



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

Riohacha, dieciséis (16) de junio de dos mil veintidós (2022).

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ

ACCIÓN:	PROCESO ORDINARIO LABORAL – LEY 1149 DE 2011
PROVIDENCIA	SENTENCIA ACUMULADA
DEMANDANTE:	CINDY PAOLA AMAYA VILLAR, EMIRO JOSÉ BOLAÑO MENDOZA y GALA CECILIA DAZA CATAÑO
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:	44-650-31-05-001-2015-00362-01

Discutido y aprobado en Sala Según **Acta No. 033** del dieciséis (16) de junio de dos mil veintidós (2022).

Se procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza el Decreto 806 de 2020 artículo 15 numeral 1º, teniendo en cuenta que el conocimiento dentro del asunto es asumido por el suscrito, en virtud de la derrota de ponencia que presentará el Magistrado JOSÉ NOÉ BARRERA SAÉNZ, integrante de esta Sala de Decisión para la fecha de su discusión.

Se observa además que se ha 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 tres (03) de marzo 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.

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

ANTECEDENTES

CINDY PAOLA AMAYA VILLAR, EMIRO JOSÉ BOLAÑO MENDOZA y GALA CECILIA DAZA CATAÑO 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 el 01 de julio y el 30 de septiembre de 2012, (ii) que se condenara al pago de: salarios, 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 01 de julio y el 30 de septiembre de 2012, fecha cuando terminó el contrato sin justa causa. Que desempeñaron los cargos de: auxiliar docente en el entorno institucional- municipio de San Juan del Cesar, La Guajira (CINDY PAOLA AMAYA VILLAR); celador en el entorno institucional – municipio de San Juan del Cesar, La Guajira (EMIRO JOSÉ BOLAÑO MENDOZA); oficios varios en el entorno institucional - municipio de San Juan del Cesar, La Guajira (GALA CECILIA DAZA CATAÑO); 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 \$1.500.000 (CINDY PAOLA AMAYA VILLAR); \$800.000 (EMIRO JOSÉ BOLAÑO MENDOZA); \$800.000 (GALA CECILIA DAZA CATAÑO) respectivamente, a fin de dar cumplimiento al objeto y las obligaciones de los convenios de gestión de proyectos “211034” y celebrado entre el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, ICBF 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.

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 MEN en lo que atañe a la demandante CINDY PAOLA AMAYA VILLAR, absolvió a ICBF y FONADE y condenó en costas.

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

En lo que atañe al contrato de trabajo, citó el contenido de los artículos 22 y 23 del C.S.T., refirió que los actores fueron contratados 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 los 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, precisó que el extremo demandado 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 ICBF, MEN 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.

Respecto al ICBF, estimó que la demandante CINDY PAOLA AMAYA VILLAR no demostró que las actividades de docencia, a pesar de haber sido desplegadas para el convenio desarrollado entre el MEN, FONADE e ICBF, fueran afines o inherentes al giro ordinario de las actividades ejercidas por esta última entidad, en consecuencia absolvió.

En cuanto al MEN, declaró la responsabilidad solidaria pretendida únicamente frente a la trabajadora CINDY PAOLA AMAYA VILLAR, en aplicación del precedente jurisprudencial aplicado por esta Corporación Judicial, con los siguientes argumentos:

“en el caso de la demandante CINDY PAOLA AMAYA VILLAR, quien era Auxiliar docente, y en este juicio se probó que desplegaba labores pedagógicas con los niños de cero a cinco años, y sabido es que uno de los cometidos del Ministerio de Educación tiene que ver con regular y establecer los criterios y parámetros técnicos que contribuyan al mejoramiento del acceso, calidad y equidad de la educación, en la atención integral a la primera infancia, surge meridianamente el nexo causal de las actividades desplegadas por esta demandante con el objeto de los convenios administrativos y los fines de este ente estatal, por tanto, se declarará la solidaridad de esta entidad con la señora EDUVILIA MARIA FUENTES por las obligaciones laborales reclamadas en esta demanda”

En relación a los restantes demandantes, expuso:

“Ahora, en lo que tiene que ver con los demandantes GALA CECILIA DAZA y MIRO JOSE BOLAÑO MENDOZA, en esta audiencia quedó probado que éstos trabajaron para la demandada principal, realizando labores de celaduría y oficios varios en desarrollo del programa de atención a la primera infancia en el centro Huellas de amor de San Juan del Cesar; según las testigos, MIRO se ocupaba de la vigilancia del inmueble donde funcionaba el centro infantil, y la señora GALA atendía lo que tiene que ver con la cocina y suministro de alimentos de los niños, de acuerdo a una minuta suministrada por la señora Eduvilia Fuentes; más, en su interrogatorio de parte, ésta última confesó que se encargaba de repartir meriendas, asear la cocina, repartir los almuerzos y limpiar la loza; así las cosas, analizadas las funciones desarrolladas por las demandadas en solidaridad, tenemos que ellas resultan ajenas a las labores desplegadas por estos actores, toda vez que si el objeto de los contratos celebrados con la demandada principal se centran en la atención integral a la primera infancia, y, tal actividad es inherente a las funciones del MINISTERIO EDUCACION NACIONAL y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, no se avizora la relación de éstas con las funciones de vigilancia y oficios varios; por tanto, y al no cumplirse este requisito, estas entidades no están llamadas a responder por las obligaciones que contrajo la demandada principal para con estos ex trabajadores”.

RECURSOS DE APELACIÓN.

Intentando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y el apoderado del extremo demandante interpusieron recurso de apelación en contra de la decisión adoptada con los siguientes argumentos:

PARTE DEMANDANTE

“Es para sustentar el recurso de apelación que presenté y lo hago de la siguiente forma:

Presentó recurso de apelación de manera parcial en contra de la parte resolutive de la sentencia, en primer lugar en lo que tiene que ver con lo dispuesto por el honorable despacho cuando manifestó que no es posible otorgar la sanción por ineficacia o declarar la ineficacia de la terminación del contrato como se solicitó en la demanda, para en su lugar ordenar el pago de los intereses moratorios sobre las sumas que se le adeudan al actor, manifestando el despacho que como las demandas fueron

presentadas después de los 24 meses y los señores demandantes devengan un salario superior al salario mínimo entonces no tienen derecho al pago de la indemnización de la ineficacia de los salarios que se hayan generado a partir de la terminación del contrato por esta circunstancia, el suscrito acoge la posición que de manera creo yo que inédita a partir de hoy creo yo que ya no será inédita que acogió el despacho respecto al viraje que le dio a la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo asumiendo o acogiendo la posición que su superior funcional el honorable Tribunal Superior del Distrito de Riohacha estableció a través de sentencia de reciente pronunciamiento, sentencia que el suscrito considera que no se ajusta a la realidad judicial, jurídica y al derecho positivo vigente dentro de la legislación laboral colombiana y no se ajusta porque esa interpretación que hace el Tribunal y que acoge a partir de ahora el honorable despacho no está establecida, no está fijada, no ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y dijo que no ha sido acogida porque la sentencia que toma en cuenta el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha y que acoge el honorable despacho en primera instancia que es la sentencia SL516-2013 no hace un estudio detallado sobre el punto que en este fallo se ha establecido, en ninguna parte de esa sentencia y aquí la tengo en frente hace referencia a que el demandado (sic) por haber presentado la demanda después de los 24 meses o haber presentado la demanda siendo un trabajador que devengue más de un salario mínimo no tiene derecho a la sanción de ineficacia plena que establece el parágrafo 1 del artículo 65, lo que dice la Corte Suprema de Justicia en esos fallos que no es el único fallo, ese de 2013 no es el único fallo, han venido una cadena una sucesión de fallos uno tras otro, equiparando o más bien aclarando que lo quiso el legislador dice la Corte en su Sala de Casación Laboral, lo que quiso el legislador al momento de establecer esta sanción es buscar la viabilidad la estabilidad económica del sistema de la seguridad social y no el reintegro del trabajador sino equiparar la sanción económica ya no a un reintegro porque anteriormente se venía ordenando por parte de los despachos judiciales de Colombia el reintegro del trabajador y el pago de los salarios y prestaciones sociales hasta el momento que el empleador pagará los aportes al sistema de seguridad social entonces la Corte Suprema de Justicia cambió esa tesis y la cambió a través de una sentencia del 14 de julio de 2009, radicado 35303, a partir de esa sentencia la Corte estableció que lo quiso el legislador no era buscar la estabilidad en el trabajo sino equiparar la sanción establecida en el parágrafo 1 del artículo 65 con la sanción moratoria solamente en lo referente a que ya no se va a ordenar el reintegro del trabajador con el pago de los salarios y prestaciones sociales sino que se va a ordenar el pago de los salarios que se hayan causado desde la terminación del contrato de trabajo hasta cuando el empleador acredite el pago de los aportes al sistema de seguridad social, bajo ninguna circunstancia y yo a partir del fallo que estableció el honorable Tribunal Superior de Riohacha, a partir de ese fallo me he dado el trabajo de averiguar si la Corte Suprema de Justicia lo que interpretó, porque es una mera interpretación judicial, porque eso no fue lo que estudió y determinó la Corte Suprema de Justicia, eso fue lo que interpretó el Magistrado CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ en ese fallo de segunda instancia que ahora es objeto de precedente por parte del despacho judicial de conocimiento, lo que interpreta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, el Dr. Carlos Villamizar Suarez no lo dice la Corte, allí lo que dice la Corte es que equipara vuelvo y repito no se va a ordenar el reintegro físico del trabajador, es decir, no se le ordena al empleador que reintegre el trabajador al puesto de trabajo sino que se le ordena que le pague los salarios que se hayan generado y en ese sentido esa es la analogía que hace la Corte

y en ese sentido y no en otro porque en ninguna parte de esa jurisprudencia establece que después de los 24 meses no tiene derecho a la sanción moratoria o que si gana más de 1 salario mínimo no tiene derecho a una sanción moratoria en ninguna parte de esa fallo, allí lo que está equiparando es que no se busca la estabilidad en el empleo sino que se ordena el pago de la sanción moratoria, en ese sentido vuelvo y repito se dispone la analogía entre las dos sanciones y es que señores magistrados yo sé que es imposible porque yo conozco ya el criterio del Tribunal, es imposible que esta apelación tenga algún efecto en segunda instancia, yo sé que mis argumentos por muy validos que sean no van a cambiar la posición que ya estableció el honorable Tribunal en segunda instancia, será la Corte Suprema de Justicia ante una eventual casación la que dirimirá este punto, yo sé que el Tribunal no va a darme la razón porque ya yo conozco el criterio del Tribunal con referencia a los procesos donde cursa como sujeto pasivo entidades de carácter público, entonces yo sé que esto en segunda instancia no va a tener ningún objeto ningún efecto pero será la Corte Suprema de Justicia ante una eventual casación la que estudie esto, entonces vuelvo y repito el artículo 65 en su parágrafo 1 establece una sanción, ahora bien esa sanción si bien hace parte del artículo 65 no es la misma, el nacimiento, la naturaleza jurídica de la sanción moratoria establecida en el artículo 65 por no pago de las prestaciones sociales es una y la naturaleza jurídica, la génesis jurídica, la semilla jurídica que da vida a la sanción de ineficacia es otra, son dos gérmenes dos bases dos génesis distintas, una es el no pago al trabajador de los salarios y prestaciones sociales al trabajador es la del artículo 65 y la otra, la del parágrafo 1 son por no el no pago de aportes no al trabajador sino al sistema de seguridad social, son dos situaciones completamente distintas, independientemente que estén generadas, organizadas, agrupadas en un mismo artículo, una en el artículo principal artículo 65 y otra en el parágrafo de ese artículo, entonces como se va a ordenar el pago de unos intereses moratorios sobre unas sumas que se le adeuden al trabajador, cuando no es al trabajador que se le están adeudando esas sumas, señor juez y señores magistrados yo sé que ustedes no van a cambiar su posición pero analicen esto, como se va a ordenar el pago de los intereses sobre una suma después de los 24 meses, cuando esa suma no se le debe al trabajador sino al sistema, eso es una contraposición una contradicción en la sentencia y no en la sentencia del honorable juez de instancia porque el en su humildad funcional está acogiendo lo que dice su superior jerárquico el Tribunal, es el tribunal el que tiene que organizar esto, se ordena el pago de unos intereses sobre unas sumas que se le adeudan, que se le adeuda, sino se le adeudan al trabajador, la deuda es con el sistema de seguridad social, entonces si la deuda es con el sistema de seguridad social, entonces la ineficacia no debe ser a favor del trabajador sino a favor del sistema de seguridad social, si se acoge esta tesis del Honorable Tribunal aquí el beneficiario de la condena no debe ser el trabajador sino el sistema de seguridad social porque es al sistema a quien se le deben estos aportes y así lo dice la norma y así lo dice absolutamente todos los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, aquí lo que se está ventilando, lo que se está juzgando, lo que se está preservando, se está cuidando es la estabilidad económica del sistema de seguridad social no del patrimonio económico o las acreencias laborales del trabajador, lean la jurisprudencia, estudien la naturaleza de la jurisprudencia, que se quiso acomodar a esas interpretaciones para beneficiar al Ministerio de Educación Nacional, eso es otra cosa, pero eso no es lo que dice la Corte, eso no es lo que dice la jurisprudencia de la Corte ni lo que dijo yo, el entendimiento mío es el entendimiento normal de cualquier abogado, es decir, yo lo entiendo así y creo yo que el promedio de la comunidad jurídica que me acompaña

debería de entenderlo así, porque yo estoy haciendo una interpretación objetiva con base en algo que estoy leyendo, entonces si lo que establece el legislador es que busque la estabilidad del sistema como se va a ordenar, como se va a equiparar esto porque los trabajadores devengaban más de 1 salario mínimo y que presentaron las demandas después de 24 meses, como se va equiparar eso a la sanción del artículo 65 cuando estos aportes no se le deben al trabajador, ahora bien que se le debe, donde están en la sentencia las sumas que se le deben por concepto de aportes, no hay un pronunciamiento de eso, entonces esto es una sentencia inane, una sentencia que está en el aire, fallaron a favor pero no fallaron porque es una sentencia vacía, ósea se ordena el pago de unos intereses moratorios a una tasa máxima de créditos de libre asignación, pero esos intereses sobre que suma se les va a calcular, sobre los salarios y prestaciones no se les puede calcular porque las sanciones son independientes, entonces si sobre esas sumas de salarios y prestaciones no se les puede calcular sobre que se va a calcular, señores magistrados ustedes que fueron los que cambiaron la tesis que años y años y años venían sosteniendo, la cambió el Dr. Carlos Villamizar, porque el doctor Hoover Ramos, la doctora María Manuela, el doctor Roberto Arévalo, el doctor Ariel Mora Ortiz y todos los funcionarios, el mismo doctor Carlos Villamizar, la misma doctora Paulina, el mismo doctor Jhon Rusber Noreña Betancourth, todos habían sostenido eso y ahora de manera mágica, de manera inédita sacan un pronunciamiento que no está establecido en el mundo jurídico colombiano, no existe, es una interpretación individual que hace el Tribunal favoreciendo los intereses jurídicos del sujeto pasivo del proceso, una entidad pública MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL obviamente porque de ser así y si esto hubiese sido así el suscrito no iba a perder el tiempo en estas demandas porque desgastarme yo 10 años de mi tiempo volviéndome viejo porque ya hasta me he quedado calvo de estrés que me generan estas sentencias, entonces desgastándome 10 años en esto para que condenen al Ministerio a pagar que, que va a pagar el Ministerio, dos millones de pesos por salarios, por prestaciones, eso vale la pena la inversión de mi tiempo, ojala yo creo que si por las cuantías de los salarios y de las pretensiones que se están buscando, por este lado y para este punto en particular creó que sustentó la apelación con referencia a lo dispuesto en la ineficacia.

Ahora con referencia, otra cosa el señor juez en primera instancia hace referencia a una sentencia de la corte pero no menciona cual es esa sentencia, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha hace referencia a una sentencia pero el señor juez, a menos ojo que no haya escuchado no menciona la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que toma como base para el cambio de posición judicial de precedente, yo no lo escuche, hace referencia a una sentencia de la corte, pero cuál es la sentencia para buscarla, porque si esa sentencia existe, que no es la que dice el Tribunal, porque esa del Tribunal no dice, no están diciendo ni el Tribunal ni usted, entonces en otra oportunidad o en otro fallo ojala la consiga y la mencione para yo buscarla y así convencerme de que estoy equivocado que estoy perdiendo mi tiempo.

Ahora, con referencia a que no se condenó no se ordenó o no se declaró solidaridad con referencia al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con referencia única y exclusivamente a la señora GALA DAZA es una equivocación de cabo a rabo, incluso no sigue el precedente que su superior funcional ha venido estableciendo porque es que la señora GALA DAZA, a ella personalmente porque ella tiene varias reclamaciones porque ella trabajó en varios periodos laborales, el mismo Tribunal Superior de Distrito

Judicial de Riohacha en sentencia que está en el juzgado, yo no sé por qué no la tuvo en cuenta, porque para unas se tiene en cuenta lo dispuesto por el Tribunal y para otros no, en sentencia de 4 de febrero de 2020 con radicación en un proceso acumulado de NOLIS GAMARRA donde aparece Gala Daza con radicación 2015-00200 señor juez que está en su despacho, usted lo tiene en su despacho, creó que está en trámite de una apelación de unas costas pero usted lo tiene en su despacho y el mismo Tribunal dispuso que en ese caso particular y teniendo en cuenta las funciones que desarrollaba de manera individual la señora GALA DAZA el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es solidariamente responsable y porque el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha dispuso entonces que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar si era responsable de ese caso en particular y no de los otros, ojo por en ese proceso no condenó al Ministerio sino solamente al Bienestar en el caso de la señora GALA DAZA, en ese solo caso, que tuvo en cuenta el honorable Tribunal, señor juez las labores que ella de manera individual realizaba de lunes a viernes, cuales son las labores, las labores de manipular alimentos, de preparar alimentos, de repartir alimentos, a quienes, pues a los niños de 0 a 5 años que estaban adscritos al programa, el señor juez señores magistrados no tuvo en cuenta estas circunstancias pero yo ruego teniendo en cuenta las labores desarrolladas que describieron las testigos y describió la misma demandante desarrollaba en el programa PAI entre el 1 de julio y el 30 de septiembre de 2012, las labores que ella individualmente realizaba que eran las de preparar alimentos, manipular alimentos, repartir alimentos, lavar los chismes que utilizaban los muchachos, oye esas labores dice el tribunal ni siquiera yo, eso no lo dijo yo, lo dice el Tribunal Superior de Riohacha, si hacen parte del giro ordinario de las labores que por Constitución y Ley, o más bien por ley hace el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que están relacionadas con el bienestar y la integralidad de los niños, el mismo Tribunal y vuelvo y lo repito el proceso es NOLIS GAMARRA, 2015-00200, el proceso de Gala Daza que hace parte de ese proceso acumulado es el 2015-00209, sentencia del 4 de febrero de 2020, si mal no estoy si la memoria no me falla porque estoy trabajando única y exclusivamente con mi memoria porque yo estuve ese día allí, el fallo es del doctor Jhon Rusber Noreña Betancourth, porque estuve presente en esa audiencia y acudiendo a mi memoria puedo decir con claridad que en ese caso el Tribunal dispuso que teniendo en cuenta las labores que desarrollaba la señora Gala Daza tiene responsabilidad solidaria el ICBF, no vine preparado para la apelación porque no presenté no creí que el señor juez iba a cambiar su precedente por eso pedí un tiempo, creo yo que lo aproveche más o menos bien para sustentar el recurso, lo dicho aquí es lo único que queda y estoy completamente seguro que la honorable Corte Suprema de Justicia tendrá la última palabra sobre este particular y será ella o la que me dé la razón o la que me convenza que estoy equivocado.

Por último, como consecuencia de la declaración de solidaridad que además de condenarse al pago de las sumas que tiene derecho la señora demandante GALA DAZA con referencia al Bienestar Familiar, con referencia a la señora CINDY AMAYA solamente lo que es la ineficacia.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – MEN

“Me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida, toda vez que, aunque la respetamos, no compartimos el criterio del despacho en declarar la responsabilidad solidaria del artículo 34 en relación al Ministerio de Educación con

la demandante Cindy Amaya Paola Villar, lo anterior fundamentado en lo siguiente, primero, no es de todo cierto y no se encuentra probado y acreditado, primero que existe una vinculación de la señora Cindy con la señora Eduvilia y por lo tanto se extiendan esa responsabilidad solidaria al Ministerio de Educación Nacional, como se manifestó en los alegatos de conclusión el día de ayer, ya el tribunal superior de la Guajira en su sala laboral, ha puesto en entre dicho los testimonios de la señora Yolibeth Daza y de la señora Ingrith Mendoza pese a que ella manifiesta haber sido la coordinadora general del proyecto, porqué esta apreciación del tribunal, porque ella ha manifestado en el proceso de marras y en procesos anteriores, realizar sus labores en el sur de la Guajira y el cesar sin detallar en forma, sin detallar la forma o la prolongación en el tiempo en que verificaba las situaciones laborales que aducen los demandantes en sus demandas, adicionalmente a eso señor juez es importante resaltar, primero que los señores Cindy Amaya y el señor Emiro, no comparecieron a la audiencia del día de ayer de pruebas y en esa audiencia de pruebas, en mi caso como representante del Ministerio de Educación Nacional nosotros solicitamos un interrogatorio de partes y ante la ausencia de ellos, usted dio aplicación al artículo 205 del Código General del Proceso, dando por cierto la contestaciones a los hechos de la demanda presentada, así como las excepciones de mérito propuestas por el Ministerio de Educación Nacional donde se planteaba como medios exceptivos la falta de legitimación en la causa, la inexistencia de un contrato laboral entre demandante y Ministerio de Educación Nacional, la inexistencia o falta de causa para demandar, prescripción entre otras, entonces en ese orden señor juez si usted da por cierto los medios exceptivos propuestos así como las contestaciones o el pronunciamiento que se realizaron sobre los hechos, mal estaría usted en declarar una responsabilidad solidaria entre los demandantes, si el Ministerio de Educación Nacional y la demanda principal Eduvilia Fuentes Bermúdez, en atención a lo preceptuado en el artículo 205 del código general del proceso. Por otro lado es importante señalar que los demandantes desde un principio en la demanda señalan rasgos muy generales, rasgos generales que deben ser atendidos por el juez del despacho como se manifestó en los hechos de la demanda que ellos laboraban para el colegio Gabriela Mistral y ha de entenderse que las declaraciones rendidas el día de ayer se logró determinar que ellos estudiaban en un COLEGIO HUELLAS DE AMOR, entonces en ese orden de ideas atendiendo lo manifestado por el honorable Tribunal en sentencia de 27 de octubre del 2020 que manifiesta en esta sentencia el magistrado Carlos Villamizar Suárez que dice: no obsta reseñar que desde el inicio de la acción se ofrece deficiente, pues desde los planteamientos fácticos no se indica claramente unas funciones desempeñadas, forma en que ejercía actividad física y la subordinación, forma en que fue pactada retribución del servicio, en gracia de discusión de haberse efectuado un control más riguroso a la demanda seguramente se hubiese forzado enderezar la senda planteada por el extremo activo, empero el a quo prefirió sustentar precariamente su decisión. Por lo expuesto las pruebas para demostrar los hechos en la demanda no tienen el alcance demostrativo necesario para que las pretensiones salgan abantes, es por ello que en la aplicación del contenido del artículo 176 del Código General del Proceso aplicable por remisión a la analógica del artículo 145 del código de procedimiento de trabajo, en consonancia con el artículo 61 del Código de Procedimiento de Trabajo, hacen concluir el dicho de las partes en el interrogatorio o en los testimonios no tienen la actitud para hacer concluir la existencia de los elementos esenciales de la relación del trabajo, dice:

con lo hasta aquí dicho al constatar la prueba calificada de la confesión ficta, la documental citada y las declaraciones quedan demostrados los errores fácticos relacionados en el cargo enrostrados por los apelantes con el carácter de ostensible, es más no se explica la corporación como se arribó a dichas conclusiones de la primera instancia y aun que en procesos de similares connotaciones dicho juzgado y esta Corporación han confirmado la existencia de contrato de trabajo, ello no quiere decir que en todos los eventos deban aplicar su precedente porque deben mediar razones mínimas de convicción que hagan habilitar el criterio sostenido y en todo y cada uno de los procesos deben demostrarse el cumplimiento de los presupuestos sustanciales que activen en beneficio a favor del trabajador de ello surge diáfano que fue desacertada la conclusión a la que arribó el juez cuando concedió la súplica de la demanda, ya que la ausencia de pruebas imposibilitaba establecer la existencia de la relación laboral según lo analizado. Continua el Tribunal manifestando: como es sabido, para acoger las pretensiones de la demanda es imprescindible tener certeza de la existencia del contrato de trabajo, la certidumbre sobre ese supuesto fáctico, es lo que permite determinar los extremos del ligamen y cuantificación de las eventuales condenas, luego ante la imposibilidad de establecerlo puntualmente resulta imposible para el juzgador aventurarse a declarar la existencia del vínculo. A renglón seguido manifiesta: el incumplimiento de las cargas probatorias de la parte interesada en ver y triunfar sus reclamos prestacionales no es tarea que debe suplir el funcionario instructor ni se logra superar mediante las presunciones legales contenidas en la codificación sustantivas y procedimental, mientras no se acrediten en forma certera como en formas pacíficas lo tiene asentado la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia la sala casación laboral por ejemplo en las sentencias SL – 36549 del 7 de agosto del 2009 y SL 8598 del 2015, entonces señor juez atendiendo a todo este criterio, atendiendo que usted dio por cierto la confesión establecida del 205 del Código General del Proceso por la inasistencia de la demandante Cindy Paola Amaya del señor Emiro, ósea esta por fuera de todo contexto la declaratoria a una responsabilidad solidaria, máxime cuando usted da esa confesión ficta frente a la contestación de los hechos realizados por el Ministerio de Educación Nacional y en cuanto a las excepciones propuestas por mi defendido. Otro punto que es importante hacer en este recurso, es que esa presunción del artículo 24 como ya se manifestó no es del todo que opera de manera automática, así lo manifestó el mismo Tribunal en sentencia del 11 de noviembre del 2020 manifestando, que en términos generales para resolver el problema jurídico planteado es preciso identificar que se cumplan los requisitos señalados del artículo 23 manifiesta que en principio de la carga de la prueba de conformidad artículo 167 y de aplicación analógica por 145 el Código Procesal del Trabajo le impone a la parte que alega el derecho probarlo mediante las pruebas idóneas y en base a ellas el fallador adoptará su decisión. En ese orden de ideas, ha manifestado que esto no se da de una manera automática señor juez, entonces apelando a todos estos criterios ya dilucidados por el Tribunal Superior, fundamentados en sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia y teniendo en cuenta que el artículo 205 del Código General del Proceso, corresponde a una norma procesal de obligatorio cumplimiento no se tenga en cuenta la solidaridad basada en la confesión que usted en el día de ayer declaró frente a los demandantes que no asistieron a la audiencia de pruebas y por lo tanto no se les pudo practicar el interrogatorio de partes como tal, entonces en ese orden de ideas dejo sentado mi recurso de apelación al respecto.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes se pronunciaron así:

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, expuso que el objeto social de FONADE nada tiene que ver con el convenio interadministrativo No. 211034 cuyo destinatario directo y beneficiario es el Ministerio de Educación Nacional – MEN y el ICBF.

En cuanto a las labores que contrató la señora EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ indica que son extrañas a las actividades normales de FONADE, dado que no tienen como objeto la docencia o actividades pedagógicas, para lo cual cita la sentencia 38651 y 35864 de la Corte Suprema de Justicia, frente al tema. Que las obligaciones que asumió FONADE dentro del convenio interadministrativo 211034 se redujeron a prestar asesoría y asistencia en la ejecución del programa, sin que ello implique que se le debe dar una nueva interpretación al contenido del art. 34 del CST.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, reiteró los argumentos expuestos en la primera instancia, afirmó que no hay prueba que acredite los extremos de la supuesta relación laboral, carga de la parte actora, por lo que la sentencia debe ser revocada.

Frente a la solidaridad, considera que no debió ser declarada, dado que no es función del Ministerio de Educación Nacional velar por la atención integral de la primera infancia, pues ello corresponde es a una política pública, máxime cuando ninguna autoridad podrá ejercer funciones distintas de las atribuidas en la constitución y la ley. Agregó que el gobierno nacional se propuso como meta brindar atención integral a niños de 0 a 5 años de edad y acorde con dicho objetivo expidió el documento CONPES 109 social 2007 y si bien, celebró el convenio con FONADE.

Estimó que el COLEGIO GABRIELA MISTRAL Y FONADE son los únicos llamados a responder por las demandas o acciones legales que con ocasión de la ejecución del convenio se produzcan.

Reiteró que no está llamado a responder de manera solidaria, ya que si se miran las funciones señaladas en el artículo 2 del Decreto 5012 de 2019, la entidad no presta directamente el servicio de educación, dado que sus funciones son diametralmente diferentes, aunado que no es del giro habitual celebrar convenios como el FPI 44-025 y tampoco tiene dentro de sus funciones prestar el servicio educativo, dado que el MEN lo evalúa y lo vigila.

Pidió que se mantenga incólume la imposición de la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T. y la aplicación del término de 24 meses y subsiguiente el reconocimiento de los intereses moratorios, conforme a la tasa máxima fijada por la Superintendencia Financiera. Sin embargo aduce que el Juzgado desconoce el contenido literal del artículo 65 del C.S.T, como quiera que liquida la sanción

moratoria por el valor del salario hasta la fecha de pago, para lo cual cita jurisprudencia al respecto, así como la providencia reciente de esta Corporación bajo el radicado 44650-31-05-001-2014-00245-01.

Solicitó que se modifique la sentencia para señalar que lo correcto era ordenar el pago de intereses moratorios y no el pago de 1 día de salario por cada día de mora. Que igualmente se conserve la posición adoptada por el Tribunal en cuanto a la interpretación que se ha de dar al art. 65 del C.S.T., toda vez que el demandante devengaba más de un salario mínimo y por tanto, le excluye de manera expresa la indemnización moratoria por un día de salario.

EI INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, indicó que debe confirmarse en su totalidad la sentencia de primera instancia, dada la inexistencia de la relación laboral con el ICBF y por ende la solidaridad de que trata el numeral 2 del artículo 34 del C.S.T. dado que no es el beneficiario directo del contrato con el colegio, sino la comunidad.

Expuso que de otro lado el convenio interadministrativo 211034 celebrado entre el ICBF, MEN Y FONADE, tenía como objeto 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 cero a siempre en las modalidades de Centro de Desarrollo Infantil Temprano e Itinerante” y en virtud de lo anterior, la demandada EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ suscribió los contratos de prestación de servicios con el FONADE pero con absoluta autonomía e independencia para contratar a los trabajadores, lo que la convierte en la única y verdadera empleadora.

Citó como precedente jurisprudencia los procesos adelantados en esta Corporación radicados 44650-31-05-001-2015-00301-00, 44650-31-05-001-2015-00189-00 y 44650-31-05-001-2015-00211-00, provenientes del Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar – La Guajira.

I. CONSIDERACIONES.

Se encuentran reunidos los presupuestos para resolver de fondo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial 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 MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL por haber sido condenada en solidaridad **únicamente**, respecto de la demandante CINDY PAOLA AMAYA VILLAR, 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 MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, respecto de dicha demandante.

Finalmente se estudiarán los reproches efectuados por el extremo activo, de no ser agotados en la consulta, en específico, si procede la sanción conforme lo solicita por concepto de ineficacia del contrato y hay lugar a declarar solidaridad respecto del ICBF con relación a la demandante GALA DAZA CATAÑO.

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.

Sentencia de Sala de Casación Laboral, M.P. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ, Radicación No 36549, del cinco (5) de agosto de dos mil nueve (2009), Sentencia No. 37547 de octubre de 2011, M.P. GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA, Sentencia No. 35864 de marzo 1° del 2011, M.P. GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA.

2.3. PREMISAS JURÍDICAS Y CONCLUSIONES:

Inicialmente ha de señalarse que se abordará el Grado Jurisdiccional de Consulta únicamente en favor de CINDY PAOLA AMAYA VILLAR, como quiera que se impusieron condenas en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.

Respecto de los 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 el apoderado de 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 CINDY PAOLA AMAYA VILLAR

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 CINDY PAOLA AMAYA VILLAR aduce la existencia de un contrato de trabajo con la demandada EDUVILIA FUENTES con extremos temporales entre el 01 de julio y el 30 de septiembre de 2012, fecha cuando terminó el contrato sin justa causa. Que desempeñó el cargo de auxiliar docente 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 \$1.500.000 a fin de dar cumplimiento al objeto y las obligaciones del convenio interadministrativo No. 211034 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. 211034 suscrito entre el MEN, ICBF y FONADE;; contrato No. 2121049 suscrito entre EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ y FONADE, para ser desarrollado en el municipio de San Juan del Cesar – La Guajira; y se visualiza adición, prorroga y modificación 01 al contrato No. 2121049.

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, ICBF 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 CST, se trajeron al plenario las declaraciones de INGRID YOHANA MENDOZA DAZA y YOLIBETH MENDOZA DAZA en favor de la demandante CINDY PAOLA AMAYA VILLAR:

INGRID YOHANA MENDOZA DAZA: *Señaló que la señora Cindy Maya era auxiliar docente en el centro infantil huellas de amor. Que fue contratada de manera verbal por la señora Eduvilia Fuentes Bermúdez, operadora del programa PAIPI, dijo constarle porque era coordinadora general de este centro infantil de San Juan del Cesar. Sobre el salario dijo que fue estipulado en \$1.500.000 pesos. En relación a los extremos temporales dijo que fue contratada desde el 01 de julio del 2012 hasta el 30 de septiembre del 2012, que le constaba por haber estado presente en el momento de la contratación verbal en San Juan del Cesar. Respecto a la labor indicó que la señora Cindy Amaya, era auxiliar docente, como acabé de manifestarle señor Juez, dentro de sus funciones estaba realizar actividades lúdicas-pedagógicas a los niños*

del centro infantil huellas de amor con la docente que ella tenía a cargo que en ese momento era Yolibeth Mendoza Daza. Que dentro de esas funciones también estaba, si se requería, hacer visitas domiciliarias, también tenía que tener su carpeta de cada niño organizado en conjunto con su docente. En lo que atañe al horario de trabajo, manifestó que Claro que era de lunes a viernes de 7 am a 4 pm y que firmaban una planilla que designaba la señora Eduvilia Fuentes, en el centro huellas de amor N° 1. Sobre la supervisión o control respecto de las labores desarrolladas manifestó que ella como coordinadora del centro y la señora Eduvilia Fuentes Bermúdez, la ejercían y de esta última recibía órdenes. Que las funciones las designaba la señora Eduvilia Fuentes Bermúdez y tenía un reglamento interno para todos los trabajadores que en caso de no asistir.

YOLIBETH MENDOZA DAZA: *Indicó que la señora Cindy Amaya era auxiliar docente, se encargaba de organizar junto con la docente las actividades lúdico-pedagógicas, también se encargaba de tener organizaba de tener todas las papelerías de los niños. Que tenía un salario de \$1.500.000 y que no fue cancelado pese a estar estipulado. Sobre el horario afirmó que estaba comprendido de lunes a viernes de 7 a.m. a 4 p.m y en ocasiones sábados para organizar algunas actividades lúdicas que se iban a programar. Que la vinculación fue de carácter verbal y que le consta porque fue contratada en el mismo lugar y momento que la demandante. Sobre las funciones manifestó que Cindy Amaya era auxiliar en el centro infantil huellas de amor N°1 de San Juan, que se encargaba junto con la docente de ayudar con las actividades lúdica-pedagógicas que se iban a desarrollar con esos niños que se encontraban allí y de mantener la papelería. Que todas las circunstancias le constaban por cuanto trabajó con ella y estuvo en el mismo centro, es decir, fueron compañeros de trabajo. Que el vínculo permaneció vigente del 1° de julio al 30 de septiembre del año 2012. Recibían ordenes de la señora FUENTES BÉRMUDEZ y que recibió chaleco y carnet.*

Con relación a los anteriores testimonios fue interpuesta tacha de sospecha por parte del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, 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 los testigos 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 CINDY PAOLA AMAYA VILLAR 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 las declarantes resaltaron 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.

Sobre este punto y en lo que atañe a las consecuencias jurídicas derivadas de la inasistencia de CINDY PAOLA AMAYA VILLAR a absolver interrogatorio de parte decretado dentro del proceso, debe decirse que al ser presunción de carácter legal admite prueba en contrario y las pruebas restantes, así como los testimonios recaudados corroboran el dicho de la actora en lo que respecta a los elementos de la relación laboral.

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 CINDY PAOLA AMAYA VILLAR

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 expuesto por las deponentes traídas a juicio.

Ahora, en punto a las condenas solicitadas por concepto de salarios, prestaciones sociales, y vacaciones, ha de salir adelante, 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 asistían en su condición de trabajadoras.

Se mantendrá el salario base de liquidación en tanto fue corroborado por las testigos traídas a juicio.

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 parágrafo 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 parágrafo 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 1 de diciembre de 2012, tomando en consideración el extremo final de la relación laboral (30 de septiembre 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 párrafo 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 (...)*¹

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 1 de diciembre de 2012 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 1 de diciembre de 2012, en el proceso de CINDY PAOLA AMAYA VILLAR por ser objeto de revisión a través de Grado Jurisdiccional de Consulta.

En idéntico sentido, respecto de los señores EMIRO JOSÉ BOLAÑO MENDOZA y GALA CECILIA DAZA CATAÑO, en virtud del recurso de apelación interpuesto oportunamente por el apoderado judicial de la parte demandante, conforme a lo motivado por cuanto sostiene esta Sala que le asiste razón en su argumento al apelante, por lo que hay lugar a modificar el fallo de primer grado en este punto.

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 1° de julio y finalizó el 30 de septiembre de 2012.
- La demanda fue incoada el 23 de septiembre de 2015 (fl. 8 cdno. 1era Inst. Cindy Amaya)

Así mismo la reclamación administrativa ante el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL se surtió el 20 de mayo de 2015, según lo estipula dicha entidad en el oficio de respuesta (fl 14 cdno. 1era Inst. Cindy Amaya).

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

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

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 ni apeló la sentencia por lo que no es factible esgrimir pronunciamiento en este sentido.

DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

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”².

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:

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia n.º 39000 del 26 de marzo de 2014. M.P: Carlos Ernesto Molina Monsalve.

“El artículo 34 contempla dos relaciones jurídicas: 1º. La obra o labor es extraña a las actividades normales de quien encargó su ejecución y 2º. 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”¹ (Subrayado fuera de texto).

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 3º y 4º 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 MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, se itera que las actividades desarrolladas por CINDY PAOLA AMAYA VILLAR no son del giro ordinario de las actividades desplegadas por el MEN, por cuanto si bien es cierto el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, según el Decreto 5012 de 2009, establece los objetivos del Ministerio de Educación, dentro de los cuáles se advierte que se encuentra la obligatoriedad de garantizar y promover políticas públicas para acceso a un servicio educativo con calidad, siendo que entre sus objetivos se resaltan:

(...)

1.3. Garantizar y promover, por parte del Estado, a través de políticas públicas, el derecho y el acceso a un sistema educativo público sostenible que asegure la calidad y la pertinencia en condiciones de inclusión, así como la permanencia en el mismo, tanto en la atención integral de calidad para la primera infancia como en todos los niveles: preescolar, básica, media y superior.

Y de otra parte contrató con FONADE para propender por el desarrollo y funcionamiento del Programa de Atención Integral a la Primera Infancia - PAIPI orientado a la ATENCIÓN INTEGRAL DE LA PRIMERA INFANCIA” para subsidiar la atención integral a los niños y niñas menores de cinco (5) años y/o hasta su ingreso al grado obligatorio de transición,

en el marco de las obligaciones establecidas en el artículo 29 de la Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia.

Pues bien, hecha una reevaluación de la temática propuesta por parte de la Sala, se tiene que si bien, el objetivo del MEN es garantizar y promover la política educativa, lo cierto es que ello no puede conllevar a pensar que tiene entre sus funciones y competencias la prestación directa del servicio, esto es, que actúe como prestador del servicio educativo, verbigracia, ejerciendo labores de docencia o en suministro de ellos.

Aunado a ello, el MEN en el marco de sus funciones, suscribió el convenio ejerciendo sus labores administrativas, de organización y control y no como beneficiario del servicio, pues se itera una vez más su objeto no es prestar servicios educativos sino crear políticas y lineamientos en ese sentido.

La postura de esta Corporación judicial también se cimenta en la reciente decisión adoptada por el Superior sobre la temática, entre otras, en sentencia de radicado 82593 del 25 de agosto de 2021, siendo M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz, que a modo de ampliación se cita en lo relevante así:

“Por tanto, la Sala advierte el error ostensible del Tribunal en la valoración del convenio 929 de 2008, pues de éste no se deriva que la prestación del servicio de atención integral a la primera infancia, que se pretende financiar a través de tal acuerdo, sea competencia de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, como lo enseñan las normas legales aludidas que le sirvieron de fundamento, las cuales establecen claramente la distribución de competencias entre los diversos actores de ese sector administrativo, sin que de ninguna de ellas se pueda derivar la de prestar servicios educativos a ningún nivel. Debe resaltarse que en la cláusula sexta de este contrato se designó al Icetex como el administrador de los recursos del Fondo, «a partir del direccionamiento y de las políticas determinadas por la Junta Administradora», Junta que está conformada por representantes tanto del Ministerio de Educación como del referido Instituto, tal y como fue previsto en la cláusula séptima, en la cual, además, se señaló que los funcionarios del Icetex que hagan parte de dicha Junta, «tendrán voz pero no voto», de lo que se colige que solamente los representantes del Ministerio en dicha Junta podrían tomar las decisiones respectivas.

(...)

Precisado lo anterior, la Sala advierte que en el contexto de la explicación dada respecto del Convenio n.º 929 de 2008, a la vez fuente y origen del que ahora se analiza, resulta equivocado el razonamiento del Tribunal respecto de su valoración, pues si bien, en principio derivó de él algo que acredita, esto es, que la empleadora de la demandante celebró un contrato con la Nación – Ministerio de Educación Nacional para prestar el servicio de atención integral a la primera infancia, concluyó de manera ostensiblemente errada que la actividad contratada con la señora Fuentes Bermúdez hacía parte de las «funciones» propias de la entidad recurrente, lo cual, como se ha demostrado, no es cierto a la luz de la normativa que les sirvió de fundamento a los dos acuerdos acusados.

Añádase a lo anterior que la Ley 1295 de 2009, «Por la cual se reglamenta la atención integral de los niños y las niñas de la primera infancia de los sectores clasificados como 1, 2 y 3 del Sisbén», vigente para la época en que la actora prestó sus servicios como

docente del Colegio Gabriela Mistral, en su artículo 1° estableció como objetivo contribuir a mejorar la calidad de vida de los menores clasificados en los niveles 1, 2 y 3 del Sisbén, de manera progresiva, a través de una articulación interinstitucional que obliga al Estado a garantizarles sus derechos a la alimentación, la nutrición adecuada, la educación inicial y la atención integral en salud; y en el artículo 2.° dispuso a cargo del Estado la obligación de garantizar a esta población, de manera prioritaria, los derechos previstos en la Constitución y desarrollados en la ley, así, se señala que «los menores, durante los primeros años, [...] accederán a una educación inicial» y, para ello, en los artículos 3°, 4° y 5° de la referida ley se fijan las tareas precisas a cargo de varias entidades como la Nación - Ministerio de Educación Nacional, no obstante lo cual se debe tener presente que las materias allí señaladas y las responsabilidades asignadas obedecen a una distribución de competencias que, como se ha visto, armoniza desde la Ley 115 de 1994, pasando por la Ley 715 de 2004 y que se repite en el artículo 9.° de la Ley 1295 de 2009, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 9o. PARTICIPACIÓN DE LOS ACTORES DEL MODELO. El Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio de la Protección Social y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, cubrirán con sus capacidades y recursos las zonas de menor desarrollo del país, dejando a salvo la responsabilidad consagrada en la Ley 1098 de 2006, en departamentos, municipios y distritos que demuestren insolvencia para prestar el servicio, certificado por el Departamento Nacional de Planeación, según la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional. Los departamentos, con las seccionales del ICBF y las Secretarías de Educación y Salud, cubrirán en su región las zonas campesinas, y los municipios, con las localidades del ICBF y las Secretarías de Educación y Salud, su respectiva municipalidad o distrito. Cada región debe asumir los compromisos que le corresponden, de acuerdo con las metas consignadas en la propuesta de atención integral, según lo dispuesto en la presente ley. (Subrayas y cursiva de la Sala) Es decir, los Ministerios involucrados, entre ellos el de Educación Nacional, no pierden su calidad de planeadores, articuladores y financiadores de una política pública, pero la ejecución siempre queda en cabeza de las entidades territoriales.

Ahora bien, como se expresó desde el inicio de este acápite, debe reiterarse que en sede extraordinaria no se controvierte la conclusión fáctica del Tribunal conforme a la cual, Lenibeth Carrillo Rincones prestó sus servicios como docente en el colegio de propiedad de la señora Fuentes Bermúdez; y que en el ejercicio de tal labor «atendía a los niños de la población vulnerable haciendo atención pedagógica, formativa y psicosocial de los niños y su familia», precisamente, en ejecución del programa de atención integral a la primera infancia, tarea que guarda plena correspondencia con el objeto de los convenios 929 de 2008 y 44025 de 2009, pero no significa, en manera alguna, tal como se ha expuesto a lo largo de este proveído, que la Nación – Ministerio de Educación Nacional cumpla una función de prestador de servicios de educación en el marco de sus competencias reglamentarias, legales o constitucionales. Siendo ello así, se equivocó el Tribunal al encontrar acreditada la responsabilidad solidaria de la hoy recurrente frente a las obligaciones laborales surgidas a favor de la demandante en instancias, pues la tarea que ella desempeñó resulta ajena a las actividades, funciones y competencias de esta entidad.

(...)

No se trata de otorgarle esta última calidad (empleador) al beneficiario del servicio, sino de prever una garantía frente a los trabajadores. Es claro que el empleador es el

contratista independiente, y el dueño de la obra tan solo funge como garante de éste para efectos laborales, salvo cuando se trate de actividades extrañas a sus labores normales, que es precisamente lo que acertadamente aduce la recurrente. Ciertamente es que para aplicar esta garantía tuitiva del trabajador, no resulta relevante la naturaleza jurídica oficial del beneficiario del servicio o dueño de la obra, pues lo cierto es que los derechos laborales que se reclaman se fundan en la existencia del vínculo laboral con la contratista, en este caso, con Eduvilia Fuentes, quien obró como empleadora de la demandante. De ahí que la calidad de entidad pública de la beneficiaria del servicio no incida en la aplicación de la responsabilidad fijada en el artículo 34 del CST, sino que resulta relevante, en este caso particular, que bajo ninguna circunstancia podría la Nación - Ministerio de Educación Nacional, hoy recurrente, prestar directamente el servicio educativo, o vincular o contratar docentes para que lo presten, con lo cual resulta más que evidente que no hay afinidad entre las funciones y competencias del ente público y la actividad desarrollada por el colegio para el cual prestó sus servicios la demandante en instancias, pues aunque ambos se ubican y desenvuelven en el sector educativo, sus roles resultan sustancialmente diferentes, por lo cual es un desatino endilgarle una responsabilidad solidaria que, a todas luces, no existe. (...) (subrayado fuera de texto).

Con base en lo expuesto, han de revocarse las condenas que por concepto de responsabilidad solidaria fueron concedidas en relación con la demandante CINDY PAOLA AMAYA VILLAR.

A partir de las anteriores consideraciones se considera agotado el estudio del Grado Jurisdiccional de Consulta frente al MEN.

DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL ICBF

Frente al reproche esgrimido por el apoderado del extremo demandante respecto a que si se cumplen en el sub examine los presupuestos para declarar solidaridad respecto del ICBF en lo que respecta a las pretensiones de GALA CECILIA DAZA CATAÑO, debe decirse que se comparte el argumento esgrimido por el juez de primera Instancia, por cuanto las labores desempeñadas por la demandante “servicios varios” no eran del giro ordinario del I.C.B.F, así las cosas no hay lugar a declarar solidaridad, máxime que las tareas desarrolladas por la actora no están dentro de las competencias y funciones del ICBF y bajo esta línea se despacha de manera desfavorable la apelación desplegada en punto a la solicitud de responsabilidad solidaria elevada por la parte demandante en su recurso respecto de la señora DAZA CATAÑO.

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:

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.

Sin embargo, las actividades desarrolladas por la señora GALA DAZA CATAÑO no cumple, 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 que su labor guardaba íntima relación con el cuidado de los niños, su familia y nutrición, lo hacen de manera generalizada, no establecen como realmente 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, FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE y MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - 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 se considera acertada la conclusión del a quo.

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.REVOCAR el numeral TERCERO de la sentencia de origen y fecha anotados, para en su lugar ABSOLVER al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL de las pretensiones encaminadas en su contra.

SEGUNDO. 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 MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, para en su lugar ABSOLVER al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL de las pretensiones encaminadas en su contra.

TERCERO. 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 1 de diciembre de 2012 en el proceso de CINDY PAOLA AMAYA VILLAR 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 parágrafo del artículo 65 del C.S.T., con base en el salario diario expuesto en primera instancia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado Ponente

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada

HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES
Magistrado