



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

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada Ponente

Riohacha, La Guajira, veintidós (22) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Discutida y aprobada en sesión virtual de la fecha, según consta en acta N°046

RAD: 44-650-31-05-001-2014-00326-01. Proceso Ordinario Laboral promovido por KAREN PAOLA PINTO DAZA contra EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ solidariamente LA NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE.

1. OBJETO DE LA SALA.

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los magistrados CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ, HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES y PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO, quien preside en calidad de ponente, procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza el artículo 13 de la ley 2213 de 2022 y una vez surtido el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del Ministerio de Educación Nacional (MEN), contra la sentencia dictada en audiencia pública por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira, verificada el quince (15) de julio del dos mil veintiuno (2021).

ANTECEDENTES.

1.1. La demanda.

KAREN PAOLA PINTO DAZA mediante apoderado judicial instauró proceso ordinario Laboral de Primera Instancia contra la señora EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ y en solidaridad contra el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL (MEN) y EL FONDO

FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO “FONADE” pretendiendo se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 06 de septiembre de 2011 al 15 de diciembre de 2011, argumentando para tal fin que:

1.- Que el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIÓN celebró con el FONADE el convenio interadministrativo de gerencia de proyectos No. 211012 cuyo objeto era la GERENCIA INTEGRAL PARA LA ATENCIÓN INTEGRAL DE LA PRIMERA INFANCIA Y SUS ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS EN LA FASE DE TRANSICIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS ATENDIDOS POR EL PAIPI, siendo una de las obligaciones adquiridas las de contratar personas naturales y jurídicas para garantizar la aplicación de la “Estrategia de Cero a Siempre”.

2.-Que entre el FONADE y la señora EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, en calidad de representante legal del colegio Gabriela Mistral celebró el contrato No. 2111303, el cual tenían por objeto la prestación integral de educación inicial, cuidado y nutrición a las niñas y niños menores de 5 años en condiciones de vulnerabilidad vinculados al PAIPI.

3.- Para el desarrollo del contrato anterior el demandante fue contratado por la señora EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ mediante contrato de trabajo el 06 de septiembre de 2011, para desarrollar sus labores.

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

5.- La asignación laboral fue pactado en un millón cien mil pesos mil pesos (\$1.100.000).

6.- La relación laboral terminó unilateralmente el 15 de diciembre de 2011 adeudando para dicha data auxilio de transporte, salarios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios,

además, no se encontraba al día en el pago de cotizaciones al sistema de seguridad social y parafiscalidad. Consecutivamente la demandante agotó las reclamaciones administrativas ante las entidades de derecho público demandadas, FONADE y el MEN. Subsidiariamente solicitan que se declare la sanción moratoria; así mismo, reclama la declaratoria de solidaridad respecto de las entidades públicas demandadas en los términos del artículo 34 del C.S.T y que se falle *extra y ultra petita*, solicitando además el pago por concepto de sanción moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T.

2. SENTENCIA DE PRIMER GRADO.

El Juez de conocimiento profirió sentencia en la que resolvió: “PRIMERO: Declarar que entre KAREN PAOLA PINTO DAZA y la señora EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ, existió un contrato de trabajo, conforme lo manifestado en la parte considerativa de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ, a cancelar a la demandante, las sumas de dinero por los siguientes conceptos: a) por Cesantías \$302.500. b) por intereses de cesantías, \$9.982. c) Por primas de servicios \$302.500. d) Por vacaciones, \$151.250. DECLARAR la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y consecuentemente condenar a la demandada EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ a pagar a la actora \$36.666 diarios, contados a partir del 16 de diciembre de 2011 hasta tanto se verifique la cancelación de los aportes por seguridad social y parafiscalidad correspondientes a los últimos meses de labores de la trabajadora. TERCERO: Absolver a los demandados de la pretensión de auxilio de transporte, por lo expuesto en la parte motiva. CUARTO: DECLARAR que EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL es solidariamente responsable de las obligaciones que la demandada EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ tiene para con el demandante, haciendo la salvedad que se limita sólo a las causadas en el periodo no cobijado por la prescripción, es decir: del 31 de octubre al 15 de diciembre de 2011; ello, en cuanto a las condenas por primas, intereses de cesantías y vacaciones, y plenamente solidario

respecto a las cesantías e indemnización por ineficacia de la terminación de la relación laboral. QUINTO: ABSOLVER a FONADE y a la ASEGURADORA DE FIANZAS – CONFIANZA S.A. de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante. SEXTO: Declarar probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la solidaridad, presentadas por el apoderado de FONADE, ausencia de solidaridad propuesta por el apoderado del llamado en garantía, parcialmente probada la de prescripción y no probadas las demás interpuestas por el apoderado del Ministerio de Educación Nacional en la contestación de la demanda. SÉPTIMO: Costas a cargo de los demandados EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ y el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL. OCTAVO: Se fijan las agencias en derecho a favor de la demandante y contra los demandados EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ y el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, en la suma de \$6.363.196. NOVENO (...)"

RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con lo decidido la apoderada judicial del Ministerio de Educación Nacional interpuso recurso de apelación manifestando:

“ ... Muy respetuosamente quiero manifestar al despacho que interpongo el recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de emitir, sentencia que respetamos pero no compartimos tal como lo sustentamos a continuación:

Respecto a la solidaridad del Ministerio de Educación Nacional, como hemos venido diciendo no es función del Ministerio de Educación Nacional velar por la atención integral de la primera infancia, que corresponde al Ministerio de Educación Nacional las funciones consignadas en el artículo 2 del decreto 5012 del 28 de diciembre del 2009; respecto al contrato celebrado el Ministerio de Educación Nacional no está llamado a responder de manera solidaria ya que si miramos las funciones señaladas en el artículo 2 del decreto 5012 del 2009 el Ministerio de Educación Nacional no presta directamente el

servicio de educación este es función del ente asesorar y generar política pública, por lo tanto nada tiene que ver con el objeto generador del contrato de prestación de servicios pues el mismo va encaminado a atender directamente la educación inicial y nutrición de los niños menores de 5 años, que se trata de funciones diametralmente diferentes por tal razón no está llamado a responder en forma solidaria por cuanto las funciones desarrolladas por la señora Eduvilia Fuentes son diferentes a las que tiene el Ministerio de Educación Nacional; en consecuencia cuando el artículo 34 del código Sustantivo del Trabajo consagra la responsabilidad solidaria para el beneficio del trabajo o dueño de la obra excepciona dicha responsabilidad cuando se trata de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, que en esta excepción esta la situación del Ministerio de Educación Nacional pues a este no le corresponde la prestación del servicio de educación, le corresponde es vigilar y evaluar su prestación por ello no se configura la aplicación de lo reglado en el mencionado artículo 34; que no se puede perder de vista lo dicho por nuestra jurisprudencia en lo que se buscó cuando se consagró la solidaridad del beneficiario de la obra la cual fue amparada a los trabajadores que podían verse burlados sus derechos con la contratación independiente y fraudulenta con quien en realidad tiene dentro de su fin la realización de las labores contratadas y que coinciden con quien recibe el trabajo pero las disimula frente a este para evadir su responsabilidad, esto con respecto a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente Fernando Cantillo Cadena SL7789-2016, radicación 49730 acta 19 de fecha 01 de junio de 2016.

También solicitamos a la sala se tenga en cuenta que la contestación a la reclamación administrativa (...) que los informes de interventoría de la firma la reclamante no figuraba como vinculada a los convenios objeto de la demanda; respecto a la sanción moratoria se tiene que la indemnización moratoria no es de aplicación automática ni inexorable si no que para su imposición se debe tener en cuenta la buena fe con la que actuó mi representada que un error de fondo e interpretación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo este define dos

situaciones, la primera de estas es que a los trabajadores que devengan un salario mínimo se les reconocerá un salario desde el incumplimiento hasta el último día del pago; que la segunda situación que nos trae es que los trabajadores que devengan más de un salario mínimo a los cuales se les debe reconocer sanción moratoria de un día de salario durante 24 meses en caso de que la mora persista deberá cancelar intereses moratorios por la tasa máxima de crédito de libre asignación certificado por la superintendencia financiera hasta cuando se verifique el pago total de salarios o prestaciones anexadas, en el caso que nos ocupa la trabajadora en su decir devengaba un salario mínimo para esa época por ende se debe aplicar la segunda opción de carácter investigador. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL5033 del 9 de diciembre de 2020 radicación 82963 Magistrado Ponente Martin Emilio Beltrán Quintero recordaron sobre la interpretación correcta del artículo 65 de Código Sustantivo del Trabajo por el artículo 29 de la ley 789 del 2002 de esta manera abro comillas “no obstante las notorias deficiencias en la relación de la norma esta sala de la corte entiende que la intención del legislador puedan establecer un límite temporal a la indemnización moratoria originalmente concedida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal suerte que los cuatro meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico el empleador incumplido deberá pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ordinaria ... después de los 24 meses en caso de que la situación moratoria exista ya no deberá el empleador la suma del último salario diario si no intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por superintendencia bancaria ... hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente intereses que se calcularan sobre la suma debidas por conceptos de salario y radicación número 82962 y demás; cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales dentro de los 24 meses siguientes al vencimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la ... prestaciones sociales dentro de ese lapso si no a los intereses moratorios a partir de la

terminación del contrato de trabajo a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la súper intendencia financiera ... entiéndase que los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo que la reclamación judicial da al trabajador el derecho de acceder la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta 24 meses calculados desde la ruptura del nudo de trabajo y a partir de la iniciación del mes 25 contados desde esa misma ocasión hasta ... el derecho a los intereses moratorios en los términos precisados por el ... pero la reclamación oportuna fuera del término ya señalado porta para el trabajador la pérdida del derecho a la indemnización moratoria solo les asiste el derecho a los intereses moratorios contabilizados desde la fecha de la extinción del vínculo jurídico” cierro comillas.

En el caso que nos (...) tenemos que la demandante presentó su demanda trascurridos más de 24 meses a partir de la finalización del supuesto vínculo laboral lo que (...) el reconocimiento de pagos de intereses moratorios conforme a lo que dispone el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo de lo anterior se tiene en cuenta que según el decir de la demandante el contrato laboral finalizó el (...) de diciembre de 2011 y la demanda se presentó el día 9 de diciembre de 2014 por lo anterior mi representada durante la ejecución del convenio actuó bajo los postulados de buena fe, bajo el convencimiento de que el administrador y ejecutor del contrato FONADE, interventores velaran porque se ejecutaran los convenios y obligaciones en debida forma y que la señora Eduvilia Fuentes estuviese cumpliendo con todas las obligaciones que tenía a su cargo a cabalidad; es por ello que en los convenios se estableció la necesidad de que hubiese un interventor y el Ministerio de Educación (...) por lo que no es procedente la condena por indemnización moratoria en contra del Ministerio por último solicitamos a la sala laboral escuchar el testimonio rendido por la señora Odanis Pinto Solano el que tachamos de sospechoso de conformidad al artículo 58 del código de procedimiento laboral que este no sea tenido en cuenta por cuanto no resulta ser idóneo teniendo en cuenta que no es una testigo que figuró como demandante según lo que se denota en los

hechos y pretensiones, que su prueba testimonial da fe de que el contrato celebrado entre el accionante y la señora Eduvilia Fuentes fue un contrato de prestación de servicios y así debe ser considerado por lo anterior su señoría solicitamos a la Honorable Sala Laboral revocar la sentencia condenatoria y expuesta por el A quo y en su lugar absolver al Ministerio de Educación Nacional de los cargos impuestos; por lo anterior su señoría requerimos se conceda el recurso de apelación presentado en su oportunidad y muchas gracias.”

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

En síntesis, expuso que “(...) el juez de primera instancia erro al momento de señalar que las labores ejecutadas por los demandantes tienen relación con las labores normales desarrolladas por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL de velar por atención integral de la primera infancia y por ser el Ministerio el beneficiario directo de las contrataciones realizadas para desarrollar el objeto inicialmente propuesto.”, solicita que se apliquen los criterios que la Corte plasmo en la sentencia SL 3774 de fecha 25 de agosto de 2021 y revoque o modifique la sentencia en aquellos numerales que condenan a la cartera ministerial.”

b.- Presentados por la apoderada judicial de FONADE.

Solicita se confirme en su integridad la absolución de mi representada con relación a las pretensiones incoadas por la parte actora, argumentando entre otras cosas que “(...) las labores que contrato la señora EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ son extrañas a las actividades normales de FONADE e itero que de acuerdo al Decreto 288 de 2004 como se desprende del contenido de los artículos 2 y 3 del Decreto 288 de 2004, FONADE no tiene como objeto principal la prestación del servicio de docencia o actividades pedagógicas, misma suerte que se advierte al revisar sus funciones, en tal sentido, los trabajadores de la señora Fuentes Bermúdez-en calidad de contratista

independiente-no tienen contra el beneficiario del trabajo tal acción de solidaridad”.

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

Se ratificó en los alegatos de conclusión presentados en audiencia de primera instancia.

3. CONSIDERACIONES

4.1 Presupuestos Procesales.

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

4.2 Competencia.

Se conoce del proceso en segunda instancia con el objeto de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del Ministerio de Educación Nacional M. E. N., tarea judicial que otorga competencia al *ad quem* para revisar los puntos objeto de reparo con el fin de determinar si se comparte y surtir el grado jurisdiccional de consulta, conforme al mandato establecido en el artículo 15 Literal B Numerales 1 y 3 del CPL y SS.

4.2 Problema Jurídico.

Se conoce el proceso en segunda instancia por apelación formulada por el apoderado judicial de la parte demandada, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y en consulta, lo que otorga competencia al Tribunal para revisar tanto los puntos de inconformidad expuestos

por el apelante respecto de la sentencia de primera instancia, como la totalidad de la misma.

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

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

a) *la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;*
b) *la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo aquello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país, y* **c)** *un salario como retribución del servicio.*

Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. Para la configuración del contrato de trabajo; es así, que

en principio la carga de la prueba de conformidad con el artículo 167 del C.G.P. de aplicación analógica por expresa remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., le impone a la parte que alega el derecho probarlo mediante pruebas idóneas y en base a ellas el fallador adoptará su decisión.

Del plenario se tiene que la demandante aduce la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido suscrito con la señora Eduvilia Fuentes, con extremos temporales comprendidos entre el 06 de septiembre de 2011 al 15 de diciembre de esa misma anualidad, definiendo que las actividades desarrolladas fue bajo el cargo de “*Psicóloga en el Entorno Institucional*”, en el Municipio de Distracción, La Guajira, a cambio de una remuneración salarial, que indicó se elevaba a la suma de \$1.100.000 pesos.

En el libelo inicial, se arrimaron como pruebas documentales: i) certificado de matrícula mercantil en donde se constata que la señora EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ es propietaria del Colegio Gabriela Mistral; ii) convenio interadministrativo N° 211012 suscrito entre el Ministerio de Educación Nacional y Fonade (fl.34); iii) el contrato N° 2111303 suscrito entre Fonade y Eduvilia Fuentes; y iv) el “Acta de Inicio y/o Apertura de sede”, frente al convenio interadministrativo inicialmente referenciado (fl.47).

En sentido de verificar la prestación del servicio alegada por la demandante, se observa: i) el certificado visto a folio 10 del expediente, del cual se desprende que la actora prestó sus servicios como Psicóloga en el entorno institucional en el municipio de Distracción, La Guajira, del 06 de septiembre al 15 de diciembre de 2011, con una asignación salarial mensual de 1.100.000\$ pesos mensual; y ii) aun cuando fue anexado el documento denominado “ANEXO 2. *Talento humano*”, el mismo no cuenta con información atribuible a la hoy demandante, con lo cual no puede apreciarse en conjunto con las restantes pruebas aportadas en oportunidad legal, con lo cual pasamos al estudio de los testimonios practicados.

En la presente litis, se recibió el testimonio rendido por Obanis Brito Solano, quien fue contestes en manifestar que la actora se desempeñaba como Psicóloga en el entorno institucional, que fue contratada de manera verbal por **EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ** y que laboró bajo su subordinación, teniendo como horario de trabajo de 7:30 am a 5:00 pm de lunes a viernes, al igual que la demandante ingresó a trabajar el 06 de septiembre de 2011 y finalizó el 15 de diciembre de ese mismo año, manifestó el no pago de seguridad social y la terminación del contrato por parte de la demandada EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ, lo que lleva al convencimiento de la Sala de que si se probaron los elementos esenciales para la existencia del contrato de trabajo, y su declaratoria entre la demandante y la demandada EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ cuyos extremos temporales fueron del 06 de septiembre de 2011 y el 15 de diciembre de 2011, esto en conjunto con las documentales que fueron valoradas en párrafos anteriores.

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

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

Ahora bien, **Sobre la ineficacia del despido** el Parágrafo 1° del artículo 29 de la Ley 789 de 2002 modificadorio del artículo 65 del CST tiene como finalidad garantizar el pago real de las cotizaciones al sistema de seguridad social y parafiscales, independientemente de las demás formalidades exigidas, esto es, de si el empleador cumplió con el deber de afiliación y de si comunicó de manera efectiva dicho pago al trabajador, específicamente, por los últimos tres meses y la inobservancia de tal obligación, trae consigo el pago de la indemnización moratoria a favor del trabajador y no su reintegro al cargo desempeñado, dado que el objeto de la norma no recae en el restablecimiento real y efectivo del contrato de trabajo, sino en la cancelación de los aportes a la seguridad social y parafiscales, pese a lo anterior, dicha sanción no es de aplicación automática, bajo los postulados de la jurisprudencia y traída a colación se debe indagar el comportamiento del empleador ante la omisión de aportar.

En lo que respecta el presente asunto, el actuar de la demandada sobre el particular punto aquí expuesto carece de la buena fe que debe imperar entre los particulares, como quiera, que pese a que la terminación de la relación laboral ocurrió el 15 de junio de 2011, han transcurrido más de 8 años a la actualidad, y no obra prueba alguna de que efectivamente se haya pagado las cotizaciones de seguridad social y parafiscalidad de la demandante, ni mucho menos que se haya informado al respecto a los accionantes, esta actitud, sin duda, afectó los derechos y las garantías de esta, pues a futuro la desidia del empleador puede afectar de manera ostensible, como por ejemplo al momento de solicitar el derecho pensional o en si en su momento se quiso acceder a servicios de salud o auxilios estatales y esto no fue

posible, además, no existe ninguna argumentación seria y atendible de la demandada que permita a esta Corporación, eximirla de tal obligación, más cuando se advierte que la demandada principal se notificó personalmente de la demanda en referencia (fl.399) y esta no contestó la demanda, y no se dignó a absolver el interrogatorio de parte solicitado por la parte, motivo por el cual debe confirmarse la sentencia de primera instancia en esta condena; no obstante y en virtud de un estudio minucioso de la Sala su concesión será modificada.

Sobre este asunto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de justicia, ha expuesto en la sentencia SL516-2013 que: *“Del texto pre transcrito, en especial del aparte destacado por la Sala, no cabe duda que la norma consagra una consecuencia adversa para el empleador incumplido en el pago de las respectivas cotizaciones y a favor del trabajador, en virtud de la relación laboral que los liga y de la cual se derivan las obligaciones de cotizar que, justamente, constituyen el objeto de protección de la norma. Si bien la redacción de la norma en comento es distinta al texto original del artículo 65 del CST y a la modificación introducida a este por el primer inciso del citado artículo 29 de la Ley 789, en la medida que allí sí se fija, claramente, la consecuencia consistente en que el empleador le deberá pagar al trabajador un día de salario por cada día de mora en el pago de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato, no puede ser motivo de extrañeza para la comunidad jurídica laboral el que, cuando el legislador se refiera a la ineficacia del retiro del servicio derivada del incumplimiento del pago de obligaciones laborales, en este caso del sistema de la protección social, a cargo del empleador, se equipare al pago de la indemnización moratoria a favor del trabajador, por cuanto la jurisprudencia tiene precisado, desde antaño, conforme al propósito de la norma en estos casos, que el objeto de tutela jurídica no es la estabilidad laboral, sino el pago de ciertas obligaciones laborales que, dada su naturaleza, merecen una protección especial y que esta protección debe estar*

armonizada con el principio general de la resolución contenido en todos los contratos de trabajo”. (subrayado y negrillas fuera de texto).

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

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

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

Por ello, la condena por concepto de impago de aportes a seguridad social integral se impondrá desde el día 61 con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, esto es, a partir del 14 de febrero de 2012, tomando en consideración el extremo final de la relación

laboral (15 de diciembre de 2011), y hasta que se demuestre “el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato”, **correspondiente a un día de salario por cada día de retardo.**

Con base en lo expuesto, y de conformidad con la postura acogida recientemente por este Tribunal, se retomará la argumentación jurídica que venía siendo objeto de aplicación, esto es, la imposición de un (01) día de salario por cada día de retardo a partir del día 61 después de la terminación del vínculo y hasta que se verifique el pago ante las administradoras del sistema y órganos de parafiscalidad, esto es, a partir del 14 de febrero de 2012 y sobre el salario declarado por la primera instancia, por ende, se modificará en este sentido la condena, para precisar que la indemnización respectiva procederá a partir del 14 de febrero de 2012.

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

En el sublite, como ya dejó dicho, existió un contrato de trabajo entre la demandante y EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, el cual inicio el 06 de septiembre de 2011 y el 15 de diciembre de esa misma anualidad.

En lo que respecta al segundo elemento, esto es, la relación empleador – beneficiario de la obra o labor, en este caso la que debe existir entre la señora EDUVILIA FUENTES y el Ministerio de Educación Nacional, en el caso que se estudia se encuentra demostrado con el convenio

interadministrativo No. 211012, suscrito entre el **FONADE y el Ministerio de Educación Nacional** cuyo objeto social es “garantizar la ejecución y seguimiento del plan de atención integral para la primera infancia – PAIPI –asegurando el acompañamiento de los niños y las niñas conforme los lineamientos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF que permita facilitar y cualificar el tránsito a la estrategia de cero a siempre” para subsidiar la atención a los niños y niñas menores de cinco años y/o hasta su ingreso al grado obligatorio de transición.

Finalmente, las labores ejecutadas por la demandante tienen relación con las labores normales desarrolladas por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, como lo es, velar por la atención integral de la primera infancia, cumpliéndose con los requisitos exigidos por la norma esbozada anteriormente para que exista solidaridad, además de ser el MINISTERIO beneficiario directo de las contrataciones realizadas para desarrollar el objeto propuesto inicialmente por este ente nacional.

Bajo estos argumentos, esta Sala de Decisión venía confirmando la solidaridad decretada respecto el Ministerio de Educación Nacional. Sin embargo, cimentado en la reciente decisión adoptada por el Superior funcional sobre la temática, entre otras, en sentencia de radicado 82593 del 25 de agosto de 2021, siendo M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz, han de revocarse las condenas que por concepto de responsabilidad solidaria fueron concedidas.

En el aludido fallo, nuestro máximo órgano de cierre ordinario, exhortó: *“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 1º 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.º 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 3º, 4º y 5º 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.º 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. Cierto 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)

De la consulta

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

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

DECISIÓN

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

PRIMERO: REVOCAR el numeral CUARTO de la sentencia de origen y fecha anotados, para en su lugar ABSOLVER al MEN de las pretensiones encaminadas en su contra.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales SEPTIMO y OCTAVO de la sentencia de origen y fecha anotados, en lo que atañe a la imposición de costas y agencias en derecho en cabeza del MEN, para en su lugar ABSOLVER al MEN 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 del contrato de trabajo debe ser tasada a partir del 14 de febrero de 2012.

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

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

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada Sustanciadora

HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES
Magistrado

CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado