



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

Riohacha, dieciocho (18) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUAREZ

ACCIÓN:	PROCESO ORDINARIO LABORAL – LEY 1149 DE 2011
PROVIDENCIA	SENTENCIA
DEMANDANTE:	BENILDA ROSA POLO PEDROZO
DEMANDADO:	EDUVILIA FUENTES BERMUDEZ y solidariamente contra MINISTERIO DE EDUCACIÓN y FONDO FINANCIERO PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE
JUZGADO DE ORIGI	Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira
TEMA:	CONTRATO REALIDAD Y SOLIDARIDAD
RADICACION No.:	44-650-31-05-001-2014-00119-01

Discutido y aprobado en Sala Según **Acta No.** (07) del dieciocho (18) de febrero dos mil veintiuno (2021)

Se procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza el decreto 806 de 2020 artículo 15 numeral 1º y una vez surtido el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, con el fin de resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta y la apelación de la sentencia dictada el treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira, en el proceso de la referencia.

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

I. ANTECEDENTES

BENILDA ROSA POLO PEDROZO demandó a la señora EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ, y solidariamente al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO- FONADE, pretendiendo se declarara: (i) la existencia de un contrato de trabajo con extremos temporales del 06 de septiembre al 15 de diciembre de 2011 (ii) que se condenara al pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones causadas en dicho periodo (iii) la ineficacia de la terminación del contrato, con orden de pago de salarios y prestaciones sociales por el tiempo que permaneciera cesante (iv) reclama la declaratoria de solidaridad respecto de las entidades demandadas a términos del artículo 34 del C.T.S., (v) que se falle extra y ultra petita vi) y las costas procesales

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

Como sustento de sus pretensiones indicó: haber celebrado contrato de trabajo con la señora EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, del 06 de septiembre al 15 de diciembre de 2011, fecha cuando terminó el contrato sin justa causa. Que desempeñó el cargo de Docente, 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 \$1.100.000, a fin de dar cumplimiento al objeto y las obligaciones del convenio de gestión de proyectos 211012 celebrado entre el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y FONADE, en virtud del cual la demandada FUENTES BERMUDEZ en su calidad de propietaria del establecimiento de comercio COLEGIO GABRIELA MISTRAL, suscribió los convenios de prestación de servicios para con FONADE. Informó que en desarrollo del contrato laboral, fue subordinada de su empleadora EDUVILIA FUENTES, cumpliendo 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 expresa que las entidades demandadas son solidariamente responsables.

2.1. CONTESTACIONES DE LAS DEMANDAS

Las demandadas en solidaridad dieron respuesta de la siguiente forma:

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.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL: Aceptó como cierta la existencia del programa de atención a la primera infancia, la existencia del convenio No 211012, manifestó no constarle la contratación laboral entre las partes, además de precisar que no era solidariamente responsable de las condenas reclamadas, se opuso a todas y cada una de las pretensiones y propuso como excepciones previas; FALTA DE JURISDICCIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, NO COMPRENDER LA DEMANDA TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS YA QUE EN EL PROCESO NO SE DEMANDÓ A LA INTERVENTORA CYM CONSULTORES QUIEN ERA EN ULTIMAS QUIEN DEBÍA EJERCER EL CONTROL, VIGILANCIA Y SUPERVISIÓN E INDICABA COMO 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.

EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ: CURADOR AD LITEM:

Por intermedio de curador ad litem, EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, contestó la demanda señalando no negar ni afirmar un hecho y ateniéndose a lo que resultara probado en el proceso.

2.2 LA SENTENCIA APELADA

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

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

(i) CONTRATO DE TRABAJO:

Citó el contenido de los artículos 22 y 23 del C.S.T., refirió que la actora fue contratada mediante contrato verbal de trabajo celebrado el 06 de septiembre al 15 de diciembre de

2011, desarrollando 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 la demandante.

En relación con las reclamaciones de PRESTACIONES SOCIALES 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, sumándole la falta de concurrencia al proceso.

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

Igualmente verificó el contrato interadministrativo suscrito entre el Ministerio de Educación- MEN, y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE; además los contratos prestación de servicios celebrados entre el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE y EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ. Concluyó a partir de las atribuciones establecidas en la Ley para las entidades demandadas, que para el caso particular de FONADE, este es un mero administrador del convenio y no es el beneficiario directo del objeto del mismo, bajo los lineamientos y directrices del MEN, por esta razón declaró probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la solidaridad para FONADE. Contrario a esto, en cuanto al MEN expuso:

*“En lo que atañe al Ministerio de Educación Nacional, se aprecia que la parte demandante para probar la solidaridad aportó al expediente el convenio administrativo al cual hemos hecho referencia con anterioridad, además, probó que el objeto social o las labores de dichas entidades no son ajenas o extrañas al objeto social del contrato de prestación de servicios que celebró FONADE con la señora **EDUVILIA FUENTES BERMUDEZ** y para ello tenemos que en los hechos de su demanda señala que en EL MEN existe la unidad de primera infancia para definir la política educativa y velar por su correcta implementación”.*

2.3 RECURSOS DE APELACIÓN.

Intentando la revocatoria de la Sentencia de Primera Instancia, el MEN interpuso recurso de apelación en contra de la decisión adoptada con los siguientes argumentos:

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL:

“...respetuosamente interpongo recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir, para que el Tribunal del Distrito de Riohacha pueda modificar o revocar la sentencia que se acaba de proferir bajo los siguientes puntos:

Con respecto al contrato de trabajo declarado no existe claridad en este punto, ya que tanto las demandantes como las declarantes afirman que no firmaron un contrato de trabajo, sino que fueron vinculadas de manera verbal y en el plenario existe prueba que fueron vinculadas por contrato de prestación de servicios.

Respecto a las pruebas testimoniales, las cuáles tachamos de sospechosas de conformidad con el artículo 211 del CGP, no han de ser tenidas en cuenta por cuanto consideramos no fueron imparciales, sino por el contrario, sesgadas la testigo es

demandante en situaciones similares y denotan que son los mismos supuestos de hecho y pretensiones. No es posible tener en cuenta esos testimonios porque NELSY ARAUJO no compartió sitio de trabajo con la demandante y la otra testigo dijo que sí, sin embargo es dudoso porque por la forma de desarrollar el programa, a esos corregimientos solo se enviaba una docente tal y como reza en el manual de implementación del programa que dice que se trasladarán a zonas rurales 1 vez a las semanas, por 4 horas; también se destacó en el testimonio que solo veían a EDUVILIA FUENTES, cuando les iba a pagar el contrato de prestación de servicios. La testigo y la demandante señalaron que la interventoría fue desarrollada por CYM consultores lo que implica que hay una interpretación errónea ya que según el convenio interadministrativo, la interventoría fue desarrollada sin intervención del MEN, pero esa vinculación no es endilgable al MEN, sino a FONADE.

Que en la interventoría se señaló que la demandante fue vinculada por contrato de prestación de servicios, y en el ítem de como se iba desarrollando o si existió algún tipo de queja o reclamo, es clara la interventoría en señalar que no existió inconformidad por las contratistas.

Aunado a ello anterior a esa contratación, la demandante ya había laborado con EDUVILIA FUENTES, conocía las condiciones y pese a ello, las volvió a aceptar, entonces no se puede decir que no sabía cómo era la contratación.

No hay prueba de los extremos de la relación laboral

Segundo. con relación a la solidaridad indica la jurisprudencia de la sentencia que están satisfechos los requisitos porque se incorporó el contrato interadministrativo (...)

El MEN no presta directamente el servicio de educación, es un ente de política pública, mientras que el COLEGIO GRABRIELA MISTRAL sí.

La sentencia realiza una indebida interpretación del artículo 34 del CST, al dar por sentada la solidaridad del MEN por intervenir en la suscripción de los convenios, cuando queda claro que se dan en desarrollo de una política pública que no porque sea una función del MEN; el MEN debe participar en el desarrollo de políticas públicas, ya que el MEN no presta directamente el servicio de educación, es un ente asesor y generador de política pública, por tal razón no está obligado a responder de manera directa, mientras que el COLEGIO GABRIELA MISTRAL sí presta educación a niños menores de 5 años; con el contrato no se benefició al MEN de forma directa.

El MEN no tiene entre sus funciones prestar el servicio de educación ni suscribir contratos interadministrativos, solo los vigila y de ahí deviene el error de la sentencia recurrida, que está interpretando de manera errónea el artículo 34.,

Tercero. En el presente asunto se condena hasta tanto se verifique el pago de prestaciones sociales, y según la jurisprudencia la buena fe equivale a obrar de manera honesta que se traduce de la conciencia sincera del empleador frente al trabajador, la mala fe es tener ventaja o beneficio, no actuar con probidad o pulcritud.

“la sanción moratoria no es de aplicación automática, ni inexorable sino que para su interposición se debe tener en cuenta la buena fe con la que se actuó, mi representada durante la ejecución del convenio, actuó bajo los postulados de buena fe, bajo el convencimiento que Fonade y sus interventores velaban para que se ejecutaran los convenios y obligaciones en debida forma; que la señora Eduvilia cumpliera todas las obligaciones que tenía a su cargo y es por ello que en el convenio se estableció la necesidad de que hubiese un interventor, es decir que mi representada actuó de buena fe, pues creyó en los informes que dio el interventor, por lo que no es procedente la condena por indemnización moratoria en contra del MEN.

Enfatizó en que la demandante no reclamó inconformidad con su contratación, lo cual hizo que se creyera estar obrando conforme a Ley.

Citó en extenso la sentencia de radicado 22448 de 2004.

Por tales circunstancias, solicito se revoque o modifique la sentencia que se acaba de proferir.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes se pronunciaron así:

El MEN adujo no ser *“posible tener en cuenta estos testimonios, ya que se puede apreciar que, en el desarrollo de los mismos, unos declarantes prestaron sus servicios en otros puntos del municipio o corregimientos donde llegó el programa PAIPI, y declararon sobre los supuestos contratos de trabajo ejecutados por demandantes en otros puntos”*.

Indicó que *“según las pruebas allegadas al proceso entre las partes demandante y señora EDUVILIA PACTARON UN CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS , y así debe ser considerado en esta instancia ya que no obran en el proceso pruebas que den cuenta de la subordinación de la señora EDUVILA a las demandantes y mucho menos por parte de mi representada donde se le exigiera el cumplimiento de un horario, no hay actos de subordinación, todo lo contrario las actividades eran realizado de forma independiente, pues así se puede extraer de los testimonios que dan cuenta que ellos no contaban con una persona que les exigiera el cumplimiento de horario de trabajo. No obran en el proceso actos expresos de subordinación que den lleven a un convencimiento de que el demandante sostuvo con la demanda EDUVILIA FUENTES una relación laboral”*.

Finalmente expuso que no se dan los presupuestos para abrigar una responsabilidad solidaria y que actuó de buena fe.

La parte actora manifestó reafirmarse en los hechos y pretensiones de la demanda.

Y el ICBF, pese a no haber legitimación en la causa por pasiva, presentó alegatos de conclusión, los cuáles si bien no serán tenidos en cuenta, se citan así:

Señaló en lo relevante que *“(..).no es posible que se pretenda por este o cualquier otro medio de control la responsabilidad del ICBF, reiterando su señoría, máxime si se tiene en cuenta que dentro del Convenio interadministrativo suscrito entre ICBF, MEN Y FONADE en el objeto contractual se estableció que FONADE se obliga a ejecutar 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, para lo cual debe entenderse como gerencia integral el desarrollo de todas las actividades técnicas, jurídicas, administrativas, financieras, contables, operativas y de seguimiento y/o interventoría requeridas, luego toda las actividades las desplegara FONADE.*

(..).Como se puede observar no le asiste razón alguna al ICBF para entrar a responder por las acreencias laborales impuestas en la Sentencia Condenatoria proferida en primera instancia, como quiera que esta Entidad 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 BERMUDEZ. Prueba de esta manifestación la ratifica la demandante y testigos en declaración rendida en la audiencia de trámite y juzgamiento.

(..).No existe en el presente caso un vínculo laboral, legal o reglamentario entre la demandante y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, ello por cuanto no se demuestra o acredita por parte de la misma la suscripción de un contrato de trabajo, una resolución de nombramiento, acta de posesión que les otorgue estatus de trabajadora oficial o empleada público con el ICBF.

Vale decir al respecto, que la demandante no ha acreditado con la presentación de la demanda, este requisito descrito por la norma en comento, en caso de que el vínculo pretendido se derivara de funciones de trabajadores oficiales, y, tampoco ha acreditado la calidad de empleada pública, a través de acto administrativo de nombramiento, acta de posesión o cualquier otro documento del que pudiera derivarse esa relación legal o reglamentario”.

Reiteró que no es válido declarar responsabilidad solidaria alguna en su contra, y que obró de buena fe en el cumplimiento del convenio.

I. CONSIDERACIONES.

Se encuentran reunidos los presupuestos para resolver de fondo la apelación interpuesta por el apoderado judicial de la demandada, esta Corporación es competente para conocer de éste asunto al ser superior funcional del funcionario A quo, además, hay capacidad para ser parte y comparecer al proceso, existe legitimación en la causa y no se encuentra vulnerado el artículo 29 superior; así procederá esta Sala al planteamiento de los problemas jurídicos surgidos en controversia, sin olvidar que se restringe la competencia al marco trazado por la censura (art. 66A C.P.T.S.S.).

2.1. PROBLEMA JURÍDICO:

Atendiendo al Grado Jurisdiccional de Consulta 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 MEN.

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

2.3. PREMISAS JURÍDICAS Y CONCLUSIONES:

Se ocupa la Corporación en verificar si se acreditaron los requisitos esenciales para la constitución de una relación laboral como lo afirma la actora. El asunto es gobernado por las normas sustantivas, y de antaño ha expresado el órgano de cierre de nuestra jurisdicción que, conforme al artículo 23 del CST, para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de estos tres elementos: la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario; de acuerdo con el artículo 24 ibídem, probada la prestación personal del servicio, se presume la subordinación (ver SL9801-2015 Radicación N° 44519 del 29 de julio 2015).

El artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo 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 LOPEZ, 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 establece 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 la Sentencia No. 37547 de octubre de 2011, con ponencia del H. Magistrado Dr. GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA.

“ (...)

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

Se observa que la demandante aduce la existencia de un contrato de trabajo con la demandada EDUVILIA FUENTES con extremos temporales entre el 06 de septiembre y 15 de diciembre de 2011, se verifica el agotamiento de la reclamación administrativa a las entidades de orden público. El extremo activo indica que las actividades pedagógicas se desarrollaban en el establecimiento de comercio GABRIELA MISTRAL, para prestar atención integral en educación inicial, cuidado y nutrición a los niños y niñas menores de cinco (5) años en condiciones de vulnerabilidad vinculados al Programa de Atención Integral a la Primera Infancia PAIPI. Que desempeñó el cargo de Docente a cambio de una asignación salarial de \$1.100.000, en desarrollo del programa de atención integral a la primera infancia que el Colegio Gabriela Mistral ejecutó como prestador del servicio.

Arrimó certificado de matrícula mercantil en donde se constata que la señora EDUVILIA MARIA FUENTES BERMUDEZ es propietaria del Colegio Gabriela Mistral; asimismo el convenio interadministrativo No. 211012 suscrito entre el MEN y FONADE; así mismo se estipuló como plazo de ejecución del contrato desde el 25 de mayo de 2011 y hasta el 30 de diciembre del mismo año, según acta de iniciación del contrato y sus prórrogas No 1 hasta el 30 de Junio de 2012 y No 02 hasta el 30 de septiembre de 2012; contrato de interventoría técnica, administrativa y de control presupuestal a los contratos derivados del convenio de gestión No 2122367 celebrados con los operadores del programa de atención integral a la primera infancia PAIPI entre CONSORCIO C&R y FONADE. Igualmente el contrato No 2110924, suscrito por el FONDO DE FOMENTO A LA ATENCIÓN INTEGRAL A LA PRIMERA INFANCIA, y EDUVILIA MARIA FUENTES BERMUDEZ en calidad de propietaria del COLEGIO GABRIELA MISTRAL cuyo objeto fue “prestar 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, a través de propuestas de intervención oportunas, pertinentes y de calidad” a fin de ser desarrollado en el municipio de “San Diego” Cesar y con vigencia según los documentos desde el 03 de agosto de 2011 al 15

de diciembre del mismo año; anexo No 1 “*personal con el que cuenta la institución*” rotulado por CM consultores, y en virtud del cual se enuncia a la actora incluyéndola como “*persona contratada*” e igualmente se hace alusión al convenio “2110924”; igualmente obra documento enunciado como “*certificación de servicios prestados*” en virtud de la cual, la señora YUNEIDY M. DONADO, quien se identifica como coordinador y en el encabezado se observa un logo enunciado “*Colegio Gabriela Mistral*”, “*certifica*” que la demandante se desempeñó como “*docente pedagógico en el entorno familiar desde el 06 de septiembre de 2011 al 15 de diciembre del mismo año en desarrollo del programa de atención a la primera infancia, “que esta Institución Educativa ejecuta como oferente- operador en el municipio de San Diego, Cesar”*”.

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

En aras de dar aplicación a la presunción legal prevista en el artículo 24 del CST, importa destacar que, la parte actora afirmó que el contrato inició el 06 de septiembre de 2011 y terminó el 15 de diciembre del mismo año, que prestaba el servicio en el centro educativo, esto es el GABRIELA MISTRAL; que se desempeñaba como docente, además precisa que la actividad laboral desplegada se dio en el marco del Convenio No. 211012 y para dar cumplimiento a éste se suscribió el Convenio de Prestación de servicios con la señora EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ para brindar atención inicial, cuidado y nutrición a los niños y niñas menores de cinco (5) años en condiciones de vulnerabilidad, vinculados al programa de atención integral a la primera infancia PAIPI.

Para comprobar sus asertos, se recepcionaron las siguientes declaraciones así:

NELSY ARAUJO MEJÍA

Afirmó que trabajó para EDUVILIA FUENTES, en el municipio de SAN DIEGO, en el programa PAIPI, realizando funciones de cuidado y protección de niños y niñas de 5 años, como docente y “*ahí conoció a la señora BENILDA*”; que la demandada les quedó adeudando prestaciones sociales, auxilio de transporte, entre otros; de otra parte, señaló que la demandante era docente y desarrollaba las mismas funciones en San Diego, Cesar y municipios aledaños.

Informó que se celebró un contrato verbal entre las partes, y que la contratación se dio en San Diego, Cesar, y que conoce de los hechos porque fueron contratadas junto con la actora, para la misma fecha, precisando que lo fue el 06 de septiembre de 2011.

Que la relación laboral finalizó el 15 de diciembre de 2011, que el salario era de \$1.100.000; que como funciones la actora laboraba en la modalidad familiar encargada de la nutrición de niños y niñas menores de 5 años; que se realizaban visitas domiciliarias “*entre otros*”; que la actora cumplía un horario de 7:30 a 5 de la tarde y le consta porque laboraban juntas; que recibieron visitas de interventoría por parte del MEN y FONADE por parte de CYM consultores.

Adujo que la actora, previo a la vinculación que se pretende, había “*laborado antes con EDUVILIA FUENTES*”; que recibieron órdenes de EDUVILIA FUENTES y que veían a esta última 1 o 2 veces al mes.

Informó que la demandante laboraba en los corregimientos de “*Tocaima y media luna*”; indicó que ella (la testigo) tan solo prestó servicios en el municipio de San Diego.

Que la promotora del juicio no recibió órdenes del MEN.

MARIA MARGARITA RAMOS FRAGOSO

Señaló que laboró como docente en el municipio de San Diego, Cesar, en el programa PAIPI desarrollando actividades de cuidado y protección de niños y niñas menores de 5

años en el casco urbano zonas rurales, desde el 06 de septiembre al 15 de diciembre de 2011, sin que le fueran pagados primas, cesantías, vacaciones.

Afirmó que EDUVILIA FUENTES, contrató a BENILDA en la sede de San Diego, Cesar, mediante un contrato verbal.

Informó que la demandante fungió como docente de niños de estratos 1 y 2 en el casco urbano y rural de San Diego, desarrollando actividades lúdicas, fortaleciendo el rol de “padres e hijos” y haciendo visitas domiciliarias para verificar la forma en la “que vivían los niños”; que EDUVILIA MARÍA le impartía órdenes tales como “cumplir con el programa, y debían rendir informes”, que la demandante cumplía un horario.

Que BENILDA POLO, tenía un salario de \$1.100.000

Señaló que ella (la testigo) también laboró en las veredas de Tocaima y Media luna.

De otra parte, rindió interrogatorio de parte la demandante, reafirmando los hechos de la demanda, en específico el cargo ostentado, la modalidad contractual, y el pago de un salario.

Igualmente se tiene que se tacharon de sospechosos los testimonios recaudados con apoyo en el artículo 211 del C.G.P., siendo negada por el a quo teniendo como sustento la sentencia SCLCSJ del 04 de octubre de 1995 Rad. No. 7202.

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

“k) Valor probatorio del testimonio

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

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

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

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

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

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

Al punto resáltese que se dará eficacia probatoria únicamente al dicho de la testigo MARIA MARGARITA RAMOS en tanto, su dicho fue coincidente con los hechos narrados en la demanda, con explicación de las circunstancia en que ocurrió la contratación y la forma como llegó a su conocimiento, esto es, por tratarse de una “compañera de labores” de la hoy demandante, y por ser “haber sido contratadas durante el mismo período”: circunstancia que a juicio de esta Corporación Judicial reviste de credibilidad a fin de

desatar las consecuencias jurídicas pretendidas con la demanda, como quiera que en el curso del proceso la parte interesada, esto es, la parte demandada no propendió por desacreditar que la promotora del juicio prestara servicios en el mismo lugar que la testigo, 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, el número de veces en que recibió visitas por parte de EDUVILIA FUENTES y/o la coordinadora general, personas respecto de las que adujo recibían órdenes, y en últimas, todas aquellas circunstancias que permitieran advertir la subordinación laboral propia de un contrato de trabajo, o por el contrario, su desacreditación.

Así y pese a que el anterior conocimiento no se obtuvo, no ha de obviarse que en todo tiempo la declarante resaltó su condición de compañera de labores de la actora, enfatizando que la demandante fue contratada por EDUVILIA FUENTES, bajo los mismos extremos temporales aducidos en la demanda.

Por ende, y si bien se echa de menos que la declaración obtenida en el proceso, goza de argumentos que se advierten ambiguos, respecto de los cuáles tampoco ahondó el Juez director del proceso, siendo una de sus obligaciones legales, con todo, no es factible desacreditarla en esta instancia, porque en todo tiempo se resaltó que la actora prestó servicios ante la demandada principal, habiéndose abrigado así a su favor la presunción establecida en el artículo 24 del CST, y por ende invirtiéndose la carga en cabeza de la demanda de probar que la prestación personal del servicio no fue subordinada, presupuesto incumplido por la parte demandada, quien adoptó una posición casi que pasiva al momento de conainterrogar a la testigo.

Resáltese de otra parte que para la Sala, por el contrario, no goza de credibilidad el dicho de la testigo NELSY ARAÚJO MEJÍA, como quiera que si bien, hizo alusión a haber conocido presencialmente los hechos que narra, de otra parte, adujo que la actora prestaba servicios además del municipio de San Diego, en municipios cercanos a éste último, mientras que ella (la testigo) solo ejerció labores en San Diego, entonces se pregunta esta Corporación ¿cómo podía constarle entonces, los hechos que enfáticamente narra?, esto es, si del mismo dicho de la declarante se desprende que no prestó servicios en el mismo lugar de la demandante, como podía narrar con seguridad detalles de la relación laboral, tales como la recepción de órdenes, cumplimiento de un horario, etc, son argumentos en los que no se ahondó ni por parte del Juez del proceso, ni por parte de la contraparte; no obstante, la Sala no puede pasar por alto, las contradicciones de la declarante o al menos los vacíos que representa su versión y por ende, se le resta validez a su declaración.

Aunado a lo anterior y si en gracia de discusión se desacreditara el testimonio rendido por MARIA MARGARITA RAMOS, no ha de obviarse que obra en el proceso, certificación de servicios prestados por los períodos pretendidos por la demanda, respecto de la cual si bien, no existe prueba fehaciente que corrobore el vínculo que sostenía para con EDUVILIA FUENTES, con todo la certificación firmada se realiza en calidad de Coordinadora General del Colegio Gabriela Mistral, la cual no fue desacreditada por la parte interesada bajo ninguno de los mecanismos legales previstos por la norma, por tanto no es válido desechar su fuerza probatoria.

Así las cosas, se dirá que probada la prestación del servicio, deviene la aplicación del presupuesto legal del artículo 24 del CST, esto es, que entre la señora EDUVILIA FUENTES y la demandante existió un contrato laboral, ello en tanto se itera una vez más, la parte demandada adoptó una actitud procesal descuidada.

Con base en lo expuesto, se resalta una vez más que si bien ni la parte demandada ni el Juez del proceso, ahondaron en las respuestas escuetas brindadas por la testigo cuando se le indagó sobre el elemento subordinación que debe estar presente en los contratos de trabajo, como quiera que sencillamente afirmó recibir órdenes de EDUVILIA FUENTES, pero sin ahondar 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 CST, 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.

DE LOS EXTREMOS TEMPORALES Y SALARIO PERCIBIDO

Dilucidada entonces la inexorable conclusión de la existencia del contrato laboral, y en punto a establecer los extremos temporales de la relación laboral, los mismos serán fijados con base en lo afirmado por la declarante y la certificación obrante en el plenario, esto es, del 06 de septiembre al 15 de diciembre de 2011, como se declaró en primera instancia.

DE LAS CONDENAS SOLICITADAS.

Frente al salario base de liquidación de prestaciones sociales y vacaciones atendiendo a la ausencia de confesión por parte de la entidad empleadora, igualmente se ratificará su concesión atendiendo a lo expuesto por la deponente traída a juicio.

Ahora, en punto a las condenas solicitadas por concepto de prestaciones sociales, salarios y vacaciones, ha de salir avante, en tanto no existe probanza alguna tendiente a determinar que a la terminación de la relación laboral, el empleador pagó las acreencias de ley que le asistían en su condición de trabajadora.

DE LA INEFICACIA DEL CONTRATO PRETENDIDA

En punto 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, deviene la confirmatoria de la sentencia de primera instancia, porque aún a la fecha de la sentencia no han sido pagados esos conceptos, hecho indicador de la mala fe, no obstante su concesión será modificada por las razones que pasan a exponerse.

La Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencia SL516-2013, 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, con las siguientes limitantes:

ARTÍCULO 65 CST:

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

Igualmente se prevé:

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

Así, se tiene que la relación laboral terminó el 15 de diciembre de 2011 y la demanda fue incoada el 23 de mayo de 2014, esto es, después de transcurridos más de 24 meses desde que terminó la relación laboral; a más de ello, se declaró que la demandante percibía un salario de \$1.100.000, el cual excede el valor del salario mínimo para el año 2011; consecuentemente en principio podría pensarse que la condena de 1 día de salario por cada día de retardo aplicaba hasta el mes 24, siendo que a partir del mes 25 lo correcto era ordenar el pago de intereses moratorios conforme a la intelección de la norma; no obstante, la jurisprudencia nacional ha clarificado el punto señalando que ello es válido para trabajadores que devenguen más de un salario mínimo siempre y cuando se haya incoado demanda antes de transcurridos 24 meses contados desde el fincamiento de la relación laboral, pues de no acontecer así, lo que procede es únicamente ordenar el pago de intereses moratorios, veamos:

"en sentencia CSJ SL, 6 May 2010, Rad. 36577, reiterada en CSJ SL, 3 May 2011, rad. 38177 y CSJ SL, 25 Jul 2012, rad. 46385, CSJ SL10632-2014 y CSJ SL918-2015, entre otras, fijó su criterio sobre la sanción aludida, para lo cual señaló:

La anterior disposición, según el parágrafo 2º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, solamente se aplica respecto de los trabajadores que devenguen más de un salario mínimo mensual vigente, situación que se presentaba respecto de la actora, de modo que aquel precepto le era aplicable.

No obstante las notorias deficiencias en la redacción de la norma, esta Sala de la Corte entiende que la intención del legislador fue la de establecer un límite temporal a la indemnización moratoria originalmente concebida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal suerte que, como regla general, durante los veinticuatro (24) meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico el empleador incumplido deberá pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de esos veinticuatro (24) meses, como aconteció en este caso.

Después de esos veinticuatro (24) meses, en caso de que la situación de mora persista, ya no deberá el empleador una suma equivalente al último salario diario, sino intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente; intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

Cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador". (subrayado y negrillas fuera de texto).

Así las cosas, se modificará la sentencia de primera instancia a fin de señalar que lo correcto era ordenar el pago de intereses moratorios y no el pago de 1 día de salario por cada día de mora.

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

DE LA EXCEPCIÓN PRESCRIPCIÓN

Con base en los artículos 488 del CST y el 151 del CPTSS, la prescripción de un derecho laboral prescribe en tres (3) años desde que la respectiva obligación se hizo exigible.

Se analiza que:

- La relación laboral se dio por demostrada finalizó el 15 de diciembre de 2011.
- Y de otra parte la demanda fue incoada en fecha junio mayo 23 de 2014, e igualmente fue presentada reclamación administrativa ante el MEN el 12 de septiembre de 2013 como quiera que no existe constancia de radicación de la petición, por tanto se tomará la fijada en la contestación al derecho de petición, así las cosas, fácilmente se concluye que el fenómeno prescriptivo operó parcialmente para todas las obligaciones anteriores al 20 de mayo de 2012 causadas en cabeza del MEN, tal y como se declaró en primera instancia.

Igualmente, como quiera que la demandada principal compareció al proceso por intermedio de curador ad litem EDUVILIA FUENTES y este no propuso excepciones en este sentido, no es factible estudiar la procedencia de la excepción respecto de la misma. No obstante, no ha de pasar por alto la Sala que habiendo terminado la relación laboral el 11 de diciembre de 2011 y siendo que la demanda se presentó el 23 de mayo de 2014, la prescripción había operado parcialmente, pues no existe reclamación administrativa con destino a EDUVILIA FUENTES; circunstancia que indirectamente devino en perjuicio de la entidad pública en cuyo favor se surte la consulta por ser declarada solidariamente responsable de las condenas.

Por ende, sea preciso señalar que el numeral 1º del artículo 37 de la Ley 1123 del 2007 estipula como sanción disciplinaria: *“Demorar la iniciación o prosecución de las gestiones encomendadas o dejar de hacer oportunamente las diligencias propias de la actuación profesional, descuidarlas o abandonarlas”*.

Y que igualmente el Consejo Superior Judicatura, entre otras en la sentencia 73001110200020120089801, 08/03/17 ha reparado en la obligación del curador ad litem de efectuar una debida defensa respecto del asunto encomendado *“como es proponer la excepción de prescripción cuando se advierta de manera indiscutible”*.

Como en este caso, no se advierte que se pueda notar de *“manera indiscutible”* la operancia de la excepción de prescripción, se abstendrá esta Corporación en este caso concreto de compulsar copias con destino al Consejo Superior de la Judicatura.

Así se confirma en este punto, la decisión adoptada en sede de instancia.

DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIDAD

Ahora, concretamente en punto a la solidaridad debatida ha sido expuesto por la jurisprudencia nacional, por parte de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia No. 35864 de marzo 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”*¹.

Igualmente, valga resaltar que conforme al artículo 34 del CST 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

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia n.º 39000 del 26 de marzo de 2014. M.P: Carlos Ernesto Molina Monsalve.

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

Quien se presente pues, a reclamar en juicio obligaciones a cargo del beneficiario, emanadas de un contrato laboral celebrado con el contratista independiente, debe probar, el contrato de trabajo con éste; el de la obra entre el beneficiario del trabajo y el contratista independiente; y la relación de causalidad entre los dos contratos en la forma ya explicada”¹

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

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

DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL MEN

Se tiene que El MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, atendió el Programa de Atención Integral a la Primera Infancia - PAIPI orientado a la ATENCIÓN INTEGRAL DE LA PRIMERA INFANCIA” para subsidiar la atención integral a los niños y niñas menores de cinco (5) años y/o hasta su ingreso al grado obligatorio de transición, en el marco de las obligaciones establecidas en el artículo 29 de la Ley 1098 de 2006 –Código de la Infancia y la Adolescencia.

Así mismo, contrario a lo dicho por el recurrente el Decreto 5012 de 2009, establece los objetivos del Ministerio de Educación, dentro de los cuáles se advierte que se encuentra la obligatoriedad de prestar un servicio educativo con calidad, objetivo que se relaciona estrictamente con la obligatoriedad de prestar atención integral a la primera infancia. Entre los objetivos que atañen al Ministerio se resaltan, en lo que interesa al proceso

(...)

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

¹CJS. Cas. Laboral. Sent, mayo 8/61. G.-J.

(...)

Así mismo, el convenio interadministrativo No. 211012 suscrito entre el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN**, y **EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO**, estableció:

presente Convenio de Gestión de Proyectos, el cual se regirá por las siguientes cláusulas.

PRIMERA.- Objeto: El presente convenio tiene por objeto la **GESTIÓN** por parte de **FONADE DEL PROGRAMA DE ATENCIÓN A LA PRIMERA INFANCIA – PAIPI**, en el marco de la estrategia de atención a través de prestadores del servicio.

PARAGRAFO. Alcance: La ejecución del objeto del presente convenio comprenderá la Gestión y Acompañamiento al Programa de Atención Integral a la Primera Infancia, realizando actividades y tareas específicas en coordinación con el Ministerio, generando valor agregado de orden, administrativo, financiero, jurídico, técnico y de control.

SEGUNDA.- Obligaciones de FONADE: FONADE se obliga a: 1) Realizar la gestión del

Igualmente, la cláusula tercera determina las obligaciones del MINISTERIO, así:

para la consecución de los recursos antes.

TERCERA. Obligaciones de EL MINISTERIO: En desarrollo del objeto del presente convenio, constituyen obligaciones de **EL MINISTERIO** las siguientes: 1) Definir y entregar dentro de un término de diez (10) días contados a partir del perfeccionamiento del presente convenio las condiciones y requerimientos (parámetros técnicos, cobertura, lineamientos, información del Banco de Oferentes, Reglamento Operativo para la implementación del PAIPI, Guía No. 35 y Documento 10 Desarrollo Infantil y Competencia) necesarios para ejecutar el objeto del convenio. 2) Desembolsar a FONADE las sumas estipuladas en las cláusulas CUARTA y QUINTA de este convenio en la oportunidad y forma allí establecida; recursos que están destinados a ejecutar el objeto del convenio y a cubrir la remuneración de FONADE 3); Designar dos funcionarios que en nombre **EL MINISTERIO** formen parte del Comité Operativo de que trata el presente convenio y participar en el mismo. 4) Suministrar a Fonade, los lineamientos, requisitos y condiciones técnicas de las personas naturales y jurídicas seleccionadas con fundamento en el Banco de Oferentes, para que Fonade suscriba los respectivos contratos. 5) Suministrar a Fonade dentro del mes siguiente a la suscripción del convenio nombre y número de la cuenta de destino del giro de los rendimientos financieros. 6) Comunicar a FONADE a la terminación del convenio la cuenta de destino del giro de los recursos no ejecutados del convenio. 7) El Ministerio deberá informar la interventoría para cada uno de los contratos suscritos con los prestadores de servicios y los contratos de prestación de servicios. 8) Autorizar la utilización del Sistema de Información de Primera Infancia – SIPI. 9) Acordar con Fonade, dentro del mes siguiente a la suscripción del convenio, los documentos que las interventorías deberán anexar como requisito para soportar los pagos a los prestadores de servicios; lo anterior deberá guardar concordancia con el Manual de Interventoría de Fonade.

CUARTA.- Valor del convenio: Para todos los efectos legales y fiscales, el valor del

De lo anterior y atendiendo al objeto específico que tiene a su cargo el MINISTERIO DE EDUCACIÓN **“Garantizar y promover, por parte del Estado, a través de políticas públicas, el derecho y el acceso a un sistema educativo público sostenible que asegure la calidad y la pertinencia en condiciones de inclusión, así como la permanencia en el mismo, tanto en la atención integral de calidad para la primera infancia como en todos los niveles: preescolar, básica, media y superior”**, se advierte su responsabilidad solidaria.

Sin costas atendiendo al Grado Jurisdiccional de Consulta.

2. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: **MODIFICAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia de origen y fecha anotados, para en su lugar señalar que la condena derivada de la declaratoria de ineficacia del contrato de trabajo corresponde al pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, *“hasta tanto se verifique la cancelación de los aportes por seguridad social y parafiscalidad correspondientes a los últimos meses de labores de la trabajadora”*

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

APROBADO
CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado Ponente

APROBADO
PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada

APROBADO
JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado