



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

Riohacha, nueve (09) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUAREZ

ACCIÓN:	PROCESO ORDINARIO LABORAL – LEY 1149 DE 2011
PROVIDENCIA	AUTO INTERLOCUTORIO Y SENTENCIA
DEMANDANTE:	LICET MARGARITA FUENTES JIMÉNEZ y MIRLANDA INÉS FUENTES JIMÉNEZ
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.:	44650310500120160048901

Discutido y aprobado el nueve (09) de febrero de dos mil veintiuno (2021) según **Acta No. 04**

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 trece (13) de noviembre de 2019, proferido 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

LICET MARGARITA Y MIRLANDA INÉS FUENTES JIMÉNEZ demandaron a la señora EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ, y solidariamente al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, 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 28 de marzo al 28 de Junio de 2013 (ii) que se condenara al pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones y auxilio de transporte causadas en dicho periodo (iii) la ineficacia de la terminación del contrato, y la correspondiente sanción, (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 petitionó el pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.

Como sustento de sus pretensiones indicaron: haber celebrado un contrato verbal de trabajo con la señora EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ del 28 de marzo al 28 de junio de 2013, fecha cuando terminó el contrato sin justa causa. Que desempeñaron el cargo de auxiliar docente en el entorno institucional de San Juan del Cesar, 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 \$900.000, a fin de dar cumplimiento al objeto y las obligaciones del convenio de gestión de proyectos 212019-1710 celebrado entre el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONADE E ICBF, cuyo objeto fue “...la gerencia integral para la atención integral de la primera infancia y sus actividades complementarias en la fase de transición de los niños y niñas atendidas por el PAIPI a la estrategia de Cero a Siempre en las modalidades de Centro de Desarrollo Infantil Temprano e Itinerante” en virtud del cual la demandada FUENTES BERMUDEZ, 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, cumplió horario, sin que liquidara y pagara prestaciones sociales y vacaciones, ni se acreditara la afiliación al sistema de seguridad social y parafiscalidad, que agotó la reclamación administrativa, finalmente expresa que las entidades demandadas son solidariamente responsables de las condenas que se impongan.

2.1. CONTESTACIONES DE LAS DEMANDAS

Las demandadas en solidaridad dieron respuesta de la siguiente forma:

FONADE

Señaló que la demandante no aparece vinculada para la ejecución de contratos derivados del convenio interadministrativo de Gerencia de Proyectos No 2122019-1710 por la demandada principal Eduvilia Fuentes, en calidad de propietaria del Establecimiento de Comercio Gabriela Mistral y que con todo, cualquiera que fuere el régimen de contratación del empleador por parte de EDUVILIA FUENTES se tiene que como contratista de FONADE, la primera estaba “obligada a cumplir con los pagos oportunos de los salarios a sus contratistas, como se pactó en el contrato No 2130863 suscrito entre FONADE y la señora FUENTES, en la cláusula 7 numeral 15”.

Que la demandante “no aparece vinculada para la ejecución de contratos derivados del convenio interadministrativo de Gestión No 212019-1710 por la demandada principal Eduvilia Fuentes Bermúdez.

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, 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, la existencia del convenio No 212019, 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, FUERO DE ATRACCIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, y de mérito: SOBRE LA SOLIDARIDAD DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, NO COMPRENDER LA DEMANDA TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS YA QUE EN EL PRESENTE PROCESO NO SE DEMANDÓ A LA INTERVENTORÍA C Y M CONSULTORES QUIEN ERA EN ÚLTIMAS QUIEN EJERCÍA EL CONTRAO, VIGILANCIA, SUPERVISIÓN E INDICABA COMO ESTABA EJECUTANDO EL CONVENIO Y CONTRATO DEMANDADOS, COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE UN CONTRATO LABORAL ENTRE EL DEMANDANTE Y EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, INEXISTENCIA O FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, BUENA FE DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, PRESCRIPCIÓN Y LA GENÉRICA.

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.

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.

ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA

Adujo no constarle los hechos narrados en la demanda y en consecuencia atenerse a lo probado en el plenario.

Sobre los hechos del llamamiento en garantía adujo que es cierto que expidió la póliza de cumplimiento para particulares con fecha de expedición 14 de marzo de 2013, en la que figuraba afianzada la señora EDUVILIA FUENTES, como asegurado y beneficiario el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO- FONADE-.

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 y vacaciones, declaró la ineficacia de la terminación del contrato, reconoció la solidaridad respecto de las entidades demandadas, y condenó en costas.

(i) CONTRATO DE TRABAJO:

Citó el contenido de los artículos 22 y 23 del C.S.T., refirió que las actoras fueron contratadas mediante contrato verbal de trabajo celebrado el 28 de marzo a junio 28 de 2013, 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 que el salario de las demandantes.

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.

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

Igualmente verificó el contrato interadministrativo suscrito entre el ICBF y 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 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 ICBF, señaló que las demandantes, *desarrollaban funciones pedagógicas y operativas relacionadas con el objeto del contrato; tales acciones, las cuales fueron detalladas en esta audiencia, son, entre otras, el desarrollo de actividades pedagógicas, la atención, cuidado y nutrición de los niños, las que, sin lugar a dudas, resultan inherentes al cometido del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, razón por la cual, se declarará a esta entidad como solidaria de todas y cada uno de las obligaciones laborales reclamadas por estas demandantes.*

Finalmente absolvió al MEN de las pretensiones enfiladas en su contra, tras aducir: *“infiere el despacho que le asiste razón al apoderado del Ministerio de Educación Nacional, cuando solicita la desvinculación de este ente de las presentes demandas, atendiendo que respecto de él no se cumple el segundo requisito del art. 34 del C.S.T., pues no se encuentra en los expedientes contrato de obra de éste con la contratista independiente EDUVILIA FUENTES, como tampoco con FONADE e ICBF”.* Finalmente condenó en costas.

2.3 RECURSOS DE APELACIÓN.

Intentando la revocatoria de la Sentencia de Primera Instancia, el ICBF interpuso recurso de apelación en los siguientes términos:

Recurso de apelación INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF:

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

1)En el presente caso no está probado siquiera de manera sumaria que el ICBF ostentaba la condición de empleador, dado que el ICBF no es el responsable por la presunta omisión de las acreencias concedidas, puesto quien lo es fue su empleadora EDUVILIA FUENTES, quien tenía la obligación de responder con sujeción a la Ley de responder por las obligaciones laborales que se originen con ocasión a la ejecución del contrato, así mismo no es factible que se pretenda la responsabilidad del ICBF, máxime si se tiene en cuenta que dentro del convenio interadministrativo suscrito entre el ICBF y FONADE en el objeto contractual, 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, y por tanto no es el ICBF el responsable de responder pues era responsabilidad de FONADE y la señora EDUVILIA, prueba de eso son los interrogatorios de parte recaudados.

Reitero no le asiste razón alguna al ICBF para entrar a responder por estas acreencias laborales 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 la señora EDUVILIA FUENTES; por otro lado existe una imposibilidad jurídica de que el ICBF pueda celebrar contratos de trabajo, tal y como lo pretende hacer ver la demandante ya que el ICBF, es un establecimiento público que no tiene ni ha tenido por objeto la construcción y sostenimiento de obra pública, y tampoco constituido como empresa industrial y comercial del Estado, la única forma de vinculación posible, es la modalidad estatutaria por cuanto el régimen del servicio, de la relación del trabajo con sus servidores que está previamente determinada en la Ley, no existiendo posibilidad legal de que quien preste los servicios en la entidad pueda discutir las condiciones del empleo, ni fijar alcances distintos a los concedidos por las normas generales y abstractas que lo regulan

Así mismo la labor desempeñada por la demandante, jamás puede ser catalogada como aquella a que se refiere el artículo 3 del Decreto reglamentario 1848 de 1969,

razón por la cual la existencia del contrato de trabajo no depende de la valoración subjetiva, que consideren las reclamantes al pretender darle un carácter imposible de existir, sino de la realidad fáctica impuesta por la misma Ley.

Respecto de la solidaridad, trajo a colación el artículo 34 del CST, diciendo que se excluye su responsabilidad.

Dijo que el ICBF actuó de buena fe, en tanto su actuar se dio en aplicación de los ordenamientos jurídicos, garantías propias y mínimas que integran el debido proceso frente al convenio interadministrativo

Señaló que la sanción moratoria, para señalar que no es automática ni inexorable y acto seguido señaló que el ICBF actuó de buena fe; por tanto solicitó que el ICBF sea absuelto de todas las pretensiones.

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. TESIS DE LA SALA:

Desde ya se anuncia que la tesis que sostendrá esta Sala se concreta en MODIFICAR la decisión de primer grado, en tanto la parte actora cumplió con el sistema de cargas procesales que asistían a su favor a fin de declarar la existencia de un contrato laboral, no obstante se revocará la responsabilidad solidaria decretada en instancia respecto del ICBF. A continuación, se desarrollará temáticamente la tesis expuesta.

2.3. 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.

2.4. 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 se ha pronunciado la Honorable Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, Rad: 37.547, 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 28 de marzo de 2013 al 28 de Junio del mismo año, 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 desempeñaron el cargo de Auxiliares Docentes a cambio de una asignación salarial de \$900.000, en desarrollo del programa de atención integral a la primera infancia que el Colegio Gabriela Mistral ejecutó como prestador del servicio, en el municipio de San Juan del Cesar, la Guajira.

Arrimó certificado de matrícula mercantil en donde se constata que la señora EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ es propietaria del Colegio Gabriela Mistral; contrato de interventoría técnica, administrativa y de control presupuestal a los contratos derivados del convenio de gestión No 2130922 celebrados con los operadores del programa de atención integral a la primera infancia PAIPI entre CONSORCIO C&R y FONADE. Igualmente el contrato No 2130863, 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”* con vigencia hasta el 31 de mayo de 2013 y fecha de suscripción 06 de marzo de 2013; así mismo, obra prórroga No 1 que señala que el contrato en cita se extendió hasta el 28 de Junio de 2013; igualmente obra certificación laboral expedida por EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, en la que se indicó que las demandantes prestaron sus servicios como auxiliares docentes devengando un sueldo de \$950.000 en las oficinas del programa PAIPI del 28 de marzo de 2013 al 28 de Junio del mismo año; contrato interadministrativo suscrito entre el ICBF y FONADE bajo el número 212019-1710, con vigencia hasta el 31 de Diciembre de 2012 y fecha de suscripción 18 de Julio de 2012 cuyo objeto *“abarca el desarrollo de todas las actividades técnicas, jurídicas, administrativas, financieras, contables, operativas y de seguimiento y/o interventoría requeridas para a) contratar la prestación del servicio de atención integral a la primera infancia en la fase de transición de los beneficiarios atendidos por el PAIPI al esquema de atención de la estrategia de CERO A SIEMPRE bajo los lineamientos técnicos y acompañamiento del ICBF”*; otrosí al

contrato citado en virtud del cual se prorrogó la vigencia del mismo hasta el 31 de mayo de 2013; otrosí No 2 que prorrogó el plazo a su vez hasta el 31 de agosto de 2013.

Pues bien, estos soportes documentales permiten solamente acreditar la actividad comercial a la que se dedicaba la demandada directa, la existencia de los negocios jurídicos entre el ICBF y FONADE, y entre estos y la señora FUENTES BERMUDEZ, 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, la actora trajo al plenario la declaración de

KATIA PAOLA FRAGOZO: Adujo que fueron contratadas (ella y las actoras) por parte de EDUVILIA FUENTES, a fin de laborar, éstas últimas, como auxiliares docentes en el proyecto PAIPI, el cual consistía en la atención integral de niños (as) menores de 5 años ante el centro infantil huellas de amor No 2 en el municipio de San Juan del Cesar; que las demandantes atendían a los niños en la parte pedagógica y nutricional y se encargaban del cuidado de los mismos.

Que devengaban un salario de \$950.000, cancelados por EDUVILIA FUENTES, quien a su vez les daba órdenes; que las actoras cumplían un horario de 7:30 am a 5:00 pm., que recibían interventoría por parte de FONADE E ICBF; que el MEN no medió en la contratación laboral.

Que le consta lo narrado en tanto eran compañeras de trabajo y fueron llamadas el mismo día; que la testigo fungía como coordinadora en el municipio de Distracción, y que da cuenta de lo narrado en virtud de reuniones que se hacían para con docentes de otros municipios; adujo que pese a trabajar en municipio diferente al que relató prestaban servicios las promotoras del juicio, con todo, conoce de los hechos porque “Distracción y San Juan del Cesar, quedan cerca y debía ir a este último sitio a entregar el turno los días lunes y viernes y siempre las veía ahí trabajando”.

ROSA MARIA GUTIERREZ

Corroboró los extremos laborales narrados en la demanda; afirmó que la contratación fue verbal para laborar en la sede del entorno institucional huellas de amor en el municipio de San Juan; que si bien las demandantes y ella estaban contratadas en entornos diferentes, pues al momento de cumplir funciones las ubicaron en oficinas distintas *“al encontrarse nuevamente en el mismo recinto u oficina, se enteró de los hechos que narra”.*

Que cumplían un horario y devengaban un salario de \$950.000; que a pesar de trabajar en entornos diferentes, los días viernes y sábados se reunían a realizar socialización del trabajo realizado toda la semana, y que en virtud de esa socialización *“se daba cuenta del horario y lo que hacían esas compañeras en su entorno”.*

De otra parte, rindió interrogatorio de parte las demandantes, reafirmando los hechos de la demanda, en específico el cargo ostentado, la modalidad contractual, y el pago de un salario, así como que no fueron contratadas el MEN ni el ICBF.

Igualmente se tiene que se tachó de sospechoso el testimonio de LAS TESTIGOS 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”.

Pues bien, resáltese que de las atestaciones e interrogatorios no puede colegirse con certeza la prestación personal del servicio por los actores a términos del art. 24 C.S.T. para hacer operar la presunción allí contenida dentro de los extremos temporales aducidos en razón a que si bien las testigos en todo tiempo pretendieron dar cuenta del cumplimiento de órdenes y un horario, no obstante ello, resaltaron que sus concurrencias con las actoras se circunscribían a dos días a la semana, sin detallar la forma o la prolongación en el tiempo en que verificaba tal situación, esto es, por cuanto tiempo permanecía en las instalaciones de la sede huellas de amor, ya que en el caso de la señora KATIA FRAGOZO, afirmó que laboraba en municipio diferente al que prestaban servicios las demandantes, y tratándose de ROSA MARINA GUTIÉRREZ, enfatizó en todo tiempo que laboró en un entorno distinto al de las actoras, siendo que sólo se reunía con ellas los días viernes y sábados; pero con todo, en lo que coinciden las deponentes es en no haber señalado el tiempo en que verificaron la presunta prestación del servicio, si les constaba directamente el cumplimiento del horario que enfatizaron observaban las demandantes, o si solo se trataba de suposiciones derivado de las reuniones que efectuaban en uno o días a la semana;

Con relación a la señora KATIA FRAGOZO, pese a señalar haber fungido como coordinadora de las demandantes con todo no brindó detalles sobre la forma en que desarrollaba su función, esto es, hechos que ofrecieran convicción del efectivo cumplimiento de órdenes y horarios.

En suma, las testigos no ahondaron en la periodicidad o concentración de tiempo en que se veían al día, en una semana, si presenciaron 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.

No obstante lo anterior y pese a que para esta Corporación Judicial, atendiendo a las falencias que presentan las anteriores declaraciones citadas que impiden tener por probado el elemento prestación de servicios y de contera de un contrato de trabajo; lo cierto es que en el expediente obran certificaciones expedidas por la misma demanda principal que no pueden ser desechados en tanto, en curso del proceso, no se emprendió ninguna acción a fin de restarles valor, verbigracia, que no provinieran de quien se aduce las suscribió y por ende ha de darse validez probatoria a lo allí consignado, esto es, que las demandantes prestaron servicios en favor del programa PAIPI para los extremos temporales del 28 de marzo al 28 de Junio de 2013, bajo el cargo de auxiliares docentes y a cambio de un salario de \$950.000.

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 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 estipulado en las certificaciones de prestación de servicios obrantes en los expedientes.

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 insertado en la certificación laboral obrante en el proceso.

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

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, hecho que opera de indicio de la mala fe, deviene la confirmatoria de la sentencia de primera instancia.

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 28 de Junio de 2013.
- Y de otra parte las demandas fueron incoadas en fecha 27 de Junio de 2016 e igualmente fue presentada reclamación administrativa ante el ICBF el 18 de marzo de 2016 y el 13 de abril del mismo año, 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 no operó en el presente caso respecto del ICBF ni del MEN.

Igualmente y como quiera que la demandada principal EDUVILIA FUENTES no contestó la demanda ni propuso excepciones en este sentido, no es factible estudiar la procedencia de la excepción respecto de la misma.

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 1° del 2011, con ponencia del magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza, recogiendo lo dicho en la sentencia del 25 de mayo de 1968, citada entre otras en la del 26 de septiembre de 2000, radicación 14038, que “(...) *lo que se busca con la solidaridad laboral del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo es que la contratación con un contratista independiente para que realice una obra o preste servicios, no se convierta en un mecanismo utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales. Por manera que si una actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de esos trabajadores*”. Y agregó: “(...) si el empresario ha podido adelantar la actividad directamente y utilizando sus propios trabajadores, pero decide hacerlo contratando un tercero para que éste adelante la actividad, empleando trabajadores dependientes por él contratados, el beneficiario o dueño de la obra debe hacerse responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho estos trabajadores, por la vía de la solidaridad

laboral, pues, en últimas, resulta beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron sus servicios en una labor que no es extraña a lo que constituye lo primordial de sus actividades empresariales”.

Así mismo, ha sido preceptuado que *“no basta simplemente para que opere la solidaridad, que con la actividad desarrollada para el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí puede suceder, sino que se requiere que la labor constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico”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 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).

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

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.

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

por el Juez de Primera Instancia, por cuanto las labores desempeñadas por las demandantes “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 en virtud a que 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:

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, las demandantes indican en la acción ordinaria laboral que se desempeñaban como auxiliar docente y de la testimonial, que en todo caso fue desacreditada, no es válido extraer que estaban 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 auxiliar docente que desarrollaban las demandantes no cumplía 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 absolverse al ICBF y consecuentemente, se modificará en este sentido la sentencia de instancia, esto es, se revocarán las condenas impuestas en cabeza del ICBF.

No se hará un estudio respecto de la absolución impartida por respecto a la entidad MEN, en tanto, como en efecto se dijo en la sentencia de primera instancia, no existen condenas en su contra a fin que se abrigara a su favor el Grado Jurisdiccional de Consulta y de otra parte, dicho aspecto no fue motivo de apelación en esta instancia.

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: **REVOCAR** los numerales TERCERO y SEXTO de la sentencia de origen y fecha anotados que a la letra señalan:

“TERCERO: DECLARAR que el INSTITUTO DE BIENESTAR FAMILIAR es solidariamente responsable de las obligaciones que la demandada EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ tiene para con LICETH MARGARITA Y MIRLANDA INÉS FUENTES JIMENEZ, por lo manifestado en los considerandos de este proveído”

SEXTO: COSTAS a cargo de la demandada EDUVILIA FUENTES BERMUDEZ E ICBF”

Se aclara que el numeral SEXTO será revocado únicamente en lo que atañe al ICBF, para en su lugar ABSOLVER al ICBF de las pretensiones encaminadas en su contra, por las razones esbozadas en la parte motiva.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia atendiendo al Grado Jurisdiccional de Consulta y por la prosperidad del recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

APROBADO
CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado Ponente

APROBADO
PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada

APROBADO
JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado