



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

Riohacha, diecinueve (19) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUAREZ

ACCIÓN:	PROCESO ORDINARIO LABORAL – LEY 1149 DE 2011
PROVIDENCIA	SENTENCIA
DEMANDANTE:	VIRGILIA SOLANO BROCHERO, ROSA EDITH CHONA, ESMERALDA ROMERO, EUGENIA VICTORIA ROMERO GÁMEZ, Y YARILENIS ABRIL SOTO
DEMANDADO:	EDUVILIA FUENTES BERMUDEZ y solidariamente contra EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN y FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, e ICBF
JUZGADO DE ORIGEN:	Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira
TEMA:	CONTRATO REALIDAD Y SOLIDARIDAD
RADICACION No.:	44650310500120150027001

Discutido y aprobado en Sala Según **Acta No.** (08) del diecinueve (19) 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 once (11) de marzo 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, porque demanda, contestación y actuaciones procesales son suficientemente conocidas por las partes del proceso, para iniciar el argumento desde la sentencia de primera instancia.

#### I. ANTECEDENTES

VIRGILIA SOLANO BROCHERO, ROSA EDITH CHONA, ESMERALDA ROMERO, EUGENIA VICTORIA ROMERO GÁMEZ, Y YARILENIS ABRIL SOTO demandaron a la señora EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ, y solidariamente al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO- FONADE, E ICBF pretendiendo se declarara: (i) la existencia de un contrato de trabajo con extremos temporales del 09 de mayo al 30 de septiembre de 2012 (ii) que se condenara al pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones causadas en dicho periodo, auxilio de transporte y salarios no cancelados (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 indicaron: haber celebrado contrato de trabajo con la señora EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, del 09 de mayo al 30 de septiembre de 2012, fecha cuando terminó el contrato sin justa causa. Que desempeñaron el cargo de auxiliar docente (ESMERALDA ROMERO ZARATE, YARILENIS ABRIL SOTO), en el municipio de Barrancas y San Diego respectivamente; y docentes (VIRGILIA DE LOS REYES SOLANO, ROSA EDITH CHONA Y EUGENIA VICTORIA ROMERO) en el municipio de Urumita, San Diego y Barrancas respectivamente; desarrollaron labores tendientes a la educación, cuidado y nutrición de niños y niñas menores de 5 años en situaciones de vulnerabilidad a cambio de una asignación salarial de \$923.270 (ESMERALDA ROMERO ZARATE, YARILENIS ABRIL SOTO) \$1.100.000 (VIRGILIA SOLANO, ROSA EDITH CHONA y EUGENIA VICTORIA ROMERO), a fin de dar cumplimiento al objeto y las obligaciones del convenio de gestión de proyectos 211034 celebrado entre el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONADE e ICBF, 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 con FONADE. Informó que, en desarrollo del contrato laboral, fue subordinada de su empleadora EDUVILIA FUENTES, cumplió 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 expresó 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, PÓLIZA DE SEGUROS QUE AMPARA EL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES LABORALES, COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE Y LA GENÉRICA.

**MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL:** Aceptó como cierta la existencia del programa de atención a la primera infancia y el 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 formuló 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.

**ICBF:** Señaló no constarle la existencia del vínculo laboral alegado, y de otra parte reconoció la existencia del convenio interadministrativo No 212019-1710. 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.

## 2.2 LA SENTENCIA APELADA

El Juez de conocimiento, profirió Sentencia en la que concedió las pretensiones incoadas en la demanda declarando 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 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 las actrices fueron contratadas mediante contrato verbal de trabajo, quienes desarrollaron labores tendientes a la educación, cuidado y nutrición de los niños y niñas menores de cinco años en situación de vulnerabilidad, beneficiarios del programa de Atención Integral a la Primera Infancia PAIPI y con base en los testimonios recaudados en juicio, tuvo por establecido el salario de las demandantes.

No obstante respecto de EUGENIA VICTORIA ROMERO GÁMEZ, expuso:

*“(...)en lo relativo a la demandante EUGENIA VICTORIA ROMERO GAMEZ, no se allegó al juicio testimonio alguno y en el expediente, a más del formato aportado por la entidad FONADE, reseñado anteriormente, no encontramos otro medio de prueba que lleve a este juzgador al convencimiento que esta señora laboró para la señora Eduvilia Fuentes en las condiciones y tiempo aducidos en la demanda; y al no haber probanzas para acreditar la prestación personal del servicio y tampoco de los extremos laborales de la relación, lo que deviene es una decisión absolutoria para la demandada respecto de esta 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 su beneficiario, actuó bajo los lineamientos y directrices del MEN y el ICBF, por esta razón declaró probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e

inexistencia de la solidaridad para FONADE. Contrario a esto, en cuanto al MEN e ICBF expuso:

*“En este orden de ideas, para este despacho el objeto desarrollado en los contratos de prestación de servicios celebrados por FONADE con la señora **EDUVILIA FUENTES BERMUDEZ** tiene relación con las labores normales desarrolladas por el Ministerio de Educación Nacional y también con las desplegadas por el ICBF, entidades que delegaron en FONADE la responsabilidad de gerenciar el convenio para la prestación de un servicio que era de su competencia y, en tal virtud se contrató a la señora EDUVILIA FUENTES, quien finalmente vinculó a las demandantes VIRGILIA SOLANO BROCHERO, ESMERALDA ROMERO ZARATE y YARILENIS ABRIL SOTO para desarrollar funciones pedagógicas y operativas relacionadas con el convenio, razón por la cual, se declarará a estas entidades como solidarias de todas y cada una de las obligaciones laborales reclamadas en estas demandas.*

*Huelga aclarar que la responsabilidad solidaria del Ministerio de Educación Nacional se limita a los derechos causados en el interregno que no operó la prescripción, es decir, del 20 de mayo al 30 de septiembre de 2012, en el proceso de VIRGILIA SOLANO y del 25 de junio al 30 de septiembre de 2012 en el de ESMERALDA ROMERO; y respecto del ICBF, se limita a los derechos causados del 4 de junio al 30 de septiembre de 2012 en el proceso de ESMERALDA ROMERO, y del 16 de julio al 30 de septiembre de 2012 en el de YARILENIS ABRIL; ello, en lo que tiene que ver únicamente con salarios, auxilio de transporte, primas, intereses de cesantías y vacaciones. No se limita la condena respecto de cesantías e indemnización por la declaratoria de ineficacia del contrato de trabajo, atendiendo que éstas se hicieron exigibles a partir de la finalización de los contratos de trabajo.”*

### **2.3 RECURSOS DE APELACIÓN.**

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

#### **MINISTERIO DE EDUCACION 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 relación al tipo de contrato: no existe claridad en este punto pues las demandantes afirmaron que fueron contratadas de forma verbal, pero en el informe de interventoría que aparece en el expediente aparece que fueron vinculados por un contrato de prestación de servicios.*

*Con 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, pues los testigos, han presentado demanda con los mismos supuestos de hecho y pretensiones.*

*En el caso de la señora ESMERALDA ROMERO, la testigo que declaró en su favor nunca trabajó en el mismo lugar o sitio de prestación del servicio y no se logró demostrar la subordinación por las demandantes pues al indagársele sobre quien supervisaba su trabajo dijeron que la señora EDUVILIA FUENTES y luego indicaron que la Coordinadora supervisaba su horario de trabajo. Se les preguntó a las demandantes cómo ejercían su función dentro del programa PAIPI, manifestaron que lo hacían en 3 encuentros semanales, y dijeron que eran de una duración de 4 horas, y lo ejecutaban las docentes con los padres de familia y las auxiliares con los niños y lo hacían en diferentes jornadas o sea, las “horas las hacían repartir para no aburrir a los participantes”; entonces existe una contradicción entre los hechos de la demanda y lo dicho en las declaraciones; pues incluso la señora YARILENIS ABRIL SOTO, manifestó que ella realizaba encuentros los días miércoles, jueves y viernes de duración de 4 horas y que ellas organizaban los horarios de acuerdo a la disponibilidad de los padres, pero se contradecían porque luego decían que cumplían un horario de lunes a viernes; por tal motivo no se cumplen los*

*requisitos que están a cargo de las demandantes para demostrar que era un contrato de trabajo y se dejó ver que nos encontramos ante varios contratos de prestación de servicios, como se dejó constancia en el informe de interventoría; entonces la parte demandante omitió su deber de probar la existencia del contrato de trabajo.*

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

Trajo a colación el artículo 121 de la Constitución Política, para señalar que la educación corresponde a una función pública.

Señaló que las competencias del MEN son las del Decreto 5012 de 2009; que el MEN no presta el servicio educativo.

Informó que 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.

El convenio no se celebra por parte del MEN de manera habitual por tanto no se realizó de manera directa.

**Tercero. Respecto de la declaratoria de ineficacia del contrato laboral. (...)**

*“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 (...); que la señora Eduvilia no actuó de mala fe, y prueba de ello es que las demandantes estuvieron varias veces vinculadas en el programa PAIPI, por el dicho de ellas mismas; por ende no actuó de mala fe”.*

Citó en extenso la sentencia S35414 del 2009 de la CSJ, sala Laboral (...), porque la demostración del contrato no trae por sí la declaratoria de indemnización moratoria.

Finalmente expuso que en el informe de interventoría está consagrado que la forma de vinculación de las demandantes fue mediante prestación de servicios.

Por tales circunstancias, solicito se revoque o modifique la sentencia que se acaba de proferir, toda vez que las pruebas que obran en el proceso, son favorables para que así sea.

**Recurso de apelación INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF:**

*“Por parte de la entidad que represento ICBF, me permito interponer recurso, sustentándolo así:*

*1) no se encuentra probado que el ICBF ostentara la condición de empleador, puesto que resulta claro que la llamada a responder por las acreencias laborales es la señora EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMUDEZ, quien tenía la obligación de responder por las obligaciones de origen laboral; por ende no se puede endilgar responsabilidad al ICBF.*

*Por tanto, nos oponemos a la sentencia, y por ende no es factible advertir responsabilidad del ICBF, máxime si se tiene en cuenta que dentro del convenio interadministrativo aportado en el plenario fue suscrito entre el ICBF y FONADE, con un objeto contractual claro que era que FONADE se obligaba a ejecutar la gerencia integral de la primera infancia en la fase de transición de niños y niñas atendidas por el PAIPI (...), luego todas las actividades las desplegaba FONADE y no ICBF.*

*Que FONADE suscribió contrato con EDUVILIA, y dentro de las obligaciones se estableció pagar oportunamente salarios y prestaciones sociales u honorarios; por ende no corresponde al ICBF responder por las obligaciones laborales pues no tuvo injerencia en la contratación, por ende es responsabilidad de FONADE y EDUVILIA FUENTES, circunstancia ratificada por los testigos.*

*Así mismo la labor desempeñada por las actoras no pueden ser catalogadas como de trabajadores oficiales pues; no existe en el presente caso, un vínculo legal o reglamentario entre la demandante y el ICBF, no está demostrado tal y como quedó en evidencia en los testimonios rendidos por la misma demandante, ello por cuanto, no se demuestra o acredita la suscripción de un contrato de trabajo que le otorgue estatus de trabajadora oficial o empleada pública con el ICBF a la demandante.*

*Respecto de la solidaridad, indicó que la contratación de las demandantes la realizaron FONADE y EDUVILIA FUENTES bajo su exclusiva responsabilidad. En el presente proceso se evidencia que el ICBF actuó de buena fe, pues respetó las garantías del debido proceso en contrataciones administrativas.*

*Igualmente que la sanción moratoria no es de aplicación automática ni inexorable, por ende no hubo intención de defraudar a las demandantes por parte del ICBF.*

### **PARTE DEMANDANTE**

*En cuanto a la decisión tomada respecto de la señora EUGENIA ROMERO, numeral sexto.*

*No estoy de acuerdo con la decisión tomada, pues si bien es cierto no asistieron los testigos de EUGENIA ROMERO, también es cierto que en el expediente se aportó como prueba a folio 98 el informe de interventoría donde se demuestra claramente que la actora laboró con la señora EDUVILIA FUENTES, que tenía un salario y un cargo el cual era de docente al cual debió dársele valor probatorio.*

*Sobre el valor probatorio del documento citado el Tribunal Superior de Riohacha ya se ha pronunciado en sentencia del 06 de junio de 2019, radicado 44650310500120140014401.*

*Con base en lo expuesto, ruego REVOCAR la decisión en lo que tiene que ver con la señora EUGENIA ROMERO y conceder las pretensiones de la demanda.*

Igualmente la parte DEMANDANTE presentó recurso así:

### **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.

Por su parte FONADE, enfatizó en que la gerencia integral del desarrollo del programa que realizó FONADE estuvo enmarcada y delimitada a las instrucciones que realizó el ICBF y que su actuación dentro del convenio se dio en calidad de “mero administrador”.

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 BERMUDEZ. Prueba de esta manifestación la ratifica la demandante y testigos en declaración rendida en la audiencia de trámite y juzgamiento*". 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.

Finalmente, la parte demandante se ratificó en los hechos y pretensiones de la demanda.

## I. CONSIDERACIONES.

### 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 E ICBF

**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 Sentencia No. 37547 de octubre de 2011, ponencia del H. Magistrado Dr. GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA.

“ (...)”

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

Se observa que la demandante aduce la existencia de un contrato de trabajo con la demandada EDUVILIA FUENTES con extremos temporales entre el del 09 de mayo al 30 de septiembre de 2012, fecha cuando terminó el contrato sin justa causa. Que desempeñaron el cargo de auxiliar docente (ESMERALDA ROMERO ZARATE, YARILENIS ABRIL SOTO), en el municipio de Barrancas y San Diego respectivamente; y docentes (VIRGILIA DE LOS REYES SOLANO, ROSA EDITH CHONA Y EUGENIA VICTORIA ROMERO) en el municipio de Urumita, San Diego y Barrancas respectivamente; 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. Y que percibieron salarios así: de \$923.270 (ESMERALDA ROMERO ZARATE, YARILENIS ABRIL SOTO) \$1.100.000 (VIRGILIA SOLANO, ROSA EDITH CHONA y EUGENIA VICTORIA ROMERO)

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. 211034 suscrito entre el MEN, ICBF y FONADE; así mismo se estipuló como plazo de ejecución del contrato desde el 27 de febrero de 2012 y hasta el 30 de junio de 2012, según acta de iniciación del contrato y sus prórrogas hasta el 31 de diciembre de 2012 contrato de interventoría técnica, administrativa y de control presupuestal a los contratos derivados del convenio de gestión celebrados con los operadores del programa de atención integral a la primera infancia PAIPI entre CONSORCIO C&R y FONADE. Igualmente el contrato No 2121053 con fecha de inicio 24 de abril de 2012 y finalización 29 de Junio de 2012 y su prórroga hasta el 30 de septiembre de 2012, 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 “Urumita”; contrato No 2121055, cuyo municipio de ejecución lo fue San Diego, y 2121054 a fin de ser ejecutado en Barrancas; así como el anexo No 1 enunciado como “*personal con el que cuenta la institución*” rotulado por CM consultores, y en virtud del cual se incluyeron a las actoras como “*personas contratadas*”.

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:

**ELVIRA ROSA DAZA ROMERO (TESTIGO DE LA SEÑORA VIRGILIA SOLANO):** Adujo que fue contratada para el programa PAIPI por parte de EDUVILIA FUENTES; que la actora fue docente, y que conoce los hechos porque “*los visitaban a todos al tiempo*”, que a la demandante la contrató EDUVILIA FUENTES en Urumita, en la Sede mi nuevo mundo, y que estuvo presente en la contratación, lo que ocurrió el 09 de mayo de 2012 y hasta el 30 de septiembre de 2012;

Que devengaban un salario pero no auxilio de transporte; que la demandante devengaba \$1.100.000 y que lo sabe porque la señora EDUVILIA lo dijo en la reunión; que cumplían un horario y prestaban servicios en el mismo lugar y que EDUVILIA FUENTES era quien impartía órdenes; que la coordinadora supervisaba el cumplimiento del horario.

Que el programa PAIPI era una modalidad institucional en la que se propendía por la alimentación de los niños.

Que sabe que no le pagaron prestaciones sociales a la demandante porque a ninguno de los trabajadores le cancelaron dichos rubros.

**JEIZA CARRILLO (TESTIGO DE ROSA CHONA):** Informó que laboró para EDUVILIA FUENTES en el municipio de San Diego desde el 19 de marzo hasta el 28 de junio de 2013, con niños y niñas menores de 5 años; que ROSA EDITH CHONA, fue docente; que les quedaron adeudando prestaciones; que Rosa Edith Chona fue contratada del 19 de marzo al 28 de junio de 2013 y que lo sabe porque fueron contratadas el mismo día; y que fue contratada para desarrollar labores de docente; y que debía cumplir un horario. Al ser interrogada sobre el lugar del municipio de San Diego en que prestó servicios respondió escuetamente “*en la sede de la Gabriela Mistral*”; adujo que el salario que devengaba la actora era de \$1.200.000 y que lo sabe porque “*todas estaban presentes*” y que “*además se decían cuanto ganaban*”; que la coordinadora era YUNEIDI DONADO; informó que desempeñó en la “*uva mi cariñito*” igual que la actora finalmente indicó que la actora fue contratada para el entorno familiar y que sabe que no le pagaron prestaciones sociales a la demandante porque a ella tampoco le cancelaron.

**MARIA LEONOR CARRILLO MENDOZA (TESTIGO DE ESMERALDA ROMERO):** Señaló que ESMERALDA trabajó de auxiliar docente en Barrancas, la Guajira, quien fue contratada por EDUVILIA FUENTES, y que lo sabe porque la ALCALDÍA MUNICIPAL

hizo una convocatoria en sus instalaciones; señaló que trabajó del 09 de mayo al 30 de septiembre de 2012, a cambio de un salario de \$923.270 el cual era cancelado por la demandada EDUVILIA FUENTES; que la actora cumplía un horario de trabajo, en el barrio “San Pedrito” de Barrancas, en el entorno familiar; más adelante adujo que la demandante desarrollaba labores en “Carretalito”, y que ella en el Barrio “San Pedrito”, al ser indagada sobre si prestó servicios en lugar diferente a la actora, señaló que “ellas (la testigo y la demandante) “laboraban en varias partes”.

**CENEDIS QUINTERO (TESTIGO DE YARILENIS ABRIL SOTO):** Señaló que YARILENIS ABRIL fue auxiliar docente contratada por EDUVILIA FUENTES, en orientación a niños menores de 5 años; adujo que la convocatoria fue en el municipio de San Diego, por parte de Alcaldía municipal, y que la modalidad de contratación fue verbal para el entorno familiar; que YARILENIS realizaba funciones como “*caracterización, registro de planillas, encuentros con los padres de los menores, visitas, proceso de nutrición y psicología*”; que la actora devengó \$923.000; que debía cumplir un horario; que el contrato tuvo vigencia del 09 de mayo al 30 de septiembre de 2012; que EDUVILIA FUENTES, pagaba el salario de manera personal; que no se le reconocieron prestaciones sociales ni auxilio de transporte; informó que la actora desarrolló sus labores en la uva “*infancia feliz*” igual que ella (la testigo).

**INTERROGATORIO DE PARTE:** en lo relevante se citan los siguientes apartes:

**ROSA CHONA:** Señaló que fue para el año 2012 que laboró para con EDUVILIA FUENTES.

**ESMERALDA ROMERO:** Adujo haber laborado en el entorno familiar; que laboró en 2 uvas; una ubicada en Carretalito y la otra en “*pringamoza*”; adujo que no se encontraba con MARIA LEONOR CARRILLO, porque ella era auxiliar docente pero de otro centro, y solo se “*encontraban en las mañanas*” cuando iban a buscar meriendas.

**EUGENIA VICTORIA ROMERO:** Señaló que trabajó en la uva los “Olivos” y que acudía 3 veces a la semana.

**YARILENIS ABRIL:** Señaló que en el 2011 ya había laborado con EDUVILIA FUENTES.

Las demás demandantes se reafirmaron en los hechos de la demanda.

Igualmente, 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 las testigos **ELVIRA ROSA DAZA ROMERO (TESTIGO DE LA SEÑORA VIRGILIA SOLANO)** y **CENEDIS QUINTERO (TESTIGO DE YARILENIS ABRIL SOTO)** en tanto, su dicho fue coincidente 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 “compañeras de labores” de las demandantes en cita, 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 itera, se mencionó que la actora prestó servicios ante la demandada principal, habiéndose abrigado así a su favor la presunción establecida en el artículo 24 del 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.

Resáltese de otra parte que para la Sala, por el contrario, no goza de credibilidad el dicho de las testigos **MARIA LEONOR CARRILLO MENDOZA**

(TESTIGO DE ESMERALDA ROMERO) y JEIZA CARRILLO (TESTIGO DE ROSA CHONA), como quiera que si bien, señalaron haber conocido presencialmente los hechos que narraban, de otra parte, se advierten las siguientes falencias:

Con relación a la testigo MARIA LEONOR CARRILLO MENDOZA, en todo tiempo hizo énfasis en que fue contratada el mismo día que la señora ESMERALDA ROMERO, igualmente que fue su compañera de labores en el mismo lugar de trabajo y dio cuenta del cumplimiento de un horario y de órdenes impartidas; no obstante más adelante en su relato señaló que ella prestaba servicios en el barrio “san Pedrito”, mientras que la actora lo hizo en “carretalito”, hecho que fue corroborado por la misma demandante al momento de rendir su interrogatorio de parte y señalar que “laboró en 2 uvas; una ubicada en carretalito y la otra en “pringamozal” y que adicionalmente “no se encontraba con MARIA LEONOR CARRILLO, porque ella auxiliar docente pero de otro centro, y solo se “encontraban en las mañanas” cuando iban a buscar meriendas”. Consecuencialmente el testimonio brindado por MARIA LEONOR CARRILLO MENDOZA, evidentemente fue narrado con ánimo de favorecer a la actora, aleccionado y contradictorio, pues ¿cómo podía dar cuenta, verbigracia, del cumplimiento de un horario cuando del mismo dicho de la actora quedó claro que “solo se veían en las mañanas y por escasos minutos”.

**JEIZA CARRILLO (TESTIGO DE ROSA CHONA),** con relación a la testigo en cita ha de decirse que igualmente enfatizó constarle los pormenores de la relación, dio cuenta del cumplimiento de un horario, que se le impartían órdenes e incluso adujo que fueron contratadas el mismo día y laboraron en el mismo centro; no obstante al ser indagada sobre los extremos de la relación laboral señaló que lo fueron del 19 de marzo al 28 de junio de 2013, fechas que distan ostensiblemente de las aducidas en la demanda. Así, se indaga esta Corporación Judicial, si resulta creíble que la testigo manifieste con total seguridad sobre detalles de la contratación que presuntamente conoció de manera presencial *“por haber sido contratada el mismo día que la actora”*, y de otra parte, indique como fechas de contratación unas que no se acercan en tiempo a las narradas en la demanda, la respuesta lógica es que no, y por el contrario, al igual que el anterior testimonio analizado, lo que se deduce es sus argumentaciones han sido aleccionadas, pues también se resalta, no lucen espontáneas ni dan mayor razón de su dicho, circunstancias respecto de las cuáles, si bien es cierto no se indagó por parte del director del proceso ni los intervinientes, con todo, solamente se limitó a señalar que fue compañera de labores, sin precisar el presunto tiempo que compartían a diario, si laboraban en un mismo espacio físico, etc.; consecuencialmente se restará valor probatorio a los testimonios señalados.

En esta conclusión, resulta de utilidad la explicación del Profesor FRACOIS GORPHE, en su obra apreciación judicial de las pruebas, editorial TEMIS, Bogotá 1985, página 300, *“La primera tarea para conocer el valor de un testimonio consiste, pues, en averiguar si es sincero, si no lo es, debemos rechazarlo más o menos completamente. Solo con muchas reservas se puede aceptar algunas de sus partes, cuando la mentira es suficientemente limitada; porque quien resulta capaz de mentir en un punto, lo es generalmente en lo demás...”* (subrayado y negrillas fuera de texto).

Y es que itérese hasta la saciedad, las testigos no ahondaron en la periodicidad o concentración de tiempo en que observaban el cumplimiento de funciones en un día, en una semana, si presenció el cumplimiento de órdenes y cuáles tipos de órdenes, si recibían sanciones y/o llamados de atención, y la forma en la que se daban, de manera que permitieran entrever la materialización de un contrato de trabajo.

En cuanto a la señora EUGENIA VICTORIA ROMERO en virtud de la cual se incoó recurso de apelación se advierte que no se recepcionaron testigos y tal circunstancia incluso no

es motivo de reproche en esta instancia, pues los motivos de reproche se circunscriben en señalar que con la documental obrante en el plenario, en específico el informe de interventoría visible a folio 98 era viable advertir la materialización de un contrato laboral.

Con base en el anterior reproche se estudiará la situación aludida respecto de las demandantes EUGENIA VICTORIA ROMERO, ESMERALDA ROMERO Y ROSA CHONA, estas últimas en tanto se restó valor probatorio a sus testigos, encontrándose para este instante en igual posición que la actora en cuyo favor se estudia el recurso de apelación.

Pues bien, examinada la documental señalada se tiene que es un documento enunciado como *“anexo 1. Personal con el que cuenta la institución para la ejecución del convenio”, en el que figura cada una de las demandantes enunciadas, y que es expedido por el “consorcio C&R”*; no obstante a dichos documentos no es válido darle la connotación pretendida en tanto, no se trata de un documento que haya sido expedido por las demandadas ni con su aprobación, por ende en principio no le sería oponible a fin de advertir que de allí pudiera extraerse la existencia del contrato laboral pretendido; y de otra parte, si en gracia de discusión se indicara que de allí es válido extraer una prestación del servicio en favor de las demandantes, con todo, allí no se estipulan los extremos laborales en que se dio la misma no siendo viable por ello advertir las consecuencias jurídicas pretendidas. Resáltese que en jurisprudencia citada, se ha señalado que probar los extremos temporales de una relación laboral es carga probatoria de la parte interesada, no siendo dable al Juez Laboral realizar interpretaciones acomodaticias a fin de establecerlos, máxime cuando en el presente caso no existió confesión por parte de la demandada principal, por estar representada por curador ad litem, veamos:

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

*“(...) resulta de vital importancia, dentro de la carga probatoria del demandante, probar los extremos temporales de la relación laboral alegada, por cuanto ante la falta de certeza o aproximación, la decisión será contraria a sus intereses, a pesar de tener probada la prestación del servicio personal, por cuanto ha sido criterio reiterado de nuestro órgano de cierre, que al demandante no solo le basta con ganarse la presunción legal del artículo 24 del CST., sino que también debe probar otros aspectos relevantes del contrato de trabajo como lo es precisamente la época de vigencia del mismo.*

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

Con base en lo expuesto, se revocarán las condenas impuestas en favor de ESMERALDA ROMERO Y ROSA CHONA y se confirmará la decisión respecto de la demandante EUGENIA VICTORIA ROMERO.

Dilucidado lo anterior y en punto a las demandantes VIRGILIA SOLANO BROCHERO y YARILENIS ABRIL SOTO, 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, 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 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, como ya se expuso.

### **DE LOS EXTREMOS TEMPORALES Y SALARIO PERCIBIDO DE VIRGILIA SOLANO BROCHERO y YARILENIS ABRIL SOTO**

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

### **DE LAS CONDENAS SOLICITADAS POR VIRGILIA SOLANO BROCHERO y YARILENIS ABRIL SOTO.**

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 las deponentes traídas a juicio.

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

No obstante, no ocurre lo propio con los salarios concedidos como quiera que si bien, la demandada principal no allegó constancia de su pago, con todo, las declarantes traídas a juicio, nunca advirtieron una falta de pago de salarios, por el contrario solo hicieron referencia al impago de prestaciones sociales; ello aunado a que señalaron que el salario era cancelado de manera personal por EDUVILIA FUENTES, e incluso señalaron el salario percibido por las actoras. Así las cosas, si se da credibilidad a sus manifestaciones en este sentido, se lograr concluir que en efecto las demandantes percibieron el pago de sus salarios, pues no es lógico que las deponentes indicaran haber visto el pago presencial de salarios e incluso el monto y que de otra parte el mismo no se haya efectuado; consecuentemente se revocará dichas condenas.

### **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, es un hecho indicador de su mala fe, debido a que a la fecha de esta sentencia, no se allegó prueba de este pago, así, deviene la confirmatoria de la sentencia de primera instancia, 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 las cosas se tiene que la relación laboral terminó el 30 de septiembre de 2012 y las demandas fueron incoadas el 23 de Julio de 2015 (VIRGILIA SOLANO BROCHERO) y 22 de abril de 2015 (YARILENIS ABRIL SOTO), esto es, después de transcurridos más de 24 meses contados desde que terminó la relación laboral; a más de ello, se declaró que las demandantes percibían un salario superior al mínimo legal mensual vigente para el año 2012; 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 fenecimiento 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 párrafo 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.*

**Quando 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 30 de septiembre de 2012.
- Y de otra parte la demanda fue incoada en fecha 23 de Julio de 2015 (VIRGILIA SOLANO BROCHERO) y 22 de abril de 2015 (YARILENIS ABRIL SOTO)

Igualmente fue presentada reclamación administrativa ante el MEN así:

VIRGILIA SOLANO BROCHERO: 20 de Mayo de 2015

YARILENIS ABRIL SOTO: 14 de Noviembre de 2014.

Y ante el ICBF, así:

VIRGILIA SOLANO BROCHERO: 06 de Mayo de 2015

YARILENIS ABRIL SOTO: 16 de Julio de 2015.

Como quiera que no existe constancia de radicación de la petición, 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 tratándose de VIRGILIA SOLANO causadas en cabeza del MEN, tal y como se declaró en primera instancia.

Igualmente y como quiera que la demandada principal por intermedio de curador ad litem EDUVILIA FUENTES 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 30 de septiembre de 2012 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 las entidades públicas 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”<sup>1</sup>.*

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 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”<sup>1</sup>*

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*

---

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

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

*prescindencia de otros aspectos” (CSJ, Cas. Laboral, Sentencia. Septiembre 26/2000. Exp. 14.038 M.P. Luis Gonzalo Toro).*

## **SOBRE LA SOLIDARIDAD DEL ICBF**

Con respecto a la declaratoria de solidaridad con ICBF, tal y como recientemente ha sido motivo de pronunciamiento por la Sala, no se comparte el argumento esgrimido por el Juez de Primera Instancia, por cuanto las labores desempeñadas por las demandantes “DOCENTE” y “AUXILIAR DOCENTE” no eran del giro ordinario del I.C.B.F “*trabajar con calidad y transparencia por el desarrollo y la protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias colombianas y como objetivos institucionales, promover la seguridad alimentaria y nutricional en el desarrollo de la primera infancia, los niños, niñas y adolescente y la familia*”; por lo que esta debe ser revocada.

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

xxx

**a. La cobertura de una necesidad propia y directamente vinculada al objeto social:** bueno es determinar que se habla de objeto social, entendiendo que la estructura del código sustantivo está diseñada para atender conflictos entre particulares; sin perjuicio de lo anterior, eventualmente personas jurídicas de derecho público pueden verse inmersas en asuntos de índole laboral que deban tramitarse por vía ordinaria; siendo éste uno de esos casos, razón por la cual el objeto social, debe entenderse por el encargo misional, constitucional o legal; es así, que el **ICBF** de conformidad con la Ley 7 de 1979 establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar y reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio adscrito al Ministerio de Salud, **teniendo como objeto fortalecer la familia y proteger al menor de edad**; ahora bien, por medio del Decreto 4155 de 2011 las funciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar guardan concordancia con el Sector Administrativo de Inclusión Social y Reconciliación, y que en ejercicio de ellas se ejecutan las políticas del mismo, en el marco de las competencias legales del ICBF, contando como objetivos misionales de la entidad **trabajar con calidad y transparencia por el desarrollo y la protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias colombianas y como objetivos institucionales, promover la seguridad alimentaria y nutricional en el desarrollo de la primera infancia, los niños, niñas y adolescente y la familia.**

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

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

y formas de relación con los niños y las niñas más pequeños. **E.** Hacer visible y fortalecer la familia como actor fundamental en el desarrollo infantil temprano.

Corolario de lo anterior, la demandante indica en la acción ordinaria laboral que se desempeñaba como auxiliar docente y de la testimonial puede extraerse que sus funciones estaban encaminadas a la educación de los menores, estar pendientes de estos y de su nutrición, declaraciones realizadas de manera general.

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

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

Por tanto, la contratación realizada por EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ a la demandante, para el desarrollo del convenio interadministrativo suscrito entre el **ICBF** y **FONADE** no se evidencia que las actividades desarrolladas persigan el mismo objeto misional del ICBF, por tanto, al romperse uno de los eslabones para la declaratoria de la solidaridad debe absolver y consecuentemente, se modificará en este sentido la sentencia de instancia.

## **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.**

(...)

Así mismo, *el convenio interadministrativo No. 211034 suscrito entre el MINISTERIO DE EDUCACIÓN, ICBF y EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO, estableció:*

**PRIMERA.- OBJETO:** FONADE se obliga con EL MINISTERIO y EL ICBF 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, a la estrategia de Cero a Siempre en las modalidades de Centros de Desarrollo Infantil Temprano e Itinerante.

Igualmente, *la cláusula cuarta determina las obligaciones del MINISTERIO, así:*

**CUARTA.- OBLIGACIONES DEL MINISTERIO:** En desarrollo del objeto del presente contrato interadministrativo, se constituyen en obligaciones de EL MINISTERIO las siguientes:

1. Brindar las directrices y orientaciones correspondientes para realizar los procesos contractuales que permita la construcción de los lineamientos técnicos para cualificar la atención integral para los niños y las niñas en primera infancia y para realizar la asistencia técnica a los entes territoriales y secretarías de educación certificadas en el país, según las sugerencias y orientaciones de la Comisión Intersectorial de Primera Infancia.
2. Informar al comité de seguimiento acerca del funcionamiento del Sistema de Información de Primera Infancia – SIPI y solicitar los ajustes que se requieran para su adecuado funcionamiento.
3. Definir los criterios técnicos para la contratación de los procesos de cualificar la atención integral y asistencia técnica a los territorios, según las indicaciones de la Comisión Intersectorial de Primera Infancia.

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, respecto de las demandantes VIRGILIA SOLANO BROCHERO y YARILENIS ABRIL SOTO 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:** REVOCAR el numeral SEGUNDO literal e, relativo a la concesión de salarios en favor de VIRGILIA SOLANO BROCHERO y YARILENIS ABRIL SOTO, para en su lugar ABSOLVER a las demandadas a razón de dicha condena (salarios).

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

**CUARTO: REVOCAR el numeral OCTAVO**, en lo que atañe a la imposición de costas en cabeza del ICBF, de la sentencia de origen y fecha anotados, para en su lugar ABSOLVER al ICBF de las pretensiones encaminadas en su contra.

**QUINTO:** MODIFICAR los numerales PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO y OCTAVO; en sentido de REVOCAR las condenas y declaraciones efectuadas en favor de las demandantes ESMERALDA ROMERO y ROSA CHONA, para en su lugar ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones encaminadas en su contra, por las razones expuestas en la parte motiva.

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

**SÉPTIMO:** 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