE PROCESO NO SE DEMANDÓ A LA INTERVENTORA C Y M CONSULTORES QUIEN EN ÚLTIMAS EJERCÍA CONTROL, VIGILANCIA, SUPERVISIÓN E INDICABA CÓMO SE ESTABA EJECUTANDO EL CONVENIO Y CONTRATO DEMANDADOS y de fondo: SOBRE LA SOLIDARIDAD DEL MEN, COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE UN CONTRATO LABORAL ENTRE EL DEMANDANTE Y EL MEN, INEXISTENCIA O FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, BUENA FE DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, PRESCRIPCIÓN Y LA GENÉRICA.

### **CURADOR AD LITEM EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ:**

Por intermedio de curador ad Litem, EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, contestó la demanda señalando no negar ni aceptar los hechos y ateniéndose a lo que resultara probado en el proceso. Finalmente se opuso a la totalidad de pretensiones y no propuso excepciones.

### **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF**

Señaló no constarle la existencia del vínculo laboral alegado, y de otra parte reconoció la existencia del Convenio Interadministrativo No. 212019-1710, sin embargo negó que el MEN hubiese suscrito el convenio en cita. Formuló como excepciones las que denominó: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO Y PRESUNCIÓN DE BUENA FE, AUSENCIA DE RELACIÓN LABORAL, LEGAL O REGLAMENTARIA ENTRE LAS PARTES, IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DEL ICBF PARA CELEBRAR CONTRATOS DE TRABAJO, AUSENCIA DE SOLIDARIDAD PATRONAL, COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO ENTRE EL ICBF Y LA DEMANDANTE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN Y LA GENÉRICA.

## LA SENTENCIA APELADA

El Juez de conocimiento, profirió sentencia en la que concedió las pretensiones incoadas en la demanda, declaró la existencia de un contrato de trabajo, impuso condena al pago de prestaciones sociales, salarios y vacaciones, declaró la ineficacia de la terminación del contrato, reconoció la solidaridad respecto del ICBF, absolvió al MEN y condenó en costas.

Encontró cumplidos los presupuestos procesales, y agotada la reclamación administrativa analizó las pretensiones incoadas en el siguiente orden:

**(i) CONTRATO DE TRABAJO:**

Citó el contenido de los artículos 22 y 23 del C.S.T., refirió que las actoras fueron contratadas mediante contrato verbal de trabajo, quienes desarrollaron labores tendientes a la educación, cuidado y nutrición de los niños y niñas menores de cinco años en situación de vulnerabilidad, beneficiarios del programa de Atención Integral a la Primera Infancia PAIPI y con base en los testimonios recaudados en juicio, tuvo por establecido el salario de las demandantes.

En relación con las reclamaciones de PRESTACIONES SOCIALES, SALARIOS, VACACIONES Y AUXILIO DE TRANSPORTE deprecadas y atendiendo la falta de prueba de su satisfacción a la terminación del contrato cuantificó las condenas, declaró la ineficacia del despido, e impuso la sanción contemplada para el efecto desde la terminación del contrato hasta la verificación del pago de aportes parafiscales y al sistema de seguridad social; abordó la norma que contempla la sanción, precisando que tuvo la oportunidad dentro del proceso para demostrar que realizó los aportes a seguridad social y parafiscalidad correspondientes, sin embargo no cumplió con demostrarlo.

Declaró que no operó la prescripción.

En punto a la SOLIDARIDAD condenó a la misma, citó el fundamento normativo que la contempla y relacionó los requisitos necesarios con el asunto en litigio, que probada la existencia de los contratos de trabajo entre las demandantes y el operador EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, para el desarrollo de actividades pedagógicas en el centro infantil conforme al plan de atención integral a la primera infancia, para atender a la población vulnerable vinculadas al programa de Atención Integral a la Primera Infancia –PAIPI.

Igualmente verificó el contrato interadministrativo suscrito entre el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF y el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE; además los contratos prestación de servicios celebrados entre el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE y EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ. Concluyó a partir de las atribuciones establecidas en la Ley para las entidades demandadas que, para el caso particular de FONADE, este es un mero administrador del convenio y no es su beneficiario, actuó bajo los lineamientos y directrices del ICBF, por esta razón declaró probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia

de la solidaridad para FONADE. Contrario a esto, en cuanto al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF sostuvo que no declararía la responsabilidad solidaria pretendida, en aplicación del precedente jurisprudencial aplicado por esta Corporación Judicial, salvo en el proceso de MÓNICA IVON PABÓN, así:

*“con relación a la demandante MONICA IVON PABON, tenemos que ésta era Psicóloga, y con el testimonio escuchado en audiencia quedó probado que, además de realizar labores propias de su profesión, desplegaba actividades pedagógicas con los niños, también atendía su parte emotiva, de conducta, protección y desarrollo y los de sus familias, es decir, colaboraba eficazmente a brindar una formación integral de los infantes, vale decir, entendiendo por formación integral el proceso continuo, permanente y participativo que busca desarrollar armónica y coherentemente todas y cada una de las dimensiones del ser humano; por tanto, se encuentra probado el nexo de tales actividades con los cometidos de los convenios interadministrativos y con la entidad demandada en solidaridad ICBF, puesto que, como ya se dijo, uno de los objetivos de éste es velar por la atención integral a la primera infancia y sus familias; por tanto, se declarará la solidaridad del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR con la señora EDUVILIA MARIA FUENTES por las obligaciones laborales reclamadas en esta demanda”.*

Finalmente absolvió al MEN de las pretensiones en su contra, tras estimar que no suscribió el Convenio Interadministrativo fundamento de condena.

### **RECURSOS DE APELACIÓN.**

Intentando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, el ICBF interpuso recurso de apelación en contra de la decisión adoptada con los siguientes argumentos:

#### **PARTE DEMANDANTE- MARTHA RUMBO, ÉRICA SOLANO Y KATHERIN RINCÓN**

*“(…)Gracias su señoría, con todo respeto y por no estar de acuerdo con el fallo proferido en esta tarde en el día de hoy interpongo recurso de apelación contra el mismo y ante el honorable tribunal del distrito judicial de Riohacha lo cual expongo de la siguiente manera, este recurso lo presenté de forma parcial en cuento a la decisión que no favorece a la señora Marta Rumbo, Érica Solano y Katherin Rincón, si bien es cierto su señoría que en varios pronunciamientos hechos por esta colegiatura que ha negado la petición de la solidaridad entre las actoras y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la misma se realiza bajo el intento de que la actividad de docencia que desarrolla mi demandante no cumple criterio con este cuerpo colegiado con los postulados misionales del ICBF, las funciones desarrolladas tampoco permiten concluir que desarrollara un papel primordial para la prevención y protección integral de la primera infancia o bienestar familiar, pues si bien es cierto manifiesta siempre estar a cargo del cuidado de los niños y niñas las familias y nutrición, lo hacen de manera generalizada no establecen como realizaba tal actividad, cuál era el control ejercido, que medida adoptaban para su protección. Sea lo primero indicar que la educación como tal que ejercían las actoras no era encaminada a escolarizar a los niños y niñas, no era dictar clase de educación formal ya que no eran niños mayores de cinco años sino menores de esta edad, niños y niñas de meses de 0 de 2 de 3, 4, 5 años, niños que a esa edad hay que brindarle una educación de aprendizaje de cómo controlar sus esfínteres, de cómo tener acciones de autocuidado, comer bien, razón por la cual no se le brindaba una educación básica por que no era el contenido programático, sistemático sino simplemente era una atención integral que enmarcaban cuatro componentes de salud, cuidado, nutrición y educación inicial, para poder*

generar el desarrollo de las competencias de esta primera infancia teniendo en cuenta que cada una de las dimensiones del ser humano social, cognitiva, espiritual y física y ellas realizaban unas actividades lúdicas con conocimientos pedagógicos porque no es docente en este caso el cargo no tenía que ver con la función ejercida, fueron condiciones del contratante en este caso con el fin de cumplir los objetivos propuestos por el programa como tal y como lo manifestó también la testigo Liz Daza en su calidad de coordinadora general en el programa PAIPI.

De otro lado tenemos que el ICBF siempre ha sido la entidad nacional encargada de coordinar la política en favor de la infancia y adolescencia y la familia con la cual se busca garantizar los derechos de los niños y de las niñas y adolescentes y asegurar la protección cuando se encuentren en situación de vulnerabilidad, a favor de lo dispuesto ICBF tiene por objeto propender y fortalecer la relación del desarrollo armónico de la familia proteger a los niños, niñas y adolescentes garantizar y fortalecer sus derechos por tanto el ICBF desarrolla su misión con un enfoque poblacional teniendo en cuenta los diferentes ciclos vitales primera infancia niñez adolescencia familia y comunidad así mismo busca restablecer derechos de los niños y niñas adolescentes y su familia cuando estos han sido vulnerados; de otro lado tenemos que el convenio interadministrativo 212019 del 2012 suscrito ente el ICBF y Fonade tenía por objeto garantizar la ejecución y seguimiento del plan de atención integral de la primera infancia PAIPI asegurando el acompañamiento de los niños y las niñas conforme a los lineamientos del instituto colombiano del bienestar familiar ICBF que permita facilitar y cualificar el tránsito de la estrategia de 0 a siempre; que para dar cumplimiento al convenio interadministrativo 212019 del 2012 Fonade contrató a la señora Eduvilia fuentes Bermúdez como propietaria del establecimiento educativo Gabriela Mistral, mediante contrato 2123408212398 para que desarrollara y ejecutara el programa PAIPI en el Departamento de la Guajira y el Cesar, razón por la cual la señora Eduvilia Fuentes, contrató a mi poderdante para dar cumplimiento y desarrollar el programa PAIPI; así como contrató en el cargo de auxiliar docente a la señora Martha Elena Rumbo y Katerin Rincón, y como docente a la señora Érica Patricia Solano Ramírez.

Las funciones de la demandante como docente y auxiliares eran las labores tendientes al cuidado, salud, educación y nutrición inicial de los niños y niñas menores de 5 años de edad que no ascendían a ningún servicio de atención, entonces con el fin de seguir la recomendación de seguimiento nutricional y seguimiento a sus familias y contribuir a garantizar hábitos de educación saludable en el programa PAIPI, porque acá se manejaban cuatro componentes esenciales: como el cuidado, la salud la nutrición y la educación inicial articulado con equipo interdisciplinario conformado por los profesionales de áreas que complementaban y materializaban la integridad del servicio de los niños y niñas y familias, entre esos estaba el coordinador pedagógico, docentes, auxiliar docente, auxiliar de cocina profesional de nutrición seguridad alimentaria y un profesional de atención psicosocial de manera que estos trabajaban de manera articulada, estos roles se engranaban unos con otros porque los cuidados que ejercía los docentes y auxiliar docente eran en concordancia con las actividades que tenía que realizar el psicólogo el nutricionista debido a las necesidades presentes en cada niño ya sea por maltrato signo de desnutrición, abuso sexual, ellos también debían como personas dentro del entorno institucional también debían detectar ese tipo de alarmas, si bien los cargos asignados en la constitución eran docentes y auxiliar docente pero las funciones eran de acuerdo a las normas consignadas en los manuales técnicos y guías operativas como el manual de implementación y atención integral a la primera infancia fase de transición y la ayuda operativa para la aplicación de la primera infancia; en este manual técnico podemos encontrar cuál era el perfil requerido para los perfiles, cuál era la experiencia que se requería para poder ejercer estos cargos y la denominación de cada uno de ellos, estas personas que atienden a los niños y niñas en estos espacios o en estas modalidades de primera infancia, estos educadores profesionales auxiliares de servicios, personal de psicólogos y la nutricionista dan es un apoyo personalizado de acuerdo a las necesidades de los niños y las niñas y es de aclarar que la educación inicial es un proceso permanente y de continuo en interacción y relaciones sociales de calidad pertinentes y oportunas que permiten a los niños y niñas potenciar

capacidades y desarrollar competencias, razón por la cual los denominados cargos de docente y auxiliar docente trabajaban con cada uno de los componentes y no eran aislados, el objetivo era “integralizar” todos los procesos para que pudieran cumplir con cada uno de los derechos de los niños y de las niñas, por tanto se les asignó la atención por grupos de más de 15 y 20 niños de un horario de lunes a viernes de 7:30 a 4:00 pm recibéndolos en los centros infantil CDI o en las unidades básicas de atención UBA, que tenían asignados por la señora Eduvilia Fuentes, y estas personas contratadas de auxiliares docente debían estar pendientes del cuidado y atención de cada niño en el transcurso del día, enseñarles actividades basadas en una metodología lúdica creativa que articula el lenguaje expresivo el juego, el arte, organizados en grupos de aprendizaje musical, actividades dramática corporal y estas actividades se deben realizar con conocimientos pedagógicos, porque no es lo mismo un psicólogo o un nutricionista que debe tener unas pautas pedagógicas para poder dirigirse a unos niños los cuales necesitan unas metodologías unas técnicas especiales para que pueda llegar el aprendizaje con mayor facilidad; así las cosas sabemos que estaban en la acción educativa de pactos de crianza en pro del desarrollo físico psico-afectivo y social del niño.

