



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

Riohacha, primero (01) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ROBERTO ORTIZ ARCINIEGAS

ACCIÓN:	PROCESO ORDINARIO LABORAL
PROVIDENCIA	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA ACUMULADA
DEMANDANTE:	<ul style="list-style-type: none">- NORA ESTELLA OLIVELLA RODRÍGUEZ- MERBELIS DEL CARMEN GUERRA BARROS- MARISOL ROPERO QUINTERO- JUAN CARLOS BORRERO- ALBEIRO MEDINA HERRERA
DEMANDADO:	<ul style="list-style-type: none">- EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ
DEMANDADOS SOLIDARIOS:	<ul style="list-style-type: none">- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE- INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF.
JUZGADO DE ORIGEN:	JUZGADO LABORAL DEL CIRCUITO DE SAN JUAN DEL CESAR, LA GUAJIRA
TEMA:	CONTRATO REALIDAD Y SOLIDARIDAD
RADICACIÓN:	44-650-31-05-001-2015-00083-01

Discutido y aprobado en Sala Según **Acta No. 067** del primero (01) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los magistrados PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO, HENRY DE JÉSUS CALDERÓN RAUDALES y LUIS ROBERTO ORTIZ ARCINIEGAS quien preside en calidad de ponente, profiere sentencia escrita conforme a la Ley 2213 de 2022 artículo 13 numeral 1º, con fundamento en el art. 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el art. 624 del C.G.P., toda vez que los recursos interpuestos deben ser tramitados conforme a las leyes vigentes al momento de su interposición.

Se observa que se surtió el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, con el fin de resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta y en el efecto suspensivo el recurso de apelación formulado por el INSTITUTO COLOMBIANO DEL BIENESTAR FAMILIAR –ICBF-, respecto de la sentencia dictada el dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira, en el proceso de la referencia.

Por disposición de los artículos 279 y 280 del C.G.P., esta sentencia será motivada de manera breve, en consideración a que las actuaciones son conocidas por las partes.

1. ANTECEDENTES

1.1. DEMANDA.

NORA ESTELLA OLIVELLA RODRÍGUEZ, MERBELIS DEL CARMEN GUERRA BARROS, MARYSOL ROPERO QUINTERO, JUAN CARLOS BORRERO y ALVEIRO MEDINA HERRERA

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 que se declarara lo siguiente:

1. **NORA ESTELLA OLIVELLA RODRÍGUEZ:** La existencia de un contrato de trabajo con extremos temporales del primero (01) de julio de dos mil doce (2012) al treinta (30) de septiembre del mismo año.
2. **MERBELIS DEL CARMEN GUERRA BARROS y ALVEIRO MEDINA HERRERA:** La existencia de un contrato de trabajo con extremos temporales del nueve (09) de mayo de dos mil doce (2012) al treinta (30) de septiembre del mismo año.
3. **MARYSOL ROPERO QUINTERO:** La existencia de un contrato de trabajo con extremos temporales del diecisiete (17) de mayo de dos mil doce (2012) al treinta (30) de septiembre del mismo año.
4. **JUAN CARLOS BORRERO:** La existencia de un contrato de trabajo con extremos temporales del nueve (09) de marzo de dos mil doce (2012) al treinta (30) de septiembre del mismo año.

Así mismo solicitaron, que se condenara al pago de: salarios adeudados, auxilio de transporte; prestaciones sociales y vacaciones causadas en dicho período; la ineficacia de la terminación del contrato, con orden de pago de salarios y prestaciones sociales por el tiempo que permaneciera cesante; la declaratoria de solidaridad respecto de las entidades demandadas a términos del artículo 34 del C.S.T.; que se falle extra y ultra petita, y las costas procesales.

Como pretensión subsidiaria peticionaron 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, con extremos iniciales arriba señalados y extremo final el día treinta (30) de septiembre de dos mil doce (2012), fecha cuando terminó el contrato sin justa causa. Que desempeñaron los cargos de: auxiliar docente en el entorno institucional – municipio de Villanueva, La Guajira (NORA ESTELA OLIVELLA RODRÍGUEZ y MERBELIS DEL CARMEN GUERRA BARROS); auxiliar docente en el entorno familiar – municipio de Manaure, La Guajira (MARISOL ROPERO QUINTERO); auxiliar docente en el entorno institucional – municipio de Valledupar, Cesar (JUAN CARLOS BORRERO) y docente en el entorno familiar – municipio de Rio de oro, Cesar (ALVEIRO MEDINA HERRERA); desarrollando labores tendientes a la educación, cuidado y nutrición de niños y niñas menores de 5 años en situaciones de vulnerabilidad a cambio de una asignación salarial de \$950.000 (MERBELIS DEL CARMEN GUERRA BARROS y JUAN CARLOS BORRERO); \$923.270 (NORA ESTELA OLIVELLA RODRÍGUEZ y MARISOL ROPERO QUINTERO); y \$1.100.000 (ALVEIRO MEDINA HERRERA) respectivamente, a fin de dar cumplimiento al objeto y las obligaciones de los convenios de gestión de proyectos 211034 celebrado entre el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y FONADE, en virtud del cual la demandada EDUVILIA MARÍA 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 subordinados 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.

1.2. CONTESTACIONES DE LAS DEMANDAS.

Pese a haber sido notificada, la demandada principal EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ, no presentó escrito de contestación de la demanda, por su parte, las demandadas en solidaridad dieron respuesta de la siguiente forma:

1.2.1. FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE

Manifestó no ser solidariamente responsable de las condenas reclamadas. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones y propuso como excepciones previas; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, y de fondo: INEXISTENCIA DE LA SOLIDARIDAD, INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL, FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR y BUENA FE.

A su vez, llamó en garantía a la Compañía AEGURADORA LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES, el cual fue aceptado conforme las previsiones del artículo 66 del C.G.P., no obstante, atendiendo a que transcurrieron más de seis (06) meses sin que se lograra la notificación, por auto el Juzgado de Origen tuvo como ineficaz tal llamamiento.

1.2.2. MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- MEN

Aceptó haber suscrito el Convenio interadministrativo 211034, enfatizando que tan sólo fue firmado por el MEN y FONADE, y que el ICBF no suscribió el mismo, sin embargo, se opuso a la totalidad de pretensiones y manifestó no constarle los hechos relativos a la existencia de la relación laboral con los demandantes, en la medida que no intervino en la supuesta contratación laboral y por ello desconoce cualquier relación de la parte actora con la demandada EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ.

Finalmente propuso como excepciones previas: FALTA DE JURISDICCIÓN, FUERO DE ATRACCIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA, NO COMPRENDER LA DEMANDA TODOS LOS LITISCONSORCIOS NECESARIOS YA QUE EN EL PRESENTE PROCESO NO SE DEMANDÓ A LA INTERVENTORA C Y M CONSULTORES QUIEN EN ÚLTIMAS EJERCÍA CONTROL, VIGILANCIA, SUPERVISIÓN E INDICABA CÓMO SE ESTABA EJECUTANDO EL CONVENIO Y CONTRATO DEMANDADOS y de fondo: SOBRE LA SOLIDARIDAD DEL MEN, COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE UN CONTRATO LABORAL ENTRE EL DEMANDANTE Y EL MEN, INEXISTENCIA O FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, BUENA FE DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, PRESCRIPCIÓN Y LA GENÉRICA.

1.2.3. INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF

Señaló no constarle la existencia del vínculo laboral alegado, y de otra parte reconoció la existencia del Convenio Interadministrativo No. 211034, indicó que es cierto que en la cláusula segunda del convenio interadministrativo No. 211034, dentro de las obligaciones de FONADE, se encontraba la de realizar las contrataciones necesarias para garantizar la aplicación de la “estrategia de Cero a Siempre”; sin embargo, negó que ello derivara en la existencia de una relación con los demandantes, por lo cual se opuso a la solidaridad que se deprecia en las demandas.

Formuló como excepciones las que denominó: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO Y PRESUNCIÓN DE BUENA FE, AUSENCIA DE RELACIÓN LABORAL, LEGAL O REGLAMENTARIA ENTRE LAS PARTES, IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DEL ICBF PARA CELEBRAR CONTRATOS DE TRABAJO, AUSENCIA DE SOLIDARIDAD PATRONAL, COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO ENTRE EL ICBF Y LA DEMANDANTE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN Y LA GENÉRICA.

2. SENTENCIA DE PRIMER GRADO.

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

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

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 las demandantes.

Así pues, para reconoció la existencia de las relaciones laborales para cada uno de los demandantes, por los siguientes extremos temporales: (i) ALBEIRO MEDINA, MERBELIS DEL CARMEN GUERRA y JUAN CARLOS BORRERO del 9 de mayo al 30 de septiembre de 2012; el primero de ellos desempeñando el cargo de docente, devengando un salario de 1.100.000 pesos y los dos últimos, en el cargo de auxiliar docente, con un salario de 950.000 pesos; (ii) NORA ESTER OLIVELLA y MARISOL ROPERO, por el periodo del 17 de mayo al 30 de septiembre de 2012, desempeñando el cargo de auxiliar docente, con un salario de 923.270 pesos; para cada una de ella. Ello atendiendo a que no se destruyó la presunción mediante acreditación de que las actividades contratadas se ejecutaron o realizaron en forma autónoma, totalmente independiente y no subordinada bajo un nexo distinto del laboral.

En cuanto a la prescripción, señaló que en el presente asunto no se tuvo certeza cuándo fueron presentadas las reclamaciones al Ministerio de Educación Nacional, por lo que tomó en cuenta la fecha indicada en los oficios con los que se dio respuesta a estas, los cuales obran en cada uno de los expedientes, es decir, 6 de noviembre de 2014, en el proceso de NORA OLIVELLA; 28 de mayo de 2015, en el de MARISOL ROPERO Y MERBELIS GUERRA, 10 de abril de 2015, en el de JUAN CARLOS BORRERO y 25 de junio de 2015, en el de ALBEIRO MEDINA. Concluyendo que la prescripción fue interrumpida en esos días y operó parcialmente para los derechos contenidos en la demanda de MARISOL ROPERO del 17 al 27 de mayo de 2012, ALBEIRO MEDINA del 9 de mayo al 24 de junio de 2012 y MERBELIS GUERRA del 9 al 27 de mayo de 2012.

Respecto del ICBF adujo que tampoco era posible determinar la fecha de presentación de las reclamaciones por lo que tomó las indicadas en la respectiva respuesta, es decir, 20 de enero de 2015, en el proceso de NORA OLIVELLA, 7 de mayo de 2015, en el de MARISOL ROPERO, 4 de junio de 2015, en el de ALBEIRO MEDINA, 24 de marzo de 2015, en el de JUAN CARLOS BORRERO y 6 de mayo de 2015, en el de MERBELIS GUERRA. Determinando que operó parcialmente solo para los derechos contenidos en la demanda de ALBEIRO MELINA, del 9 de mayo al 3 de junio de 2012.

En lo que correspondía a FONADE, señaló que las reclamaciones fueron presentadas el 22 de septiembre de 2014, en el proceso de NORA OLIVELLA, el 7 de mayo de 2015, en los de MARISOL ROPERO y MERBELIS GUERRA, el 9 de junio de 2015, en el de ALBEIRO MEDINA y el 3 de agosto de 2015 en el de JUAN CARLOS BORRERO, de donde se extrae que la prescripción fue interrumpida y solo operó para los derechos contenidos en la demanda de ALBEIRO MEDINA, del 9 de mayo al 8 de junio de 2012, y JUAN CARLOS BORRERO, del 9 de mayo al 2 de agosto de 2015. Aclarando que en los derechos prescritos no quedan incluidas las cesantías, toda vez que esta prestación se hace exigible a la finalización de los contratos de trabajo.

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

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

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

Así pues, absolvió al MEN y a FONADE de las pretensiones en su contra.

3. RECURSO DE APELACIÓN.

Intentando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, el **INSTITUTO COLOMBIANO DEL BIENESTAR FAMILIAR –ICBF-** interpuso recurso de apelación en contra de la decisión adoptada, especialmente en lo que responde a la condena solidaria, bajo los siguientes argumentos:

“En principio, interpongo recurso de apelación en contra de la parte resolutive de la sentencia puntualmente en los numerales 3, 6 y 7 respecto a la declaración de solidaridad laboral por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la condena en costas y agencias en derecho que sustento de la manera siguiente.

En primera medida, los requisitos de un contrato laboral no están acreditados en los presentes procesos, tal y como se explicó en los alegatos y los testimonios que fueron incongruentes, desorientados, contradictorios y confundidos en el presente proceso, dentro de la acumulación de los mismos, en los casos de Nora, Merbelis, Marisol, Juan Carlos y Albeiro Medina.

No obstante, el reconocimiento de la existencia del contrato de trabajo entre los demandantes y la señora Eduvilia María Fuentes, los efectos de dicha relación no se pueden hacer extensivos de la salvía en el Bienestar Familiar, pues esta entidad no suscribió con los demandantes ningún tipo de contrato, ni laboral, ni de orden civil, ni ningún tipo de otra naturaleza. En los interrogatorios quedó claro que las demandantes nunca tuvieron órdenes, instrucciones, capacitación, alineamientos o similares por parte del Bienestar Familiar. En segundo lugar, el convenio interadministrativo que hizo alusión el despacho y que fue celebrado entre el ICBF, el Ministerio de Educación Nacional 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 atendidos por el PAIPI a la estrategia de cero a siempre en las modalidades de centro de desarrollo infantil temprano e itinerante. Y en virtud del cual la demandada Eduvilia Fuentes, en su calidad de propietaria del establecimiento de comercio del

Colegio Gabriela Mistral, suscribió los convenios de prestación de servicios para con el FONADE, convenio este último diferente del celebrado entre las demandantes y demandada, pues esta última contaba con absoluta autonomía e independencia para contratar a sus trabajadores, lo que la convierte en la única y verdadera empleadora, como así se ratificó en las pruebas platicadas en el presente proceso, por lo que cualquier condena en contra de la entidad que representó carecería de sustento legal y jurisprudencial.

Lo anterior es corroborado por los testimonios interrogatorios de partes rendidas, donde se estableció que las funciones de las demandantes no están relacionadas con el objeto del ICBF, pues las funciones que cumplían no eran entregadas relacionadas o a cargo de la entidad que representó. Nunca fueron capacitados por el ICBF y la documentación, papelería y demás formatos que se utilizaban para sus labores no eran tampoco de orden de la entidad.

Las actividades que les ordenaba la demandada Eduvilia Fuentes no pueden ser consideradas una atención integrada de los niños y niñas, porque esto abarca más componentes y es una actividad más específica y amplia de las actividades que las demandantes informaron y que se pudieron probar en el presente proceso. Por tanto, de los testimonios interrogatorios se puede inferir sin lugar a equívocos que las demandantes no fueron contratadas directa o indirectamente por el Bienestar Familiar y, en cambio, su contratante fue directamente la demandada Eduvilia Fuentes y es ella quien debe responder por el pago de salarios y prestaciones adeudadas.

Como siguiente argumento de esta apelación, es importante recalcar que los usuarios y administradores de corporaciones, fundaciones o asociaciones no dependen del Bienestar Familiar ni tampoco de sus trabajadores, aunque hagan parte del Sistema Nacional del Bienestar Familiar. Por tal motivo, debemos atender que la intencionalidad de la ley y de cualquier contrato donde el ICBF ejecuta políticas públicas referente a los niños, niñas y adolescentes, nunca fue ni ha sido hasta hoy que surja un vínculo laboral entre el ICBF y estas organizaciones y o trabajadores.

Sobre la solidaridad patronal establecida en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, debe tenerse que la misma no aplica en el presente caso por cuanto la Nación ICBF no resulta beneficiaria de las actividades realizadas por las demandantes. Los beneficiados en concreto son los niños que reciben los respectivos aportes del Estado, que son manejados e intervenidos por un particular según el objeto y las condiciones del contrato específico. Entonces, las actividades que dicen haber ejecutado las demandantes no son del giro ordinario de los negocios del ICBF, toda vez que la entidad no tiene ninguna de sus funciones u obligaciones constitucionales ilegales prestar el servicio de docencia. La entidad ejecuta son políticas públicas y no se benefician las actividades realizadas por las demandantes, contrario a lo manifestado por el despacho. Quienes se benefician son la comunidad en general y en consecuencia no reúnen los elementos de solidaridad con la señora Eduvilia Fuentes. Esto respecto del pago de acreencias laborales, toda vez que la relación del ICBF es con quienes firmó el convenio interadministrativo en donde se estipula la ausencia de relación laboral entre el ICBF y los trabajadores que ellos a su vez puedan tener. Debe tenerse en cuenta que la cláusula décimo segunda del contrato interadministrativo 211034 de gerencia de proyectos suscrito entre el Ministerio de Educación Nacional y el ICBF y FONADE habla de la inexistencia de la relación laboral, al indicar que los contratistas actuarán bajo la responsabilidad y supervisión del FONADE, pero sin subordinación o dependencia del FONADE, ni del Ministerio de Educación Nacional, ni del ICBF. Entonces es claro que no existe relación entre dicho contrato interadministrativo y lo pretendido por las demandantes, cuya vinculación, repito, fue con Eduvilia Fuentes, quien es la llamada a responder.

En la cláusula décimo segunda del mismo convenio ya referido, se dice que hay una inexistencia de relación laboral, y abro comillas, dice "FONADE podrá destinar personal, propio personal, vinculado a través de contratos de prestación de servicios, cuando haya lugar a celebrar contratos de prestación de servicios, los contratistas actuarán bajo la responsabilidad y supervisión del FONADE, pero sin subordinación ni dependencia del FONADE, ni del Ministerio de Educación Nacional ni del ICBF. Asimismo, se debe tener en cuenta que el contrato interadministrativo estableció que FONADE se obliga a ejecutar la gerencia integral en su fase complementaria para la fase de transición de los niños y niñas atendidas por el PAIP, para lo

*cual debe entenderse como gerencia integral el desarrollo de todas las actividades administrativas, jurídicas, técnicas financieras o contables y el seguimiento de interventorías requeridas. Luego, todas las actividades descritas fueron desplegadas por el FONADE y no por el ICBF. Dentro de estas obligaciones específicas del FONADE en el citado convenio que importan para el presente proceso se encuentran; **PRIMERO:** Contratar y garantizar la interventoría de todos y cada uno de los contratos con prestadores del servicio que serían del contrato. **SEGUNDO:** Adelantar bajo su exclusivo riesgo y responsabilidad las actividades de que haya lugar para desarrollar el objeto del contrato. **TERCERO:** Adelantar todos los trámites necesarios para la prestación del servicio de atención integral para los niños y niñas beneficiarios de la implementación de la estrategia de cero a siempre en los centros de desarrollo infantil temprano a nivel nacional, teniendo en cuenta estas obligaciones, el FONADE suscribió el contrato con el Colegio Gabriela Mistral, cuyo objeto consistía en que el operador se obligue a prestar atención integral en educación inicial al cuidado y nutrición a los niños y niñas menores de 5 años en condiciones de vulnerabilidad vinculados al programa de atención integral a la primera infancia PAIPI en tránsito a la estrategia de cero a siempre a través de propuestas de intervención oportunas, pertinentes y de calidad, pues ese Eduvilia Fuentes quien contrata a los demandantes sin la presencia del ICBF ni la supervisión frente a las funciones que desarrollaba Eduvilia Fuentes, tal y como se dejaron entrever por parte de las declarantes en sus testimonios y de los mismos testigos que depusieron en el presente proceso. Se resalta adicionalmente que el ICBF no es la única entidad con programas de educación y alimentación, y esto no la hace entonces responsable en cualquier cargo de todas las obligaciones que surjan con base a estos programas.*

Se debe mencionar que la Constitución Política prevé que la atención fundamental a la niñez y adolescencia es responsabilidad de los particulares y a su vez el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo señala en su número al segundo; el beneficiario del trabajo o dueño de la obra también será solidariamente responsable en las condiciones fijadas en el inciso anterior de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

Sin embargo, leída esta norma, esta figura no aplica para el Servicio Público de Bienestar Familiar, ya que como se ha dicho el ICF no es el beneficiario directo del contrato con el Colegio Gabriela Mistral, y además el beneficiario de dicho contrato son los niños, niñas y adolescentes, es decir, finalmente la comunidad en general. En respaldo a estos argumentos, la Corte Constitucional en sentencia T-021-2018 realizó un resumen sobre las diversas sentencias que han resaltado los requisitos o condiciones para que se pueda dar la solidaridad laboral contemplada en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. De allí se puede concluir que los demandantes y el ICBF no existió ningún contrato, asimismo y las labores desempeñadas como de docente o auxiliar docente no guardan relación directa con una o varias de las actividades sociales del ICBF por lo que no existe entonces un éxito causal entre la labor realizada por el trabajador y la actuación o el objeto mismo de la entidad. En varios procesos ya contamos con decisiones de segunda instancia con respecto a casos similares a los que hoy se discute. En esta oportunidad, el Tribunal Superior del Distrito de Judicial de Riohacha ha decidido con respecto a la declaratoria de solidaridad con el ICBF, tal y como reciente orientación motivó el pronunciamiento por la Sala, no se comparten argumentos esgrimidos por el juez de primera instancia por cuanto a las labores desempeñadas por la demandante y docente no eran del giro ordinario del ICBF que era 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 primera infancia niños, niñas y adolescentes y la familia. Solo para mencionar, otra cita está del Tribunal Superior del Distrito Judicial radicado 2015-301 sentencia del 10 de septiembre de 2029, otra sentencia Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, radicado 2015-189 sentencia del 27 de octubre de 2020 y finalmente la misma corporación radicado 2015-211 sentencia del 16 de diciembre de 2020.

Finalmente es importante mencionar al señor juez que la sentencia que fue citada en la sentencia que acaba de ser profería por el despacho digamos que la base jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia es profería por una sala de descongestión no es una sala plena y en este entendido no es un precedente jurisprudencial como tal; por ende solicito al despacho muy

respetuosamente conceder el recurso de apelación para que el Tribunal Superior de Riohacha revoque la decisión proferida por este despacho en los argumentos y conforme a lo expuesto en esta sustentación.”

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez admitido en segunda instancia el proceso de la referencia, por auto de veinticinco (25) de abril de dos mil veintitrés (2023) se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión dentro del presente asunto, iniciando con la parte recurrente; las cuales se manifestaron así:

4.1. INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF.

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

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

Informó que la demandada principal contaba con absoluta autonomía en la escogencia de su personal, por lo que cualquier condena en su contra, carecería de sustento legal, así mismo, adujo que los testimonios fueron incongruentes conforme las siguientes premisas:

- 1. En todos los casos en los testimonios los testigos manifiestan los nombres de los jardines que no coinciden con el establecimiento que relacionan en las demandas.*
- 2. En el caso de Juan Carlos Borrero el testimonio rendido por la señora María José Angarita fue incongruente, desorientado y confundido.*
- 3. En el caso de Merbelys Guerra la testigo manifestó que les pagaban en efectivo y “se iban felices sin saber todo lo que les tenía que pagar después” seguidamente el sr juez le pregunta si la Sra. Eduvilia Fuentes les dijo que les iba apagar las prestaciones sociales, a lo que ella respondió que sí. Lo que es claramente contradictorio.*
- 4. En los interrogatorios quedo claro que los demandantes nunca tuvieron órdenes, instrucciones, capacitaciones, lineamientos por parte del ICBF*

4.2. MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- MEN.

Expuso que con base en el precedente jurisprudencial se ha establecido que el MEN no es responsable solidario en trámites como el de estudio, esto es, por no haber sido parte del convenio demandado.

4.3. PARTE DEMANDANTE.

Se ratificó en las alegaciones formuladas en primera instancia.

5. CONSIDERACIONES.

Se encuentran reunidos los presupuestos para resolver de fondo el recurso de apelación interpuesto por el ICBF, así como para surtir en su favor el Grado Jurisdiccional de Consulta, entonces es 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.

5.1. PROBLEMA JURÍDICO:

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

Finalmente se estudiarán los reproches efectuados por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, de no ser agotados en la consulta.

5.2. 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.

5.3. PREMISAS JURÍDICAS Y CONCLUSIONES:

Inicialmente ha de señalarse que se abordará el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor del demandado solidario en este proceso, esto es el INSTITUTO COLOMBIANO DEL BIENESTAR FAMILIAR –ICBF-.

5.3.1. DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL.

Se ocupa ahora esta Corporación en verificar si se acreditaron los requisitos esenciales para la constitución de una relación laboral como lo afirmaron los accionantes y lo declaró el A-quo.

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; ahora bien, 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).

Así pues, 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, conforme el siguiente argumento: “(...) 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”.

Así pues, en el sub-examine, pretendió la parte actora que se declarara la existencia de una relación de trabajo con EDUVILIA FUENTES BERMUDEZ, en solidaridad con el ICBF, así:

DEMANDANTE	EXTREMO INICIAL	EXTREMO FINAL	SALARIO	CARGO DESEMPEÑADO	CONVENIO MEN-ICBF-FONADE	CONTRATO EDUVILIA Y FONADE	ANEXO 1. PERSONAL CON EL QUE CUENTA LA INSTITUCIÓN PARA LA EJECUCIÓN DEL CONVENIO - ANEXO 1. TALENTO HUMANO
NORA ESTELA OLIVELLA RODRÍGUEZ	1/07/2012	30/09/2012	\$ 923,270	Aux. Docente en Villanueva	211034	2121047	Demanda pág. 96 Cuad. Principal, Archivo No. 8 Pág 73
MERBELIS DEL CARMEN GUERRA BARROS	9/05/2012	30/09/2012	\$ 950,000	Aux. Docente en Villanueva	211034	2121047	Demanda pág. 81 Cuad. Principal, Archivo No. 8 Pág 74
MARISOL ROPERO QUINTERO	17/05/2012	30/09/2012	\$ 923,270	Aux. Docente en Manaure	211034	2121050	Cuad. 2015-00231, Archivo No. 7 Pág 115
JUAN CARLOS BORRERO	9/03/2012	30/09/2012	\$ 950,000	Aux. Docente en Valledupar	211034	2121046	N/A
ALBEIRO MEDINA HERRERA	9/05/2012	30/09/2012	\$ 1.100.000	Docente en Rio de Oro	211034	2021045	Cuad. 2015-00433, Archivo No. 8 Pág 116

Tabla No. 1

Es de señalar que tal y como lo adujo el A-quo, pese a haber sido notificada, la demandada principal EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMUDEZ, la misma no compareció al proceso, luego no emitió pronunciamiento alguno.

Ahora bien, la parte demandante, así como la demandada solidaria FONADE, conforme se relacionó en la tabla que antecede, arrimaron a los expedientes copias de un formato de la interventoría a los convenios del Programa de Atención Integral a la Primera Infancia, denominado Talento Humano o Personal con el que cuenta la Institución para la Ejecución del Convenio, apareciendo relacionados sus nombres, su identificación, cargo y salario devengado, así como los convenios en vigencia de los cuales fueron contratados, documentos estos que como prueban constituyen indicios con el fin de acreditar la prestación del servicio por parte de los demandantes.

A su vez, con los escritos de las demandas, se anexó copia del certificado de matrícula mercantil del establecimiento de comercio: "Colegio Gabriela Mistral"; contestaciones a las reclamaciones administrativas elevadas por las demandantes y expedida por el otrora FONADE, Ministerio de Educación Nacional (MEN) e I.C.B.F y copia de los contratos No. 2121047 y 2021050 signado entre EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ y FONADE, lo demás, estos son los No. 2121045, 2121046, fueron allegados con el escrito de contestación de la demanda, por parte de FONADE.

Así mismo, en las demandas se aportó copia del contrato interadministrativo No.211034 suscrito entre FONADE, MEN e I.C.B.F., junto con sus prorrogas, acta de inicio, con vigencia a partir del 29 de abril de 2010; y copia de los informes finales de interventoría frente a los contratos suscritos entre el FONADE y EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ¹, realizado por C&M Consultores.

Ahora, tal como se relacionó en la Tabla No. 1 junto con la demanda, así como con la contestación realizada por FONADE, se anexaron los documentos denominados "ANEXO 1. Personal con el que cuenta la institución para la ejecución del convenio" y "ANEXO 1. Talento Humano", en los folios relacionados en la referida tabla, los cuales dan cuenta de que los demandantes prestaron sus servicios en el desarrollo de los referidos convenios, a excepción de JUAN CARLOS BORRERO, respecto del cual no obra registro documental allegado al expediente.

A su vez, se recibieron los siguientes testimonios, quienes, respecto de la existencia de las relaciones laborales, dijeron:

- Para el caso de **NORA ESTELA OLIVELLA RODRÍGUEZ**, se practicó la testimonial de Doris Sofía López López; quien señaló haber sido coordinadora del programa PAIPI bajo las órdenes de la señora Eduvilia Fuentes, así como que la demandante trabajó en la sede Paraíso de Ternuras ubicada en Villanueva, desempeñándose como auxiliar docente por el periodo de tiempo comprendido entre el nueve (09) de mayo al treinta (30) de septiembre de dos mil doce (2012), cumpliendo un horario de 7:30 a.m. a 5:00 p.m.; percibiendo un salario de \$923.000; que la vinculación se dio con un contrato verbal; indicó además que la señora Eduvilia le daba órdenes a ella como coordinadora y ella las impartía a las trabajadoras, que se controlaba la asistencia a través de la firma de unos formatos de entrada y salida, los cuales se le entregaban a la señora Eduvilia, que la labor de la demandante consistía en ayudar a la docente a realizar actividades lúdicas, recreativas para los niños, a su vez que eran supervisados por parte del ICBF o de FONADE y de otra institución, quienes portaban un carnet visible y un chaleco que los identificaba, que no todos los salarios le fueron cancelados porque a la demandante le quedó debiendo agosto y septiembre y no hubo afiliación a seguridad social.
- Por su parte, en el proceso de **JUAN CARLOS BORRERO**, se recibió el testimonio de María José Angarita, quien dijo conocer al demandante porque laboraron en la misma

¹ Contratos No. 2121045, 2121046, 2121047, 2121050

institución mis primeros PININOS en Valledupar, que el demandante ingresó el nueve (09) de mayo de dos mil doce (2012) y la relación perduró hasta el treinta (30) de septiembre de ese mismo año, desempeñándose como auxiliar pedagógico, cumpliendo un horario de 7:30 a.m. a 4:00 p.m. de lunes a viernes, que la contratación fue de manera verbal con la señora Eduvilia y ella tenía contrato con el ICBF, que la asistencia se comprobaba con unas planillas que se diligenciaban por orden de la señora Eduvilia Fuentes y percibía un salario de \$950.000 que se cancelaba en efectivo en reuniones que se hacían en el colegio para realizar los pagos, que las actividades desarrolladas correspondían a organizar los documentos de los niños y mantener el material didáctico bajo el cuidado, que el ICBF y FONADE realizaban interventorías a través del consorcio de CIM y que la terminación ocurrió porque les manifestaron que terminaba el contrato.

- Respecto de la demandante **MERBELIS DEL CARMEN GUERRA**, se recibió la declaración de Febe Ester Fragoso, quien adujo ser compañeras de trabajo en el Centro Paraíso de Ternura antes Colegio Santo Tomás de Villanueva, que trabajaban con la señora Eduvilia en el PAIPI, que se desempeñaron como auxiliares docentes en Villanueva, La Guajira, y la demandante lo hizo por el periodo de tiempo comprendido entre el nueve (09) de mayo al treinta (30) de septiembre de dos mil doce (2012), devengando un salario de \$950.000 y cumpliendo un horario de 7:30 a.m. a 5:00 p.m., que le adeudan los meses de agosto y septiembre y sus funciones eran encargarse de ayudar a la docente atender a los niños de 0 a 5 años en las actividades lúdicas, colaborar con los niños en todas las actividades, que no les cancelaron prestaciones sociales, así como tampoco fueron afiliadas a la seguridad social, que la contratación se dio a través de una convocatoria en Villanueva, en la Casa de la Cultura del Pueblo, indicó además que la demandante recibía órdenes de la señora Eduvilia por intermedio de la señora Doris López, la coordinadora, que la señora Eduvilia daba órdenes y la coordinadora vigilaba todo en la institución, y que el horario se controlaba con planilla. La señora Merbelis estaba presente cuando llegaban a hacer la visita.
- En cuanto a la demandante **MARISOL ROPERO QUINTERO**, se recibió la declaración de Fidel Ernesto Sierra Curbero, quien dijo haber desempeñado el cargo de coordinador pedagógico en el programa, encargado de supervisar todas las instituciones, que los beneficiarios eran los niños de 0 a 5 años, se tomaba la asistencia diariamente con una planilla, que con la demandante eran compañeros de trabajo, en el programa PAIPI en el instituto que se llamaba La Vega de Jacob 1, 2 y 3.; que la señora Marisol inició a trabajar como auxiliar docente, el diecisiete (17) de mayo de dos mil doce (2012) y hasta el treinta (30) de septiembre de ese mismo año, desempeñando sus funciones de lunes a viernes de 7:30 a.m. a 4:00 p.m. en Manaure, Cesar; que la señora Eduvilia Fuentes les daba órdenes y que la vinculación se dio a través de un contrato verbal, que la remuneración era cancelada en efectivo y estaba pactada por la suma de \$950.000, pero que al finalizar la relación, nunca le cancelaron las prestaciones sociales y dos meses de salario que eran adeudados, que conoce que la señora Eduvilia trabajaba para el ICBF y el Ministerio, porque el día que los contrató les explicó que era un contrato celebrado entre ella y el ICBF y el Ministerio.
- Finalmente, para el proceso de **ALBEIRO MEDINA HERRERA**, se recibió el testimonio de Ebelinn Karime Díaz Pérez, quien dijo conocer al demandante porque trabajaron juntos para la señora Eduvilia; que él se desempeñaba como docente en el callejón La Pesa, un antiguo CDI en la unidad básica Los Tigres, que el demandante tenía un horario de 7:30 a.m. hasta las 4:00 p.m. todos los días de la semana, que la contratación fue verbal desde el nueve (09) de mayo de dos mil doce (2012) al veinte (20) de septiembre de ese mismo año, percibiendo la suma de \$1.100.000 como salario, sin prestaciones sociales, el cual era cancelado por la señora Eduvilia y cuando no podía estar, lo cancelaba la señora Iris Daza, la coordinadora, que el demandante laboraba para la señora Eduvilia y ésta laboraba

con el ICBF directamente; que les quedó adeudando los meses de agosto y septiembre, más las prestaciones que nunca se cancelaron, que el contrato finalizó porque el programa dejó de funcionar.

Así pues, siendo acreditada la prestación personal del servicio por los ex trabajadores, ha dicho la Jurisprudencia, tal y como se señaló en las líneas que anteceden, que la carga de la prueba se invierte y le debe el demandado, desvirtuar la presunción legal del artículo 24 del C.S.T., esto es, la existencia de un contrato de trabajo, probando que la relación que se discute, no se trata de una relación subordinada, esto, en el entendido que este elemento es el que distingue la relación laboral de cualquier otra forma de contratación.

En el presente asunto, ha de señalarse que, ante la no comparecencia de la demandada principal al proceso, el A-quo, aplicó las consecuencias procesales de la inasistencia para absolver el interrogatorio de parte, de la señora EDUVILIA FUENTES BERMUDEZ, así pues, presumió como ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en los numerales 5°, 6°, 7°, 8°, 9° y 10° de la demanda, los cuales no fueron desvirtuados.

En consecuencia, de conformidad con todo lo anterior, se tiene que adicional a las presunciones activadas, los testigos aseguraron que los demandantes, cumplían un horario y percibían un salario por las labores desempeñadas, que recibían órdenes y directrices de la señora Eduvilia Fuentes o a través de las coordinadora, quienes a su vez respondían a la directrices impartidas por la referida demandada, que las jornadas laborales eran controladas a través de planillas de entrada y salida, sin que tales argumentos se hayan derruido, por cuanto las demandadas solidarias, pese a que si comparecieron al trámite, manifestaron no constarles las relaciones, en la medida que no ocurrió un nexo directo entre ellas y los hoy demandantes.

De lo anterior, estima la Sala que conforme las pruebas documentales y testimoniales recaudadas durante el trámite procesal, no se logró desvirtuar por la parte demandada la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T. y en tal sentido, tal como lo determinó el Juez de Primer Grado, la consecuencia obligada no es otra que la declaración de la existencia de la relación laboral.

Ahora bien, en cuanto al argumento realizado por el ICBF a través de su apoderado en el recurso de apelación relativo a que las testimoniales recaudadas son contradictorias y en tal medida no pueden dar cuenta de la existencia de un contrato de trabajo, se ha de decir que, 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.

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.

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 los accionantes 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 los actores 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 los promotores del juicio prestaran 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 los declarantes resaltaron su condición de trabajadores ante el mismo centro educativo en que prestaron sus servicios los demandantes, y en igual período, resaltando que la contratación se dio por EDUVILIA FUENTES, de manera verbal y bajo los extremos temporales aducidos en la demanda.

Por ende, y sin desconocer que las declaraciones obtenidas en el proceso, gozan de argumentos que se advierten ambiguos, respecto de los cuáles tampoco ahondó el Juez director del proceso, con todo, no es factible desacreditarla en esta instancia, porque en todo tiempo, se itera, se mencionó que los demandantes prestaron sus servicios para con 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 los demandantes NORA ESTELLA OLIVELLA RODRÍGUEZ; MERBELIS DEL CARMEN GUERRA BARROS; MARISOL ROPERÓ QUINTERO; JUAN CARLOS BORRERO y ALBEIRO MEDINA HERRERA existió un contrato laboral, ello en tanto se itera una vez más, la parte demandada adoptó una actitud procesal descuidada, por cuanto pese a haberse notificado, no compareció al proceso.

5.3.2. DEL CONTRATO DE TRABAJO DECLARADO, DE LOS EXTREMOS TEMPORALES, DE LOS SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES CONDENADAS:

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.

Aunado a 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 los demandantes resultan irrelevantes para el problema jurídico. Con lo cual debe ser confirmado la declaratoria de existencia de contrato de trabajo, sus extremos temporales, así como los salarios y prestaciones sociales condenadas.

Téngase en cuenta que la condena al pago de los salarios, las cesantías y sus intereses, junto con las primas de servicios y las vacaciones, de que trata el ordinal segundo de la sentencia consultada, la Sala no avizora desatino alguno, debido a que, en efecto, no se probó en contra de la negación indefinida planteada en la demanda, sobre su falta de pago y, en todo caso, la liquidación de esos derechos, atiende el monto de las asignaciones salariales y el tiempo de ejecución del servicio probado, máxime cuando tal como lo ha señalado la Corte, según se explicó en la sentencia CSJ SL3841-2015, a la luz del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, la definición del derecho en favor de los demandantes “(...) *no tiene un mero carácter declarativo sino que su finalidad es objetivamente resarcitoria, y, de ser posible, también restaurativa*», en la medida que, *propende porque los afectados por un sistema de contratación que no se aviene a las condiciones en que son o fueron prestados los servicios personales subordinados reciban las prebendas y garantías laborales de las que son beneficiarios por ministerio de la ley.*”

5.3.3. 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.

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.

En consecuencia, ante la prosperidad de la pretensión principal efectivamente, correspondía abstenerse de estudiar la pretensión subsidiaria, como lo determinó el A-quo.

5.3.4. DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DEL BIENESTAR FAMILIAR –ICBF-

Ahora, concretamente en punto a la solidaridad, se ha de decir que esta condena fue objeto de recurso de apelación por parte de la demandada solidaria; al respecto ha sido expuesto por la jurisprudencia nacional, por parte de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia No. 35864 de marzo 1º 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:

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

Quien se presente pues, a reclamar en juicio obligaciones a cargo del beneficiario, emanadas de un contrato laboral celebrado con el contratista independiente, debe probar, el contrato de trabajo con éste; el de la obra entre el beneficiario del trabajo y el contratista independiente; y la relación de causalidad entre los dos contratos en la forma ya explicada”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 3° y 4° del Código Sustantivo del Trabajo regulan las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores del sector privado, pero, también es de claridad meridiana, que los pretensos derechos de los demandantes fueron invocados con fundamento en la vinculación laboral con el contratista y la solidaridad del municipio para efectos de la satisfacción de las deudas insolutas, allí no se sustentó ni podía hacerse por razones obvias, un contrato de trabajo con el codemandado estatal y por tanto ninguna trascendencia jurídica de cara a lo perseguido por la censura, tiene ese supuesto, pues, se itera, no fue discutido por las partes y el ataque se orienta exclusivamente a la imposición de la condena solidaria con prescindencia de otros aspectos” (CSJ, Cas. Laboral, Sentencia. Septiembre 26/2000. Exp. 14.038 M.P. Luis Gonzalo Toro).

Entonces, en punto a la declaratoria de solidaridad con ICBF, esta Sala ha considerado que las labores desempeñadas por los demandantes como docentes y auxiliares docentes, no corresponden al giro ordinario de las actividades del ICBF, pues este instituto se encarga de *“trabajar con calidad y transparencia por el desarrollo y la protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias colombianas y como objetivos institucionales, promover la seguridad alimentaria y nutricional en el desarrollo de la primera infancia, los niños, niñas y adolescente y la familia”*; por lo cual, bajo este criterio el I.C.B.F. NO sería solidariamente responsable de las acreencias laborales de los demandantes; sin embargo, en cuanto al estudio de las condenas solidarias respecto del Ministerio de Educación Nacional, en casos similares al que en este momento nos convoca, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicado 82593 del 25 de agosto de 2021, siendo M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz, consideró:

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.

“(…) Preciso 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.
(...)” (subraya fuera del texto).

Ahora bien, en reciente pronunciamiento, la Sala Laboral de Descongestión No. 2 de la Corte Suprema de Justicia, en proceso con radicación No. 90736, sentencia del veintisiete (27) de marzo de dos mil veintitrés (2023), M.P. CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO, en cuanto a la responsabilidad solidaria del ICBF en un caso de símiles condiciones, dijo:

“(…) Por lo dicho, la Sala también ha considerado que, para establecer la existencia de la solidaridad, no es posible darle prevalencia a las formas, esto es, simplemente a los objetos sociales plasmados en los certificados de existencia y representación, sino que es imprescindible verificar «la realidad de la actividad de los negocios» (CSJ SL, 10 mar. 2009, rad. 27623; CSJ SL, 25 sep. 2012, rad. 39048 y CSJ SL695-2013) y, junto con ello, el papel que tuvo el trabajador en ese escenario, en los casos en los que, por ejemplo, aquellos no coincidan o cuando tratándose del desarrollo de actividades necesarias, estas fueren esporádicas y temporales.

Respecto de esos razonamientos, se impone recordar que está demostrado:

i) Que Eduvilia Fuentes Bermúdez fue empleadora de los demandantes.

ii) Que estos fungieron como docentes, auxiliares docentes o coordinadores, de los niños y niñas menores de cinco años, en el marco del Contrato n.º 2121046 de 2012, que aquella suscribió con el Fonade, con el objetivo de,

[...] continuar la atención integral en educación inicial, cuidado y nutrición a los niños y niñas menores de cinco (5) años en condición de vulnerabilidad, vinculados al Programa de Atención Integral a la Primera Infancia - PAIPI en tránsito a la estrategia de cero a siempre, a través de propuestas de intervención oportunas, pertinentes y de calidad.

iii) Que el Fonade (hoy Enterritorio), actuaba en su condición de gerente de los proyectos de atención integral de la primera infancia, que favorecían a la Nación - Ministerio de Educación Nacional y al ICBF, de acuerdo con el Convenio Interadministrativo n.º 211034 de 2011.

Por consiguiente, es dable afirmar, que se acreditó, tanto la existencia de la relación subordinada, como la de la atadura comercial de la empleadora con otros sujetos beneficiarios del servicio de ésta; empero, esas solas circunstancias no determinan la existencia de la solidaridad impuesta por el primer juez, porque, para el efecto, es necesario establecer si el servicio contratado con Eduvilia Fuentes Bermúdez era de aquellos del giro ordinario de la misión, en este caso, Constitucional y legal de las entidades públicas accionadas.

Sobre el particular, en un caso idéntico al presente, la Corte en la sentencia CSJ SL3774-2021, reiterada por esta Sala en las CSJ SL1270-2022 y CSJ SL2598-2022, razonó que la Nación - Ministerio de Educación Nacional no es deudor solidario de las creencias laborales adeudadas en el marco de los convenios administrativos de Plan de Atención Integral a la primera infancia -PAIPI-, porque de conformidad con los artículos 67 y 208 de la CP; 148 de la Ley 115 de 1994; 6º y 7º de la Ley 715 de 2001; 7º de la Ley 1098 de 2006; 9º de la Ley 1295 de 2009 y 2º del Decreto 5012 de 2009:

1) La protección integral de los niños, niñas y adolescentes, se materializa en el «conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos

nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos».

2) En ese contexto, en el particular, el MEN no tiene la función de «prestar el servicio de educación, asignada a los Departamentos y los Municipios, sino la de formular la política nacional de educación y financiar programas nacionales de mejoramiento educativo».

Luego entonces,

[...] la atención de la primera infancia no es propia de las actividades, funciones y competencias de aquel, ya que no presta servicios, en tanto realiza labores de planificación, asesoramiento, financiación, regulación, vigilancia y control, razón por la cual, no era responsable solidario, conforme lo prevé el artículo 34 del CST, porque no era beneficiario de la tarea encomendada y esta no hacía parte de sus actividades normales.

Sin embargo, dichas consideraciones, que imponen la revocatoria del ordinal tercero de la primera decisión, por cuanto declaró que el ente ministerial era deudor solidario de la demandada, no se extiende al ICBF, pues, aunque de conformidad con el Convenio Interadministrativo n.º 211034, éste y el MEN, adquirieron las mismas obligaciones (...).

*Lo cierto es que, teniendo en cuenta la normativa vigente para el momento en que se suscribió el contrato interadministrativo en comento, esto es, sin analizar los Decretos 936 de 2013 «[que] reorganiza el Sistema Nacional de Bienestar Familiar y el 1084 de 2015 [por medio del cual se] expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación»; así como tampoco, la Ley 1804 de 2016 «[que] establece la política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre», **es necesario advertir, que el ICBF, no tenía como función, exclusivamente, la de formular, dirigir o asesorar el diseño de las políticas públicas en el marco de la atención integral a la primera infancia.***

Tal conclusión, por cuanto, si bien los artículos 204 y 205 del Código de la Infancia y la Adolescencia se refieren a él, como «rector del sistema Nacional de Bienestar Familiar» encargado de:

i) La articulación de las entidades responsables de la garantía de los derechos, la prevención de su vulneración, la protección y el restablecimiento de los mismos, en los ámbitos nacional, departamental, distrital, municipal y resguardos o territorios indígenas

ii) Brindar asesoría técnica al Departamento de Planeación, al Ministerio de la Protección Social y al Ministerio de Educación, para diseñar los lineamientos mínimos que deberán contener los planes de desarrollo, en materia de infancia y adolescencia.

También lo es que en sus niveles territoriales (departamentales, zonales y municipales), junto con el Ministerio de Salud, los Departamentos, los Distritos y los Municipios, hace parte de dicho engranaje institucional (artículos 122 del Decreto 1471 de 1990 y 3º del Decreto 1137 de 1999), el cual tiene como finalidad «proteger al menor» y «garantizar los derechos de la niñez» (artículo 13 de Ley 7 de 1979), a través de:

El conjunto de actividades del Estado, encaminadas a satisfacer en forma permanente y obligatoria las necesidades de la Sociedad Colombiana relacionadas con la integración y realización armónica de la familia, la protección preventiva y especial del menor necesitado y garantía de sus derechos (artículo 3º del Decreto Reglamentario 2388 de 1979).

En efecto, en esa estructura organizacional, al ICBF no solo le corresponde «coordinar e integrar los entes partícipes», esto es, a sus dependencias regionales y zonales, a los departamentos y a los municipios, que realicen actividades que sean inherentes a esos propósitos (artículos 4°, 5°, 6° y 7° del Decreto 1137 de 1999), sino que, además, con el objeto de «propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos» (artículo 15 del Decreto 1137 de 1999), le fue encomendada la tarea de adelantar «programas» que se fundamentaran en:

1. Responsabilidad de los padres en la formación y cuidado de sus hijos. Las acciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no sustituirán la responsabilidad de la familia. Sólo cuando los padres o demás personas legalmente obligadas al cuidado del menor, no estén en capacidad probada de hacerlo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar asumirá la responsabilidad dentro de su competencia, con criterio de subsidiariedad.

2. Participación de la comunidad. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar asesorará y promoverá la forma organizativa requerida para lograr la participación mediante el trabajo solidario y contribución voluntaria de la comunidad. Dicha participación en ningún caso implica relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución de los programas.

3. Determinación de la población prioritaria. Los programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar estarán dirigidos prioritariamente a la población que se encuentre en situación de mayor vulnerabilidad socioeconómica, nutricional, psicoafectiva, moral y en las situaciones irregulares previstas en el Código del Menor (el artículo 16, *ibidem*).

Inclusive, según el artículo 61 del Decreto 2388 de 1979, por medio del cual se reglamentó la Ley 7ª de 1979, que «dicta[ban] normas para la protección de la Niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar [...]», al instituto se le había asignado, expresamente, la misión de «dar», la atención al preescolar a los niños menores de siete años, «con el fin de suplir y complementar transitoriamente la protección familiar y obtener su desarrollo integral», lo cual, es armónico con el artículo 18 de la Ley 115 de 1994, que dice «el nivel de educación preescolar de tres grados se generalizará en instituciones educativas del Estado o en las **instituciones que establezcan programas para la prestación de este servicio** [...]».

Además, según el artículo 17 del Decreto 1137 de 1999, el ICBF tenía la obligación de:

1. **Ejecutar** las políticas del Gobierno Nacional en materia de fortalecimiento de la familia y protección al menor de edad;

2. Elaborar el Plan Nacional de Bienestar Familiar, en armonía con el plan o planes generales de desarrollo económico y social; y presentar al Consejo Nacional de Política Indigenista, los planes y programas destinados a la protección de la población infantil indígena;

3. Formular, **ejecutar** y evaluar **programas de bienestar familiar** con sujeción al respectivo Plan y dictar las normas administrativas indispensables para regular la prestación del servicio, el cumplimiento pleno de sus objetivos y el funcionamiento del Sistema Nacional de Bienestar Familiar;

[...] 5. Coordinar su acción con los otros organismos públicos y privados e integrar al Sistema Nacional de Bienestar Familiar a todos los que cumplan actividades del servicio de bienestar familiar o estén llamados a cumplirlos;

6. Coordinar con los organismos estatales destinados a la capacitación ocupacional y a la formación de la niñez y la juventud, la forma de colaboración de dichos organismos con el Sistema Nacional de Bienestar Familiar en la rehabilitación del menor;

[...] 15. Promover la atención integral del menor de siete años;

[...] 17. Crear programas de protección preventiva y especial para menores de edad y prestar los apoyos técnicos a los organismos de esta naturaleza existentes en el país cuando lo considere conveniente;

18. Atender lo concerniente al subsidio alimentario y el componente de promoción de la salud a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en los términos establecidos en el artículo 166 de la Ley 100 de 1993 (negritas fuera de texto).

En ese escenario, la Ley 1295 de 2009, «Por la cual se reglamenta la atención integral de los niños y las niñas de la primera infancia», estableció «una articulación interinstitucional», obliga a los Ministerios de la Protección Social y al de Educación Nacional, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–, así como los gobiernos departamentales, municipales y distritales a «garantizar a los niños y niñas menores de seis años, clasificados en los niveles 1, 2 y 3 del Sisbén, sus derechos a la alimentación, la nutrición adecuada, la educación inicial y la atención integral en salud (artículo 1º)».

De ahí que, en el marco de las competencias previamente reseñadas, se hubiere determinado que se encontraba a cargo del ICBF «[...] directa o en forma contratada, [...] la atención integral en nutrición, educación inicial [...] para los niños de la primera infancia clasificados en los niveles 1, 2 y 3 del Sisbén» (artículo 5º), exigiendo que sus seccionales y localidades, cubrieran junto con los departamentos, municipios y las secretarías de educación y Salud, las zonas campesinas (artículo 9º).

Significa lo expuesto que, con el convenio interadministrativo que se analiza, suscrito con fundamento en el artículo 44 de la CP, el Código de la Infancia y la Adolescencia y la Ley 1295 de 2009, a diferencia del Ministerio de Educación Nacional, el ICBF no sólo comprometió su capacidad financiera, sino que, en cumplimiento de sus obligaciones legales, se hizo responsable de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, garantizando la prestación de un servicio educativo, que favorecía el desarrollo integral en el entorno familiar, de quienes se habían identificado en situación de vulnerabilidad.

Luego, es evidente que, en el marco del acuerdo suscrito con el Fonade, quien era un simple gerente de la «atención integral de la primera infancia», el ICBF sí asumió una obligación misional y, por tanto, la labor prestada por los demandantes a Eduvilia Fuentes, como docentes o auxiliares docentes del grupo de niños y niñas que identificaba el Contrato n.º 2121046 de 2012, le benefició, por lo que se confirmará el ordinal cuarto de la primera sentencia, debido a que, en ese contexto, el juzgador inicial no se equivocó al declararlo como deudor solidario de las obligaciones laborales condenadas.»

En tal sentido, al revisar el convenio interadministrativo N°211034, cuyo objeto correspondió a “(...) ejecutar la gerencia integral para la Atención Integral a la primera infancia y sus actividades complementarias en la fase de transición de los niños y niñas atendidos por el PAIPI, a la estrategia de Cero a Siempre en las modalidades de Centros de Desarrollo Infantil Temprano e Itinerante”, en relación con el Instituto

Colombiano de Bienestar Familiar, en la cláusula tercera del convenio interadministrativo N°211034, se fijaron las siguientes obligaciones:

TERCERA.- OBLIGACIONES CONJUNTAS DEL MINISTERIO Y EL ICBF: En desarrollo del presente contrato, EL MINISTERIO y el ICBF, se comprometen a:

1. Desembolsar los recursos que por medio de este contrato se destinan al desarrollo de su objeto, previo cumplimiento de los requisitos legales.
2. Entregar los soportes (parámetros técnicos y lineamientos), para la implementación de la Estrategia "De Cero a Siempre", los cuales son necesarios para ejecutar el objeto del contrato dentro de los quince (15) días siguientes al perfeccionamiento del presente Contrato.
3. Ejercer conjuntamente la Supervisión del presente Contrato, con el fin de constatar la correcta ejecución, el cumplimiento del objeto y las obligaciones de FONADE, para el efecto designarán formalmente la(s) persona(s) que ejercerán esta función.
4. Liderar la interacción con las entidades o instancias que impacten la ejecución del contrato, incluida la Comisión Intersectorial de Primera Infancia.
5. Designar mediante documento escrito dos (2) representante del ICBF y dos (2) de EL MINISTERIO que formarán parte del Comité de Seguimiento.
6. Comunicar a FONADE las cuentas bancarias para el reintegro de los recursos no ejecutados.
7. Autorizar la utilización, a partir del rol asignado, del Sistema de Información de Primera Infancia – SIPI, a FONADE, a fin de que los operadores, supervisores/interventores de éstos últimos puedan realizar el cargue y seguimiento de los registros de beneficiarios atendidos en el marco del proyecto de gerencia para la implementación de la Estrategia de Cero a Siempre, en los centros de desarrollo infantil temprano a nivel nacional, mientras no se defina por las partes la utilización de otro Sistema diferente.
8. Acordar conjuntamente en un periodo no superior a 15 días, después de suscrita el acta de inicio, el formato y la información requerida por cada entidad, para la presentación de los informes a que se refiere el numeral 16 de la cláusula anterior.

De esta forma, y en aplicación del precedente vertical sentado por la H. Corte Suprema de Justicia⁴, se itera; "(...) *no luce desatinada la decisión del a quo que tuvo por acreditada la responsabilidad solidaria del ICBF en el presente asunto, en tanto, como viene de verse, el convenio interadministrativo n.º 211034, tiene como finalidad el adelantamiento del programa de atención integral para la primera infancia y sus actividades complementarias, en el marco de la estrategia «De Cero a Siempre», que sin lugar a dudas se identifica y enmarca dentro de la misión que le fue encomendada desde su creación al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y, que permite concluir, en los términos del artículo 34 del CST, su calidad de beneficiaria del servicio, al existir afinidad entre las funciones y competencias de esa entidad y la actividad desarrollada por el Colegio Gabriela Mistral para el cual prestaron sus servicios las demandantes en el marco normativo y contractual del referido convenio.*" (subraya fuera del texto).

Por lo anterior, la decisión adoptó el funcionario judicial de primer grado, en cuanto a la solidaridad del INSTITUTO COLOMBIANO DEL BIENESTAR FAMILIAR –ICBF-, será confirmada, al no asistir razón en los reparos formulados por el apoderado de la demandada solidaria.

5.3.5. DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por último, atendiendo a la prosperidad de la condena solidaria, en el entendido que el ICBF al contestar la demanda formuló la excepción de prescripción, debe esta Corporación estudiar lo pertinente, con base en los artículos 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S., los cuales prescriben que los derechos laborales prescriben en tres (3) años, contados desde que la respectiva obligación se hizo exigible.

Al respecto se analiza que, en cuanto al Instituto, determinó el A-quo lo siguiente: "(...) *en el caso del ICBF tampoco es posible determinar la fecha de presentación de las reclamaciones por lo que se toman*

3 Págs. 33-34 del archivo No. 01 del Cuad. Principal del E.D.

4 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral – Sala de Descongestión Laboral N°3. Rad. 89890 – Sentencia SL2186 del 29 de junio de 2022. MP. JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO.

las indicadas en la respectiva respuesta, es decir, 20 de enero de 2015, en el proceso de Nora Oliveira, 7 de mayo de 2015, en el de Marisol Roperero, 4 de junio de 2015, en el de Albeiro Melina, 24 de marzo de 2015, en el de Juan Carlos Borrero y 6 de mayo de 2015, en el de Merbelis Guerra. Como consecuencia, se tiene que en estos días interrumpió la prescripción, concluyendo que esta operó parcialmente solo para los derechos contenidos en la demanda de Albeiro Melina, del 9 de mayo al 3 de junio de 2012.”

Así pues, teniendo en cuenta los periodos respecto de los cuales se reconoció la existencia de la relación laboral y la fecha de presentación de la reclamación administrativa, tomando la fecha relacionada en la respuesta otorgada por la Entidad, en cuanto a la prescripción de tiene:

DEMANDANTE	EXTREMO INICIAL	EXTREMO FINAL	REC. ADMITIVA ICBF	DOCUMENTAL	PRESCRIPCIÓN
NORA ESTELA OLIVELLA RODRÍGUEZ	9/05/2012	30/09/2012	20/01/2015	Pág. 23 archivo No. 01 del Cuad. Principal del E.D.	No operó
MERBELIS DEL CARMEN GUERRA BARROS	9/05/2012	30/09/2012	6/05/2015	Pág. 31 archivo No. 01 del Cuad. 2015-00226	No operó
MARISOL ROPERERO QUINTERO	17/05/2012	30/09/2012	7/05/2015	Pág. 19 archivo No. 01 del Cuad. 2015-00231	No operó
JUAN CARLOS BORRERO	9/05/2012	30/09/2012	24/03/2015	Pág. 32 archivo No. 01 del Cuad. 2015-00400	No operó
ALBEIRO MEDINA HERRERA	9/05/2012	30/09/2012	4/06/2015	Pág. 27 archivo No. 01 del Cuad. 2015-00433	Operó respecto de los derechos contenidos entre el 09/05/2012 al 03/06/2012

Tabla No. 2

Así pues, respecto de este asunto, también se confirmará la decisión de primer grado.

Finalmente, no se requiere pronunciamiento adicional respecto de las demás exceptivas propuestas, en consideración a los argumentos realizados en las líneas que preceden, con el anterior estudio se agota el Grado Jurisdiccional de Consulta y el recurso de apelación formulado por la demandada solidaria.

6. COSTAS

Conforme a lo expuesto, no tienen razón los reparos formulados por el INSTITUTO COLOMBIANO DEL BIENESTAR FAMILIAR –ICBF-, costas a su cargo ante la falta de prosperidad del recurso interpuesto; fíjense como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo legal mensual a favor de cada uno de los demandantes, suma que deberá ser liquidada por el juez de primera instancia al realizar la liquidación concentrada de costas, conforme lo contempla el artículo 366 del C.G.P.

7. 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. CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada de fecha dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira, en el proceso ordinario laboral promovido por **NORA ESTELLA OLIVELLA RODRÍGUEZ; MERBELIS DEL CARMEN GUERRA BARROS; MARISOL ROPERERO QUINTERO; JUAN CARLOS BORRERO y ALBEIRO MEDINA HERRERA** contra **EDUVILIA MARÍA**

FUENTES BERMÚDEZ y como demandados solidarios **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL; FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE** y el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF**, atendiendo a lo motivado en esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR en costas en esta instancia al recurrente **INSTITUTO COLOMBIANO DEL BIENESTAR FAMILIAR –ICBF-**. Se fijan como agencias en derecho a favor de cada uno de los demandantes el equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente, sumas que deberán ser tenidas en cuenta por el juzgado de origen al momento de elaborar la liquidación concentrada de costas, conforme a los artículos 365 y 366 del C.G.P. y el Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

TERCERO. Una vez ejecutoriada la presente sentencia, por Secretaría General, devuélvase el proceso al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE, para tal objeto remítase a la Secretaria General de este Tribunal.

LUIS ROBERTO ORTIZ ARCINIEGAS
Magistrado Ponente

HENRY DE JÉSUS CALDERÓN RAUDALES
Magistrado

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada

Firmado Por:

Luis Roberto Ortiz Arciniegas
Magistrado
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Riohacha - La Guajira

Henry De Jesus Calderon Raudales
Magistrado
Sala Despacho 003 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Riohacha - La Guajira

Paulina Leonor Cabello Campo

Magistrado
Sala 001 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Riohacha - La Guajira

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0e75cefb7fa5705793bbf2b4b317e2d3b5a4fdd7a49636a88938831ea8b08366**

Documento generado en 01/11/2023 10:47:24 AM

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