



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

Riohacha, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUAREZ

ACCIÓN:	PROCESO ORDINARIO LABORAL – LEY 1149 DE 2011
PROVIDENCIA	SENTENCIA
DEMANDANTE:	LUISA PAOLA FUENTES FUENTES y otro
DEMANDADO:	EDUVILIA FUENTES BERMUDEZ y solidariamente contra MINISTERIO DE EDUCACIÓN y FONDO FINANCIERO PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE,
JUZGADO DE ORIG	Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira
TEMA:	CONTRATO REALIDAD Y SOLIDARIDAD
RADICACION No.:	44650310500120140033601

Discutido y aprobado en Sala Según **Acta No. 73** diecisiete (17) de noviembre 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 **veintiuno (21) de mayo de dos mil veintiuno (2021)**, proferida 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 15 de junio 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

LUISA PAOLA FUENTES FUENTES y MIRLEDYS OÑATE MENDOZA 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 06 de septiembre 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 y auxilio de transporte (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.

Como sustento de sus pretensiones indicaron: haber celebrado contrato de trabajo con la señora EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, del 06 de septiembre al 15 de diciembre de 2011, fecha cuando terminó el contrato sin justa causa. Que desempeñaron el cargo

de docentes en el entorno familiar e institucional respectivamente desarrollaron labores tendientes a la educación, cuidado y nutrición de niños y niñas menores de 5 años en situaciones de vulnerabilidad a cambio de una asignación salarial de \$900.0000 y \$1.000.000 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.

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: CURADOR AD LITEM:

Por intermedio de curador ad litem, EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, contestó la demanda señalando no negar ni aceptar los hechos y ateniéndose a lo que resultara probado en el proceso. Finalmente se opuso a la totalidad de pretensiones y propuso como excepción previa: prescripción y de fondo: buena fe e inexistencia de la obligación, respecto del proceso de MIRLEYDIS OÑATE MENDOZA. Respecto del proceso de LUISA PAOLA FUENTES no fueron interpuestas excepciones por parte del Curador Ad Litem (FI 371).

SEGUROS CONFIANZA S.A.

Fue llamada en garantía por FONADE; adujo no constarle los hechos, se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones: ausencia de solidaridad laboral entre el colegio Gabriela Mistral y EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ con FONADE; pérdida del derecho del demandante para solicitar una condena por sanción moratoria, prescripción de derechos laborales reclamados, y frente al llamamiento en garantía: el amparo de salarios únicamente cubre al personal vinculado al garantizado EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ y/o COLEGIO GABRIELA MISTRAL mediante contratos laborales; ausencia de solidaridad laboral EDUVILIA MARÍA FUENTES Y/O GABRIELA MISTRAL

Y FONADE HACE IMPROCEDENTE LA AFECTACIÓN DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO EXPEDIDA POR SEGUROS CONFIANZA S.A., COBERTURA EXCLUSIVA PARA LA TERMINACIÓN DE CONTRATOS SIN JUSTA CAUSA, NO COBERTURA A APORTES A SEGURIDAD SOCIAL, NO COBERTURA DE VACACIONES, MÁXIMO VALOR ASEGURADO LÍMITE DE RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA, Y EXCEPCIÓN GENÉRICA.

2.2 LA SENTENCIA APELADA

El Juez de conocimiento, profirió Sentencia en la que concedió las pretensiones incoadas en la demanda declarando la existencia de un contrato de trabajo, impuso condena al pago de prestaciones sociales, salarios y vacaciones, declaró la ineficacia de la terminación del contrato, reconoció la solidaridad respecto 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, por lo que declaró la presunción de ser ciertos los hechos sujetos de confesión

Declaró parcialmente operante la prescripción en favor del MEN.

Condenó a 1 día de salario por cada día de retardo a partir del 16 de diciembre de 2011 por concepto de ineficacia del contrato.

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:

Con relación al tipo de contrato: En el expediente existe documental que soporta que la vinculación se dio por contrato de prestación de servicios, tal información fue suministrada por la firma interventora del proyecto; es así señor Juez que tenemos que así como se tiene por el despacho el valor probatorio de esos documentos para efectos de señalar y tener en cuenta para determinar el salario de las demandantes, también podría tenerse en cuenta ese documento probatorio en cuanto a la afirmación señalada en ellos de la existencia de contrato de prestación de servicios; se trataba de una firma interventora contratada por FONADE, y certificaba la realidad de lo que sucedía en el proyecto. En ese orden de ideas, se debe dar valoración probatoria a lo señalado en los documentos cuando se dice que lo que existía era un contrato de prestación de servicios.

Así mismo es válido aducir que en este tipo de contratos de prestación de servicios, el honorable consejo de Estado ha desarrollado una teoría de una relación de subordinación, respecto de que las ordenes que se impartan entre contratante y contratista no quiere decir que exista un contrato laboral, pues el contratista debe cumplir con unos lineamientos para la ejecución del contrato de prestación de servicios, para que se dé la recta ejecución del contrato para el cual le fue encomendada la actividad.

Por otro lado señor Juez, es el tema de la buena fe que se debe deprecar respecto del MEN; primero se constata que FONADE realizó la gerencia de proyectos y fue el encargado de contratar a la firma interventora que es quién va a verificar todas las actividades de ejecución del contrato se den en debida forma; en este caso todo lo que reportaba la entidad interventoría como FONADE se encontraba conforme a la Ley y en ese sentido mi defendido el MEN, no le generó ningún tipo de alerta y es más, sorprende en este tipo de demandas al MEN pues se manifiesta el cumplimiento de salarios y prestaciones sociales, ese fue un tema que nunca se avizó en la ejecución del contrato por parte de FONADE ni se reportó por parte de la firma interventora.

Otro punto es el tema de la valoración de las pruebas testimoniales; estos testimonios se ha podido evidenciar que en la mayoría se indica que la interventoría era hecha por el MEN, pero no era el MEN sino una firma encargada que se llamaba CY R consultores, está el tema que lo manifestado por los testigos antes de formular las preguntas suena como un recital aprendido por ellos, donde ellos manifiestan muchas cosas que entre otras riñen con la realidad del expediente. Es importante también manifestar a este despacho que el desplazamiento de la presunción del artículo 24, este no opera de manera automática, siempre al demandante le incumbe probar el fundamento de hecho en que funda sus pretensiones, entonces no se puede dejar solamente la aprobación o constitución de un contrato realidad bajo los supuestos de lo manifestado por los testigos en el proceso, lastimosamente no concurre la demandada principal EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, que sí podría ella en determinado momento contradecir ejerciendo su derecho de defensa las alegaciones indefinidas de la demanda así como lo manifestado por los testigos en el proceso.

Otro punto que quiero atacar es lo relativo a la aplicación del artículo 65 del CST, pues se incurre en un error de fondo respecto de la apreciación de lo reglamentado en esa norma. El artículo 65 define 2 situaciones; la primera es que a los trabajadores que devenguen un salario mínimo se le reconocerá 1 día de salario por cada día de retardo desde el incumplimiento hasta la fecha del pago; la segunda situación es cuando se devenga más de 1 salario mínimo, a los cuáles se les debe pagar un día de salario durante 24 meses y posteriormente intereses moratorios en caso que la mora persista.

Con respecto a las pruebas testimoniales, las cuáles tachamos de sospechosas de conformidad con el artículo 211 del CGP, no han de ser tenidas en cuenta por cuanto consideramos no fueron imparciales, sino por el contrario, sesgadas, pues las testigos, han presentado demanda con los mismos supuestos de hecho y pretensiones; por tanto debe darse aplicación a la segunda opción fijada por el artículo 65, y por ende se desconoce el contenido de esa norma, como quiera que liquida la sanción moratoria hasta la fecha de pago.

Sobre esa temática la CSJ en sentencia SL 361 DE 2020, señaló que la intención de la legislación fue imponer un límite a la sanción para trabajadores que devenguen más de 1 salario mínimo.

Entonces el fallador incurrió en un yerro pues impuso la condena más allá de 24 meses (...)

Señaló que cuando no se haya presentado demanda dentro de los 24 meses siguientes al vencimiento del contrato, no tendrá derecho a un día de salario como indemnización, sino al pago de intereses moratorios.

En el caso que nos ocupa las demandas fueron presentadas con posterioridad a los 24 meses siguientes en que terminó la relación laboral.

Teniendo en cuenta lo manifestado doy por presentado el recurso de apelación y solicito que vuelvan a la posición que se venía adoptando y es la posición que se acaba de mencionar.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes se pronunciaron así:

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.

Reprochó las declaraciones vertidas en juicio, señalando que *“no es posible tener en cuenta estos testimonios, ya que se puede apreciar que en el desarrollo de los mismos, unos declarantes prestaron sus servicios en otros puntos de los respectivos municipios o corregimientos donde llegó el programa PAIPI, y declararon sobre los supuestos contratos de trabajo ejecutados por demandantes en otros puntos”*.

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”*; adicionalmente que el MEN actuó de buena fe, y que en el caso de autos debía condenarse al pago de intereses moratorios y no de 1 día de salario por cada día de retardo tras haberse presentado demanda con 24 meses posteriores a haber fenecido el vínculo laboral.

Los restantes sujetos procesales guardaron silencio según lo certifica la secretaría general de esta Corporación Judicial.

I. CONSIDERACIONES.

2.1. PROBLEMA JURÍDICO:

Atendiendo al Grado Jurisdiccional de Consulta y vistos los reproches de alzada, corresponde a ésta Colegiatura, dilucidar si el A quo acertó al señalar que la parte actora cumplió con la carga procesal de acreditar la existencia del contrato de trabajo alegado, sólo en caso de resultar afirmativo dicho planteamiento se resolverá si se configuraron los presupuestos del artículo 34 del C.S.T. para declarar solidariamente responsable al MEN

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 estable que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros. Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.” Subrayado fuera de texto.

Doctrina que se confirma con Sentencia No. 37547 de octubre de 2011, ponencia del H. Magistrado Dr. GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA.

“ (...)

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 el 06 de septiembre al 15 de diciembre de 2011, fecha cuando terminó el contrato sin justa causa. Que desempeñaron el cargo de docentes en el entorno familiar (LUISA PAOLA FUENTES) e institucional (MIRLEYDIS OÑATE MENDOZA); 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 \$900.000 Y \$1.000.000 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, con acta de inicio del 28 de mayo de 2011 (fl 28 de ambos cuadernos) 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 2111303 (cuaderno de MIRLEYDIS OÑATE MENDOZA) con fecha de suscripción 12 de agosto 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 Distracción; y el contrato No 211038, cuyo municipio de ejecución lo fue San Juan del Cesar (proceso de LUISA PAOLA FUENTES), con fecha de suscripción 17 de julio de 2011 y finalización 15 de diciembre del mismo año.

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 06 de septiembre 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 así:

ESIKA SUÁREZ ROJAS- TESTIGO EN FAVOR DE LUISA PAOLA FUENTES

Indicó que laboró con LUISA y conoce de las actividades “porque trabajaba con ella”; que iniciaron actividades desde el 06 de septiembre de 2011 y hasta el 15 de diciembre del mismo; con un horario de 7:30 am a 5:00 p.m., ejerciendo actividades estipuladas en el cronograma del operador; que realizaban varias actividades abarcando cuatro componentes: salud y nutrición, pedagógico y familia- comunidad y redes y de seguridad infantil; que trabajaban en la zona urbana y rural; que conoció a Luisa porque se comunicaban en todas las actividades que hacían; que laboraban lunes, martes y miércoles atendiendo a los niños y entregando paquetes alimentarios y los jueves y viernes se reunían para organizar las actividades que estaban estipuladas por la coordinadora; que debían firmar una bitácora de entradas y salidas; que fueron convocadas al contrato verbal por intermedio de EDUVILIA FUENTES; que no les pagaron salud ni prestaciones y frente al salario les solicitaban que esperaran; que no les fueron cancelados sueldos ni prestaciones sociales.

Que las reunieron en un solo sitio para la contratación verbal por parte de EDUVILIA FUENTES; que trabajaban en nueva Colombia del municipio de San Juan; que laboró con LUISA FUENTES en el mismo lugar; que esta última ejecutó el cargo de docente realizando funciones pedagógicas, nutricionales y psicosociales de los niños de 0 a 5 años, actividades que eran desarrolladas de acuerdo al cronograma previsto por la coordinadora de quién también recibía órdenes; que la actora laboraba de lunes a viernes de 7:30 a 5:00 p.m.; que no recibieron remuneración alguna; adujo que la señora EDUVILIA le informó que su salario sería de \$900.000 no obstante el mismo no fue cancelado.

Adujo que previo al 06 de septiembre de 2011 laboró con EDUVILIA FUENTES; que eran docentes del entorno familiar; que no le consta si le llamaron la atención, que laboraba en el barrio nueva Colombia pero la “cobertura la completaban con zonas rurales” en corregimientos de “achintigua y marocaso”, que la actora laboraba en las zonas rurales en diferentes corregimientos; que por ejemplo los lunes debía desplazarse a zonas rurales y martes y miércoles se situaba en San Juan.

KAREN PAOLA PINTO DAZA (MIRLEYDIS OÑATE MENDOZA)

Adujo que “trabajaban” en el municipio de Distracción en el Colegio Gabriela Mistral, para el programa PAIPI, administrado por EDUVILIA FUENTES desarrollando labores de cuidado nutrición y salud de niños y niñas mayores de 5 años; que desarrollaban actividades en la zona rural y urbana del 06 de septiembre al 15 de diciembre de 2011, que trabajaban en el entorno institucional en un horario de 7:30 a 5:00 p.m.; que prestaba servicios la demandante en el tren de la alegría en el municipio de Distracción; adujo que ella (la testigo); prestó servicios en el municipio de Distracción en el centro infantil, sin mencionar a cuál se refería; que la demandante

era docente; que sus funciones eran brindar “atención a niños y niñas menores de 5 años, desarrollaba sus capacidades, les daba sus alimentos, les ayudaba a controlar sus esfínteres(...)”; que recibían órdenes de la coordinadora pero era ella a su vez las obtenía de EDUVILIA FUENTES; que recibían un salario, pero en el mes de diciembre, la señora EDUVILIA se los quedó adeudando y que no recibieron pago de prestaciones; que el salario era de \$1.000.000 y era cancelado por EDUVILIA FUENTES y las reunía “en un lugar” para pagarlo; que conoce los hechos porque trabajaba “ahí y se daba cuenta de las actividades que ellas hacían”; que fueron contratadas 10 días antes de iniciar sus labores; que recibían visitas mensuales de CYR.

INTERROGATORIO DE PARTE

MIRLEYDIS OÑATE

Manifestó que el contrato fue verbal del 06 de septiembre al 15 de diciembre de 2011 a cambio de un salario de \$1.000.000, que desempeñó el cargo de docente en Distracción la Guajira contratada por EDUVILIA FUENTES; que no recibió prestaciones sino “solo su salario que fue de \$1.000.000”.

LUISA PAOLA FUENTES FUENTES

Que fue contratada por EDUVILIA FUENTES a cambio de un salario de \$900.000; que no le pagaron salarios y prestaciones sociales; que laboraba con 6 docentes en el entorno familiar en el municipio de SAN JUAN DEL CESAR, en los barrios periféricos nueva Colombia con niños de sisben 1 y 2 y en condición de desplazamiento.

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 al dicho de las testigos, 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 “compañeras de labores” de las demandantes en cita en “el mismo centro educativo”, y por ser “haber sido contratadas durante el mismo período”; circunstancia que a juicio de esta Corporación Judicial reviste de credibilidad a fin de desatar las consecuencias jurídicas pretendidas con la demanda, como quiera que en el curso del proceso la parte interesada, esto es, la parte demandada no propendió por desacreditar que la promotora del juicio prestara servicios en el mismo lugar que la testigo, ni siquiera, por desvirtuar la cantidad de tiempo que compartían al día, el tipo de órdenes recibidas por la actora, la cercanía entre los lugares en que se desarrollaba la labor, el número de veces en que recibió visitas por parte de EDUVILIA FUENTES y/o la coordinadora general, personas respecto de las que 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 las declarantes resaltaron su condición de compañeras de labores de las actoras en los respectivos municipios enunciados, enfatizando 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 prestaron 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.

No obstante lo anterior, sí 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 estuvieron en todo tiempo en escucha del dicho de las testigos traídas a juicio, situación que fue avalada explícitamente por el Juez del proceso cuando le informó a la señora LUISA PAOLA FUENTES que podía permanecer escuchando el testimonio vertido, muy a pesar que posteriormente se recaudaría su declaración; situación que claramente debió ser corregida por el director del proceso, verbigracia, mediante la recepción primigenia de los interrogatorios de partes, 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 las testigos, pues resáltese su versión fue idéntica a la expuesta por las deponentes, situación de graves consecuencias, si se tiene en cuenta que con el interrogatorio de parte, se pretende obtener confesión; sin embargo, y como quiera que ello 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 es a lo narrado por las testigos cuya declaración no se advierte viciada.

Sea esta la oportunidad además para señalar que en el expediente obra documento enunciado *“anexo 1. Personal con el que cuenta la institución para la ejecución del convenio”, en el que figura cada una de las demandantes enunciadas, y que es expedido por el “consorcio C&R”*; documento al que debe dársele valor de indicio, y ser valorado conjuntamente con las demás pruebas a fin de determinar con certeza la prestación personal del servicio para el período demandado, en tanto, fue una prueba debidamente allegada e incorporada al plenario y debe valorarse como documento a fin de imponer de allí las consecuencias jurídicas que pudieren derivarse.

Así las cosas, dígame desde ya que del documento en cita, otorga indicios de la prestación del servicio solicitada, por cuanto, en esta prueba en particular y para el expediente acumulado que se estudia, se aprecian los logos del consorcio C y R entidad encargada de realizar interventoría.

Ahora, no ha de obviarse que si bien el anexo 1 enunciado, no fue expedido directamente por la demandada principal, no se estipularon los extremos laborales, ni da detalles adicionales distintos a indicarse los nombres de los actores como personas “prestadoras de servicio” y el contrato en virtud del cual se consagra la información; no ha de obviarse la información allí contenida, esto es, la firma de la demandada principal junto con la inserción del nombre de la actora acompañado de la casilla *“tipo de contratación: prestación de servicios”*, circunstancia que permite tener la prueba como hecho indicador de la prestación del servicio, razón por la cual, se deberán estudiar las demás pruebas del plenario para determinar la efectiva prestación del servicio para el periodo reclamado, máxime cuando en el presente caso no existió confesión por parte de la demandada principal, por estar representada por curador ad litem, veamos:

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

“(…) resulta de vital importancia, dentro de la carga probatoria del demandante, probar los extremos temporales de la relación laboral alegada, por cuanto ante la falta de certeza o aproximación, la decisión será contraria a sus intereses, a pesar de tener probada la prestación del servicio personal, por cuanto ha sido criterio reiterado de nuestro órgano de cierre, que al demandante no solo le basta con ganarse la presunción legal del artículo

24 del CST., sino que también debe probar otros aspectos relevantes del contrato de trabajo como lo es precisamente la época de vigencia del mismo.

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

No obstante lo anterior, otorgando credibilidad a las declaraciones vertidas en juicio, se dirá que probada la prestación del servicio, deviene la aplicación del presupuesto legal del artículo 24 del CST, esto es, que entre la señora EDUVILIA FUENTES y la demandante existió un contrato laboral, ello en tanto se itera una vez más, **la parte demandada adoptó una actitud procesal descuidada.**

Con base en lo expuesto, **ha de decirse que si bien ni la parte demandada ni el Juez del proceso, ahondaron en las respuestas escuetas brindadas por las testigos cuando se le indagó sobre el elemento subordinación que debe estar presente en los contratos de trabajo, como quiera que sencillamente afirmó recibir órdenes de EDUVILIA FUENTES, pero sin 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 relíevase una vez más, su actuación probatoria fue poco más que deficiente, de dónde devienen las consecuencias propias declaradas en primera instancia, como ya se expuso.

DE LOS EXTREMOS TEMPORALES

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, auxilio de transporte y vacaciones, ha de salir adelante, en tanto no existe probanza alguna tendiente a determinar que a la terminación de la relación laboral, el empleador pagó las acreencias de ley enunciadas que le asistían en su condición de trabajadoras.

DE LA INEFICACIA DEL CONTRATO PRETENDIDA

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

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

Consecuencialmente y atendiendo a que no se acredita dentro del plenario el pago de aportes a seguridad social y parafiscales, es un hecho indicador de su mala fe, debido a que a la fecha de esta sentencia, no se allegó prueba de este pago ni justificación de su no realización, así, deviene la confirmatoria de la sentencia de primera instancia, pero con una modificación.

Pues bien, venía siendo 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, resultaba claro que tratándose de la solicitud de ineficacia del despido, se daría aplicación a los mismos presupuestos de la indemnización moratoria, esto es, el pago de un día de salario por cada día de retardo.

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, 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 llegó a concluir que la adecuada interpretación que debía 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, cuando la norma hace referencia a la ineficacia del despido era que debía asimilarse 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 en procesos que preceden al de autos, se arribó a la conclusión que en efecto, es preciso reevaluar y subsanar la postura recientemente adoptada, por las razones que pasan a exponerse:

Se analizó que no resultaba claro sobre qué conceptos recaía la indemnización moratoria equiparada, esto es, los intereses moratorios ordenados, por cuanto 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, en tanto los mismos no fueron objeto de condena.

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 párrafo 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 párrafo 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 febrero 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 estudio minucioso de la indemnización sometida a estudio, y que en específico arrojó la siguiente fundamentación jurisprudencial que clarifica el asunto y evita recaer en equívocos así:

“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 párrafo 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 febrero de 2012 y sobre el salario de \$30.000 para LUISA PAOLA FUENTES y \$33.333 para MIRLEYDIS OÑATE, en este punto como lo declaró la primera instancia, dado que el salario fue declarado por las deponentes traídas a juicio.

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 12 de diciembre de 2014.

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

Y ante el MEN se surtió la misma, así:

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

MIRLEYDIS OÑATE MENDOZA: 25 de noviembre de 2014: según respuesta emitida por la entidad a folios 12 y siguientes.

LUISA PAOLA FUENTES: 31 de octubre 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 así:

La CURADORA ad litem de la señora EDUVILIA FUENTES, en el proceso de MIRLEYDIS OÑATE MENDOZA, interpuso excepción de prescripción; como quiera que no existe constancia de reclamación dirigida a la empleadora, se tiene que la prescripción solo fue interrumpida para dicho proceso, tan solo hasta el 12 de diciembre de 2014, por ende, todas las prestaciones declaradas en favor de la demandante OÑATE MENDOZA, estuvieron prescritas con anterioridad al 12 de diciembre de 2011, esto es, del 06 de septiembre al 11 de diciembre de 2011, salvo las cesantías, como acertadamente lo calculó el A quo.

Hechos los recálculos por las condenas ordenadas, se advierten acertados.

Igualmente y como quiera que la demandada principal en el proceso de LUISA PAOLA FUENTES FUENTES por intermedio de curador ad litem EDUVILIA FUENTES no propuso excepciones en este sentido, no es factible estudiar la procedencia de la excepción respecto de la misma.

Y por ende se estudiará la excepción de prescripción pero únicamente en cuanto a la interposición efectuada por el MEN. Al respecto ha de señalarse que la prescripción se interrumpió con la reclamación administrativa surtida el 31 de octubre de 2014, por lo que todas las acreencias a que tenga favor la señora FUENTES FUENTES, anteriores al 30 de octubre de 2011, se hayan prescritas a excepción de las cesantías. Ahora y como quiera que el Juez de instancia calculó las prestaciones del 16 de octubre al 15 de diciembre de 2011, claramente se advierte que efectuó una tasación errónea al haber tomado como fecha de reclamación administrativa en favor del MEN el 16 de octubre de 2014 y no 31 de octubre de 2014 (fl 21 del expediente físico y 23 del expediente digital) como en realidad era, por lo que se procederá a recalcular las prestaciones así:

INTERESES A LAS CESANTÍAS:\$1.959

PRIMA DE SERVICIOS:\$127.778

VACACIONES:\$63.889

AUXILIO DE TRANSPORTE: \$97.520

Igualmente, no ha de pasar por alto la Sala que habiendo terminado la relación laboral el 15 de diciembre de 2011 y siendo que la demanda se presentó el 12 de diciembre de 2014, la prescripción había operado parcialmente respecto de la demandada principal, solo quedando por liquidar escasos 4 días; pues no existe reclamación administrativa con destino a EDUVILIA FUENTES; **circunstancia que indirectamente devino en perjuicio de las entidades públicas en cuyo favor se surte la consulta por ser declarada solidariamente responsable de las condenas.**

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

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

Como en este caso, la declaratoria del contrato de trabajo, no deviene en perjuicio de la entidad en cuyo favor se surte la consulta, por las razones que pasarán a exponerse, **se abstendrá en esta oportunidad**, esta Corporación de compulsar copias con destino al Consejo Superior de la Judicatura.

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:

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.

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

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

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

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

SOBRE LA SOLIDARIDAD DEL 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.

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

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 MEN 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 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.

Finalmente ha de resaltarse que 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 1° estableció como objetivo contribuir a mejorar la calidad de vida de los menores clasificados en los niveles 1, 2 y 3 del Sisbén, de manera progresiva, a través de una articulación interinstitucional que obliga al Estado a garantizarles sus derechos a la alimentación, la nutrición adecuada, la educación inicial y la atención integral en salud; y en el artículo 2.° 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 3°, 4° y 5° 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.° 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 el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el JUZGADO LABORAL DEL CIRCUITO DE SAN JUAN DEL CESAR el día 21 de mayo de 2021, respecto de la demandante LUISA PAOLA FUENTES FUENTES para en su lugar señalar que el monto de las condenas por concepto de prestaciones sociales, vacaciones (salvo el valor de las cesantías que se mantiene) y auxilio de transporte que le asisten a su favor y en contra de EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ se fijan así:

LUISA PAOLA FUENTES FUENTES:

INTERESES A LAS CESANTÍAS: \$1.959

PRIMA DE SERVICIOS: \$127.778

VACACIONES: \$63.889

AUXILIO DE TRANSPORTE: \$97.520

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de origen y fecha anotados en sentido de señalar que la condena por concepto de ineficacia del contrato, se concederá a partir del 16 de febrero de 2012 por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: 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.

CUARTO: 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.

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

SEXTO: 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

APROBADO
CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado Ponente

APROBADO
PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada

(CON SALVAMENTO DE VOTO)
JOSÉ NOÉ BARRERA SÁENZ
Magistrado