Por lo antes señalado, considero que las labores desempeñadas por mi mandante en el cargo de docente y auxiliar docente sí cumple con los postulados misionales del ICBF toda vez que con sus labores desarrolladas en el programa PAIPI cumplieron con los otros componentes del programa PAIPI como lo son el cuidado, la salud, educación inicial, cuando hablamos de cuidado hablamos de los autocuidados de un niño pequeño, lavarse las manos, controlar esfínteres, comer dormir, bañarse cuidar su cuerpo valorar su cuerpo y eso lo puede hacer un pedagogo a través de las técnicas como pedagogo, para poder llevar a un niño de cierta edad, salud, todo lo que tenga que ver con peso, tallaje, signos de desnutrición, salud oral, todo lo que tiene que ver con el cuidado de los dientes, en cuanto a nutrición también en el tema de alimentos los porcentajes de alimentos que debían consumir los niños como llevarlos, educar a las familias, de como también tratar a los niños en estos temas en los temas de distribución de alimentos y cuando hablamos de educación inicial hablamos de la integralidad que tiene que ver también con educar a las familias tanto a los niños no con contenidos académicos, sino con las pautas para que se pueda generar el resultado final de lo que quería el programa PAIPI, porque se trabaja de la mano con un equipo interdisciplinario que ya describimos anteriormente, dado que estas personas eran las encargadas de cuidar a estos niños y niñas menores de 5 años de edad durante 8 horas diarias los 5 días de la semana; por todo lo expuesto aquí considero que se cumple con todos los elementos expuestos en el artículo 34 del código sustantivo del trabajo debido a que existía una necesidad propia y directamente vinculada al objeto social del ICBF que era el desarrollo del programa PAIPI y así como se gestó y se diseñó la implementación de la estrategia de la intención integral de la primera infancia de 0 a siempre que actualmente se conoce, razones por las cuales solicito a este honorable Tribunal del Distrito Judicial de Riohacha Sala Civil, Familia, Laboral, revocar el numeral 4 y 6 del fallo proferido por el A quo en cuanto a la solidaridad negada dentro de los procesos de la demandante Katherine rincón, Érica solano y Martha Elena Rumbo con ICBF y en su lugar se conceda a la misma y se condene a la demandada en solidaridad ICBF y teniendo en cuenta los argumentos aportados, de esta manera dejo asentado mis alegatos de apelación”.

## **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF**

“Gracias señor Juez en este estado de la diligencia presento recurso de apelación contra el fallo proferido por su señoría y lo hago en los siguientes términos: en primer lugar quiero manifestar que no obstante el reconocimiento de la existencia del contrato de trabajo entre las demandantes y la señora Eduvilia María Fuentes Bermúdez los efectos de dicha relación laboral no se pueden hacer extensivos al ICBF pues esta entidad no suscribió con las demandantes ningún tipo de contrato ni laboral, ni civil por tanto la lógica jurídica que nos indica es que no se encuentra probado que el ICBF haya celebrado algún contrato ni ostenta la calidad de

*empleador, puesto que la misma demandante ha sido clara al manifestar que fue convocada y contratada como psicóloga por la señora Eduvilia, lo que demuestra que no tenía relación ni vínculo laboral ni comercial directamente con el ICBF sino con doña Eduvilia como representante legal del colegio Gabriela Mistral; en segundo lugar el convenio interadministrativo celebrado entre el ICBF y Fonade 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 atendidas por el PAIPI a la estrategia de 0 a siempre en la modalidades de centro de desarrollo infantil temprano he itinerante y en virtud del cual la demandante Eduvilia fuentes Bermúdez en su calidad de propietaria del establecimiento del colegio Gabriela Mistral suscribió los convenios para la prestación del servicio para con Fonade, convenio este último diferente celebrado entre las demandantes y las demandadas pues este último contaba con absoluta autonomía e independencia para contratar a sus propios trabajadores lo que la convierte en la única y verdadera empleadora por lo cual, la condena en contra de la entidad que represento carecería de sustento legal y jurisprudencial.*

*Lo antes corroborado por los testimonios e interrogatorio a las partes rendidas en la etapa correspondiente por lo cual se puede inferir sin lugar a equívocos que las demandantes no fueron contratadas directa o indirectamente por el ICBF, que su contratante fue la demandada y la señora Mónica Ivonne Pabón, por tanto quien responde por los salarios y las prestaciones dejadas de cancelar solo es la señora Eduvilia de igual manera debe observarse que la cláusula décima quinta del contrato interadministrativo de gerencia de proyectos suscrito entre el ICBF y Fonade habla de la inexistencia de una relación laboral al indicar que los contratistas actuarán bajo la responsabilidad y supervisión de Fonade pero sin subordinación ni dependencia ni de Fonade ni del ICBF, entonces es claro que no existe relación entre dicho contrato interadministrativo y lo pretendido por la demandante cuya vinculación, repito, fue por el colegio Gabriela Mistral, está en cabeza de la representante legal; asimismo se debe tener en cuenta que el contrato interadministrativo estableció que Fonade se obligaba a ejecutar la gerencia integral en su fase complementaria para la fase de transición de los niños y niñas atendidos por el PAIPI, para lo cual para lo cual debe entenderse como gerencia integral el desarrollo de todas las actividades administrativas Jurídicas técnicas y financieras y contables y de seguimiento a la interventoría, y a toda esta contratación ejecutada por la señora Eduvilia, luego todas las actividades descritas fueron desplegadas por Fonade y no por el ICBF, dentro de las obligaciones específicas que Fonade en el citado convenio y que debería realizar el:*

- *El contratar y garantizar (...) y cada uno de los contratos en prestación de los servicios que se dirime del contrato.*
- *Adelantar bajo su exclusivo riesgo y responsabilidad las actividades a que haya lugar para desarrollar el objeto de contrato.*
- *Adelantar todo los trámites necesarios para la prestación del servicio de atención integral para los niños y niñas beneficiarios de la implementación de la estrategia de 0 a siempre en los centros de desarrollo infantil temprano a nivel nacional*
- 

*Teniendo en cuentas las anteriores obligaciones Fonade suscribió un contrato con el colegio Gabriela Mistral representada legalmente por la señora Eduvilia cuyo objeto consistió en que el operador se obligaba a prestar educación inicial al cuidado y nutrición de los niños y niñas menores de 5 años en condición de vulnerabilidad vinculados al programa de atención integral a la primera infancia PAIPI, en tránsito de la estrategia de 0 a siempre a través de las propuestas de intervención oportunas pertinentes y de calidad, pues es doña Eduvilia Fuentes quien contrata a las demandantes, en este caso la señora Mónica Ivonne Pabón, como psicóloga sin la presencia del ICBF ni la supervisión ni la revisión de su hoja de vida, era solamente doña Eduvilia quien revisaba estos perfiles, tal como lo dejaron entrever los declarantes en sus testimonios, como también quedo probado en el interrogatorio de partes donde manifestaron*



*que si se les había pagado los salarios mensuales por los tres meses contratados, eso quiere decir que se les haría un pago doble de acuerdo a la orden de primera instancia en esta sentencia o sea haríamos un nuevo pago de salarios ya cancelados.*

*Ahora bien, la constitución política prevé que la atención a la niñez y adolescencia es responsabilidad de los particulares y a su vez en el artículo 34 del código sustantivo del trabajo señala en su numeral segundo el beneficiario del trabajo o dueño de la obra también será solidariamente responsable en las condiciones fijadas en el inciso anterior de las obligaciones de los subcontratistas frente a los trabajadores aun en el caso en que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas, sin embargo esta figura no aplica para el servicio público del bienestar familiar ya que como se ha dicho el ICBF no es el beneficiario directo del contrato del colegio de la señora Eduvilia y además el beneficiario de dicho contrato son los niños y niñas y adolescentes es decir finalmente es la comunidad. En razón de lo anterior encontramos que la corte constitucional en sentencia T-021 del 2018 realizó un resumen sobre las diversas sentencias que han resaltado los requisitos o condiciones para que se pueda dar la solidaridad laboral contemplada en el artículo 34, lo cual para este proceso traigo a coalición algunos apartes que pueden darnos luz sobre el problema jurídico que se puede plantear con la demanda presentada con respecto al ICBF al indicar: “debe reconocerse la solidaridad laboral entre el instituto colombiano del bienestar familiar y la unión temporal respecto de las obligaciones laborales reclamadas por el señor Brayan Steven en la parte que nos interesa es el que leo a continuación: en sentencia C-593 del 2014 esta corporación reconoció la demanda de inconstitucional presentada contra el artículo 34 parcial del Código Sustantivo del Trabajo, en esa oportunidad el demandante justificó su acción en que la expresión a menos de que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio contenidas en esa disposición creó una distinción entre los trabajadores que laboraban en actividades extrañas a las laborales normales de la empresa contratante y todos los demás trabajadores lo que implicó una desprotección a los primeros por cuanto estos no tendrían una acción de responsabilidad solidaria del dueño de la obra, en su parecer la disposición vulnerada del principio de la primacía de la realidad sobre la formas por cuanto en el mercado laboral está marcado por una tercerización y en este orden de ideas un grupo significativo de empleados estaría desprotegido con la norma demandada sobre el particular explicó que el artículo demandado imponía una carga gravosa al trabajador en razón a lo que obligaba a demostrar era la relación de causalidad entre el contratista independiente y el (...) (inteligible) la corte declaró la constitucionalidad de dicha norma y aclaró que en relación con el contrato de obra pueden darse dos postulados, la obra o labor es extraña de las actividades normales de quien encargó su ejecución por otro dicho negocio jurídico solo produce efecto entre los contratantes; segundo la labor hace parte del giro ordinario de los negocios del beneficiario en el trabajo, caso en el cual se produce una responsabilidad solidaria entre dicho beneficiario de los trabajadores de los contratistas; bajo ese entendido, quien se presente a reclamar obligaciones a cargo del beneficiario enmarcadas en un contrato laboral celebrado con el contratista independiente debe probarlo, el contrato individual de trabajo, entre el trabajador y el contratista independiente, el contrato de obra entre el beneficiario y el trabajo y el contratista independiente, la relación de causalidad entre los dos contratos es decir que la obra o labor contratada pertenezca a las actividades normales de quien cargo su ejecución.*

*Para nuestro caso nunca tuvimos un contrato firmado entre el ICBF y la señora Mónica Ivonne Pabón y tampoco tuvimos un contrato firmado con la señora Eduvilia representante legal del centro educativo, teniendo en cuenta lo anterior podemos concluir que entre la demandante y el ICBF no existió ningún contrato así mismo y las labores desempeñadas como psicóloga labor que no guarda relación directa de las actividades de misionalidad del ICBF por cuanto no existe un anexo de casualidad entre la labor realizada y la trabajadora Mónica Ivonne.*

*Respecto a la responsabilidad solidaria existe el precedente del Tribunal Superior de San Gil en el proceso promovido por Mari Alonso Gutiérrez con relación a la presunta solidaridad con*

el ICBF; por lo anterior es claro que para ese Tribunal que por tratarse de un contrato interadministrativo que dichas actividades fueron desarrolladas bajo la exclusiva responsabilidad del contratante y bajo la gerencia de Fonade tenía la facultad de contratar a su propio personal por tanto nunca existió solidaridad por parte del ICBF; de otra parte señor juez quiero hablar y hacer reiteración sobre la sanción de indemnización moratoria que pide la demandante Mónica Ivonne Pabón en un proceso que cursa igualmente en su despacho que es el número 2015- 441 dentro las reclamaciones que fundamenta la señora Mónica Pabón fundamenta también los convenios interadministrativos debatidos dentro de este proceso celebrados entre el ministerio de educación Fonade y el ICBF, como podemos observar existió varios contratos independientes y sucesivos de acuerdo a los hechos probados en cada una de las demandas dentro de la condena en este proceso el señor juez ordenó también el pago de sanción moratoria, sanción moratoria que también posiblemente la tuvo que haber pedido que estoy seguro que también la pidió dentro del proceso 2015-441, con respecto a este tema y revisada cada uno de los procesos radicados por la demandante podemos observar que la sanción moratoria no es procedente y esta es contraria al espíritu del artículo primero del Código Sustantivo de Trabajo el cual procura la justicia en las relaciones que surge entre el empleador y los trabajadores, frente a la inviabilidad de acumular sanciones moratorias la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del cuatro de noviembre del 2020 estableció la sentencia es la 9586 del 2016 no obstante para la sala tratándose de varios contratos independientes y sucesivos con el mismo empleador la indemnización moratoria por el no pago de la liquidación final de salarios y prestaciones no es acumulable así lo tiene señalado verbigracia en la sentencia CSJ SL del 28 de octubre del 2018 numero 33656 a saber, la indemnización moratoria se pretende a partir de la terminaciones cada una de la relaciones laborales que existieron entre las partes, sin embargo como lo ha formulado la jurisprudencia frente a casos similares la correcta interpretación del artículo 65 del estatuto sustantivo de trabajo es que la sanción no es acumulativa y por ello debe aplicarse evitando la duplicidad.

Como podemos observar la demandante pretende el pago de varias sanciones moratorias lo que no es procedente tal como lo establece el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo el cual no permite la imposición concurrente y acumulativa de varias sanciones moratorias pues eso concedería consecuencias abiertamente inequívocas y desproporcionadas. Por lo anterior y acogiendo el sentido del fallo traído a colación solicito señor magistrado se revoque en su integridad el numeral quinto del fallo de primera instancia en el que condena pagar solidariamente al ICBF lo ordenado a la señora Mónica Ivonne Pabón y en su lugar se absuelva al ICBF de todas la pretensiones (...) en estos términos presento mi recurso de apelación”.

#### **APODERADA DEMANDANTE - ELVIS ELENA MEDINA**

“De manera respetuosa interpongo recurso de apelación parcialmente toda vez que en esta sentencia proferida hoy ante este despacho desfavorablemente para mi poderdante la señora Elvis Milena donde se condenó a la señora Eduvilia Fuentes dejando por fuera responsablemente como lo establece el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo por fuera de su responsabilidad solidariamente, de esta manera quiero sustentar señor Juez el recurso de apelación así como lo establece el artículo 31 de la constitución política de Colombia y también el artículo 15 del código de procedimiento laboral donde menciona, donde quiero dejar sustentado la sentencia T-889 del 2014 una sentencia de tutela en donde es clara que la Corte Constitucional ha establecido que existe la responsabilidad solidaria que trata el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo cuando se cumplen los siguientes presupuestos: primero la empresa contratante contrata a la empresa contratista para que realice una labor o ejecute una obra que en principio corresponde a efectuarla ella, de esta manera señor juez queda demostrado, queda claro que la empresa contratante en este caso Ministerio de Educación ICBF y Fonade celebraron un convenio interadministrativo con la señora Eduvilia y por otra parte también se llevó a cabo el desarrollo de un contrato entre la señora Eduvilia y Fonade,

*esto queda demostrado que estas entidades ya mencionadas son responsables solidariamente así como lo establece el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, el otro presupuesto es la empresa contratista contrata a través de un contrato laboral al trabajador o los trabajadores que se requieran para la ejecución de la labor o la obra; en este caso la señora Eduvilia Fuentes contrató a mi poderdante a la señora Elvis Medina para que ella desempeñara una función de servicios generales, en este caso ella prestaba una función de servicios generales en el establecimiento el tren de la alegría en donde se encargaba de mantener todas las instalaciones limpias, cuarto (...); la empresa contratista incumple total o parcialmente sus deberes como empleadora de unos o varios trabajadores que ejecutan la labor en beneficio de la empresa contratista (...) reitero nuevamente que la señora Eduvilia contrató a mi poderdante para que ella ocupara el cargo de servicios generales y si era una labor prestar un servicio, en este caso la limpieza de esa instalación en donde se llevaba y se desarrollaba en su momento el contrato de alimentación PAIPI de esta manera queda demostrado que mi poderdante la señora Elvis Medina prestaba un servicio realizaba un servicio de oficios varios para la realización y ejecución del contrato de alimentación PAIPI.*

*También quiero hacer mención señor juez que en sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia con fecha de marzo del 2013 40541 la sala de Casación Laboral explica que la solidaridad en materia laboral se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente cubre una necesidad propia del beneficiario ya demás cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico y que este debe desarrollar, es claro señor Juez que las actividades mencionadas, Ministerio, Instituto de Bienestar Familiar y Fonade son responsables solidariamente porque a través de esto se celebró un convenio interadministrativo y la señora Eduvilia Fuentes celebró un contrato con Fonade para el desarrollo del programa PAIPI, entonces no siendo más su señoría dejo aquí ante este despacho la sustentación de mi recurso de apelación".*

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Las partes se pronunciaron así:

El **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- MEN** expuso que con base en el precedente jurisprudencial se ha establecido que el MEN no es responsable solidario en trámites como el de estudio, esto es, por no haber sido parte del convenio demandado.

**INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF** señaló que no tenía ninguna injerencia en la contratación del personal que iba a desarrollar el proyecto, siendo esta responsabilidad exclusiva de FONADE y de la señora EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ. Enfatizó en la naturaleza jurídica de la entidad, y su "imposibilidad" de contratación de las demandantes, recapituló en que no existe responsabilidad solidaria en su cabeza y alegó una vez más la buena fe en el desarrollo del convenio interadministrativo.

Expuso que las actividades desempeñadas por las demandadas no guardan relación con las actividades del resorte del ICBF, lo que impide la materialización de responsabilidad solidaria.

Informó que la demandada principal contaba con absoluta autonomía en la escogencia de su personal, por lo que cualquier condena en su contra, carecería de sustento legal.

Arguyó que *“la demandante pretende el pago de varias sanciones moratorias lo que no es procedente, tal y como lo establece el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual no permite la imposición concurrente y acumulativa de varias sanciones moratorias, pues ello produciría consecuencias abiertamente inequitativas y desproporcionadas”*.

**MARTHA ELENA RUMBO, ERICA SOLANO y KATHERINE RINCÓN:**

En lo relevante, se extrae:

*“Frente a este tema de educación integral podemos decir que, la educación como tal que ejercían las actoras, no era encaminada a escolarizar a los niños y niñas, ya que no eran niños mayores de 5 años sino menores a esta edad, niños y niñas de meses, uno, dos, tres, cuatro y cinco añitos, que a su edad hay que brindarle educación de aprendizaje, razón por la cual no se les brindaba educación formal, sino integral, ¿para qué? para el desarrollo de las competencias en la primera infancia teniendo en cuenta cada una de las dimensiones del ser humano, tales como física, social, cognitiva, emocional o afectiva, comunicativa, espiritual, estética y ético -moral , y todo esto se logra haciendo a través de actividades lúdicas - pedagógicas y por tanto no se trabajaba de manera desarticulada ya que es necesario un hilo conductor pedagógico con el fin de cumplir los objetivos propuestos por el programa y que con la expedición del código de infancia y adolescencia , ley 1098 de 2006, Colombia armonizó su legislación con los postulados de la convención de los derechos del niño y el artículo 29 del mismo, se establece la atención que deben recibir los niños y niñas durante la primera infancia. Desde la primera infancia los niños y niñas son sujetos titulares de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la constitución política y en este código, son derechos impostergables de la primera infancia, la atención en salud, y nutrición, el esquema completo de vacunación, la protección contra peligros físicos y educación inicial.*

*De otro lado, tenemos que el ICBF ha sido la entidad nacional encargada de coordinar la política en favor de la infancia, la adolescencia y la familia con la cual se busca garantizar los derechos de los niños y niñas, y adolescentes y asegurar la protección cuando se encuentran en situación de vulnerabilidad. Acorde a los dispuesto en las leyes 7 de 1979 y 1098 de 2006, y en los decretos 2388 de 1979, 1471 de 1990 y 1137 de 1999, el ICBF tiene por objeto propender y fortalecer la integración y desarrollo armónico de la familia, proteger a los niños, niñas y adolescentes, garantizar y restablecer sus derechos. Por tanto, el ICBF desarrolla su misión con un enfoque poblacional teniendo en cuenta los diferentes ciclos vitales: primera infancia, niñez, adolescencia, familia y comunidades. Así mismo, busca restablecer derechos de los niños y niñas, adolescentes y sus familias, cuando estos han sido amenazados o vulnerados”*.

Aunado a lo anterior, la apoderada judicial hizo énfasis en cada uno de los cargos desarrollados por las actoras, para concluir que guardan relación con los objetivos misionales del ICBF.

Finalmente solicitó mantener incólumes las condenas impuestas en favor de MÓNICA PABÓN y extender la solidaridad consagrada en el artículo 34 del C.S.T. a las demandantes MARTHA ELENA RUMBO, KATERINE RINCÓN y ÉRICA PATRICIA SOLANO RAMÍREZ.

## I. CONSIDERACIONES.

Se encuentran reunidos los presupuestos para resolver de fondo el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas judiciales de la parte actora, esta Corporación es competente para conocer de este recurso, sin que se advierta irregularidad procesal que pueda invalidar la actuación, además están satisfechos los presupuestos procesales de demanda en forma, capacidad para ser parte, competencia del funcionario y está acreditada la legitimación en la causa, sin que se halle vulnerado el art. 29 de la Carta Política.

### 2.1. PROBLEMA JURÍDICO:

Atendiendo al grado jurisdiccional de consulta concedido en favor del ICBF por haber sido condenada en solidaridad únicamente, respecto de la demandante MÓNICA IVON PABÓN, y vistos los reproches de alzada, corresponde a ésta Colegiatura, dilucidar si el **a quo** acertó al señalar que la parte actora cumplió con la carga procesal de acreditar la existencia del contrato de trabajo alegado; sólo en caso de resultar afirmativo dicho planteamiento se resolverá si se configuraron los presupuestos del artículo 34 del C.S.T. para declarar solidariamente responsable al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, respecto de dicha demandante.

Igualmente se estudiará si tratándose de la demandante ELVIS ELENA MEDINA, debía declararse responsable solidario de sus condenas al ICBF, MEN y FONADE, y respecto de las restantes demandantes al ICBF, en virtud del recurso de apelación interpuesto.

Finalmente se estudiarán los reproches efectuados por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, de no ser agotados en la consulta, en específico, si procede la revocatoria de condena por concepto de ineficacia del contrato, en tanto a su juicio se presenta duplicidad de condenas por un mismo concepto.

**2.2. FUNDAMENTOS NORMATIVOS:** Artículo 23, 24, y 46 del C.S.T., artículo 60, 61, y 145 del C.P.T.S.S., y 167 del C.G.P., Art 197 y 205 del C.G.P.

### 2.3. PREMISAS JURÍDICAS Y CONCLUSIONES:

Inicialmente ha de señalarse que se abordará el Grado Jurisdiccional de Consulta únicamente en favor de MÓNICA IVÓN PABÓN, como quiera que se impusieron condenas en contra del ICBF.

Respecto de las restantes demandantes se encuentra fuera de discusión en esta instancia, la existencia de un vínculo laboral entre las partes, en tanto tal aspecto no fue motivo de censura por la demandada principal ni corresponde desplegar el Grado Jurisdiccional de Consulta, en tanto, se itera no se impusieron condenas en contra de las entidades públicas demandadas en dichos procesos.

**DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA RESPECTO DEL PROCESO DE MÓNICA IVÓN PABÓN**

Se ocupa ahora esta Corporación en verificar si se acreditaron los requisitos esenciales para la constitución de una relación laboral como lo afirma la actora.

El asunto es gobernado por las normas sustantivas, y de antaño ha expresado el órgano de cierre de nuestra jurisdicción que, conforme al artículo 23 del C.S.T., para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de estos tres elementos: la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario; de acuerdo con el artículo 24 ibídem, probada la prestación personal del servicio, se presume la subordinación (ver SL9801-2015 Radicación N° 44519 del 29 de julio 2015).

El artículo 24 del C.S.T. dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral. En oposición, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma.

Como se conoce la característica diferenciadora del contrato de trabajo con otros de naturaleza jurídica distinta es la condición de subordinación en la que se encuentra la persona que presta su fuerza de trabajo por una contraprestación, no obstante que los demás elementos se presenten igualmente en contratos de naturaleza laboral, civil, o comercial.

Es pertinente recordar, de un lado, que el principio de la carga de la prueba artículo 167 del C.G.P., que se deben aplicar en el proceso laboral por remisión del art. 145 C.P.T. S.S, impone a quien alega la existencia de un derecho, el deber de demostrar con pruebas idóneas, los hechos en que funda sus aspiraciones, pues el juzgador deberá apoyar su decisión en las pruebas oportunamente allegadas al proceso y, de otro lado, para que exista contrato de trabajo se itera, deben concurrir los siguientes elementos: a) la actividad personal del trabajador, es decir realizada por el mismo, b) la continuada subordinación 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 y, c) un salario como retribución del servicio.

Al respecto la sentencia de Sala de Casación Laboral, de la cual fue ponente el Dr. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ, Radicación No 36549, del cinco (5) de agosto de dos mil nueve (2009), expresó:

*“Más sin embargo, lo dicho no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias, y que con la presunción de que trata el citado artículo 24 del C. S. de T. nada más tiene que probar, pues además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se estable que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega,*

*el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.*

*Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.” Subrayado fuera de texto.*

Doctrina que se confirma con Sentencia No. 37547 de octubre de 2011, ponencia del H. Magistrado Dr. GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA.

“ (...)”

*Así lo ha sostenido esta Corte, inclusive desde los tiempos del Tribunal Supremo del Trabajo. En efecto, en sentencia del 14 de junio de 1954, asentó: “La prueba del tiempo servido y del salario debe ser suministrada por el trabajador que demanda la prestación. No es suficiente demostrar la existencia del contrato de trabajo para que se estime que en su favor obra la presunción de que el tiempo de servicio y el salario son los enunciados en la demanda”.*

Se observa que la demandante MÓNICA IVÓN PABÓN aduce la existencia de un contrato de trabajo con la demandada EDUVILIA FUENTES con extremos temporales entre el 23 de octubre al 15 de diciembre de 2012, fecha cuando terminó el contrato sin justa causa. Que desempeñó el cargo de psicóloga en el entorno institucional, desarrollaron labores tendientes a la educación, cuidado y nutrición de niños y niñas menores de 5 años en situaciones de vulnerabilidad a cambio de una asignación salarial de \$1.200.000 a fin de dar cumplimiento al objeto y las obligaciones de los convenios de gestión de proyectos 212019-1710 celebrado entre el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, ICBF y FONADE; se verifica el agotamiento de la reclamación administrativa a las entidades de orden público.

El extremo activo indica que las actividades pedagógicas se desarrollaban en el establecimiento de comercio GABRIELA MISTRAL, para prestar atención integral en educación inicial, cuidado y nutrición a los niños y niñas menores de cinco (5) años en condiciones de vulnerabilidad vinculados al Programa de Atención Integral a la Primera Infancia PAIPI.

Arrimó certificado de matrícula mercantil en donde se constata que la señora EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ es propietaria del Colegio Gabriela Mistral; asimismo el convenio interadministrativo No. 212019-1710 suscrito entre el ICBF y FONADE; contrato de interventoría técnica, administrativa y de control presupuestal celebrados con los operadores del programa de atención integral a la primera infancia PAIPI entre CONSORCIO C&R y FONADE, respecto del contrato, documento enunciado como anexo 1- talento humano, donde figura la actora, estipulándose como municipio donde se ubica la unidad “Villanueva, regional Fonseca”, cargo psicóloga, y tipo de contratación prestación de servicios, igualmente obra una firma que a simple vista puede llegar a identificarse como realizada por la demandada principal “EDUVILIA FUENTES”; contrato 2123408 suscrito entre EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ y FONADE, para ser desarrollado en el municipio de Villanueva; y se visualiza informe

final de interventoría del contrato 2123408 donde figura como fecha de acta de inicio el 22 de octubre de 2012 y finalización 15 de diciembre de ese mismo año.

Pues bien, estos soportes documentales permiten solamente acreditar la actividad comercial a la que se dedicaba la demandada directa, la existencia de los negocios jurídicos entre el MEN y FONADE, y entre este último y la señora FUENTES BERMÚDEZ, empero no se allega documental alguna donde se constate que la existencia del vínculo, la actividad desarrollada, el salario devengado, el horario cumplido, ni el ejercicio de actos subordinantes, por ello está en cabeza del extremo activo, traer la totalidad de las demostraciones al juicio.

En aras de dar aplicación a la presunción legal prevista en el artículo 24 del C.S.T., importa destacar que, la parte actora afirmó que el contrato inició el 23 de octubre de 2012 y terminó el 15 de diciembre del mismo año, que prestaba el servicio en el centro educativo, esto es el GABRIELA MISTRAL y precisa que la actividad laboral desplegada se dio en el marco del Convenio No. 212019; que para dar cumplimiento al señalado instrumento, suscribió el contrato de prestación de servicios con la señora EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ para brindar atención inicial, cuidado y nutrición a los niños y niñas menores de cinco (5) años en condiciones de vulnerabilidad, vinculados al programa de atención integral a la primera infancia PAIPI.

Sea esta la oportunidad además para señalar que en el expediente obra documento enunciado “*anexo 1. Talento Humano en el que figura la demandante MÓNICA PABÓN, y que presuntamente por poderse leer la firma, fue suscrito por EDUVILIA FUENTES*”, documento al que debe dársele valor de indicio, y ser valorado conjuntamente con las demás pruebas a fin de determinar con certeza la prestación personal del servicio para el período demandado, en tanto, 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.

Así las cosas, dígase desde ya que del documento en cita, otorga indicios de la prestación del servicio solicitada, en esta prueba en particular y para el expediente acumulado que se estudia.

Ahora, no ha de pasarse por alto que si bien el anexo 1 enunciado, no se estipularon los extremos laborales, ni el convenio para el que se expide, y de otra parte, no otorga detalles adicionales distintos a indicarse el nombre de MÓNICA IVÓN PABÓN como persona “*prestadora de servicio*” y el contrato en virtud del cual se consagra la información; no ha de obviarse la información allí contenida, esto es, la firma de la demandada principal junto con la inserción del nombre de la actora acompañado de la casilla “*tipo de contratación: prestación de servicios*”, circunstancia que permite tener la prueba como hecho indicador de la prestación del servicio, razón por la cual, se deberán estudiar las demás pruebas del plenario para determinar la efectiva prestación del servicio para el período reclamado, máxime cuando en el presente caso no existió confesión por parte de la demandada principal, por estar representada por curador ad litem, veamos:

*Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, providencia de 22 de marzo de 2006 -rad. 25580-*

*“(…) resulta de vital importancia, dentro de la carga probatoria del demandante, probar los extremos temporales de la relación laboral alegada, por cuanto ante la falta de certeza o*



*aproximación, la decisión será contraria a sus intereses, a pesar de tener probada la prestación del servicio personal, por cuanto ha sido criterio reiterado de nuestro órgano de cierre, que al demandante no solo le basta con ganarse la presunción legal del artículo 24 del CST., sino que también debe probar otros aspectos relevantes del contrato de trabajo como lo es precisamente la época de vigencia del mismo.*

*En el caso concreto, no existe prueba alguna que de plena certeza a la Sala de fechas de inicio y terminación de la relación laboral (...) esto es, debe existir por lo menos fechas aproximadas (...) desde el punto de vista probatorio y no solo la afirmación del demandante, como ha ocurrido en el caso sub lite.”*

Para comprobar sus afirmaciones, se recepcionaron las siguientes declaraciones en favor de la demandante MÓNICA IVÓN PABÓN:

*“DORLIS SOFIA LÓPEZ: Adujo haber sido coordinadora local del programa en Villanueva en el mismo período en que laboró la actora MÓNICA PABÓN; informó que la demandante fue contratada de manera verbal por EDUVILIA MARIA FUENTES en Villanueva, La Guajira; que conoció de los “procesos que se iban a dar” dada su condición de coordinadora, para socializar las decisiones que EDUVILIA FUENTES, tomaba, que la contratación ocurrió cuando se citó a todo el personal, a una reunión en la casa de la cultura y luego se trasladaron al CDI paraíso de ternura ubicado en Villanueva; que inicialmente fue un contrato verbal e inició el 1º de octubre de 2012 y luego se dio por escrito el 23 de octubre de ese año; que MÓNICA PABÓN era psicóloga en el centro Paraíso de ternura de Villanueva, se encargaba de garantizar los derechos de los niños, y a través de juegos y dinámicas “descubría comportamientos y problemáticas de los niños”, igualmente que realizaba visitas domiciliarias para mirar el entorno de los niños y el de sus familias, para superar deficiencias afectivas y los remitía, si fuera el caso, a la Comisaría de Familia o al Hospital y diferentes entidades dependiendo de las problemáticas que se presentaran; que además, realizaba escuela para padres con talleres y dinámicas; que el contrato terminó el 15 de diciembre del año 2012; que cumplía un horario de 7:30 a 4:00 de la tarde de lunes a viernes; que tenían asignado un salario de \$1.200.000 el cual era cancelado por EDUVILIA FUENTES, unas veces en cheque y otras en efectivo; que en una oportunidad presentaron cuenta de cobro para el pago; que recibían interventoría del ICBF Y FONADE; que como coordinadora llevaba una planilla para controlar la llegada de los niños, les impartían unas capacitaciones las cuales lideraban las nutricionistas y que ellas buscaban el talento humano que las dictaba.”*

Con relación al anterior testimonio fue interpuesta tacha de sospecha, no obstante fue negada por el a quo teniendo como sustento la sentencia SCLCSJ del 04 de octubre de 1995 Rad. No. 7202.

Sobre el tema del valor probatorio del testimonio, el doctrinante José María Obando Garrido en el texto “Derecho Procesal Laboral”, Editorial Temis, págs. 228 y 229, Bogotá, 2016 expresa:

*“k) Valor probatorio del testimonio*

*El juez del trabajo establecerá el mérito probatorio del testimonio considerando dos elementos indispensables: el elemento personal o subjetivo y el elemento material u objetivo.*

- 1) El elemento personal o subjetivo. El juez del trabajo, al valorar el testimonio, deberá tener en cuenta la personalidad del declarante, es decir, sus condiciones físicas y sensoriales para percibir y transmitir los hechos de la narración, las condiciones mentales en que se hallaba al momento de declarar, en el pleno goce de sus facultades psicológicas e intelectuales, las*

*condiciones morales que permitan determinar su honradez, dignidad, desinterés, credibilidad, idoneidad y sinceridad.*

*Por eso al finalizar la declaración testimonial, el juez laboral deberá certificar sobre las calidades personales y la idoneidad del testigo.*

- 2) *El elemento objetivo. Hace relación al contenido de la declaración, en el sentido de que existe conformidad entre el testimonio y los hechos narrados. En la declaración testimonial debe haber una razón que explique suficientemente la causa o el origen del conocimiento de los hechos, ya sea este directo o indirecto, según las circunstancias de modo, tiempo y lugar, de manera que lo hagan creíble.*

*De la relación existente entre los elementos subjetivo y objetivo el juez del trabajo puede obtener el convencimiento, después de someter el testimonio al examen valorativo, bajo los auspicios de la sana crítica.*

*Así, el juez laboral puede apreciar en toda su fuerza probatoria la declaración del testigo único como la del testigo dependiente, de manera que lo lleve a la plena convicción de los hechos narrados, de acuerdo con los principios que informan la sana crítica, tal como lo autoriza el artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral”.*

Al punto resáltese que se dará eficacia probatoria al dicho de la testigo a fin de demostrar la prestación personal del servicio de la actora en favor de la demandada principal, en tanto sus manifestaciones fueron coincidentes con los hechos narrados en la demanda, con explicación de las circunstancias en que ocurrió la contratación y la forma como llegó a su conocimiento, esto es, por tratarse de compañeros de trabajo de las actoras en cuyo favor declararon y “haber sido contratados durante el mismo período”; circunstancia que a juicio de esta Corporación Judicial reviste de credibilidad a fin de desatar las consecuencias jurídicas pretendidas con la demanda como quiera que en el curso del proceso la parte interesada, esto es, la parte demandada no propendió por desacreditar que la promotora del juicio MÓNICA PABÓN prestara servicios en el mismo lugar que los testigos, ni siquiera, por desvirtuar la cantidad de tiempo que compartían al día, el tipo de órdenes recibidas por la actora, la cercanía entre los lugares en que se desarrollaba la labor, la forma en que se daban las visitas por parte de EDUVILIA FUENTES persona respecto de la que se adujo recibían órdenes, y en últimas, todas aquellas circunstancias que permitieran advertir la subordinación laboral propia de un contrato de trabajo, o por el contrario, su desacreditación.

Así y pese a que el anterior conocimiento no se obtuvo, no ha de obviarse que en todo tiempo la declarante resaltó su condición de trabajadora ante el mismo centro educativo en que prestó servicios la actora, y en igual período, resaltando que la demandante fue contratada por EDUVILIA FUENTES, bajo los mismos extremos temporales aducidos en la demanda.

Por ende, y si bien se echa de menos que la declaración obtenida en el proceso, goza de argumentos que se advierten ambiguos, respecto de los cuáles tampoco ahondó el Juez director del proceso, siendo una de sus obligaciones legales, con todo, no es factible desacreditarla en esta instancia, porque en todo tiempo, se itera, se mencionó que la actora prestó servicios ante la demandada principal, habiéndose abrigado así a su favor, la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T., y por ende invirtiéndose

la carga en cabeza de la demandada de probar que la prestación personal del servicio no fue subordinada, presupuesto incumplido por la parte demandada.

Así, otorgando credibilidad a las declaraciones vertidas en juicio, se dirá que probada la prestación del servicio, deviene la aplicación del presupuesto legal del artículo 24 del C.S.T., esto es, que entre la señora EDUVILIA FUENTES y la demandante existió un contrato laboral, ello en tanto se itera una vez más, **la parte demandada adoptó una actitud procesal descuidada.**

#### **DEL CONTRATO DE TRABAJO DECLARADO:**

Con base en lo expuesto, **ha de decirse que si bien ni la parte demandada ni el Juez del proceso, ahondaron en las respuestas escuetas brindadas por los testigos cuando se les indagó sobre el elemento subordinación que debe estar presente en los contratos de trabajo, como quiera que sencillamente afirmó que las actoras recibían órdenes de EDUVILIA FUENTES, pero sin profundizar en detalles como la periodicidad con que se brindaban y en últimas el tipo de órdenes desplegadas, que permitieran diferenciar órdenes de directrices propias de un contrato de prestación de servicios, lo cierto es que, estando probado como está el elemento prestación personal del servicio, se habilitó la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T., invirtiéndose la carga de la prueba,** y consecuentemente correspondiéndole a la parte demandada probar que entre las partes, la prestación personal del servicio no fue de índole subordinada, situación que no ocurrió, pues relíevase una vez más, su actuación probatoria fue poco más que deficiente, de dónde devienen las consecuencias propias declaradas en primera instancia, como ya se explicó.

#### **DE LOS EXTREMOS TEMPORALES**

Dilucidada entonces la inexorable conclusión de la existencia del contrato laboral, y en punto a establecer los extremos temporales de la relación laboral, los mismos serán fijados con base en lo afirmado por las declarantes, como se dijo en el fallo de primera instancia.

#### **DE LAS CONDENAS SOLICITADAS POR LA DEMANDANTE MÓNICA IVÓN PABÓN**

Frente al salario base de liquidación de prestaciones sociales, vacaciones y auxilio de transporte atendiendo a la ausencia de confesión por parte de empleadora, igualmente se ratificará su concesión atendiendo a lo señalado en el anexo 1- uno (1), talento humano por cuanto se trata de una información presuntamente certificada por la demandada principal.

Ahora, en punto a las condenas solicitadas por concepto de prestaciones sociales, y vacaciones, ha de salir avante, en tanto no existe probanza alguna tendiente a

determinar que a la terminación de la relación laboral, el empleador pagó las acreencias de ley que le asistía en su condición de trabajadora.

Se mantendrá el salario base de liquidación en tanto fue corroborado por las testigos traídas a juicio y además se estipula el mismo valor en el anexo 1-“talento humano”, obrante a folio 34 del plenario, como se expuso.

En punto a los salarios decretados por el a quo en favor de la actora ha de decirse que se revocará su pago como quiera que si bien, la demandada principal no allegó constancia de su pago, con todo, la declarante traída a juicio en su favor, nunca advirtió una falta de pago de salarios.

Frente a este punto se complementa que la testigo dio cuenta del salario exacto devengado por la actora; por ende se indaga esta Sala, ¿cómo podría tener consonancia la testigo, que a la demandante se le adeude los salarios alegados y al mismo tiempo manifieste su salario exacto y su pago efectivo? ¿Quiere decir que en efecto se canceló salarios como dice la testigo o que no fueron pagados como dice la actora? ¿Se debe parcializar el testimonio para dar credibilidad solo en cuanto beneficie a la demandante?

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, pues no es lógico que la deponente indicara haber visto el pago presencial de salarios y su monto y que de otra parte el mismo no se haya cancelado; consecuentemente se revocará dicha condena.

Lo anterior guarda consonancia además con el principio de indivisibilidad de la prueba testimonial, esto es, que no se puede dar credibilidad a las declaraciones sobre un extracto de ellas, y de otra parte tomar a conveniencia de la parte actora las manifestaciones restantes; en tanto la declaración es una sola, y en su integridad debe valorarse.

#### **DE LA INEFICACIA DEL CONTRATO PRETENDIDA**

En lo atinente a la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, y la condena de un día de salario por cada día de retardo hasta “*que se verifique la cancelación de aportes por seguridad social correspondientes a los últimos 3 meses de labores de los ex trabajadores*”, se tiene que el artículo 29 de la Ley 789 del 2002 establece que para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, que contempla la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, el empleador le debe informar por escrito al trabajador el estado de pago de las cotizaciones a 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, siendo que por vía jurisprudencial se ha establecido que con todo, tal obligación procede sin importar la modalidad de terminación del vínculo contractual.

Asimismo, se ha precisado que la ausencia de cumplimiento de la anterior obligación, habilita el pago de una indemnización moratoria a favor del trabajador, pero no su reintegro a sus labores, pues el objetivo de la norma al hablar de ineficacia del contrato, no consiste en el restablecimiento real del contrato de trabajo, sino en la cancelación de los aportes a seguridad social y parafiscales. Así ha sido expuesto por la **Corte**

Suprema de Justicia Sala Laboral, entre otras en la sentencia SL-12041 (50027), del 27 de Julio de 2016; SL 4391 de 2018, radicación 67634, M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero del 10 de octubre de 2018; M.P. SL 4432 de 2018 radicado 45745 Jorge Mauricio Burgos Ruiz, del 10 de octubre de 2018; M.P. Eduardo López Villegas, del 21 de julio de 2010 expediente: 38349.

Consecuencialmente y atendiendo a que no se acredita dentro del plenario el pago de aportes a seguridad social y parafiscales, es un hecho indicador de su mala fe, debido a que a la fecha de esta sentencia, no se allegó prueba de este pago ni justificación de su no realización, así, deviene la confirmatoria de la sentencia de primera instancia, no obstante su concesión será modificada por las razones que pasan a exponerse.

Pues bien, ha sido criterio de esta Sala de Decisión, dar aplicación a lo previsto por la **Sala de Casación Laboral de la C.S.J. en sentencia SL516-2013**, en virtud de la cual se expuso:

*“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).*

Con base en lo expuesto, resulta claro 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.

La anterior postura de dar el trato de sanción moratoria a la declaratoria de ineficacia por no pago de seguridad social, ha sido reiterativa por la H. C.S.J., a modo de ejemplo, se citarán algunos apartes relevantes:

**Corte Suprema de Justicia SL 1139 de 2018**, radicado 64318 del 18 de abril de 2018, M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero:

*“Pues bien, en innumerables ocasiones, la Sala ha analizado el contenido de la preceptiva acusada - **parágrafo primero del artículo 65 del CST, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002-**, y ha concluido que su finalidad es 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.*

**Igualmente, esta Corporación también ha sido incisiva en preceptuar que 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, como ya quedó explicado, en la cancelación de los aportes a la seguridad social y parafiscales”. (negrillas y subrayado fuera de texto).

Y acto seguido reiteró lo expuesto en la providencia CSJ SL458-2013, rad. 42120, puntualizó:

[...]

*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 en los términos del artículo 22 de la Ley 100 de 1993, las que, justamente, constituyen el objeto de protección de la norma.*

(...)

*Así se ha interpretado por esta Sala el artículo 1º del D.L.797 de 1949 que, para el caso de los trabajadores oficiales, igualmente consagra que no se considera terminado el contrato de trabajo hasta tanto el empleador cancele al trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude.”*

De lo anterior se concluye que la jurisprudencia ha señalado que la adecuada interpretación que debe darse al parágrafo 1 artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, la inobservancia de la obligación de pagar las cotizaciones o aportes al sistema de seguridad social y parafiscales, para la Corte, cuando la norma hace referencia a la ineficacia del despido se debe asimilar al pago de la indemnización moratoria.

Bajo los anteriores presupuestos, esta Corporación Judicial en pronunciamientos recientes, había adoptado la tesis tendiente a señalar que al equipararse a la sanción moratoria, le serían aplicables sus “limitantes”, en punto a la indemnización general de un día de salario por cada día de retardo, veamos:

ARTÍCULO 65 C.S.T:

*“1. Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.(Subrayado fuera de texto).*

Igualmente se prevé:

(...) *“PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente.*

**No obstante, en reestudio del tema se precisó la postura recientemente adoptada, por las razones que pasan a exponerse:**

**Hay que aclarar 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 C.S.T., 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 C.S.T., 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 ende, 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 16 de febrero de 2013, tomando en consideración el extremo final de la relación laboral (15 de diciembre de 2012), 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.**

La reevaluación de la condena analizada, se efectúa en virtud de un estudio minucioso de la indemnización sometida a estudio, y que en específico arrojó la siguiente fundamentación jurisprudencial que clarifica el asunto así:

*“De manera que la teleología de la norma es salvaguardar la estabilidad financiera del sistema, señalando una consecuencia adversa por el incumplimiento la cual, de acuerdo con las consideraciones transcritas, se equipara a la sanción por no pago prevista en el mismo precepto”.*

Pero más adelante aclaró:

*“De modo, que la condena por sanción moratoria, impuesta en la causa pretérita a que se ha hecho referencia, no es coincidente con la aplicación de los efectos de la inadvertencia de los*

deberes con las administradoras del Sistema de Seguridad Social Integral y las entidades que recaudan parafiscales, razón por la cual respecto de dicho petitum no se presentó cosa juzgada, como se concluyó, pero tampoco puede predicarse una doble sanción por el solo hecho que estén concebidas en similares términos, es decir, a razón de un día de salario por cada día de retardo. Esto, porque las indemnizaciones disponen de fundamentos normativos y fines completamente distintos y sirven a propósitos así mismo, disímiles.

Ahora, la pasiva no demostró el pago de los aportes en salud, pensiones y riesgos laborales, ni la realización de los pagos correspondientes por SENA, subsidio familiar e ICBF, ya que la única prueba aportada son los formularios de afiliación visibles de folios 29 a 32, sin que de los mismos se infiera pago alguno. Más aún, la defensa de la empleadora, en su contestación, se contrajo a reiterar que efectuó la afiliación del demandante sin que aparezca siquiera alusión a la realización de los pagos debidos.

En ese entendido, de los elementos de convicción obrantes en el expediente no se desprende justificación alguna que haya llevado a la demandada a no cumplir con su obligación, antes bien, revisado el proceso adelantado en el Juzgado Décimo Laboral del Circuito (fs.º 73 a 144) es evidente la conducta sistemática de la compañía consistente en dejar de lado el pago de lo adeudado al trabajador de la mayoría de acreencias laborales, así como de sus compromisos con las administradoras del sistema, de lo que se infiere, antes que un actuar diligente, el menosprecio de los derechos laborales del trabajador y las normas que regulan el SISS. Así, se concluye que IVAEST Ltda. procedió con una conducta desprovista de buena fe.

En tal sentido, procede la imposición de la sanción contemplada en el parágrafo primero del artículo 65 del CST, modificado por el art. 29 de la Ley 789 de 2002. Como quiera que la norma otorga un plazo de 60 días para que la empresa se ponga al día con el Sistema General de Seguridad Social y Parafiscalidad, la sanción mencionada correrá a partir del día 61 después de la finalización del vínculo, correspondiente a un día de salario por cada día de no pago hasta cuando se verifique el pago ante las administradoras del sistema y los órganos de parafiscalidad (...)"<sup>1</sup>

Con base en lo expuesto se retomará la argumentación jurídica que venía siendo objeto de aplicación ante la clarificación jurisprudencial citada, 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 16 de febrero de 2013 y sobre el salario ya declarado en primera instancia, por ende, se modificará en este sentido la condena, en sentido de precisar que la indemnización respectiva procederá a partir del 16 de febrero de 2013, en el proceso de MÓNICA IVÓN PABÓN por ser objeto de revisión a través de Grado Jurisdiccional de Consulta y constatarse que no existe condena en igual sentido por otro proceso de similares partes, como se pasará a explicar.

**Frente a este punto, fue motivo de apelación por parte del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, lo que considera una “duplicidad de condenas”** en tanto manifiesta que las demandantes presentaron múltiples demandas basadas en los mismos hechos y pretensiones y siendo demandadas las mismas entidades, y que en aquellas oportunidades ya se impuso condena por concepto de ineficacia del contrato, por lo que solicita sea estudiada tal

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Descongestión Laboral. Radicación 69129. M.P. DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ. 22 de julio de 2020.



circunstancia a fin de evitar la imposición de una misma condena en varias ocasiones por los mismos hechos.

Pues bien, para dilucidar el asunto sometido a consideración se decretó prueba de oficio con destino al Juzgado de origen a fin que precise si han existido demandas que involucren a las partes por iguales hechos y pretensiones, y que de ser el caso, se indique cuáles fueron las condenas impuestas a fin de corroborar el dicho del apelante.

Como respuesta a lo solicitado el Juzgado de origen precisó:

**Con relación a las señoras MARTHA ELENA RUMBO GUERRA, KATERINE RINCÓN MADERA, ELVIS MEDINA CAMARGO, ERIKA PATRICIA SOLANO RAMÍREZ.**

*“Con el debido respeto y dentro del término concedido, me permito darle contestación a lo solicitado por esa Corporación en el oficio No. TSR/SG 3143 del 29 de octubre de 2021, librado en el proceso de la referencia, lo cual hago en los siguientes términos:*

*En este despacho se han presentado en contra de la señora **EDUVILIA FUENTES BERMUDEZ** en solidaridad con el **ICBF**, **FONADE** y/o **MINISTERIO DE EDUCACION**, demandas instauradas por los siguientes actores:*

**MARTHA ELENA RUMBO GUERRA**, identificada con la C.C No. 56.096.731 expedida en Villanueva, adelanta los siguientes procesos:

1) Radicado 44650 31 05 001 2015 00098 00 por el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2012. Se profirió sentencia imponiendo condena por cesantías la suma de \$254.450,00, intereses de la cesantía \$7.633,00, prima de servicio \$254.450,00, vacaciones \$118.750,00, Salarios \$1.900.000, auxilio de transporte \$203.400,00. Además por ineficacia la suma de \$31.666,00 diarios a partir del 1º de octubre de 2012. Este expediente fue apelado y se encuentra actualmente en el Honorable Tribunal Superior de Riohacha.

2) Radicado 44650 31 05 001 2015 00525 00 por el periodo comprendido entre el 23 de octubre de 2012 hasta el 15 de diciembre de 2012. Se profirió sentencia imponiendo condena por cesantías la suma de \$154.237,00, intereses de la cesantía \$2.673,00, prima de servicio \$154.237,00, vacaciones \$72.222,00, auxilio de transporte \$117.520,00. Además por ineficacia la suma de \$36.666,00 diarios a partir del 16 de diciembre de 2012. Este expediente fue apelado y se encuentra actualmente en el Honorable Tribunal Superior de Riohacha.

3) Radicado 44650 31 05 001 2015 00156 00 por el periodo comprendido entre el 9 de mayo de 2012 hasta el 29 de junio de 2012. Se encuentra en trámite de notificación, por consiguiente no ha habido sentencia.

**KATERINE V RINCON MADERA**, identificada con la C.C No. 1064839010 de Rio de Oro, Cesar, adelanta los siguientes procesos:

1) Radicado 44650 31 05 001 2015 00429 00 por el periodo comprendido entre el 9 de mayo de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2012. Se encuentra en trámite de notificación, por consiguiente no ha habido sentencia.

2) Radicado 44650 31 05 001 2016 00419 00 por el periodo comprendido entre el 19 de marzo de 2013 hasta el 28 de septiembre de 2013. Se encuentra en trámite de notificación, por consiguiente no ha habido sentencia.

3) Radicado 44650 31 05 001 2015 00526 00 por el periodo comprendido entre el 23 de octubre de 2012 hasta el 15 de diciembre de 2012. Se encuentra acumulado al de MARTHA ELENA RUMBO Radicación No. 44650 31 05 001 2015 00525 00. Se profirió sentencia imponiendo condena por cesantías la suma de \$143.154,00, intereses de la cesantía \$2.481,00, prima de servicio \$143.154,00, vacaciones \$66.680,00, Salarios \$1.600.335, auxilio de transporte \$117.520,00. Además por ineficacia la suma de \$18.890,00 diarios a partir del 16 de diciembre de 2012. Este expediente fue apelado y se encuentra actualmente en el Honorable Tribunal Superior de Riohacha.

**ELVIS MEDINA CAMARGO**, identificada con la C.C. No. 50.054.853 expedida en Fonseca, adelanta los siguientes procesos:

1) Radicado 44650 31 05 001 2015 00528 00 por el periodo comprendido entre el 23 de octubre de 2012 hasta el 15 de diciembre de 2012. Se encuentra acumulado al de MARTHA ELENA RUMBO Radicación No. 44650 31 05 001 2015 00525 00. Se profirió sentencia imponiendo condena por cesantías la suma de \$91.650,00, intereses de la cesantía \$1.588,00, prima de servicio \$91.650,00, vacaciones \$40.928,00, Auxilio de transporte \$117.520. Además por ineficacia la suma de \$33.333,00 diarios a partir del 16 de diciembre de 2012. Este expediente fue apelado y se encuentra actualmente en el Honorable Tribunal Superior de Riohacha.

1) Radicado 44650 31 05 001 2015 00086 00 por el periodo comprendido entre el 9 de mayo de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2012. Se profirió sentencia imponiendo condena por cesantías la suma de \$300.721,00, intereses de la cesantía \$14.133,00, prima de servicio \$300.721,00, vacaciones \$137.083,00, auxilio de transporte \$318.360,00. Además por ineficacia la suma de \$23.333,00 diarios a partir del 1º de octubre de 2012. Este expediente fue apelado y se encuentra actualmente en el Honorable Tribunal Superior de Riohacha.

2) Radicado 44650 31 05 001 2015 00297 00 por el periodo comprendido entre el 19 de marzo de 2013 hasta el 28 de junio de 2013 Se profirió sentencia imponiendo condena por cesantías la suma de \$211.887,00, intereses de la cesantía \$6.992,00, prima de servicio \$211.887,00, vacaciones \$96.250,00, Salarios \$1.610.000, auxilio de transporte \$232.650,00. Además por ineficacia la suma de \$23.333,00 diarios a partir del 29 de junio de 2013. Este expediente fue apelado y se confirmó la sentencia por el Honorable Tribunal Superior de Riohacha ordenándose obedecer lo resuelto. Se adelantó ejecución a continuación del proceso ordinario, se profirió sentencia de seguir adelante con la ejecución y fue apelada y enviada al Tribunal Superior, donde se encuentra en la actualidad.

**ERIKA PATRICIA SOLANO RAMÍREZ**, identificada con la C.C No. 26.985.936 expedida en Barrancas, adelanta los siguientes procesos:

2) Radicado 44650 31 05 001 2015 00544 00 por el periodo comprendido entre el 23 de octubre de 2012 hasta el 15 de diciembre de 2012. Se encuentra acumulado al de MARTHA ELENA RUMBO Radicación No. 44650 31 05 001 2015 00525 00. Se profirió sentencia imponiendo condena por cesantías la suma de \$168.682,00, intereses de la cesantía \$2.923,00, prima de servicio \$168.682,00, vacaciones \$79.444,00, Salarios \$1.906.667,00. Además por ineficacia la suma de \$40.000,00 diarios a partir del 16 de diciembre de 2012. Este expediente fue apelado y se encuentra actualmente en el Honorable Tribunal Superior de Riohacha. “

**En lo que respecta a la señora MONICA IVÓN PABÓN.**

*“Con el debido respeto y dentro del término concedido, me permito darle contestación a lo solicitado por esa Corporación en el oficio No. TSR/SG 00208 del 26 de enero de 2022, librado en el proceso de la referencia, recibido en este Juzgado el 7 de febrero de 2022, lo cual hago en los siguientes términos:*

*Con relación a la solicitud me permito informarle que en este despacho la señora **MONICA IVON PABON** identificada con la C.C No. 40.798.492 expedida en Villanueva, adelanta los siguientes procesos contra la señora **EDUVILIA FUENTES BERMUDEZ** en solidaridad con el **ICBF, FONADE** y/o **MINISTERIO DE EDUCACION**:*

*1) Radicado 44650 31 05 001 2015 00535 00 por el periodo comprendido entre el 23 de octubre de 2012 hasta el 15 de diciembre de 2012. Se profirió sentencia imponiendo condena por cesantías la suma de \$173.333, oo, intereses de la cesantía \$3.004,oo, primas de servicios \$173.333,oo, vacaciones \$86.666 Salarios \$2.080.000, Además, por ineficacia la suma de \$30.775,oo diarios a partir del 16 de diciembre de 2012. La condena se impuso contra la señora **EDUVILIA FUENTES BERMUDEZ** y solidariamente contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR**.*

*El anterior proceso se encuentra acumulado con el proceso de **MARTHA ELENA RUMBO GUERRA Y OTROS** Radicado No- 44650 31 05 001 2015 00525 01. Este expediente se encuentra en el Honorable Tribunal Superior de Riohacha, donde fue enviado para surtir, respecto a esta demandante, el grado jurisdiccional de consulta.*

*2) Otro proceso que adelanta la misma demandante en este Juzgado es el Radicado No. 44650 31 05 001 2015 00441 00, por el periodo comprendido entre el 9 de mayo de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2012. Se encuentra en trámite de notificación, por consiguiente, no ha habido sentencia.”*

Así mismo, se obtuvo respuesta por parte de la Secretaría General del Tribunal de este Distrito judicial, certificando que actualmente se profirió sentencia dentro del proceso de radicado 44560310500120150009801, siendo magistrado ponente el suscrito, y en el cual se resolvió confirmar lo relativo a la imposición de condenas por concepto de sanción moratoria en favor de las demandantes, entre las que se encontraba la señora **MARTHA ELENA RUMBO GUERRA**, hoy demandante por hechos y pretensiones similares y contra la misma demandada principal. Se advierte que la variación fáctica únicamente obedece a la existencia de varios contratos de trabajo, por períodos distintos que fueron peticionados en diversas demandadas.

**Idéntico** es el caso de la señora **ELVIS MEDINA CAMARGO**, de quien se certificó también figuraba como demandante en el proceso de radicación 44-650-31-05-001-2015-00086-00, siendo magistrado ponente este togado, y en el cual se resolvió confirmar lo atinente a la condena por concepto de sanción moratoria en favor de las demandantes, sin embargo teniendo en cuenta que la misma no presentó recurso frente a la sentencia de primer grado no hay lugar a pronunciamiento alguno sobre el punto.

Respecto de las restantes demandantes se constata que no existe condena por idéntico concepto, de acuerdo a lo certificado por la Secretaría General del Tribunal de este Distrito judicial, en el caso de la señora **MONICA IVÓN PABÓN** se constató que si bien tiene actualmente otro proceso en curso con los mismos demandados pero por

períodos distintos de los actualmente reclamados, aun no se ha proferido sentencia en el asunto.

Pues bien, según la jurisprudencia nacional entre otras en la sentencia SL 807 de 2013, radicación No. 39010, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha expuesto sobre un asunto de similares connotaciones que:

*“Por último, se ha de advertir que **a pesar de haberse declarado la existencia de varios contratos de trabajo, de los cuales no fueron afectados por el fenómeno de la prescripción los conceptos causados a partir del 15 de enero de 2000, sólo es procedente la condena a sanción moratoria por una sola vez**, puesto que una razonable interpretación del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, con la modificación introducida por el artículo 1° del Decreto Ley 797 de 1949, no permite concluir en la imposición concurrente y acumulativa de sendas condenas por dicho concepto, máxime que no medió espacio temporal entre un contrato y otro sino que se sucedieron de forma inmediata; lo contrario, conduciría a una situación abiertamente inequitativa y desproporcionada”.* (subrayado y negrillas fuera de texto).

Igualmente ha sido expuesto por la jurisprudencia nacional que tratándose de la indemnización moratoria no es acumulativa, así se trate de contratos sucesivos e independientes, veamos:

***“La forma como liquidó la sanción moratoria, entraña un error conceptual, dado que cuando se trata de contratos sucesivos e independientes, esta Corporación ha adoctrinado que, aunque no es acumulativa, se contabiliza hasta que comienza a correr la sanción del siguiente contrato, lo que no hizo en este evento. En relación con este punto, se memora lo dicho en providencia CSJ SL9586-2016, que fue reiterada en CSJ SL4866-2020:***

*No obstante, para la Sala, tratándose de varios contratos independientes y sucesivos con el mismo empleador, la indemnización moratoria por el no pago de la liquidación final de salarios y prestaciones, no es acumulable. Así lo tiene enseñado, verbigracia en la sentencia CSJ SL del 28 de octubre de 2008, No. 33656, a saber:*

***‘La indemnización moratoria, se pretende a partir de la terminación de cada una de las relaciones laborales que existieron entre las partes. Sin embargo, conforme lo ha determinado la jurisprudencia, frente a casos similares, la correcta interpretación del artículo 65 del Estatuto Sustantivo del Trabajo, es la de que la sanción no es acumulativa, y por ello debe aplicarse evitando la duplicidad’***

*En ese orden, como el primer vínculo culminó el 30 de diciembre de 2001 y el segundo finalizó el 30 de junio 2002, la moratoria del primer contrato iría desde el 31 de diciembre de 2001 hasta el 30 de junio de 2002; y la del segundo, desde el 1° de julio de 2002 hasta el 10 de enero de 2003, cuando culminó la segunda relación. En este orden, la condena por tal concepto resulta inferior a la impuesta por el fallador de alzada”<sup>2</sup>.*

De las sentencias precedentes se decanta la siguiente subregla, “...que la sanción no es acumulativa”, “...a pesar de haberse declarado la existencia de varios contratos de trabajo..sólo es procedente la condena a sanción moratoria por una sola vez”

---

<sup>2</sup> Sala de Casación Laboral radicado 80199, M.P. Jimena Isabel Godoy Fajardo del 14 de Julio de 2021

Así las cosas, sería del caso dar aplicación *mutatis mutandis* al anterior precepto jurisprudencial, en sentido que la indemnización moratoria, y para estos efectos, la declaratoria de ineficacia de terminación del contrato de trabajo, no es acumulativa, ni concurrente, cuando se declaran varios contratos de trabajo, pues es viable imponerla por una sola vez, tratándose de iguales presupuestos fácticos, en aplicación de los principios de equidad y proporcionalidad, aunado a que no es dable condenar a una misma indemnización en varias ocasiones por los mismos hechos. En esto se debe recurrir inexorablemente a los llamados principios suprapositivos o no escritos y que representan justicia objetiva y válida, por ello pueden ser aplicados directamente por la autoridad competente en los casos en que el ordenamiento jurídico resulte insuficiente para resolver un conflicto que involucra derechos, por cuanto *“ningún principio está realizado ilimitadamente. A menudo ni siquiera está claro qué valoraciones recoge una norma, y esto significa que se debe decidir nuevamente sobre el peso que se debe atribuir a los diferentes puntos de vista valorativos que cabe encontrar”*<sup>3</sup>, siguiendo el hilo puede afirmarse que en este tipo de casos deben prevalecer los principios de justicia y protección del patrimonio del Estado, porque lo contrario sería dar luz verde a la concurrencia de dos o más condenas que se prolongan en el tiempo, afectando ostensiblemente el tesoro estatal. Finalmente, y bajo la premisa que el argumento debió ser planteado en el transcurrir de la primera instancia a través de excepción de fondo, lo cierto es que en consonancia con lo establecido en el artículo 282 del C.G.P. cuando el funcionario judicial encuentre probada una excepción de mérito debe declararla aún de oficio, independientemente de la instancia que se surta, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, máxime que se surte grado jurisdiccional de consulta a favor de ICBF.

A lo anterior se aúna, que se censuran dos actuaciones procesales, que es del caso relevar, primero: lo relacionado con la interposición de sendas demandas para cada una de las demandantes y por cada uno de los contratos desarrollados, esto es, una demanda por cada período laboral, circunstancia que a más de pretender la obtención de diversas indemnizaciones por iguales hechos y/o contratos sucesivos, como en efecto sucedió, por iniciarse innumerables demandas individuales e impide el desarrollo de los principios de celeridad y economía procesal, esté último que consiste, principalmente, en conseguir el mayor resultado con el mínimo de actividad de la administración de justicia, situación que no acaeció en el sub examine y conllevó a un desgaste judicial innecesario; segundo: se reprocha la forma en que fueron acumuladas las demandas, como quiera que se realizó por períodos laborales, respecto de diversas demandantes, y no tratándose de una misma demandante por los sendos lapsos laborales, ya que se relleva, una misma actora, presentó múltiples acciones individuales, esto es, no se dio aplicación a la figura de acumulación de demandas, sino de procesos, lo que conllevó a que se generara el yerro procesal y jurídico que hoy se censura, pese a que no pueda ser corregido en esta instancia, por las razones que pasan a exponerse:

Correspondería entonces mantener la condena impuesta por concepto de ineficacia del contrato laboral en favor de las demandantes, salvo tratándose de MARTHA ELENA RUMBO GUERRA, por ser una actora en cuyo favor ya existe sentencia de segunda instancia que concedió una condena por concepto de ineficacia del contrato en su favor, por hechos y pretensiones similares y contra las mismas demandadas, cuya única variación obedece a los extremos temporales que unieron a las partes, esto es,

---

<sup>3</sup> Teoría de la Argumentación Jurídica. Robert Alexy, 2da. Edición. Pág. 32.

existieron múltiples contrataciones laborales; por lo que no es factible imponer en variadas ocasiones la misma condena, no obstante por tratarse de una condena que ya se encuentra en firme, en tanto la condenada por este concepto, EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ, no apeló y de otra parte ninguna condena a razón de dicha demandada afectó a la entidad respecto de la que se surte el Grado Jurisdiccional de Consulta, no es válido efectuar modificación y/o revocatoria alguna al respecto.

En criterio de esta Sala, si bien luce tardío el alegato de duplicidad de condenas elevado por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, por cuanto no fue presentando en el curso de la primera instancia, escenario propicio desde todas las aristas para debatir su pertinencia, en el trámite surtido en esta Corporación hay lugar a un pronunciamiento de fondo teniendo en cuenta que se surte Grado Jurisdiccional de Consulta respecto de una entidad estatal, entendiéndose que las condenas pudieron llegar a comprometer recursos públicos, los cuales deben ser protegidos por las autoridades judiciales en los casos que se evidencien condenas desproporcionadas, como acertadamente lo expuso la Corte Suprema de Justicia en las sentencias citadas precedentemente.

**Ante la prosperidad de la pretensión principal efectivamente, correspondía abstenerse de estudiar la pretensión subsidiaria.**

#### **DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

Con base en los artículos 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S., un derecho laboral prescribe en tres (3) años desde que la respectiva obligación se hizo exigible.

Se analiza que:

- La relación laboral que se dio por demostrada inició el 23 de octubre y finalizó el 15 de diciembre de 2012.
- La demanda fue incoada el 20 de noviembre de 2015.

*Así mismo la reclamación administrativa ante el ICBF se surtió el 11 de junio de 2015, según lo estipula dicha entidad en el oficio de respuesta (fl 28).*

- **Que ante la demandada principal no se advierte agotamiento de la reclamación administrativa.**

Así las cosas, fácilmente se concluye que el fenómeno prescriptivo no operó respecto de las condenas concedidas a la parte actora.

Igualmente se tiene que la demandada principal EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ no propuso excepción de prescripción.

#### **DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL ICBF**

Ahora, concretamente en punto a la solidaridad debatida ha sido expuesto por la jurisprudencia nacional, por parte de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia No. 35864 de marzo 1° del 2011, con ponencia del magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza, recogiendo lo dicho en la sentencia del 25 de mayo de 1968, citada entre otras en la del 26 de septiembre de 2000, radicación 14038, que "(...) *lo que se busca con la solidaridad laboral del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo es que la contratación con un contratista independiente para que realice una obra o preste servicios, no se convierta en un mecanismo utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales. Por manera que si una actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de esos trabajadores*". Y agregó: "(...) si el empresario ha podido adelantar la actividad directamente y utilizando sus propios trabajadores, pero decide hacerlo contratando un tercero para que éste adelante la actividad, empleando trabajadores dependientes por él contratados, el beneficiario o dueño de la obra debe hacerse responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho estos trabajadores, por la vía de la solidaridad laboral, pues, en últimas, resulta beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron sus servicios en una labor que no es extraña a lo que constituye lo primordial de sus actividades empresariales".

Así mismo, ha sido preceptuado que "no basta simplemente para que opere la solidaridad, que con la actividad desarrollada para el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí puede suceder, sino que se requiere que la labor constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico"<sup>4</sup>.

Igualmente, valga resaltar que conforme al artículo 34 del C.S.T. se tiene que el contratista independiente asume los riesgos propios de la obra a su cargo, la que debe ejecutar con sus propios medios y autonomía técnica y directiva, debiendo contratar sus propios trabajadores, y tiene las características de un verdadero empleador. Aunado a ello, a pesar de no ser el beneficiario de la obra el empleador de los trabajadores del contratista independiente, sí responde solidariamente por las acreencias laborales de dichos trabajadores cuando la obra para la cual se contrató al contratista corresponde con actividades que ordinariamente ejecuta.

Respecto a la interpretación de dicho artículo la jurisprudencia ha indicado que:

*"El artículo 34 contempla dos relaciones jurídicas: 1°. La obra o labor es extraña a las actividades normales de quien encargó su ejecución y 2°. Pertenece ella al giro ordinario de los negocios del beneficiario del trabajo. En primer caso el contrato sólo produce efectos entre los contratantes, en el segundo entre éstos y los trabajadores del contratista independiente.*

*Quien se presente pues, a reclamar en juicio obligaciones a cargo del beneficiario, emanadas de un contrato laboral celebrado con el contratista independiente, debe probar, el contrato de trabajo con éste; el de la obra entre el beneficiario del trabajo y el contratista independiente; y la relación de causalidad entre los dos contratos en la forma ya explicada"<sup>1</sup> (Subrayado fuera de texto).*

---

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia n.º 39000 del 26 de marzo de 2014. M.P: Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Aunado a lo anterior cobra especial relevancia lo dilucidado por la C.S.J., en punto a ahondar sobre la solidaridad por obligaciones laborales entre contratista y entidad estatal, indicando:

*“Es cierto como al unísono lo aceptan el tribunal y la censura, que los artículos 3° y 4° del Código Sustantivo del Trabajo regulan las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores del sector privado, pero, también es de claridad meridiana, que los pretensos derechos de los demandantes fueron invocados con fundamento en la vinculación laboral con el contratista y la solidaridad del municipio para efectos de la satisfacción de las deudas insolutas, allí no se sustentó ni podía hacerse por razones obvias, un contrato de trabajo con el codemandado estatal y por tanto ninguna trascendencia jurídica de cara a lo perseguido por la censura, tiene ese supuesto, pues, se itera, no fue discutido por las partes y el ataque se orienta exclusivamente a la imposición de la condena solidaria con prescindencia de otros aspectos” (CSJ, Cas. Laboral, Sentencia. Septiembre 26/2000. Exp. 14.038 M.P. Luis Gonzalo Toro).*

En punto a la declaratoria de solidaridad con ICBF, tal y como recientemente ha sido motivo de pronunciamiento por la Sala, no se comparte el argumento esgrimido por el juez de primera Instancia, por cuanto las labores desempeñadas por la demandante “psicóloga” no eran del giro ordinario del I.C.B.F “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, máxime que no está dentro de las competencias y funciones del ICBF, desarrollar esa actividad.

De otra parte, bajo esta línea se despacha igualmente de manera desfavorable la apelación desplegada en punto a la solicitud de responsabilidad solidaria elevada por las demandantes en sus recursos.

Lo anterior por cuanto, en observancia del presente jurisprudencial ya sentado por las distintas providencias proferidas por esta Sala, siendo magistrados ponentes Doctores PAULINA LEONOR CAMPO y JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH, y bajo la égida de los postulados jurisprudenciales que desarrollan el artículo 34 del C.S.T., se puede deducir que se necesitan determinar los siguientes elementos a fin de predicar la solidaridad del contratante inicial y los consecutivos en la cadena frente al trabajador:

**a. La cobertura de una necesidad propia y directamente vinculada al objeto social:** bueno es determinar que se habla de objeto social, entendiendo que la estructura del código sustantivo está diseñada para atender conflictos entre particulares; sin perjuicio de lo anterior, eventualmente personas jurídicas de derecho público pueden verse inmersas en asuntos de índole laboral que deban tramitarse por vía ordinaria; siendo éste uno de esos casos, razón por la cual el objeto social, debe entenderse por el encargo misional, constitucional o legal; es así, que el **ICBF** de conformidad con la Ley 7 de 1979 establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar y reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio adscrito al Ministerio de Salud, **teniendo como objeto fortalecer la familia y proteger al menor de edad**; ahora bien, por medio del Decreto 4155 de 2011 las funciones del

---



Instituto Colombiano de Bienestar Familiar guardan concordancia con el Sector Administrativo de Inclusión Social y Reconciliación, y que en ejercicio de ellas se ejecutan las políticas del mismo, en el marco de las competencias legales del ICBF, contando como objetivos misionales de la entidad **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.**

Ahora bien, el convenio interadministrativo suscrito entre el **ICBF** y **FONADE** buscaba brindar atención integral a los niños y niñas acompañados por el PAIPI, en el marco de la decisión tomada por la comisión intersectorial que establece el traslado del PAIPI al ICBF en aras de cualificar los programas de atención a la primera infancia y facilitar el tránsito a la estrategia de CERO A SIEMPRE, teniendo como objeto garantizar la ejecución del seguimiento del plan de atención integral a la primera infancia PAIPI, asegurando el acompañamiento de los niños y niñas conforme los lineamientos del ICBF que permitan facilitar y cualificar el tránsito a la estrategia de CERO A SIEMPRE.

Por su parte, la estrategia de Cero a Siempre tiene como objetivos principales **A.** Garantizar el cumplimiento de los derechos de las niñas y los niños en primera infancia. **B.** Definir una política pública de largo plazo que oriente al país en materia de sostenibilidad técnica y financiera, universalización de la atención y fortalecimiento de los territorios. **C.** Garantizar la pertinencia y calidad en la Atención Integral a la Primera Infancia, articulando acciones desde antes de la concepción, hasta la transición hacia la educación formal. **D.** Sensibilizar y movilizar a toda la sociedad colombiana con el propósito de transformar las concepciones y formas de relación con los niños y las niñas más pequeños. **E.** Hacer visible y fortalecer la familia como actor fundamental en el desarrollo infantil temprano.

Corolario de lo anterior, las demandantes indican en la acción ordinaria laboral que se desempeñaban como docentes, auxiliares docentes y psicóloga y de la prueba testimonial puede extraerse que sus funciones estaban encaminadas a la educación de los menores, estar pendientes de estos y de su nutrición, declaraciones realizadas de manera general.

Estos planteamientos conllevan a concluir que no se comparte el criterio forjado por la primera instancia respecto de la demandante MÓNICA PABÓN y con relación a las restantes actoras no se modificará la decisión por haber sido acertada, ello por cuanto la solidaridad y para efectos prácticos en el presente asunto, surge como primera medida o elemento, cuando la actividad contratada con el contratista independiente, es propia de desarrollo normal del empleador; si la actividad contratada es parte, como ya se explicó del objeto misional de la entidad o desarrolla actividades propias que sean necesarias, imprescindible y específicos para la consecución del fin propio y perseguido para el cumplimiento óptimo del servicio público, en este caso la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia, brindando atención especialmente a aquellos en condiciones de amenaza como mandato constitucional, legal y misional del ICBF.

Las actividades desarrolladas por las demandantes no cumplen, a criterio de este cuerpo colegiado, con los postulados misionales del ICBF; las funciones desarrolladas tampoco permiten concluir que desenvolvían un papel primordial para prevención y protección integral de la primera infancia o el bienestar familiar, pues, si bien es cierto manifestó estar a cargo del cuidado de los niños, su familia y nutrición, lo hacen de manera generalizada, no establecen como realizaban tal actividad, cuál era el control ejercido, qué medidas adoptaban para su protección, esto es, probatoriamente no se aportaron elementos que conlleven a una conclusión diferente, no se puede argüir que efectivamente se garantizara la protección constitucional y legal que busca el ICBF para dicha población vulnerable o mucho menos que cumpliera con el encargo misional de la entidad pública.

Por tanto, la contratación realizada por EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ a la demandante, para el desarrollo del convenio interadministrativo suscrito entre el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF y FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE no se evidencia que las actividades desarrolladas persigan el mismo objeto misional del ICBF ni se encuentra dentro de sus competencias prestar el servicio educativo; así y al romperse uno de los eslabones para la declaratoria de la solidaridad debe absolver y consecuentemente, se modificará en este sentido la sentencia de instancia respecto de la demandante MÓNICA PABÓN.

La misma intelección es aplicable respecto de la entidad FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE, como quiera que revisada la documental obrante en el plenario, se allega a la misma conclusión del a quo, esto es que la entidad en cita actuó como un mero administrador del convenio, y no como beneficiario directo; igualmente tampoco existe relación entre las funciones misionales de la entidad y las desarrolladas por las demandantes, como quiera que las actividades de FONADE se concretan hacia la gerencia de proyectos, banca de inversión y estructuración, formulación y evaluación de proyectos.

Finalmente, y en lo atinente al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, baste con reiterar, como se indicó en primera instancia, que no existe contrato de obra que vinculara en el presente caso a la entidad en cita ya sea con FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE E INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF ni con EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, en tanto los convenios obrantes se celebraron entre FONADE e ICBF, lo que impide desplegar condena alguna en contra del MEN.

Sin costas atendiendo al Grado Jurisdiccional de Consulta.

#### **DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO. MODIFICAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el JUZGADO LABORAL DEL CIRCUITO DE SAN JUAN DEL CESAR, LA GUAJIRA el día 03 de agosto de 2021, en punto a REVOCAR las condenas y declaraciones concedidas en favor en favor de la demandante MÓNICA PABÓN por concepto de salarios, por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO. REVOCAR** el numeral QUINTO de la sentencia de origen y fecha anotados, para en su lugar ABSOLVER al ICBF de las pretensiones encaminadas en su contra.

**TERCERO. REVOCAR** los numerales SÉPTIMO Y OCTAVO de la sentencia de origen y fecha anotados, en lo que atañe a la imposición de costas 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 de los contratos de trabajo debe ser tasada a razón de un día de salario por cada día de retardo desde el 16 de febrero de 2013 en el proceso de MÓNICA IVÓN PABÓN que fue objeto del Grado Jurisdiccional de Consulta, y hasta cuando se verifique el pago de aportes a seguridad social y parafiscalidad según las previsiones del párrafo del artículo 65 del C.S.T., con base en el salario diario expuesto en primera instancia.

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

**SEXTO. SE CONMINA** a las partes, sus apoderados y al Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira, para que en lo sucesivo atiendan las directrices procesales plasmadas en las consideraciones de esta providencia.

**SÉPTIMO. SIN COSTAS** en esta instancia atendiendo al Grado Jurisdiccional de Consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

**CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ**  
Magistrado Ponente

**PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO**  
Magistrada

**JOSÉ NOÉ BARRERA SÁENZ**  
Magistrado  
(Con salvamento de voto)