



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

Riohacha, ocho (08) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUAREZ

ACCIÓN:	PROCESO ORDINARIO LABORAL – LEY 1149 DE 2011
PROVIDENCIA	SENTENCIA
DEMANDANTE:	YOLIBETH DAZA MENDOZA, LESBIA REMEDIOS OÑATE DAZA y ATENAIDA MARÍA NIEVES
DEMANDADO:	EDUVILIA FUENTES BERMUDEZ y solidariamente contra EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN y FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE,
JUZGADO DE ORIGEN:	Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira
TEMA:	CONTRATO REALIDAD Y SOLIDARIDAD
RADICACION No.:	44650310500120140025501

Discutido y aprobado en Sala Según **Acta No. 62** ocho (08) de octubre de 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 **quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021)**, por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira, en el proceso de la referencia y que fuere repartida ante esta Corporación judicial el día 26 de mayo de 2021.

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

YOLIBETH DAZA MENDOZA, LESBIA REMEDIOS OÑATE DAZA y ATENAIDA MARÍA NIEVES demandaron a la señora EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ, y solidariamente al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO- FONADE, pretendiendo se declarara: (i) la existencia de un contrato de trabajo con extremos temporales del 22 de agosto de 2011 al 15 de diciembre del mismo año (ii) que se condenara al pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones causadas en dicho periodo (iii) la ineficacia de la terminación del contrato, con orden de pago de salarios y prestaciones sociales por el tiempo que permaneciera cesante (iv) reclama la declaratoria de solidaridad respecto de las entidades demandadas a términos del artículo 34 del C.T.S., (v) que se falle extra y ultra petita (vi) y las costas procesales

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

Como sustento de sus pretensiones indicaron: haber celebrado contrato de trabajo con la señora EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, del 22 de agosto al 15 de diciembre de 2011, fecha cuando terminó el contrato sin justa causa. Que desempeñaron el cargo de docente (YOLIBETH DAZA MENDOZA y LESBIA REMEDIOS OÑATE DAZA), auxiliar docente (ATENAIDA MARÍA NIEVES) 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 \$1.500.000 ((YOLIBETH DAZA MENDOZA y LESBIA REMEDIOS OÑATE DAZA y \$1.000.000 (ATENAIDA MARÍA NIEVES), respectivamente, a fin de dar cumplimiento al objeto y las obligaciones del convenio de gestión de proyectos 211012 celebrado entre el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y FONADE, en virtud del cual la demandada FUENTES BERMUDEZ en su calidad de propietaria del establecimiento de comercio COLEGIO GABRIELA MISTRAL, suscribió los convenios de prestación de servicios con FONADE. Informaron que, en desarrollo del contrato laboral, fueron subordinadas de su empleadora EDUVILIA FUENTES, cumplieron horario, sin que liquidara y pagara prestaciones sociales y vacaciones, ni se acreditara la afiliación al sistema de seguridad social y parafiscalidad, que se agotó la reclamación administrativa, finalmente expresaron que las entidades demandadas son solidariamente responsables.

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 y 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 haber suscrito el convenio interadministrativo objeto de controversia y añadió que no existe obligación alguna en su cabeza, 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, FUERO DE ATRACCIÓN, 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:

Se tuvo por no contestada la demanda.

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 del MEN 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 actoras 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.

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, por lo que declaró la presunción de ser ciertos los hechos sujetos de confesión

Declaró parcialmente operante la prescripción en favor del MEN.

En punto a la condena peticionada relacionada con la declaratoria de ineficacia de la relación laboral expuso:

“(...) Luego entonces, en este caso se encuentra probado que las demandantes devengaban más de un salario mínimo y las demandas fueron presentadas pasados los dos años de terminada la relación laboral, por tanto, se condenará a la demandada a pagarles sólo intereses moratorios a la tasa máxima del crédito de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, a partir del 16 de diciembre de 2011 hasta que se verifique el pago de los aportes al sistema de seguridad social”.

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 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, por esta razón declaró probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la solidaridad para FONADE. Contrario a esto, en cuanto al MEN expuso:

*“se considera que el objeto desarrollado en el contrato de prestación de servicios celebrado por FONADE con la señora **EDUVILIA FUENTES BERMUDEZ** tiene relación con las labores normales desarrolladas por el Ministerio de Educación Nacional, entidad que delegó 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 quienes desplegaban actividades pedagógicas, de cuidado y atención de los niños, afines a las funciones de esta entidad, razón por la cual, se le declarará como solidaria de todas y cada uno de las obligaciones laborales reclamadas en estas demandas”.*

2.3 RECURSOS DE APELACIÓN.

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

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

“...respetuosamente interpongo recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir, en los siguientes términos:

En el expediente obra documentación y soporte de la señora YOLIBETH, que la misma no se encontraba vinculada al convenio que se encuentra demandando; si bien es cierto se puede dilucidar que sí existió un contrato entre ella y la señora EDUVILIA, porque ésta última prestaba un servicio escolar, pero no quiere decir ello que porque trabajara con EDUVILIA se encontraba vinculada como tal porque de eso dio fe la firma interventora y así lo manifestó FONADE en respuesta a la reclamación administrativa y los hechos de la demanda; entonces en ese sentido señor Juez consideramos que no se debió conceder ese derecho a la señora YOLIBETH MENDOZA; en cuanto a las demás demandantes y en específico a la señora ATENAIDA si bien es cierto el despacho considera como un hecho grave la inasistencia de la demandada al interrogatorio de parte y se dio aplicación al artículo 205 del CGP (...), de igual forma debe aplicarse a la señora ATENAIDA toda vez que no concurrió al despacho al absolver a rendir el interrogatorio de parte, en ese sentido debe dársele igual sentido tanto que se le dio a la señora EDUVILIA como a ATENAIDA como demandante; en ese sentido no debe solo basarse en la prueba documental aportada por CYR para la declaración de un derecho; sino que se debe aplicar las mismas consecuencias que se aplicaron a la señora EDUVILIA, por no haber asistido a la audiencia y no haberse practicado el interrogatorio de parte; entonces consideramos que tampoco debieron salir adelante las pretensiones de ATENAIDA.

En cuanto a la señora LESBIA, si bien es cierto, existe también en el expediente un documento que señala que sí se encontraba vinculada al convenio, también es cierto es que el salario allí manifestado no corresponde al que ella plasma en la demanda, es decir, CYR constructores en un documento que aporta con la contestación de la demanda, señala que el salario era de \$1.000.0000 y sobre ese salario debería hacerle la liquidación de las prestaciones sociales concedidas.

Existe material probatorio que así lo manifiesta. En cuanto a los testimonios allegados por las demandantes, específicamente respecto a INGRID MENDOZA, ya el tribunal se ha manifestado con relación a los testimonios de ella, pues al señalar que es coordinadora del programa y tenía a su cargo la visita del lado sur de la Guajira y del Cesar, y municipios como Distracción, San Juan del Cesar, Villanueva, El Molino, en qué momento podía dar fe de los ingresos, salidas de las demandantes, no le podía constar, no podía dar fe de las funciones cumplidas, si las cumplían a cabalidad.

Debe tenerse en cuenta la fluidez con la que la testigo rinde su testimonio, todo apunta al recital de un documento de memoria, es una cosa que tiene plasmada en la cabeza, de tanto servir como testigo; además el Tribunal en la sentencia del 27 de octubre de 2020, y 29 de octubre de 2020, hace graves reparos sobre la señora INGRID MENDOZA como testigo, tanto es, que no la tiene en cuenta en el proceso y ese es el motivo por el cual revoca las decisiones, por la poca credibilidad que tiene ella del testimonio, por la carencia del don de ser omnipresente, de dar fe de las funciones, mientras se encontraba dando un recorrido por los distintos municipios de la Guajira y el Cesar, y de igual forma el testimonio de la señora ANGELI CONTRERAS, en ese mismo sentido manifestó que su trabajo era de visitar las zonas de difícil acceso de San Juan del Cesar, que eso lo realizaba de manera recurrente, entonces cómo le cabía a ella manifestar al despacho con certeza y dar fe de las entradas a las 7 am y 4pm de las demandantes, y sobre todo en el caso de la señora ATENAIDA que se

encontraba en un municipio diferente a San Juan del Cesar; en ese orden de ideas, los testimonios no pueden tenerse en cuenta y solicito la verificación de los mismos ya sea para modificar o revocar la sentencia proferida.

Otro punto que quiero que se verifique es respecto de FONADE, respecto de la no declaratoria de responsabilidad solidaria si atendemos al estudio del articulado podemos advertir que existe una cláusula de la responsabilidad de FONADE, y allí se indica que FONADE responderá por culpa leve por las responsabilidades asignadas a su cargo por la ejecución del convenio (...) FONADE es administrador, gerencia y ejecuta proyectos, sin embargo de ser así las cosas, al momento de contratar a la interventora CY R, no se avizora ningún tipo de irregularidad, sin embargo, toda esta situación que se viene planteando en estos procesos y en ningún momento ni la firma interventora hace tal manifestación ni a FONADE ni al MEN; ello quiere decir que FONADE falta a lo estipulado en el contrato; o sea, todo estaba bien, no existía irregularidad, sin embargo sale condenado mi representado (MEN) y a FONADE no se le hace reproche alguno por su gestión, de la ejecución del convenio; entonces en ese sentido los honorables magistrados deben hacer revisión del articulado, y verificar el cumplimiento de FONADE; porque todo al haberse dado de una manera excelente, un normal cumplimiento de un convenio ninguna de estas situaciones se estuvieran ventilando, máxime cuando se dice que ellos hacían un reporte; las planillas que obran en el expediente reportan salarios diferentes a los que dicen las demandantes en su demandante, y sobre esto es importante precisar lo que el tribunal expuso en sentencia del 27 de octubre de 2020 con ponencia del Dr CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ (...).

Puede que ellos digan que se da una prestación personal, y eso hace que se desplace la carga del demandado, pero eso no es así, eso no opera de forma automática, a ellos les corresponde de conformidad con el CGP, probar los hechos en que sustentan sus peticiones; en ese sentido consideramos que no se encuentra probado en el proceso primero: el tema de los salarios, que decía recibir cada uno de los demandantes; segundo: la vinculación que existía de YOLIBETH con el convenio que demanda y en el caso de los testigos, no son los adecuados para probar los hechos y pretensiones de las demandantes como se manifestó, tenían unos cargos que eran de amplia ausencia de las sedes a la cual manifiestan los demandantes haber prestado sus servicios, y no pueden dar fe ni certeza, de los horarios, funciones que cumplían durante la relación contractual; en ese orden de ideas doy por sentado el recurso de apelación y solicito estudiar cada una de las pruebas documentales y testimoniales e interrogatorios practicados así como la aplicación de los indicios del artículo 205 del CGP, por la ausencia a la práctica de interrogatorios.

PARTE DEMANDANTE

Igualmente interpuso recurso de apelación la parte demandante, en los siguientes términos:

“Manifiesto mi inconformidad con referencia a lo dispuesto por este Despacho a la sanción de ineficacia, que no la concedió de manera plena, sino que argumentó el señor Juez que por haberse presentado la demanda después de 24 meses y por haber devengado la parte demandante más de 1 salario mínimo no se le puede otorgar un día de salario por cada día de retardo sino intereses moratorios. El suscrito no comparte esta apreciación nueva, inédita en materia sustantiva, legal, judicial que estableció el H. Tribunal Superior de Riohacha, con referencia a estos procesos y en específico, del Dr CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ, que desde hace un tiempo ha venido presentado sentencias que atentan contra los derechos que judicial y constitucionalmente se le debe proteger a los demandantes, trabajadores y específicamente contra estos procesos que se adelantan con la señora EDUVILIA FUENTES, innovando en efectos de derrumbar la viabilidad judicial de estos procesos, presentando decisiones completamente inéditas en el derecho colombiano, y que ojalá la CSJ, cuando se presente recurso de casación, tenga a bien casar parcialmente la sentencia, pues estoy seguro que este recurso de apelación que estoy presentando no va a tener ningún tipo de asidero en el Tribunal, porque el Tribunal a partir de la

sentencia del Dr CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ, adoptó una posición frente al particular. El Dr CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ, en las sentencias que ha dictado con referencia a la sanción de ineficacia manifiesta él, asimilando unos efectos, unas interpretaciones que supuestamente, según su entender, dice la Corte, plasmó la CSJ, en su sala de casación laboral, y precisamente en la sentencia SL 516 de 2013, el suscrito analizó esa sentencia y en ninguna parte la Corte dice lo que el Dr CARLOS VILLAMIZAR en sus decisiones ha dicho; en esas sentencias la CSJ lo que asimila o lo que estudia o plasmó es que para efectos de la imposición de la sanción establecida por ineficacia, no debe reintegrarse físicamente el trabajador sino que debe asimilarse esa sanción a la sanción moratoria que establece el artículo 65 del CST, en ninguna parte de esa sentencia del 31 de Julio de 2013 M.P. Jorge Mauricio Burgos, que la tengo aquí y estoy viendo, en ninguna parte dice que si la demanda se presenta después de los 24 meses; si la solicitud de ineficacia es presentada por un actor que devengue más de un salario mínimo no se le puede conceder un día de salario, sino que debe asimilársele ese pago al artículo 65 del CST, cuando se devengue por parte del trabajador más de un salario mínimo o la demanda haya sido presentada después de los 24 meses, en ninguna parte dice eso la Corte, yo tengo la sentencia en estos momentos la estoy viendo, y la observé parágrafo por parágrafo, inciso por inciso, y en ninguna parte, se señala los que dice el Dr CARLOS VILLAMIZAR en su sentencia que ha servido de garrote para que el suscrito en representación de muchos demandantes, esté cabizbajo porque después de luchar tanto tiempo porque estas sentencias salieran avantes, he recibido por parte de ese magistrado una derrota por parte de que considero yo, es una batalla que estoy perdiendo porque la guerra final se librará en la CSJ, y si esto queda así, estas demandadas no tuvieran ninguna razón de ser, sustancia, gracia.

Porque yo como parte demandante, no voy a desgastarme en una demanda que tiene más de 5, 6, 7, 8 años, no voy a desgastarme para que la administración de justicia al final condene a una entidad pública a pagar 2 o 3 millones de pesos, mi tiempo, mi trabajo, el desgaste que me genera a mi este tipo de este procesos, el envejecimiento, el nivel de estrés que me genera el ejercicio de una audiencia tan desgaste, agotante como las que estamos viviendo y vivimos hoy en la tarde, no vale la pena que yo como litigante que cobro cuota Litis, al final lo que me van a dar es 2 o 3 millones eso no vale la pena, yo no lucho por eso, yo lucho porque se aplique la Ley y se aplique la norma sustantiva como está plasmada, y ¿cómo está plasmada? así como dice el artículo 65; el artículo 65 en ninguna parte, se dice por lo menos en el parágrafo 1 que es donde está consagrada la ineficacia, no se establece el efecto que establecen aquí; si el legislador hubiese querido que los efectos que contiene el inciso primero del artículo 65 se plasmara en el parágrafo primero, allí en la literalidad de esa norma se hubiese hecho, pero así no se hizo señores magistrados PAULINA, JHON RUSBER, ustedes que ojalá tengan a bien considerar mis argumentos; así no se hizo por el legislador, entonces le queda mal a un operador de justicia darle los efectos a una norma que no establece la norma, y que no lo establece su superior funcional al momento de estudiar la aplicación de la norma en un caso concreto; la sanción por ineficacia tiene génesis jurídica distinta a la sanción moratoria; la sanción moratoria nace por el no pago de prestaciones sociales y/o de salarios; la sanción por ineficacia nace por el no pago de aportes al sistema de seguridad social integral; la primera es una deuda que tiene el empleador con el trabajador, la segunda es una deuda que tiene el empleador con el sistema de seguridad social, entonces si esa deuda no la tiene el empleador con el trabajador sino con el sistema a qué se le va a sacar los intereses moratorios sobre qué monto se calculan los intereses moratorios que dice el Dr CARLOS VILLAMIZAR en sus sentencias y que acoge el Juez Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, sobre qué sumas se van a liquidar esos intereses moratorios; sobre las prestaciones sociales no se pueden liquidar los intereses moratorios porque sobre esas prestaciones sociales no nace la sanción de ineficacia, si fuese la sanción del artículo 65, sobre esa suma sí tenía que liquidarse los intereses moratorios, pero como la sanción de ineficacia es distinta, no se le puede liquidar sobre esas sumas, entonces ¿sobre qué sumas se le van a liquidar que dice el Dr CARLOS VILLAMIZAR en sus sentencias?, es imposible.

Yo me he puesto a hacer una revisión más o menos organizada sobre todas las sentencias que ha proferido la CSJ, y no hay una sola que diga lo que dice el Dr CARLOS VILLAMIZAR en sus sentencias, la CSJ lo que dice es que no opera el

reintegro físico del trabajador, es decir, anteriormente se aplicaba la literalidad a la norma, y se reintegraba el trabajador a su puesto de trabajo, esto lo cambió la CSJ, diciendo que lo quería el legislador no era el reintegro físico del trabajador sino proteger la viabilidad económica del sistema, blindar al sistema, y para buscar ese blindaje estableció una sanción tan drástica para el trabajador por esos pagos; entonces dijo la CSJ a partir de la sentencia del 14 de julio de 2009, SL 353, con ponencia de ISAURA DÍAZ, a partir de esa sentencia señaló que los efectos de la sanción de ineficacia y moratoria tienen similitud en cuanto a que no se le tiene que ordenar el reintegro físico del trabajador sino que se tiene que condenar al pago de los salarios que se generen a partir de la terminación del contrato de trabajo. Solo económicamente hablando se equipararon esas sanciones, esa interpretación no es nueva, a partir de la sentencia 353303; a partir de ahí se viene estableciendo esa similitud; qué hizo la sentencia SL 516 de 2013, seguir la misma línea jurisprudencial con relación a esa jurisprudencia de ese entonces.

Entonces señores magistrados vuelvo y repito, estoy completamente seguro que desafortunadamente para mí, y ya el Dr CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ, estableció esa posición, y es la que va a quedar, porque esa semilla se sembró para quedarse, ya esa no es una semilla, ya es un árbol que germinó, tiene frutos, entonces no hay quién lo tumbe, lo único que lo puede tumbar es una sentencia de la CSJ, lo único que puede derrumbar ese roble que sembró el señor CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ, fue allá, solo lo puede tumbar la CSJ, a través de una sentencia de casación, pues estos argumentos, por mucho peso jurídico que tenga, porque no lo estoy inventando yo, no tiene ningún efecto.

Vuelvo y repito si ambas figuras, sanciones tienen naturaleza jurídica distinta, nacimiento distinto, parten de derechos distintos ¿cómo se van a asimilar plenamente?; ahora bien, si se ordena la ineficacia, si se dice la posición del señor CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ, ya no se va a ordenar el pago de salarios moratorios sino intereses moratorios, porque se presentó la demanda después de 24 meses y la demandante devengaba más de 2 salarios mínimos, entonces ¿cómo queda la aplicación de la norma?; si lo que dispone la norma según el parágrafo primero es que la terminación del contrato no produce efectos, entonces cómo cabría esta disposición normativa, que tiene vigencia en el derecho colombiano, ¿cómo se aplicaría en este caso?, si lo que está diciendo el señor Juez en esta instancia y lo que van a confirmar los señores magistrados en segunda instancia, es que efectivamente se pagan los intereses moratorios, entonces que pasaría con esa terminación que no tuvo efectos; es decir, a partir del 16 de diciembre de 2011, ¿qué pasa con esa terminación que no produce efectos por determinación de la norma?, si la terminación no produce efectos, según la norma que es lo que tiene que aplicar los jueces, entonces por qué esa terminación si no produce efectos, por qué se está ordenando el pago de unos intereses moratorios; no entiendo señores magistrados, ¿cómo así que la terminación no produce efectos? Porque supuestamente no se presentó en dos años, eso no lo dice la norma, si el legislador lo hubiese querido establecer así, lo hubiese insertado como lo estableció en el inciso 3 del artículo 65, como también se estableció la no limitante que establece el parágrafo segundo para los que devenguen menos de un salario mínimo o un salario mínimo.

Entonces ojalá que por lo menos genere cierta curiosidad en los magistrados esta apreciación que el suscrito hace de manera respetuosa, vamos a ver qué dicen del estudio de mi recurso porque es inquietante que esto se siga maquinando, se sigan sembrando robles jurídicos de esta naturaleza que están llenos de comején, un comején judicial que se come el derecho de los trabajadores a través de sentencias de estas que mutilan de verdad o dejan sin efectos; o sea se ganan los procesos pero pírricamente, sentencias que antes llegaban a 100, 120, 130 millones de pesos, ahora lo que se va a recibir son 2 o 3 millones de pesos (...: ininteligible el audio en 3 segundos); entre eso y ganar nada es lo mismo, o sea se ganan procesos (...), pero económicamente hablando que es de lo que yo vivo, yo no vivo por decir ah es que yo gané, porque yo quiero es ganar plata, no voy a ganar plata litigando sobre un caballo de éstos que no tenga ningún derrotero que valga la pena. Entonces señor Juez yo creo que existe suficiente ilustración sobre el particular, ojalá que alguna inquietud genere en los magistrados lo que yo acabo de manifestar”.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes se pronunciaron así:

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”.

A su turno el MEN expuso:

Que no se observa el cumplimiento de los requisitos legales a fin de determinar la existencia de un contrato laboral; 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*. Enfatizó en la naturaleza jurídica de la entidad, y su *“imposibilidad”* de contratación de las demandantes, recapituló en que no existe responsabilidad solidaria en su cabeza y alegó una vez más la buena fe en el desarrollo del convenio interadministrativo.

Expuso que *“El MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL no presta el servicio educativo lo evalúa y lo vigila, ahí radica el error de la sentencia recurrida”*.

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 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 las demandantes aducen la existencia de un contrato de trabajo con la demandada EDUVILIA FUENTES con extremos temporales entre del 22 de agosto al 15 de diciembre de 2011, fecha cuando terminó el contrato sin justa causa. Que desempeñaron el cargo de docente (YOLIBETH DAZA MENDOZA y LESBIA REMEDIOS OÑATE DAZA), auxiliar docente (ATENAIDA MARÍA NIEVES) 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 \$1.500.000 ((YOLIBETH DAZA MENDOZA y LESBIA REMEDIOS OÑATE DAZA y \$1.000.000 (ATENAIDA MARÍA NIEVES), 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.

Arrimaron certificado de matrícula mercantil en donde se constata que la señora EDUVILIA MARIA FUENTES BERMUDEZ es propietaria del Colegio Gabriela Mistral; asimismo el convenio interadministrativo No. 211012 suscrito entre el MEN y FONADE; así mismo se estipuló como plazo de ejecución del contrato hasta el 31 de diciembre de 2011, y sus modificaciones, 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 2111239 para las 3 demandantes con fecha de suscripción 27 de julio de 2011 y finalización 15 de diciembre del mismo año suscrito por el FONDO DE FOMENTO A LA ATENCIÓN INTEGRAL A LA PRIMERA INFANCIA, y EDUVILIA MARIA FUENTES BERMUDEZ en calidad de propietaria del COLEGIO GABRIELA MISTRAL cuyo objeto fue *“prestar atención integral en educación inicial, cuidado y nutrición a los niños y niñas menores de cinco (5) años en condición de vulnerabilidad, vinculados al programa de atención integral a la primera infancia PAIPI, a través de propuestas de intervención oportunas, pertinentes y de calidad”* a fin de ser desarrollado en el municipio de San Juan del Cesar y el contrato No 2111238, cuyo municipio de ejecución lo fue San Juan del Cesar.

Pues bien, estos soportes documentales permiten solamente acreditar la actividad comercial a la que se dedicaba la demandada directa, la existencia de los negocios jurídicos entre el MEN y FONADE, y entre este último 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 22 de agosto de 2011 y terminó el 15 de diciembre del mismo año, que prestaban el servicio en el centro educativo, esto es el GABRIELA MISTRAL y precisan 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 en favor de las 3 demandantes así:

INGRID MENDOZA: *Señaló constarle que las demandantes laboraron para el programa PAIPI porque fue “compañera de trabajo de cada una de ellas”; que YOLIBETH MENDOZA, era docente en el centro infantil huellas de amor No 1, al igual que la señora LESBIA OÑATE; que la señora ATENAIDA era auxiliar de la señora EDUVILIA; que cada una de ellas fue contratada por la señora EDUVILIA FUENTES para trabajar con el programa PAIPI; que tenían funciones que desarrollar entre las que se encontraba desarrollar actividades lúdicas, pedagógicas con niños de 0 a 5 años, realizar juegos, rondas, dinámicas mantener al día la papelería de los estudiantes; que cumplían un horario de 4 a 7 p.m. y firmaban una planilla de ingreso y egreso; que trabajaron en el período del 22 de agosto al 15 de diciembre de 2011, contratadas por la señora EDUVILIA FUENTES; que todo lo sabe porque era coordinadora general del programa y en particular del centro Huellas de amor No. 1, asegura que les quedaron adeudando salarios pues les cancelaban en forma fragmentada; que la señora EDUVILIA le informó que las docentes iban a ganar un salario de \$1.500.000 y las auxiliares de “un millón”; que les hacía abonos de sus salarios pero no pagos totales.*

Manifestó que estuvo presente en la contratación de las demandantes; que las señoras YOLIBETH y LESBIA, prestaron el servicio en San Juan del Cesar en el centro infantil huellas de amor No 1 del programa PAIPI, y que la señora ATENAIDA fue auxiliar del colegio de la Junta del PAIPI en calidad de auxiliar de "JESICA PEÑARANDA"; informó que como coordinadora general ejercía sus funciones en San Juan del Cesar y Distracción, y además como coordinadora local del centro infantil huellas de amor No 1, donde "radica la señora EDUVILIA FUENTES"; señaló que la señora ATENAIDA, laboró en la Junta porque estuvo presente al momento de su contratación, " fueron citados todos los docentes del colegio Gabriella Mistral", y era la coordinadora general del programa PAIPI.

Informó que realizó visitas al lugar de trabajo de ATENAIDA, cuando la señora EDUVILIA FUENTES así lo disponía; que las demandantes desempeñaban funciones tales como realizar actividades lúdico pedagógicas, juegos, rondas, organización de papelería de los niños, ello para el caso de las docentes, recalcando que esas funciones las hacía en cumplimiento del horario de 7 am a 4 pm, y además que el día sábado se reunía "todo el personal", con la señora EDUVILIA FUENTES, para hacerle entrega de planillas, carpetas, papelería de los niños.

Señaló que el trabajo era supervisado por ella (la testigo) y por EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, porque permanecía "constantemente en el centro infantil" y que además los días sábados debía revisar las planillas; que las docentes demandantes nunca faltaron a sus labores y cumplieron su horario a cabalidad.

Que las funciones las imponía EDUVILIA FUENTES y era quién impartía órdenes; que el salario que "se les dijo", fue de \$1.500.000 para las docentes, y \$1.000.000 en caso de la señora ATENAIDA, recalcó que la señora EDUVILIA hizo "abonos" "contentillos"; que la contratación fue verbal; que se les suministraba un carné a las demandantes para el desempeño de sus funciones; que el MEN realizaba visitas.

Enfatizó en que prestaba sus servicios como coordinadora general en San Juan del Cesar, Distracción, y zonas aledañas de San Juan; indicó que prestaba servicios en el sur de la Guajira y San Juan, a excepción del municipio de Uribia, porque allí tenían otra coordinadora; que visitaba "constantemente los distintos municipios", y posteriormente aclaró que iba tres veces a la semana "estipuladas como tiempo completo cuando así lo ameritaba", y que cuando habla de 3 días a la semana en San Juan del Cesar, "habla por horas, porque los sábados se disponía a revisar lo que era papelería para hacerle entrega a la señora EDUVILIA"; que la zona del Cesar, la designaba por días, podría ser 3 días a la semana, siempre y cuando la señora EDUVILIA necesitara supervisión en esas zonas, porque cada zona tenía su coordinadora local, quien era la encargada de hacer entrega de informes de funciones que realizaban las docentes "por ende lo hacía esporádicamente, a la semana podía ser 3 días", el tiempo restante regresaba al centro infantil huellas de amor en el año 2011, porque en ese período fue que se desempeñó como coordinadora en ese lugar, siendo que los años anteriores fungió como coordinadora general".

Adujo que le consta que LESBIA OÑATE y YOLIBETH, cumplían un horario porque ella (la testigo) "debía presentarse a las 7: am, al centro infantil huellas de amor, y cuando regresaba encontraba a la señora EDUVILIA cuando debía salir a supervisar otras zonas del Cesar, y que si se quedaba a cargo, debía regresar a las 4 o 5 pm, y cuando regresaba todavía encontraba docentes allí entregando estudiantes".

Que la señora EDUVILIA impartía órdenes tales como "cuidado de los niños, cumplimiento de un horario, que realizaran actividades lúdicas, darles alimentación" y que las demandantes cumplieron con esas órdenes; respecto de la señora ATENAIDA indicó que además de ver las planillas, realizó visitas al corregimiento de la Junta.

ANGELA CONTRERAS NUÑEZ: afirmó que trabajó para Eduvilia Fuentes como coordinadora del entorno familiar, que "tenían la responsabilidad del programa"; que la señora ATENAIDA fue auxiliar en la Junta de la docente Yesica Peñaranda, y sus funciones eran velar porque se hicieran las actividades lúdico pedagógicas y se hicieran visitas domiciliarias, tenían un horario de trabajo y firmaban planillas de entradas y salidas y los sábados se reunían a hacer planeación de las actividades que se iban a hacer; que la auxiliar tenía un sueldo asignado de un \$1.000.000 y las docentes de \$1.500.000; que el contrato fue verbal y les hicieron una convocatoria a la que acudieron todos; que las demandantes y ella fueron contratadas el mismo día, por lo que puede dar fe de lo que aducen las demandantes.

Que la contratación la hizo Eduvilia Fuentes en el centro infantil Huellas de amor, y la función principal de auxiliares y docentes era velar por la educación de los niños de 0 a 5, educación, alimentación, la auxiliar tenía que llenar planillas, llevar papelería, las actividades lúdicas se hacían en conjunto las docentes con sus auxiliares y asistirlos.

Que YOLIBETH y LESBIA laboraron en Huellas de amor en San Juan del Cesar y ATENAIDA en la Junta; que el contrato inició el 22 de agosto y terminó el 15 de diciembre de 2011, el horario lo imponía la señora Eduvilia junto con la coordinadora general INGRID MENDOZA. Explica que, como coordinadora de la señora ATENAIDA supervisaba su horario, a YOLIBETH y LESBIA las supervisaba INGRID y también la señora EDUVILIA agendando las planillas de entrada y salida; que la señora ATENAIDA manejaba 45 niños tres días a la semana y los otros días atendía las demás actividades; que la testigo trabajaba como coordinadora de San Juan del Cesar y sus corregimientos; adujo que visitó la Junta “siempre”, pero sin concretar con qué frecuencia; que conocía de la deuda de salarios por su calidad de coordinadora y porque se comunicaban; que como dotación la señora Eduvilia les suministró unos chalecos, gorras y carnés; que en caso de inasistencia se les descontaba el día o se les pasaba un memorando, ella era coordinadora del entorno familiar en los corregimientos de la zona rural de san juan del cesar y visitaba zonas como “la peña, cañaverales, corraleja, boca del monte, caracolí” y que para realizarlas tenía una “ruta de cercanías”, y que con frecuencia podía cubrir todas las zonas, todos los días, toda la semana; que los sábados revisaba las planillas y verificaba que se daba cuenta del cumplimiento del horario de cada uno, “además cuando salía y regresaba de los corregimientos iba a firmar las planillas al centro”; “señaló que le consta presencialmente que la señora Atenaida entraba a las 7 am y salía a las 5pm”; informó que con anterioridad a agosto de 2011 laboró que con la señora EDUVILIA FUENTES; señaló que como visitaba varias zonas, a unas asistía en la mañana y otras en la tarde, y “así sucesivamente intercambiaba y así podía vigilarlas a ellas”.

INTERROGATORIO DE PARTE

YOLIBETH MENDOZA DAZA:

Manifestó que fue contratada por la señora EDUVILIA FUENTES, el 22 de agosto al 15 de diciembre de 2011; que desconoce el convenio bajo el que fue contratada; que fue vinculada bajo la modalidad institucional, que prestó servicios en el programa PAIPI, en el centro huellas de amor de San Juan del Cesar; que sus funciones eran realizar actividades lúdico-pedagógicas, “disfrazarse”, para a través del juego pudieran aprender, “llevar su documentación”; que en anteriores oportunidades había laborado con EDUVILIA FUENTES; que si no cumplían el horario les pasaban “memorandos”, pero eso nunca sucedió en su caso.

ATENAIDA no concurrió a la diligencia y se presumieron como ciertos los hechos susceptibles de confesión, así como las excepciones presentadas.

LESBIA REMEDIOS OÑATE

Señaló que fue contratada por EDUVILIA FUENTES desde el 22 de agosto al 15 de diciembre de 2011, que laboró en el colegio huellas de amor, que desconoce el convenio del que hace parte el contrato, que recibió capacitación por parte de EDUVILIA FUENTES; que la señora EDUVILIA no les explicó sobre el convenio que hoy demanda; que la coordinadora a las 7 am “la encontraban en la sede”.

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 INGRID MENDOZA, en tanto sus manifestaciones fueron coincidentes con los hechos narrados en la demanda, con explicación de las circunstancias en que ocurrió la contratación y la forma como llegó a su conocimiento, esto es, por tratarse de la coordinadora local del centro infantil huellas de amor No 1 del municipio de San Juan y por “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 por la demanda únicamente respecto de las señoras YOLIBETH MENDOZA y LESBIA OÑATE 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 persona respecto de la que se adujo recibían órdenes, y en últimas, todas aquellas circunstancias que permitieran advertir la subordinación laboral propia de un contrato de trabajo, o por el contrario, su desacreditación.

Así y pese a que el anterior conocimiento no se obtuvo, no ha de obviarse que en todo tiempo la declarante resaltó su condición de coordinadora local del centro infantil huellas de amor No 1 de San Juan del Cesar, donde enfatizó, desarrollaban sus funciones las actoras, resaltando que las demandantes fueron contratadas 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 las actoras 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 demandada de probar que la prestación personal del servicio no fue subordinada, presupuesto incumplido por la parte demandada.

Resáltese que si bien INGRID MENDOZA, aseveró haber fungido como coordinadora general en el municipio de san Juan del Cesar y corregimientos cercanos, lo que en principio haría advertir, como se ha dicho en otras oportunidades que, los hechos que narra no lucen convincentes ni que hayan sido percibidos por sus sentidos, en esta oportunidad, se dará eficacia a su dicho únicamente respecto de las señoras LESBIA OÑATE y YOLIBETH MENDOZA, en tanto su declaración se enfocó en señalar que a más de ser la coordinadora general, fungió como coordinadora local en el mismo centro infantil en que laboraban las demandantes anteriormente enunciadas; asimismo afirmó que cada día estaba ejerciendo control sobre el cumplimiento de horario y funciones en el centro infantil huellas de amor No 1 de San Juan del Cesar, en concreto enfatizó en que las señoras *“LESBIA OÑATE y YOLIBETH, cumplían un horario porque ella (la testigo) “debía presentarse a las 7: am, al centro infantil huellas de amor, y cuando regresaba encontraba a la señora EDUVILIA, en casos en que debía salir a supervisar otras zonas del Cesar, y que si se quedaba a cargo, debía regresar a las 4 o 5 pm, y cuando regresaba todavía encontraba docentes allí entregando estudiantes”.*

Con base en lo expuesto, ha de advertirse que en esta oportunidad la testigo dio cuenta de haber percibido con sus sentidos el cumplimiento de órdenes y horario a diario por las actoras, y si bien, no negó su condición de coordinadora general, lo cierto es que la parte demandada no propendió por indagarla y/o desacreditarla en ese sentido, esto es, cuanto espacio de tiempo permanecía en el lapso de un día, o una semana en el centro educativo en que desempeñaron sus funciones las señoras YOLIBETH MENDOZA y LESBIA OÑATE, el tipo de órdenes impartidas por EDUVILIA FUENTES en calidad de empleadora y de su parte en calidad de Coordinadora y demás circunstancias que permitieran desacreditar su dicho en punto a que pudo dirigir y tener conocimiento directo por sus sentidos del cumplimiento de órdenes subordinadas por parte de las señoras LESBIA OÑATE y YOLIBETH MENDOZA en el centro infantil en que tenía su sede de operaciones como coordinadora local.

Igualmente ha de decirse que la testigo en cita no será tenida en cuenta como sustento para probar la prestación personal del servicio de la señora ATENAIDA MARÍA NIEVES, como quiera que no pudo precisar su tiempo de permanencia en esa sede, la cual no se erigía en su sede de operaciones permanente, pues claramente manifestó que su función en los restantes corregimientos distintos a San Juan del Cesar se debía a su condición de “coordinadora general” enfatizando que dicho centro educativo (LA JUNTA) contaba con una coordinadora local; así entiende la Sala que la Coordinadora local era la encargada directamente de verificar el cumplimiento de funciones en un centro específico, labor que no fue desempeñada en la sede LA JUNTA por parte de INGRID MENDOZA; de otra parte, no precisó cuantas veces ni en qué ocasiones se dieron las visitas a la Junta, ni su tiempo de permanencia allí, circunstancias éstas que no generan claridad a la sala en punto a determinar por qué asegura el cumplimiento de funciones, horario y prestación del servicio en general en el marco de un contrato laboral, cuando señaló que sus visitas de verificación se daban en el sur de la Guajira y San Juan del Cesar, y que su sitio de funciones permanentes se daba en el municipio de San Juan del Cesar, trasladándose tan solo en ocasiones a los restantes corregimientos, que si bien adujo se daba con regularidad cada semana, lo cierto es que sus manifestaciones no generan convicción sobre la plena percepción por sus sentidos de los hechos que narra respecto de ATENAIDA MARÍA NIEVES en específico del cumplimiento de un horario, pues ¿cómo podría haber verificado el cumplimiento de un horario a diario en dos lugares diferentes (San Juan del Cesar y La Junta)?; por el contrario lo que se entrevistó es que lo narrado obedece a la presunta observancia de planillas de cumplimiento de horarios que le eran entregadas y en las que con todo, tampoco ahondó en su contenido, por lo que, como se expuso, no se tendrá en cuenta su testimonio brindado en punto a ATENAIDA MARÍA NIEVES, recalándose que se dará eficacia respecto de LESBIA OÑATE y YOLIBETH MENDOZA en tanto no fue desacreditado en el proceso que su sitio de

operaciones hubiese sido distinto al de las demandantes en cita, como expuso en su relato.

En punto a la declaración vertida por **ANGELA CONTRERAS NUÑEZ**, dígame desde ya que su testimonio será desestimado en tanto se deduce de sus argumentaciones que las mismas han sido aleccionadas, pues también se resalta, no lucen espontáneas, y por el contrario tienden a favorecer a la actora ATENAIDA MARÍA NIEVES; al punto ha de resaltarse que la deponente en cita, dio cuenta de detalles como el cumplimiento de un horario, órdenes y el hecho de haberse percibido un salario por parte de la actora, argumentando que conoce lo narrado por haber fungido como coordinadora en el municipio La Junta, no obstante, más adelante advirtió que “ella era coordinadora del entorno familiar en los corregimientos de la zona rural de san juan del cesar y visitaba zonas como “la peña, cañaverales, corraleja, boca del monte, caracolí” y que para realizarlas tenía una “ruta de cercanías”, y que con frecuencia podía cubrir todas las zonas, todos los días, toda la semana”; aunado a ello, y al ser interrogada por los apoderados judiciales de las demandadas en solidaridad FONADE y MEN, enfatizó en más de 2 ocasiones que le constaba por sus sentidos que la señora ATENAIDA MARÍA NIEVES cumplía un horario de 7 am a 5:00 p.m. durante todo el lapso mencionado, se pregunta entonces esta sala de decisión ¿en qué instantes visitaba los restantes corregimientos que enunció tales como la Peña, Cañaverales, Corraleja, etc?, ¿cómo podía la actora constarle por encontrarse presente que la actora cumplía a diario el horario descrito y al mismo tiempo visitar los distintos corregimientos mencionados?; la respuesta lógica a la que se allega por parte de esta Corporación es que existió una evidente tendencia a favorecer los intereses de la demandante ATENAIDA MARÍA NIEVES, pues su relato carece de una cronología cierta y lógica, por ende, se desacreditará su dicho.

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).

Aunado a lo anterior, es válido hacer una apreciación en cuanto a la forma en que se dio la práctica probatoria de los interrogatorios de parte decretados. Pues bien, en múltiples ocasiones ha llamado la atención de la Sala, la integridad e imparcialidad en el recaudo de las pruebas, es por esa razón que se ha advertido en específico al JUZGADO LABORAL DEL CIRCUITO DE SAN JUAN DEL CESAR, que debe ser cuidadoso de la forma en que se da el desarrollo de las mismas, esto es, que propenda porque las declaraciones que se rindan en juicio no se encuentren viciadas, verbigracia, porque alguno de los declarantes haya estado presente y en escucha de las manifestaciones de su antecesor, pues cuando ello ocurre claramente surge la duda de si en realidad el dicho del declarante es espontáneo y corresponde a la realidad de lo vivido, en este caso por tratarse de un interrogatorio de parte, o si por el contrario, corresponde a un relato memorizado y perfeccionado por la escucha de las manifestaciones del declarante que lo precede.

En el presente caso, las demandantes que rindieron interrogatorio de parte, en todo tiempo estuvieron en escucha de lo narrado por la otra declarante, esto es, en específico la señora **LESBIA REMEDIOS OÑATE**, permaneció en escucha de lo dicho por YOLIBETH MENDOZA; situación que claramente debió ser corregida por el director del proceso, verbigracia, mediante la recepción primigenia de los interrogatorios de partes (por separado), y posteriormente de los testimonios para no generar con ello vicios en el recaudo de la prueba, pues se reitera la obligación en cabeza del A quo, por procurar la integridad de la prueba recaudada.

Así las cosas, genera dudas a esta Sala si en efecto el dicho de las demandantes al momento de rendir interrogatorio de parte fue espontáneo, o por el contrario obedeció a una réplica de lo dicho por su antecesora; sin embargo, y como quiera que la intención del interrogatorio de parte es procurar la confesión, situación que no ocurrió y la práctica íntegra de la prueba no fue objeto de reproche por la parte interesada, no es factible en esta instancia realizar presunciones sobre la veracidad o no del dicho de las interrogadas; máxime cuando se dará eficacia probatoria a lo narrado por las testigos cuya declaración no se advierte viciada.

Así, 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 las demandantes YOLIBETH MENDOZA y LESBIA OÑATE existió un contrato laboral, ello en tanto se itera una vez más, **la parte demandada adoptó una actitud procesal descuidada.**

Situación contraria ocurre con la señora ATENAIDA MARÍA NIEVES, respecto de quién se revocarán las condenas proferidas en su favor, en tanto los testimonios rendidos en su proceso no dan cuenta de la efectiva prestación del servicio a favor de la señora EDUVILIA FUENTES, restando solo por estudiar a su favor, la presunción ficta declarada por el Juez de instancia. Pues bien, dígase desde ya que en el presente caso, no es factible advertir las consecuencias propias de la confesión ficta previstas en el artículo 77 del CPT y SS como quiera que el Juez de instancia realizó de manera errónea la declaración respectiva y tal circunstancia no fue motivo de reproche por la parte interesada, sin que en esta instancia sea factible corregir dicha falencia. Al respecto la CSJ en sentencia SL 7472 de 2016, radicación 42159 del 25 de mayo de 2016, M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán, expuso:

Por lo tanto, si los hechos alegados por el demandante tuvieron respaldo en la prueba de confesión ficta por la inasistencia a la audiencia del artículo 77 del C.P.L.S.S., ello es punto de derecho que no concierne a la vía indirecta; empero, dejando a un lado dicho defecto de técnica, a la censura no le asistiría razón, pues, para efectos de la declaración de confeso a la parte que no compareció a la audiencia de conciliación, **no es suficiente la siguiente constancia dejada por la juez del conocimiento:**

Como la parte demandada no se ha hecho presente (...) en consecuencia de acuerdo a lo establecido en el Art. 77 del CPT y SS reformado por el Art. 39 de la Ley 712 de 2001 se presumirán como ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión (fl.58).

Al respecto es preciso recordar lo que sobre el punto ha sido reiterada jurisprudencia de esta Sala, plasmada, entre otras, en sentencia del 17 de abril de 2012, radicación 37185:

Finalmente cuestiona la recurrente que el Tribunal haya soslayado los efectos jurídicos que generó la inasistencia del demandado a la audiencia de conciliación, pero de entrada se observa que dicha crítica no fue materia de controversia en las actuaciones de instancia y mucho menos fue objeto de inconformidad en el recurso de apelación, en las que la demandante guardó total silencio en relación con lo que hoy esboza, tornándose, en consecuencia, en extemporáneos dichos planteamientos.

En lo que respecta con la declaración de la confesión ficta o presunta por la inasistencia del demandado a la audiencia de conciliación, el juez de primer grado expresó en auto de 24 de junio de 2003 “En razón a la inasistencia del demandado a la audiencia de conciliación y la carencia de razón justificada de su ausencia, el Despacho procede a dar aplicación al numeral 2º del Artículo 39 de la Ley 712 de 2001. La conducta omisiva del demandado será resuelta dentro de la sentencia definitiva de conformidad con la Ley 712/01”. Esta providencia fue notificada en estrados en la misma fecha, sin que la demandante, ejerciera los mecanismos que le confiere la ley procesal, para obtener que el a quo, antes de proferir fallo, declarara la confesión ficta o presunta en relación con los hechos sobre los cuales procedía.

En sentencia de 23 de agosto de 2006, radicación 27060, la Corte, alrededor del tema debatido, dijo:

Con todo, debe tenerse en cuenta que la que el recurrente aspira se tenga como prueba de confesión presunta no cumple con los requisitos exigidos por la jurisprudencia y por la ley para que se configure esa figura jurídica, de suerte que no sería dable atribuirle al Tribunal un desacierto por no haberla considerado.

En efecto, la sanción prevista por el numeral segundo del inciso 7º del artículo 39 de la Ley 712 de 2001, consistente en presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión de la demanda cuando el demandado no comparece a la audiencia de conciliación, se halla concebida en términos similares a las consagradas en los artículos 56 del Código Procesal del Trabajo y 210 del Código de Procedimiento Civil, de tal modo que le resultan aplicables los mismos requerimientos que a estas para que pueda conducir a una confesión presunta. En relación con esas consecuencias ha precisado esta Sala de la Corte que **es necesario que el juez deje constancia puntual de los hechos que habrán de presumirse como ciertos, de tal manera que no es válida una alusión general e imprecisa a ellos, como la efectuada en este caso, en que el que el juez de la causa se limitó a consignar en la audiencia celebrada el 8 de marzo de 2004 (folio 67) que "... Se presumirán como ciertos todos aquellos hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la contestación de la demanda y en las excepciones de mérito propuestas en la misma, pues de no admitir esa prueba, se tendrán entonces como un indicio grave en su contra", pero sin precisar, como era su deber, cuáles de esos hechos se tendrían como ciertos, ni, por la misma razón, cuáles constituirían indicio grave, prueba que, como es sabido, no es hábil en la casación del trabajo. (Negritas fuera de texto).**

Lo anterior en tanto, el indicio por sí solo no se erige en prueba autónoma, por lo tanto sirve al juez para que a partir de la sana crítica califique y valore integralmente las pruebas; mientras que la presunción en caso de no existir prueba en contrario sí tendrá la virtud de convertirse en una prueba autónoma de confesión, por esta razón es necesario que se individualice los hechos que serán presumidos como ciertos y se deje el respectivo soporte, situación que no ocurrió y por ende no se pueden abrigar en su favor las consecuencias previstas por el A quo.

Así las cosas, y al no existir hechos susceptibles de confesión en favor de la señora ATENIDA MARÍA NIEVES, ni restantes pruebas que corroboren su dicho, ha de advertirse que descuidó el sistema de cargas procesales que recaían en su cabeza a voces de lo previsto en el artículo 167 del CGP y se revocarán las condenas proferidas en su favor.

DEL CONTRATO DE TRABAJO DECLARADO EN FAVOR DE YOLIBETH MENDOZA Y LESBIA OÑATE:

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 la testigo INGRID MENDOZA cuando se le indagó sobre el elemento subordinación que debe estar presente en los contratos de trabajo, como quiera que sencillamente afirmó que las actoras recibían órdenes de EDUVILIA FUENTES, pero sin profundizar en detalles como la periodicidad con que se brindaban y en últimas el tipo de órdenes desplegadas, que permitieran diferenciar órdenes de directrices propias de un contrato de prestación de servicios, lo cierto es que, estando probado como está el elemento prestación personal del servicio, se habilitó la presunción de que trata el artículo 24 del 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 relívese 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

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 LAS DEMANDANTES

Frente al salario base de liquidación de prestaciones sociales, vacaciones y auxilio de transporte atendiendo a la ausencia de confesión por parte de 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 trabajadoras.

Se mantendrá el salario base de liquidación en tanto fue corroborado por las testigos traídas a juicio.

DE LA INEFICACIA DEL CONTRATO PRETENDIDA

Inicialmente y previo a abordar la censura esgrimida por el apoderado judicial de la parte actora, ha de advertirse por parte de esta Corporación Judicial y en especial por el suscrito magistrado ponente, que una vez escuchadas las manifestaciones esbozadas por el togado en punto a su inconformidad por la postura planteada por esta Sala de decisión frente a la condena por ineficacia probaría, que se estudian con asombro sus señalamientos, como quiera que desdican de la condición respetuosa, el decoro, con que debe actuar en todo tiempo un apoderado judicial, su tonalidad de voz y argumentación planteada no corresponden al comportamiento y compostura con que debe actuar un abogado en el ejercicio de su profesión y olvida que las decisiones adoptadas por la sala no son unitarias, al señalar a quien hoy suscribe esta providencia en calidad de ponente como “sembrador de robles “llenos de comején” “un comején judicial que se come el derecho de los trabajadores a través de sentencias de estas que mutilan de verdad o dejan sin efectos”, solo por mencionar algunos descalificativos, manifestando abiertamente que en esta Corporación Judicial se “maquinan” decisiones judiciales en contravía del ordenamiento jurídico nacional.

Ha de recordarse al togado que las decisiones adoptadas por esta Sala de decisión son estudiadas por los magistrados que la componen, y aprobadas las ponencias por mayorías, por tanto, cuando se vilipendia y degrada la labor judicial, se realizan los descalificativos en perjuicio de la dignidad y la institucionalidad que representan los magistrados que hoy suscriben la ponencia.

No significa lo anterior, que no exista la posibilidad de disentir de las decisiones adoptadas por este cuerpo colegiado, pues claramente constituye un derecho de rango constitucional siempre respetado y de obligatoria protección, lo que se censura con estas líneas al margen de la discusión jurídica de fondo de la decisión pero que indefectiblemente permean el debate de autos como quiera que las manifestaciones realizadas se dieron en el marco del recurso de apelación interpuesto, realza la obligación de los togados por presentar discrepancias respetuosas y sustentadas en lineamientos jurídicos, sin que les sea permitido acudir a descréditos de la Corporación Judicial ante quien se dirigen ni ante ninguno de sus miembros ello en observancia de la sensatez y mesura que debe caracterizar a los abogados en ejercicio de su profesión.

Con base en lo expuesto, se insta al abogado Rómulo José Rafael Tomas Romero Solano, para que EN LO SUCESIVO, en ejercicio de los derechos que le asisten como apoderado judicial de la parte que representa, ejerza una postura respetuosa y constructiva en el desarrollo de sus manifestaciones, so pena que las mismas puedan llegar a erigirse en una comisión de conductas disciplinarias.

Superado el anterior punto y en lo atinente a la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, y la condena de un día de salario por cada día de retardo hasta “*que se verifique la cancelación de aportes por seguridad social correspondientes a los últimos 3 meses de labores de los ex trabajadores*”, se tiene que el artículo 29 de la Ley 789 del 2002 establece que para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, que contempla la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, el empleador le debe informar por escrito al trabajador el estado de pago de las cotizaciones a seguridad social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen, siendo que por vía jurisprudencial se ha establecido que con todo, tal obligación procede sin importar la modalidad de terminación del vínculo contractual.

Asimismo, se ha precisado que la ausencia de cumplimiento de la anterior obligación, habilita el pago de una indemnización moratoria a favor del trabajador, pero no su reintegro a sus labores, pues el objetivo de la norma al hablar de ineficacia del contrato, no consiste en el restablecimiento real del contrato de trabajo, sino en la cancelación de los aportes a seguridad social y parafiscales. Así ha sido expuesto por la **Corte Suprema de Justicia Sala Laboral**, entre otras en la **sentencia SL-12041 (50027)**, del 27 de Julio de 2016; **SL 4391 de 2018**, radicación **67634**, M.P. **Martín Emilio Beltrán Quintero** del 10 de octubre de 2018; **M.P. SL 4432 de 2018** radicado **45745 Jorge Mauricio Burgos Ruiz**, del 10 de octubre de 2018; **M.P. Eduardo López Villegas**, del 21 de julio de 2010 expediente: **38349**.

Consecuencialmente y atendiendo a que no se acredita dentro del plenario el pago de aportes a seguridad social y parafiscales, es un hecho indicador de su mala fe, debido a que a la fecha de esta sentencia, no se allegó prueba de este pago ni justificación de su no realización, así, **deviene la confirmatoria de la sentencia de primera instancia, no obstante su concesión será modificada por las razones que pasan a exponerse.**

Pues bien, ha sido criterio de esta Sala de Decisión, dar aplicación a lo previsto por la **Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencia SL516-2013**, en virtud de la cual se expuso:

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

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

Con base en lo expuesto, resulta claro que tratándose de la solicitud de ineficacia del despido, aplican los mismos requisitos previstos para 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, equivalente a \$50.000 diarios en favor de YOLIBETH MENDOZA DAZA y LESBIA REMEDIOS OÑATE DAZA y de \$33.333 en favor de ATENAIDA MARIA NIEVES, atendiendo a la declaración de salarios efectuada en primera instancia que se mantiene, esto es, de \$1.500.000 (YOLIBETH MENDOZA DAZA y LESBIA REMEDIOS OÑATE DAZA) y \$1.000.000 (ATENAIDA MARIA NIEVES).

La anterior postura de dar el trato de sanción moratoria a la declaratoria de ineficacia por no pago de seguridad social, ha sido reiterativa por la H. CSJ, por ende, a modo de ilustrar al censor inconforme, se citarán algunos apartes relevantes:

Corte Suprema de Justicia SL 1139 de 2018, radicado 64318 del 18 de abril de 2018, M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero:

*“Pues bien, en innumerables ocasiones, la Sala ha analizado el contenido de la preceptiva acusada - **parágrafo primero del artículo 65 del CST, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002-**, y ha concluido que su finalidad es garantizar el pago real de las cotizaciones al sistema de seguridad social y parafiscales, independientemente de las demás formalidades exigidas, esto es, de si empleador cumplió con el deber de afiliación y de si comunicó de manera efectiva dicho pago al trabajador, específicamente, por los últimos tres meses.*

***Igualmente, esta Corporación también ha sido incisiva en preceptuar que la inobservancia de tal obligación, trae consigo el pago de la indemnización moratoria a favor del trabajador** y no su reintegro al cargo desempeñado, dado que el objeto de la norma no recae en el restablecimiento real y efectivo del contrato de trabajo, sino, como ya quedó explicado, en la cancelación de los aportes a la seguridad social y parafiscales”.* (negrillas y subrayado fuera de texto).

Y acto seguido reiteró **lo expuesto en la providencia CSJ SL458-2013**, rad. 42120, puntualizó:

[...]

*Del texto pre transcrito, en especial del aparte destacado por la Sala, no cabe duda que **la norma consagra una consecuencia adversa para el empleador incumplido en el pago de las respectivas cotizaciones** y a favor del trabajador, en virtud de la relación laboral que los liga y de la cual se derivan las obligaciones de cotizar en los términos del artículo 22 de la Ley 100 de 1993, las que, justamente, constituyen el objeto de protección de la norma.*

*Si bien la redacción de la disposición 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 reforzada y que esta protección debe estar armonizada con el principio general de la resolución contenido en todos los contratos de trabajo.*

Así se ha interpretado por esta Sala el artículo 1º del D.L.797 de 1949 que, para el caso de los trabajadores oficiales, igualmente consagra que no se considera terminado el contrato de trabajo hasta tanto el empleador cancele al trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude.

De lo anterior se concluye que la jurisprudencia ha señalado que la adecuada interpretación que debe darse al parágrafo 1 artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, la inobservancia de la obligación de pagar las cotizaciones o aportes al sistema de seguridad social y parafiscales, para la Corte, cuando la norma hace referencia a la ineficacia del despido se debe asimilar al pago de la indemnización moratoria.

Bajo los anteriores presupuestos, esta Corporación Judicial en pronunciamientos recientes, había adoptado la tesis tendiente a señalar que al equipararse a la sanción moratoria, le serían aplicables sus "limitantes", en punto a la indemnización general de un día de salario por cada día de retardo, veamos:

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.

No obstante, reestudiado el tema en nuevo análisis atendiendo a las discrepancias jurídicas advertidas por el apoderado judicial de la parte actora, se arriba a la conclusión que en efecto, es preciso reevaluar y subsanar la postura recientemente adoptada, por las razones que pasan a exponerse:

La censura de la parte demandante frente a este punto, radica en señalar que no resulta claro sobre qué conceptos recae la indemnización moratoria equiparada, esto es, los intereses moratorios ordenados, dado que a su juicio, tratándose de la indemnización moratoria por no pago de prestaciones sociales, los intereses moratorios recaerían sobre esas sumas impagas, no obstante, en lo atinente a la indemnización derivada del impago de seguridad social integral, no existe a la fecha una liquidación sobre los aportes dejados de efectuar, por lo que a su juicio existe un error el ordenar el cálculo en la forma en que se ha venido adoptando.

Pues bien, frente a este punto hay que aclarar que pese a no existir condena respecto del pago de aportes a seguridad social, en tanto no fueron peticionados en la demanda ni concedidos en primera instancia en aplicación de las facultades ultra y extra petita, en efecto en esta instancia se avizora la falta de probanza del pago de aportes a seguridad social integral a voces de lo previsto en el parágrafo del artículo 65 del CST, tesis sostenida en primera instancia y respaldada por este cuerpo colegiado.

Así las cosas la condena a imponer debe darse en los precisos términos del parágrafo del artículo 65 del CST, esto es, "PARÁGRAFO 1o. Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro

de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora".

Por ende, la condena por concepto de impago de aportes a seguridad social integral se impondrá desde el día 61 con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, esto es, a partir del 16 de marzo de 2012, tomando en consideración el extremo final de la relación laboral (15 de diciembre de 2011), y hasta que se demuestre "el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato", **correspondiente a un día de salario por cada día de retardo.**

La reevaluación de la condena analizada, se efectúa en virtud de un reestudio de esta indemnización, y que en específico tiene la siguiente fundamentación jurisprudencial que clarifica el asunto:

"De manera que la teleología de la norma es salvaguardar la estabilidad financiera del sistema, señalando una consecuencia adversa por el incumplimiento la cual, de acuerdo con las consideraciones transcritas, se equipara a la sanción por no pago prevista en el mismo precepto".

Pero más adelante aclaró:

"De modo, que la condena por sanción moratoria, impuesta en la causa pretérita a que se ha hecho referencia, no es coincidente con la aplicación de los efectos de la inadvertencia de los deberes con las administradoras del Sistema de Seguridad Social Integral y las entidades que recaudan parafiscales, razón por la cual respecto de dicho petitum no se presentó cosa juzgada, como se concluyó, pero tampoco puede predicarse una doble sanción por el solo hecho que estén concebidas en similares términos, es decir, a razón de un día de salario por cada día de retardo. Esto, porque las indemnizaciones disponen de fundamentos normativos y fines completamente distintos y sirven a propósitos así mismo, disímiles.

Ahora, la pasiva no demostró el pago de los aportes en salud, pensiones y riesgos laborales, ni la realización de los pagos correspondientes por SENA, subsidio familiar e ICBF, ya que la única prueba aportada son los formularios de afiliación visibles de folios 29 a 32, sin que de los mismos se infiera pago alguno. Más aún, la defensa de la empleadora, en su contestación, se contrajo a reiterar que efectuó la afiliación del demandante sin que aparezca siquiera alusión a la realización de los pagos debidos.

En ese entendido, de los elementos de convicción obrantes en el expediente no se desprende justificación alguna que haya llevado a la demandada a no cumplir con su obligación, antes bien, revisado el proceso adelantado en el Juzgado Décimo Laboral del Circuito (fs.º 73 a 144) es evidente la conducta sistemática de la compañía consistente en dejar de lado el pago de lo adeudado al trabajador de la mayoría de acreencias laborales, así como de sus compromisos con las administradoras del sistema, de lo que se infiere, antes que un actuar diligente, el menosprecio de los derechos laborales del trabajador y las normas que regulan el SISS. Así, se concluye que IVAEST Ltda. procedió con una conducta desprovista de buena fe.

En tal sentido, procede la imposición de la sanción contemplada en el parágrafo primero del artículo 65 del CST, modificado por el art. 29 de la Ley 789 de 2002. Como quiera que la norma otorga un plazo de 60 días para que la empresa se ponga al día con el Sistema General de Seguridad Social y Parafiscalidad, la sanción mencionada correrá a partir del día 61 después de la finalización del vínculo, correspondiente a un día de salario por cada día de no

*pago hasta cuando se verifique el pago ante las administradoras del sistema y los órganos de parafiscalidad (...)*¹

Con base en lo expuesto se retomará la argumentación jurídica que venía siendo objeto de aplicación ante la clarificación jurisprudencial citada, esto es, la imposición de un (01) día de salario por cada día de retardo a partir del día 61 después de la terminación del vínculo y hasta que se verifique el pago ante las administradoras del sistema y órganos de parafiscalidad, esto es, a partir del 16 de marzo de 2012 y sobre el salario de \$50.000 diarios atendiendo al salario declarado en primera instancia que se mantiene respecto de YOLIBETH MENDOZA DAZA Y LESBIA REMEDIOS OÑATE DAZA.

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

DE LA EXCEPCIÓN PRESCRIPCIÓN

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

Se analiza que:

- La relación laboral se dio por demostrada finalizó el 15 de diciembre de 2011.
- Y de otra parte las demandas fueron incoadas en fecha 01 y 02 de diciembre de 2014 (YOLIBETH MENDOZA y LESBIA OÑATE)

Que ante la demandada principal no se advierte agotamiento de la reclamación administrativa

Y ante el MEN se surtió la misma, así:

LESBIA REMEDIOS OÑATE DAZA: 26 de agosto de 2014: según respuesta emitida por la entidad a folios 12 y siguientes.

YOLIBETH MENDOZA DAZA: 29 de agosto de 2014, según respuesta emitida por la entidad a folios 21 y siguientes

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 respecto de las condenas concedidas a la parte actora en los términos previstos por el A quo, esto es con anterioridad al 26 de agosto de 2011 (LESBIA REMEDIOS OÑATE DAZA) y 29 de agosto de 2011 (YOLIBETH MENDOZA DAZA) y en este sentido se confirmará la sentencia de primera instancia.

Igualmente se tiene que la demandada principal EDUVILIA FUENTES no propuso excepciones en este sentido, no es factible estudiar la procedencia de la excepción respecto de la misma.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Descongestión Laboral. Radicación 69129. M.P. **DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ**. 22 de julio de 2020.

DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

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”².

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

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

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia n.º 39000 del 26 de marzo de 2014. M.P: Carlos Ernesto Molina Monsalve.

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

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

SOBRE LA SOLIDARIDAD DEL MEN

Con respecto a la declaratoria de solidaridad con el MEN, esta Sala modificará la tesis que venía adoptando para en su lugar señalar que no se comparte el argumento esgrimido por el Juez de Primera Instancia, por cuanto las labores desempeñadas por las demandantes como “DOCENTES”, no son del giro ordinario del MEN.

Lo anterior por cuanto si bien es cierto EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, según el Decreto 5012 de 2009, establece los objetivos del Ministerio de Educación, dentro de los cuáles se advierte que se encuentra la obligatoriedad de garantizar y promover políticas públicas para acceso a un servicio educativo con calidad, siendo que entre sus objetivos se resaltan:

(...)

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.

Y de otra parte contrató con FONADE para propender por el desarrollo y funcionamiento del 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.

Pues bien, hecha una reevaluación de la temática propuesta por parte de la Sala, se tiene que si bien el objetivo del MEN es garantizar y promover la política educativa, lo cierto es que ello no puede conllevar a pensar que tiene entre sus funciones la prestación directa del servicio, esto es, que actúe como prestador del servicio educativo, verbigracia, ejerciendo labores de docencia o en suministro de ellos.

Aunado a ello, el MEN en el marco de sus funciones, suscribió el convenio ejerciendo sus labores administrativas, de organización y control y no como beneficiario del servicio, pues se itera una vez más su objeto no es prestar servicios educativos sino crear políticas y lineamientos en ese sentido.

Razones por las que la tesis que venía siendo adoptada debe variar para señalar que no existe responsabilidad solidaria por parte del MEN.

Igualmente, 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.

Ahora bien, el convenio interadministrativo suscrito entre el **MEN** 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 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 docentes y 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 “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”

La actividad de docencia que desarrollaban las demandantes no cumplen a criterio de este cuerpo colegiado con los postulados misionales del MEN; 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 garantizaran la protección constitucional y legal que busca el MEN para dicha población vulnerable o mucho menos que cumpliera con el encargo misional de la entidad pública en materia de educación.

Por tanto, la contratación realizada por EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ a la demandante, para el desarrollo del convenio interadministrativo suscrito entre el **MEN** y **FONADE** no se evidencia que las actividades desarrolladas persigan el mismo objeto misional del MEN, 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.

La anterior variación en la tesis planteada por esta Corporación en punto a la solidaridad del MEN, también obedece a la reciente decisión adoptada por el Superior sobre la temática, en sentencia de radicado 82593 del 25 de agosto de 2021, siendo M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz, que a modo de ampliación se cita en lo relevante así:

“Por tanto, la Sala advierte el error ostensible del Tribunal en la valoración del convenio 929 de 2008, pues de éste no se deriva que la prestación del servicio de atención integral a la primera infancia, que se pretende financiar a través de tal acuerdo, sea competencia de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, como lo enseñan las normas legales aludidas que le sirvieron de fundamento, las cuales establecen claramente la distribución de competencias entre los diversos actores de ese sector administrativo, sin que de ninguna de ellas se pueda derivar la de prestar servicios educativos a ningún nivel. Debe resaltarse que en la cláusula sexta de este contrato se designó al Icetex como el administrador de los recursos del Fondo, «a partir del direccionamiento y de las políticas determinadas por la Junta Administradora», Junta que está conformada por representantes tanto del Ministerio de Educación como del referido Instituto, tal y como fue previsto en la cláusula séptima, en la cual, además, se señaló que los funcionarios del Icetex que hagan parte de dicha Junta, «tendrán voz pero no voto», de lo que se colige que solamente los representantes del Ministerio en dicha Junta podrían tomar las decisiones respectivas.

(...)

Precisado lo anterior, la Sala advierte que en el contexto de la explicación dada respecto del Convenio n.º 929 de 2008, a la vez fuente y origen del que ahora se analiza, resulta equivocado el razonamiento del Tribunal respecto de su valoración, pues si bien, en principio derivó de él algo que acredita, esto es, que la empleadora de la demandante celebró un contrato con la Nación – Ministerio de Educación Nacional para prestar el servicio de atención integral a la primera infancia, concluyó de manera ostensiblemente errada que la actividad contratada con la señora Fuentes Bermúdez hacía parte de las «funciones» propias de la entidad recurrente, lo cual, como se ha demostrado, no es cierto a la luz de la normativa que les sirvió de fundamento a los dos acuerdos acusados.

Añádase a lo anterior que la Ley 1295 de 2009, «Por la cual se reglamenta la atención integral de los niños y las niñas de la primera infancia de los sectores clasificados como 1, 2 y 3 del Sisbén», vigente para la época en que la actora prestó sus servicios como docente del Colegio Gabriela Mistral, en su artículo 1º estableció como objetivo contribuir a mejorar la calidad de vida de los menores clasificados en los niveles 1, 2 y 3 del Sisbén, de manera progresiva, a través de una articulación interinstitucional que obliga al Estado a garantizarles sus derechos a la alimentación, la nutrición adecuada, la educación inicial y la atención integral en salud; y en el artículo 2º dispuso a cargo del Estado la obligación de garantizar a esta población, de manera prioritaria, los derechos previstos en la Constitución y desarrollados en la ley, así, se señala que «los menores, durante los primeros años, [...] accederán a una educación inicial» y, para ello, en los artículos 3º, 4º y 5º de la referida ley se fijan las tareas precisas a cargo de varias entidades como la Nación - Ministerio de Educación Nacional, no obstante lo cual se debe tener presente que las materias allí señaladas y las responsabilidades asignadas obedecen a una distribución de competencias que, como se ha visto, armoniza desde la Ley

115 de 1994, pasando por la Ley 715 de 2004 y que se repite en el artículo 9.º de la Ley 1295 de 2009, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 9o. PARTICIPACIÓN DE LOS ACTORES DEL MODELO. El Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio de la Protección Social y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, cubrirán con sus capacidades y recursos las zonas de menor desarrollo del país, dejando a salvo la responsabilidad consagrada en la Ley 1098 de 2006, en departamentos, municipios y distritos que demuestren insolvencia para prestar el servicio, certificado por el Departamento Nacional de Planeación, según la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional. Los departamentos, con las seccionales del ICBF y las Secretarías de Educación y Salud, cubrirán en su región las zonas campesinas, y los municipios, con las localidades del ICBF y las Secretarías de Educación y Salud, su respectiva municipalidad o distrito. Cada región debe asumir los compromisos que le corresponden, de acuerdo con las metas consignadas en la propuesta de atención integral, según lo dispuesto en la presente ley. (Subrayas y cursiva de la Sala) Es decir, los Ministerios involucrados, entre ellos el de Educación Nacional, no pierden su calidad de planeadores, articuladores y financiadores de una política pública, pero la ejecución siempre queda en cabeza de las entidades territoriales.

Ahora bien, como se expresó desde el inicio de este acápite, debe reiterarse que en sede extraordinaria no se controvierte la conclusión fáctica del Tribunal conforme a la cual, Lenibeth Carrillo Rincones prestó sus servicios como docente en el colegio de propiedad de la señora Fuentes Bermúdez; y que en el ejercicio de tal labor «atendía a los niños de la población vulnerable haciendo atención pedagógica, formativa y psicosocial de los niños y su familia», precisamente, en ejecución del programa de atención integral a la primera infancia, tarea que guarda plena correspondencia con el objeto de los convenios 929 de 2008 y 44025 de 2009, pero no significa, en manera alguna, tal como se ha expuesto a lo largo de este proveído, que la Nación – Ministerio de Educación Nacional cumpla una función de prestador de servicios de educación en el marco de sus competencias reglamentarias, legales o constitucionales. Siendo ello así, se equivocó el Tribunal al encontrar acreditada la responsabilidad solidaria de la hoy recurrente frente a las obligaciones laborales surgidas a favor de la demandante en instancias, pues la tarea que ella desempeñó resulta ajena a las actividades, funciones y competencias de esta entidad.

(...)

No se trata de otorgarle esta última calidad (empleador) al beneficiario del servicio, sino de prever una garantía frente a los trabajadores. Es claro que el empleador es el contratista independiente, y el dueño de la obra tan solo funge como garante de éste para efectos laborales, salvo cuando se trate de actividades extrañas a sus labores normales, que es precisamente lo que acertadamente aduce la recurrente. Ciertamente es que para aplicar esta garantía tuitiva del trabajador, no resulta relevante la naturaleza jurídica oficial del beneficiario del servicio o dueño de la obra, pues lo cierto es que los derechos laborales que se reclaman se fundan en la existencia del vínculo laboral con la contratista, en este caso, con Eduvilia Fuentes, quien obró como empleadora de la demandante. De ahí que la calidad de entidad pública de la beneficiaria del servicio no incida en la aplicación de la responsabilidad fijada en el artículo 34 del CST, sino que resulta relevante, en este caso particular, que bajo ninguna circunstancia podría la Nación - Ministerio de Educación Nacional, hoy recurrente, prestar directamente el servicio educativo, o vincular o contratar docentes para que lo presten, con lo cual resulta más que evidente que no hay afinidad entre las funciones y competencias del ente público y la actividad desarrollada por el colegio para el cual prestó sus servicios la demandante en instancias, pues aunque ambos se ubican y desenvuelven en el sector educativo, sus roles resultan sustancialmente diferentes, por lo cual es un desatino endilgarle una responsabilidad solidaria que, a todas luces, no existe. (...) (subrayado fuera de texto).

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 los numerales primero, segundo, tercero y séptimo de la sentencia proferida por el JUZGADO LABORAL DEL CIRCUITO DE SAN JUAN DEL CESAR el día 15 de abril de 2021, en punto a REVOCAR las condenas y declaraciones concedidas en favor de ATENAIDA MARÍA NIEVES, por las razones expuestas en la parte motiva.

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

TERCERO: REVOCAR los numerales SEXTO Y SÉPTIMO, en lo que atañe a la imposición de costas en cabeza del MEN, de la sentencia de origen y fecha anotados, para en su lugar ABSOLVER al MEN de las pretensiones encaminadas en su contra.

CUARTO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de origen y fecha anotados para señalar que la condena por concepto de ineficacia *de la terminación de los contratos de trabajo debe ser tasada a razón de un día de salario por cada día de retardo desde el 16 de marzo de 2012, y hasta cuando se verifique el pago de aportes a seguridad social y parafiscalidad según las previsiones del parágrafo del artículo 65 del CST, a razón de \$50.000 diarios en favor de las señoras YOLIBETH MENDOZA DAZA Y LESBIA REMEDIOS OÑATE DAZA.*

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

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

SÉPTIMO: CONMINAR al JUEZ LABORAL DEL CIRCUITO DE SAN JUAN DEL CESAR, LA GUAJIRA y a los sujetos procesales a fin que en lo sucesivo atiendan los lineamientos procesales expuestos en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: INSTAR al abogado Rómulo José Rafael Tomas Romero Solano, para que EN LO SUCESIVO, en ejercicio de los derechos que le asisten como apoderado judicial de la parte que representa, ejerza una postura respetuosa y constructiva en el desarrollo de sus manifestaciones, so pena que las mismas puedan llegar a erigirse en una comisión de conductas sujetas a sanciones disciplinarias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

APROBADO
CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado Ponente

APROBADO
PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada

SALVAMENTO DE VOTO
JOSÉ NOÉ BARRERA SÁENZ
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

JOSÉ NOÉ BARRERA SÁENZ
SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Riohacha, ocho (8) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO: LABORAL
DEMANDANTE: YOLIBETH DAZA MENDOZA Y OTRAS

DEMANDADO:	EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, SOLIDARIAMENTE MEN Y OTROS
------------	--

RADICACIÓN: 446503105001201400255-01

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones de la mayoría de la Sala y de este Tribunal, procedo a señalar, con toda consideración, las razones por las cuales disiento expresamente de parte de la decisión contentiva en la sentencia de segunda instancia dictada en el proceso de la referencia. Es decir, en lo tocante con la condena por sanción moratoria por el no pago de aportes, a seguridad social y para fiscales de la demandante

De entrada debo resaltar que en la gran mayoría de la decisión, estoy de acuerdo. Pero no, en lo de numeral **CUARTO de la parte resolutive de la sentencia que resolvió**: “MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de origen y fecha anotados para señalar que la condena por concepto de ineficacia *de la terminación de los contratos de trabajo debe ser tasada a razón de un día de salario por cada día de retardo desde el 16 de marzo de 2012, y hasta cuando se verifique el pago de aportes a seguridad social y parafiscalidad según las previsiones del parágrafo del artículo 65 del CST, a razón de \$50.000 diarios en favor de las señoras YOLIBETH MENDOZA DAZA Y LESBIA REMEDIOS OÑATE DAZA*”.

Lo anterior, con respaldo en las breves razones que a continuación expongo:

En el juicio laboral, YOLIBETH DAZA MENDOZA, LESBIA REMEDIOS OÑATE DAZA y ATENAIDA MARÍA NIEVES demandaron a la señora EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ, y solidariamente al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO- FONADE, pretendiendo se declarara: (i) la existencia de un contrato de trabajo con extremos temporales del 22 de agosto de 2011 al 15 de diciembre del mismo año (ii) que se condenara al pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones causadas en dicho periodo (iii) la ineficacia de la terminación del contrato, con orden de pago de salarios y prestaciones sociales por el tiempo que permaneciera cesante (iv) reclama la declaratoria de solidaridad respecto de las entidades demandadas a términos del artículo 34 del C.T.S., (v) que se falle extra y ultra petita vi) y las costas procesales

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

Adelantado el debido proceso, el a quo , 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 del MEN y condenó en costas.

Frente a la ante citada condena, debo resaltar que avalo totalmente la postura de la Sala mayoritaria plasmada en los ordinales PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO Y OCTAVO de la parte resolutive de la sentencia de 2ª instancia.

DISIDENCIA EN CONCRETO

La sentencia de 2ª instancia, modificó el numeral segundo de la primera, esto es, la sanción moratoria del art. 65 del CST por la no cancelación de los últimos tres meses al sss y parafiscales.

El juez a quo, consideró que por el hecho de que no se había acreditado el pago a seguridad social de los últimos tres meses de las trabajadoras, se decretaba la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo por lo que procedía la sanción de un día de salario por cada día de mora, por el término de 24 meses, siempre que la demanda se haya presentado dentro de este término. En caso contrario, a partir del mes 25 solo intereses moratorios sobre las sumas dejadas de cancelar y que fue precisamente la condena impuesta.

Por su lado la Sala mayoritaria, después de transcribir el numeral 1 del art. 65 del C. S. T., así como sendas sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, consideró:

“...Bajo los anteriores presupuestos, esta Corporación Judicial en pronunciamientos recientes, había adoptado la tesis tendiente a señalar que al equipararse a la sanción moratoria, le serían aplicables sus “limitantes”, en punto a la indemnización general de un día de salario por cada día de retardo, veamos:

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.

No obstante, reestudiado el tema en nuevo análisis atendiendo a las discrepancias jurídicas advertidas por el apoderado judicial de la parte actora, se arriba a la conclusión que en efecto, es preciso reevaluar y subsanar la postura recientemente adoptada, por las razones que pasan a exponerse:

La censura de la parte demandante frente a este punto, radica en señalar que no resulta claro sobre qué conceptos recae la indemnización moratoria equiparada, esto es, los intereses moratorios ordenados, dado que a su juicio, tratándose de la indemnización moratoria por no pago de prestaciones sociales, los intereses moratorios recaerían sobre esas sumas impagas, no obstante, en lo atinente a la indemnización derivada del impago de seguridad social integral, no existe a la fecha una liquidación sobre los aportes dejados de efectuar, por lo que a su juicio existe un error el ordenar el cálculo en la forma en que se ha venido adoptando.

Pues bien, frente a este punto hay que aclarar que pese a no existir condena respecto del pago de aportes a seguridad social, en tanto no fueron peticionados en la demanda ni concedidos en primera instancia en aplicación de las facultades ultra y extra petita, en efecto en esta instancia se avizora la falta de probanza del pago de aportes a seguridad social integral a voces de lo previsto en el parágrafo del artículo 65 del CST, tesis sostenida en primera instancia y respaldada por este cuerpo colegiado.

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

Por ende, la condena por concepto de impago de aportes a seguridad social integral se impondrá desde el día 61 con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, esto es, a partir del 16 de marzo de 2012, tomando en consideración el extremo final de la relación laboral (15 de diciembre de 2011), y hasta que se demuestre *“el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato”, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo.*

La reevaluación de la condena analizada, se efectúa en virtud de un reestudio de esta indemnización, y que en específico tiene la siguiente fundamentación jurisprudencial que clarifica el asunto:

“De manera que la teleología de la norma es salvaguardar la estabilidad financiera del sistema, señalando una consecuencia adversa por el incumplimiento la cual, de acuerdo con las consideraciones transcritas, se equipara a la sanción por no pago prevista en el mismo precepto”.

Pero más adelante aclaró:

“De modo, que la condena por sanción moratoria, impuesta en la causa pretérita a que se ha hecho referencia, no es coincidente con la aplicación de los efectos de la inadvertencia de los deberes con las administradoras del Sistema de Seguridad Social Integral y las entidades que recaudan parafiscales, razón por la cual respecto de dicho petitum no se presentó cosa juzgada, como se concluyó, pero tampoco puede predicarse una doble sanción por el solo hecho que estén concebidas en similares términos, es decir, a razón de un día de salario por cada día de retardo. Esto, porque las indemnizaciones disponen de fundamentos normativos y fines completamente distintos y sirven a propósitos así mismo, disímiles.

Ahora, la pasiva no demostró el pago de los aportes en salud, pensiones y riesgos laborales, ni la realización de los pagos correspondientes por SENA, subsidio familiar e ICBF, ya que la única prueba aportada son los formularios de afiliación visibles de folios 29 a 32, sin que de los mismos se infiera pago alguno. Más aún, la defensa de la empleadora, en su contestación, se contrajo a reiterar que efectuó la afiliación del demandante sin que aparezca siquiera alusión a la realización de los pagos debidos.

En ese entendido, de los elementos de convicción obrantes en el expediente no se desprende justificación alguna que haya llevado a la demandada a no cumplir con su obligación, antes bien, revisado el proceso adelantado en el Juzgado Décimo Laboral del Circuito (fs.º 73 a 144) es evidente la conducta sistemática de la compañía consistente en dejar de lado el pago de lo adeudado al trabajador de la mayoría de acreencias laborales, así como de sus compromisos con las administradoras del sistema, de lo que se infiere, antes que un actuar diligente, el menosprecio de los derechos laborales del trabajador y las normas que regulan el SISS. Así, se concluye que IVAEST Ltda. procedió con una conducta desprovista de buena fe.

En tal sentido, procede la imposición de la sanción contemplada en el parágrafo primero del artículo 65 del CST, modificado por el art. 29 de la Ley 789 de 2002. Como quiera que la norma otorga un plazo de 60 días para que la empresa se ponga al día con el Sistema General de Seguridad Social y Parafiscalidad, la sanción mencionada correrá a partir del día 61 después de la finalización del vínculo, correspondiente a un día de salario por cada día de no pago hasta cuando se verifique el pago ante las administradoras del sistema y los órganos de parafiscalidad (...)¹

Con base en lo expuesto se retomará la argumentación jurídica que venía siendo objeto de aplicación ante la clarificación jurisprudencial citada, esto es, la imposición de un (01) día de salario por cada día de retardo a partir del día 61 después de la terminación del vínculo y hasta que se verifique el pago ante las administradoras del sistema y órganos de parafiscalidad, esto es, a partir del 16 de marzo de 2012 y sobre el salario de \$50.000 diarios atendiendo al salario declarado en primera instancia que se mantiene respecto de YOLIBETH MENDOZA DAZA Y LESBIA REMEDIOS OÑATE DAZA.

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

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Descongestión Laboral. Radicación 69129. M.P. DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ. 22 de julio de 2020.

De la anterior postura de la Sala mayoritaria, me aparto en su integridad por las siguientes razones:

1. Por ministerio de la Ley, si no se acredita el pago de los últimos tres meses a seguridad social y parafiscalidad, la terminación del contrato no produce efecto.
2. Como no produce efecto la terminación del contrato, por vía jurisprudencial se ha decantado que procede la sanción de *“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).
3. Si ello es así, se debe observar que el Legislador estableció una sanción a favor del trabajador, **pero éste también tiene una carga delimitada en el tiempo**. Esto es, 24 meses para iniciar reclamación o presentar la demanda. Para aquellos trabajadores que ganan más se un salario mínimo legal mensual vigente.

En caso positivo de lo anterior, tiene a su favor una sanción de un día de salario por cada día de mora por 24 meses o por todo el tiempo si éste es menor. A partir del mes 25 solo tendrá derecho a intereses moratorios *“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).

4. La misma ley establece que para los trabajadores que devengan un salario mínimo o menos, la sanción moratoria, no se limita a los 24 meses antes citados sino que opera el original art. 65 del C. S. T., es decir, la sanción se da desde el día 61 posterior a la terminación del contrato de trabajo, hasta cuando se acredite el pago al sistema de seguridad social y parafiscalidad.

Ahora bien, en el caso concreto está debidamente probado:

1. Las demandantes prestaron sus servicios del 22 de agosto al 15 de diciembre de 2011.
2. YOLIBETH DAZA MENDOZA y LESBIA REMEDIOS OÑATE DAZA, devengaban \$1.500.000.
3. El contrato de trabajo se dio por terminado el 15 de diciembre de 2011.
4. YOLIBETH DAZA MENDOZA y LESBIA REMEDIOS OÑATE DAZA, presentaron reclamación ante el MEN, el 29 y 26 de agosto de 2014, respectivamente. Las demandas las prestaron el 1 y 2 de diciembre del mismo año.

Así las cosas, debo indicar que la sanción impuesta, en la decisión de la cual me aparto, a favor de las demandantes YOLIBETH DAZA MENDOZA y LESBIA REMEDIOS OÑATE DAZA, no se ajusta a la ante citada normatividad puesto que estas trabajadoras **devengaban más de un salario mínimo**, lo cual por mandato del numeral 1 y párrafo 2 del art. 65 del C. S. T., modificado por el art. 29 de la ley 789 de 2002, no tiene derecho a la sanción de un día de salario por cada día de mora por pago de lo concerniente a seguridad social y parafiscalidad, en razón a que **no presentaron reclamación ni la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo**, esto es, entre el 15 de diciembre de 2011 y el 15 de diciembre de

2013. Pues téngase en cuenta que la reclamación y demanda se presentaron en el mes de agosto y diciembre de 2014.

Sobre tal posición, se debe resaltar que para esta disidencia no es de recibo el cambio de postura del Tribunal en su Sala mayoritaria de la cual me aparto toda vez que por mandato de la ley, si la reclamación o demanda no se presenta dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato laboral, entonces, la sanción que procede es únicamente los intereses moratorios tal como lo contempla la parte final del numeral 1 del art. 65 del C. S. T., pues no es dable darle una interpretación diferente al tenor del art. 27 del Código Civil. Además, el art. 230 de la Carta Política consagra el imperio de la ley la cual todos los jueces deben acatar.

Para el suscrito Magistrado, no es de recibo la sanción impuesta por la Sala Mayoritaria, precisamente, porque **si el demandante no cumple su carga procesal**, esto es, presentar reclamación o la demanda dentro de los 24 meses, **pierde la sanción que a su favor creó la ley**. Es decir, también debe mirarse como una sanción en su contra, toda vez que de no entenderse de esa manera, dicho término legalmente establecido se tornaría inane, lo cual dentro de una interpretación teleológica debe mirarse que la finalidad de ese término es precisamente para que se reclamen los derechos dentro de ese lapso determinado so pena de perderse. A más, de que para no desproteger del todo al trabajador, a partir del mes 25 tendrá derecho a intereses moratorios de los valores o cuantías dejadas de pagar, desde luego, de los aportes dejados de cancelar.

Dichos postulados legales son para aplicarlos sin que su observancia puedan considerarse contrarios a los intereses del apelante, ya que esas son las dos únicas consecuencias jurídicas de dejar sin efectos la terminación del contrato laboral por el no pago de aportes a seguridad social y parafiscales. Reiterase, **24 meses de sanción si se presenta reclamación o la demanda dentro de este término posterior a la terminación del contrato, o, intereses moratorios (de lo no cancelado por tales conceptos) si la reclamación o demanda se presenta después**. Eso es lo que la ley ordena y, no, lo que pretende el apelante y concedido por la Sala mayoritaria, que la sanción es de un día de salario por cada día de mora en los pluricitados pagos, de forma indefinida. Lo cual es ostensiblemente contrario al postulado normativo *“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, 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. (negrilla fuera de texto)*

Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

2. Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

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

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.”.*

Resáltese que la norma **no tiene la consecuencia jurídica que la Sala mayoritaria concedió en la sentencia**, por cuanto **las trabajadoras devengaban más de un salario mínimo y no presentaron reclamación ni demanda dentro de los 24 meses posteriores al 15 de diciembre de 2011**. Además, si ello hubiese ocurrido **la sanción no podía superar los 24 meses de salarios**. Pero en la sentencia de la cual me aparto **está ordenando sanción desde el 16 de marzo de 2012 hasta cuando se verifique el pago adeudado por seguridad social**, es decir, que hasta este momento van más de 102 meses, lo cual es contrario a la antecitada norma aplicable al caso concreto. A más que no se sabe cuántos meses más de sanción correrán, lo cual es contrario al mandato del Legislador.

Por lo anterior, considero que la sentencia en este específico punto en relación con las demandantes YOLIBETH DAZA MENDOZA y LESBIA REMEDIOS OÑATE DAZA, debió revocarse para modificarla. Es decir, haberse condenado a la sanción de intereses moratorios a partir del mes 25, sobre las sumas adeudadas y dejadas de pagar por seguridad social y parafiscales.

Así las cosas, considero que debió revocarse la sentencia de primera instancia en este aspecto, razón por la que me aparto de la condena impuesta por la Sala mayoritaria, que se concretó en el ordinal **CUARTO de la parte resolutive de la sentencia que resolvió**: “MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de origen y fecha anotados para señalar que la condena por concepto de ineficacia *de la terminación de los contratos de trabajo debe ser tasada a razón de un día de salario por cada día de retardo desde el 16 de marzo de 2012, y hasta cuando se verifique el pago de aportes a seguridad social y parafiscalidad según las previsiones del párrafo del artículo 65 del CST, a razón de \$50.000 diarios en favor de las señoras YOLIBETH MENDOZA DAZA Y LESBIA REMEDIOS OÑATE DAZA*”.

En los anteriores términos, dejo consignado mi anunciado salvamento, pues en mi concepto la sentencia ha debido revocarse para imponer la sanción que en derecho correspondía en el punto objeto de disidencia.



JOSÉ NOÉ BARRERA SÁENZ
Magistrado

Firmado Por:

Jose Noe Barrera Saenz
Magistrado
Sala 002 Civil Familia Laboral

Tribunal Superior De Riohacha - La Guajira

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

Código de verificación: **cbd4ed0c44d41e434a27a58d723ef94ad99759b9b083a3d6e68d9395d3edf705**

Documento generado en 08/10/2021 12:18:33 p. m.

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>