



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

Riohacha, veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ

|                    |  |
|--------------------|--|
| ACCIÓN:            | PROCESO ORDINARIO LABORAL ACUMULADO – LEY 1149 DE 2011   |
| PROVIDENCIA        | SENTENCIA  |
| DEMANDANTE:        | LUIS RAMÓN AMAYA MARTÍNEZ, YILENYS MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ Y KATHERINE BECERRA MARTÍNEZ  |
| DEMANDADO:         | EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ 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.:    | 44650310500120140027101  |

Discutido y aprobado en Sala Según **Acta No. 76** del veintitrés (23) 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 **primero (01) de julio 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 09 de agosto de 2021, esto es, dentro de un término prudencial.

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**

LUIS RAMÓN AMAYA MARTÍNEZ, YILENYS MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ Y KATHERINE BECERRA MARTÍNEZ demandaron a la señora EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ, y solidariamente al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO- FONADE, E ICBF pretendiendo se declarara: (i) la existencia de un contrato de trabajo con extremos temporales del 06 de septiembre al 15 de diciembre de 2011(ii) que se condenara al pago de prestaciones sociales y vacaciones causadas en dicho período(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.

Sustentó sus pretensiones así: celebró contrato de trabajo con 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 auxiliar docente (LUIS RAMÓN AMAYA MARTÍNEZ y YILENIS MARÍA CHÁVEZ GÓMEZ) y DOCENTE (KATHERINE PAOLA BECERRA MARTÍNEZ); 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 \$1.000.0000, \$1.200.0000 respectivamente, a fin de dar cumplimiento al objeto y las obligaciones del convenio de gestión de proyectos 2012 (211012) celebrado entre el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y FONADE, en virtud del cual la demandada FUENTES BERMÚDEZ 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, 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:** Negó 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:** Fue notificada, pero no compareció al trámite, por ende 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 declaró la existencia de un contrato de trabajo, impuso condena al pago de prestaciones sociales, y vacaciones, declaró la ineficacia de la terminación del contrato, reconoció la solidaridad respecto 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.

Igualmente precisó “(...) *aunado a las pruebas testimoniales tenemos que, tanto en la primera audiencia como en esta diligencia, se declaró una consecuencia procesal por la inasistencia de la señora EDUVILIA FUENTES a la conciliación y a absolver el interrogatorio de parte, cual es presumir como ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en las demandas; quiere ello decir que la prestación del servicio y la subordinación (hechos 5,6,7,8,9 y 10) se presumen ciertos y no fueron desvirtuados en este trámite.*

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.

Declaró que operó parcialmente el fenómeno prescriptivo respecto de uno de los demandantes así: “*en el presente caso, no se tiene certeza cuándo fueron presentadas las reclamaciones al Ministerio de Educación Nacional, por lo que el despacho toma en cuenta la fecha indicada en los oficios con los que se dio respuesta a éstas, los cuales obran en cada uno de los expedientes, y datan del 25 de septiembre de 2014 en el proceso de LUIS RAMÓN AMAYA, 18 de noviembre de 2014 en el de KATERINE BECERRA y 21 de agosto de ese mismo año en el de YILENIS MARÍA CHAVEZ; por tanto, se concluye que la prescripción fue interrumpida en esas fechas y sólo operó para los derechos reclamados en los numerales 2,4 y 5 de las demandas de LUIS RAMÓN AMAYA Y KATERINE BECERRA, y no operó para las cesantías porque esta prestación se hace exigible a partir de la terminación de los contratos de trabajo”.*

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.

*Respecto de la declaratoria de solidaridad efectuada en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, precisó: “el despacho, al analizar el objeto de los contratos 2110923 y 2110924, celebrados entre FONADE y EDUVILIA FUENTES BERMUDEZ, observa que éste coincide con una de las obligaciones de esta entidad, MINISTERIO DE EDUCACIÓN, cual es velar por la atención integral de la primera infancia. Luego entonces, y teniendo en cuenta que en estos casos el juzgador debe establecer que, independientemente a la denominación de los cargos, la labor individualmente desarrollada por los demandantes no sea ajena al objeto del beneficiario del servicio, se tiene que los actores demostraron en este trámite que desplegaron funciones de docencia, actividad inherente a esta entidad, además, ejercían una atención integral de los niños, valga decir, actividades pedagógicas, de cuidado y nutrición, las cuales son inherentes al contrato celebrado entre el beneficiario (el Ministerio de Educación) y el intermediario (FONADE).*

(...)

*Cabe aclarar que la responsabilidad solidaria del Ministerio de Educación Nacional se limita a los derechos causados en el interregno que no operó la prescripción, es decir, del 25 de septiembre al 15 de diciembre de 2011 en el proceso de LUIS RAMÓN AMAYA y del 18 de noviembre al 15 de diciembre de 2011 en el de KATERINE BECERRA; ello, en lo que tiene que ver únicamente con primas, intereses de cesantías y vacaciones. No se limita la condena respecto de cesantías e indemnización por la declaratoria de ineficacia del contrato de trabajo, atendiendo que éstas se hicieron exigibles a partir de la finalización de los contratos de trabajo.*

### **2.3 RECURSOS DE APELACIÓN.**

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

**MEN**

#### **APODERADA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN**

*Muy respetuosamente queremos manifestarle al despacho que interponemos el recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir, sentencia que respetamos pero que el Ministerio no está de acuerdo con ella y que sustentamos a continuación, en primer lugar manifestarle a la sala laboral que no es función del Ministerio de Educación Nacional velar por la atención integral de la primera infancia, que las funciones del Ministerio de Educación Nacional se encuentran consagradas en el artículo 2 del decreto 5012 del 28 de diciembre del 2009, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 6 y 121 de la constitución política, el cual tiene relación directa con la responsabilidad que desarrolla el artículo 6 ibídem de la constitución política y que se conoce en el campo del derecho público como el principio de legalidad de competencia; permitir, afirmar que las competencias o funciones asignadas a una autoridad pública son de carácter expresas y taxativas; por lo anterior el Ministerio de Educación Nacional no está llamado a responder de manera solidaria ya que si miramos las funciones señaladas en el Decreto 5012 por el cual se determina las funciones de las dependencias del MEN este no presta directamente el servicio de educación lo que hace el Ministerio es un ente de asesoría y generador de políticas públicas, por lo tanto nada tiene que ver con el objeto generador del contrato de prestación de servicios pues el mismo va encaminado a atender directamente la educación inicial y nutrición de los niños menores de 5 años.*

*En segundo lugar, no se comparte la sentencia en lo que tiene que ver con la condena impuesta al pago de sanción moratoria. Respecto a este punto tenemos que la indemnización moratoria no es de aplicación automática ni inexorable sino que para su imposición se debía tener en cuenta la buena fe con la que se actuó, mi representada durante la ejecución del convenio actuó bajo los postulados de la buena fe, bajo el convencimiento de que el administrador y ejecutor del contrato FONADE y sus interventores velarían por que se ejecutaran los convenios y obligaciones en debida forma, que la señora Eduvilia fuentes estuviera cumpliendo las obligaciones que tenía a su cargo, pues creyó en estos informes que le dio el administrador y ejecutor por lo que no es procedente la condena por indemnización moratoria en contra del MEN, que existe un error por parte del juzgador de instancia de fondo en la interpretación del artículo 65 de Código Sustantivo del Trabajo el cual define dos situaciones: la primera de ellas es que a los trabajadores que devengan el salario mínimo se les reconocerá y pagará un día de salario desde el incumplimiento hasta la fecha de pago, la segunda situación es que frente a los trabajadores que devenga más de un salario mínimo a los cuáles se les debe reconocer sanción moratoria por el valor de un día de salario durante los primeros 24 meses, en el caso de que la mora persista deberá cancelar interés moratorios a la*

tasa máxima de crédito de libre asignación certificado por la superintendencia financiera hasta cuando se verifique el pago total de salarios o prestaciones adeudadas.

*En el caso que nos ocupa los trabajadores según su decir devengaban más de un salario mínimo para esa época por lo que se debe aplicar la segunda opción fijada por el legislador, así las cosas el despacho está desconociendo el contenido del literal del artículo 65 como quiera que liquida la sanción moratoria por el valor del salario hasta la fecha de pago, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia SL 5033 de 9 de diciembre del 2020 radicación 82963 Magistrado Ponente Martín Emilio Beltrán Quintero recordaron sobre la interpretación correcta del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 20 de la ley 789 del 2002 de esta manera “no obstante las notorias deficiencias en la redacción de la norma, esta sala de la corte entiende que la intención del legislador es la de establecer un límite temporal a la indemnización moratoria o legalmente precedida por el artículo 65 del código sustantivo del trabajo de tal suerte que como regla general durante los de 24 meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico el empleador incumplido deberá pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de los 24 meses como aconteció en este caso después de estos 24 meses en caso de que la situación de mora persista ya no deberá el empleador la suma de salarios diarios intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación certificada por la superintendencia bancaria hoy financiera hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente, los intereses se calcularán sobre la sumas debidas por concepto de salario y prestaciones en dinero cuando no haya entablado demanda ante los estrados judiciales dentro de los 24 meses siguientes al vencimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales dentro de este lapso si no a los intereses moratorios a partir de la terminación del contrato de trabajo en la tasa máxima de créditos de libre asignación.*

*En el caso que nos ocupa tenemos que las demandantes presentaron la demanda transcurridos más de 24 meses contados a partir de la finalización del contrato, por tanto correspondía ordenar a título de sanción moratoria el reconocimiento de pago de intereses moratorios conforme lo dispone el artículo 65 del código sustantivo del trabajo; lo anterior si se tiene en cuenta que según el designio de las demandantes el contrato laboral finalizó el 15 de diciembre del 2011 y las demandas se presentaron en el mes de diciembre del 2014.*

*Ahora bien conforme a los testimonios solicitamos a la honorable sala tener en cuenta la tacha de conformidad al artículo 58 del código de procedimiento laboral toda vez que resultan estos sesgados y pocos idóneos pues los testigos fueron los mismos demandantes y figuran como testigos dentro de otros procesos por lo que tienen intereses en las resultas de estos procesos; también se tenga en cuenta en la contradicción que incurrieron estos testimonios y los demandantes en cuanto a las funciones del Ministerio de Educación Nacional en cuanto al señor Fidel Sierra cuando manifestó que el MEN le revisaba o supervisaba a los demandantes las labores que le fueron encomendadas a la demandada la señora Eduvilia Fuentes, después dijo este que era la coordinadora Vivian González la que hacía esta labor y la demandada Eduvilia Fuentes, en cuanto al testimonio de la señora Yuranis López ésta manifestó que ella suponía que eran funcionarios del MEN, se le preguntó si tenía identificación respondió que no que suponía que eran del Ministerio porque así le decían, porque no aportaban carnet ni otros elementos que lo identificaran; en cuanto al testimonio de la señora Carmen Milena Cháves esta manifestó que la señora Eduvilia Fuentes los contrató y que el MEN era el ente, los vigilaba y supervisaba lo que ellos hacían mientras que en otras preguntas dijo que era la coordinadora y la demandada la señora Eduvilia Fuentes la que ejercía esa función por lo que no es claro que los testimonios escuchados, ellos*

no tenían claro cuáles eran las funciones que tenía el ministerio de educación nacional, ellos no tenían claro cuáles eran las funciones que realmente tenía el MEN, mientras que en los interrogatorios de partes los demandantes manifestaron que los funcionarios que los iban a vigilar y supervisar eran los funcionarios del MEN debidamente identificados pero que solo se entendía con la señora Eduvilia Fuentes resultando estas contradictorias estas declaraciones con los testimonios; para mi representada no resultan tampoco idóneos toda vez que tuvieron el tiempo suficiente para cambiar sus respuestas ya que se encontraban presentes cuando los testigos rindieron las declaraciones, no existiendo garantías procesales ni duraciones de la virtualidad y forma de recibir estas declaraciones.

En cuanto al contrato celebrado tenemos que en desarrollo de las políticas públicas y como una de las estrategias de cobertura dentro del programa de la atención integral a la primera infancia PAIPI el 11 de mayo del 2011 el MEN suscribió con el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE el convenio interadministrativo de gestión de proyectos con numero 212 211012 el cual tiene por objeto la gestión por parte de FONADE, el programa de atención a la primera infancia PAIPI en el marco de estrategia a la atención a través de prestadores de servicios; en desarrollo del citado convenio FONADE suscribió otro contrato con el operador Eduvilia María fuentes Bermúdez propietaria del establecimiento de comercio el colegio Gabriela mistral, que en dicho contrato de prestación de servicio se estableció en la cláusula que la interventoría sería efectuada por el consorcio CYR zona norte, que en el contrato de prestación de servicios se estableció además que el contrato se iba a ejecutar por el prestador del servicio con absoluta autonomía e independencia sin generación de vínculo laboral alguno con FONADE ni el MEN, en el contrato de prestación de servicio se estableció con lo que tiene que ver con la contratación de personal que el operador tendría indemne a FONADE de cualquier pleito o demanda; la señora Eduvilia fuentes Bermúdez para la ejecución del contrato de prestación de servicio contrató a varias personas de manera autónoma e independiente sin que intermediaria la voluntad de mi representada entre las contratadas por la señora Eduvilia Fuentes figura los demandantes en los procesos que nos ocupa; por lo anterior el MEN no está llamado a responder de manera solidaria como se ha dicho anteriormente, que se trata de funciones diametralmente diferentes por tal razón no está llamado este a responder por cuanto las funciones que desarrollaba la señora Eduvilia Fuentes en el colegio Gabriela mistral son diferentes a las que tiene el MEN como se ha venido diciendo anteriormente que este es un ente asesor mientras que la señora Eduvilia Fuentes sí presta directamente los servicios de atención a los niños menores de 5 años, que mi representada el MEN no está llamada a responder en todos los rincones del territorio nacional con las actuaciones que despliegue los prestadores del servicio, que no puede responder o servir de garante de las obligaciones o incumplimiento que se generen en los planteles con respecto a sus trabajadores, en consecuencia sobre el artículo 34 del código sustantivo del trabajo consagra la responsabilidad solidaria para el beneficiario del trabajo o dueño de la obra excepciona dicha responsabilidad cuando se trata de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, en esta excepción está la situación del MEN pues a este no le corresponde la prestación del servicio de educación, le corresponde vigilar y evaluar su prestación y por ello no figura la aplicación de lo reglado en el mencionado artículo.

Así las cosas solicitamos también a la sala que se tenga en cuenta lo preceptuado en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral magistrado ponente Fernando Castillo Cadena SL 7789 del 2016 radicación 49730 acta 19 de fecha primero de junio del 2016 en el cual se decidió el recurso de apelación interpuesto por el Bancolombia S.A contra la sentencia proferida por la sala laboral del tribunal superior del distrito judicial de Cali el 28 de julio del 2010.

*Así las cosas, su señoría y escuchado los argumentos solicitamos muy respetuosamente se conceda el recurso de apelación para que sea la honorable sala laboral la que estudie el caso que nos ocupa y en su defecto revoque la sentencia que el juzgador de instancia le impone a mi representada a reconocer y pagar acreencias laborales a los demandados”.*

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**

En lo relevante precisó:

*“El recurso de apelación interpuesto tiene por objeto demostrar al H. Magistrado, que el juez de primera instancia erro al momento de señalar que las labores ejecutadas por los demandantes tienen relación con las labores normales desarrolladas por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL de velar por atención integral de la primera infancia y por ser el Ministerio el beneficiario directo de las contrataciones realizadas para desarrollar el objeto inicialmente propuesto. NO ES FUNCIÓN DEL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL VELAR POR LA ATENCIÓN INTEGRAL DE LA PRIMERA INFANCIA ESA FUNCIÓN CORRESPONDE A UNA POLITICA PÚBLICA.*

*La sentencia realiza una indebida interpretación del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo al dar por demostrada la solidaridad del Ministerio de Educación Nacional por intervenir en la suscripción de los convenios, cuando es claro que estos convenios se suscribieron en desarrollo de una política pública no de una función del MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL.*

*El Ministerio de Educación Nacional no está llamado a responder de manera solidaria como lo indica en la sentencia, ya que si miramos las funciones señaladas en el artículo 2 del Decreto 5012 DEL 2009, por el cual se determinan las funciones de sus dependencias, el Ministerio de Educación Nacional no presta directamente el servicio de educación, el Ministerio de Educación Nacional es un Ente asesor y generador de política pública, por lo tanto nada tiene que ver con el objeto generador del contrato de prestación de servicios, pues el mismo va encaminado a atender directamente la educación inicial y nutrición de los niños menores de 5 años. Se trata de funciones diametralmente diferentes, por tal razón no está llamado a responder en forma solidaria por cuanto las funciones que desarrolla el LA SEÑORA EDUVILIA FUENTES - COLEGIO GABRIELA MISTRAL son diferentes a las que tiene el Ministerio de Educación Nacional, porque el MINISTERIO DE EDUCACIÓN es un generador de política pública y Ente asesor, mientas LA SEÑORA EDUVILIA FUENTES - COLEGIO GABRIELA MISTRAL si presta directamente los servicios de atención a los niños menores de 5 años”.*

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

Citó las funciones legales a cargo del MEN y citó jurisprudencia nacional para concluir que entre no es válido endilgar responsabilidad solidaria en su cabeza.

### **I. CONSIDERACIONES.**

Acorde a los planteamientos de la alzada y los límites del principio de consonancia consagrado en el artículo 66ª del CPT y SS, la Sala acoge el estudio de la controversia planteada.

Se encuentran reunidos los presupuestos para resolver de fondo la apelación interpuesta por la apoderada judicial de la parte actora, esta Corporación es competente para conocer de este recurso, sin que se advierta irregularidad procesal que pueda invalidar

la actuación, además están satisfechos los presupuestos procesales de demanda en forma, capacidad para ser parte, competencia del funcionario y está acreditada la legitimación en la causa, sin que se halle vulnerado el art. 29 de la Carta Política.

### **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 desde el **06 de septiembre al 15 de diciembre de 2011**. **Que desempeñaron el cargo de auxiliar docente (LUIS RAMÓN AMAYA MARTÍNEZ y YILENIS MARÍA CHÁVEZ GÓMEZ) y DOCENTE (KATHERINE PAOLA BECERRA MARTÍNEZ); 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 \$1.000.0000, \$1.200.0000 respectivamente,** a fin de dar cumplimiento al objeto y las obligaciones del convenio de gestión de proyectos 2012 (211012) celebrado entre el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y FONADE; 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. 212 suscrito entre el MEN y FONADE y con vigencia “desde la suscripción del acta de inicio hasta el 31 de diciembre de 2011”; convenio interadministrativo suscrito entre el ICETEX y el MEN No 2008-0026 (929), relativo a la constitución de un fondo denominado “fomento a la atención integral de la primera infancia”. Hasta aquí son pruebas comunes en los 3 procesos acumulados.

Igualmente **obran como pruebas relevantes al proceso en el trámite de LUIS RAMÓN AMAYA MARTÍNEZ: contrato suscrito entre FONADE y EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ No 2110924 a fin de ser desarrollado en el municipio de San Diego del Departamento del Cesar,** en virtud del cual se estipula su desarrollo con ocasión del convenio interadministrativo 211012 (212-2011) suscrito entre el MEN y FONADE, **informe de interventoría del contrato 2110924 efectuado por CYR CONSULTORES, en virtud del cual se establece que el acta de inicio tuvo ocasión el 06 de septiembre de 2011 y hasta el 15 de diciembre de ese mismo año (PROCESO DE LUIS RAMÓN AMAYA MARTÍNEZ),** igualmente que se dio una prórroga hasta el 12 de febrero de 2012; acta de inicio del convenio 211012 con fechas de ejecución del 25 de mayo de 2011 al 31 de diciembre de ese mismo año; contrato de interventoría técnica,

administrativa y presupuestal No 2112367 suscrito entre FONADE y CyR consultores, en virtud del convenio 211012 por el término de 5 meses contado a partir del acta de inicio, cuya fecha de suscripción fue el 23 de diciembre de 2011. Finalmente se observa documento enunciado como **anexo 1, “personal con que cuenta la institución para la ejecución del convenio, contenido de los logos de la firma interventora CYR, así mismo se identifica el convenio 2110924 y figura el actor LUIS RAMÓN AMAYA MARTÍNEZ con una remuneración de \$600.000.**

Respecto del proceso de KATHERINE PAOLA BECERRA MARTÍNEZ, obran las siguientes pruebas: contrato suscrito entre FONADE y EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ No 2110923 a fin de ser desarrollado **en el municipio de Manaure del Departamento del Cesar,** en virtud del cual se estipula su desarrollo con ocasión del convenio interadministrativo 211012 (212-2011) suscrito entre el MEN y FONADE, **informe de interventoría del contrato 2110923 efectuado por CYR CONSULTORES, en virtud del cual se establece que el acta de inicio tuvo ocasión el 06 de septiembre de 2011 y hasta el 15 de diciembre de ese mismo año,** igualmente que se dio una prórroga hasta el 24 de febrero de 2012; acta de inicio del convenio 211012 con fechas de ejecución del 25 de mayo de 2011 al 31 de diciembre de ese mismo año; contrato de interventoría técnica, administrativa y presupuestal No 2112367 suscrito entre FONADE y CyR consultores, en virtud del convenio 211012 por el término de 5 meses contado a partir del acta de inicio, cuya fecha de suscripción fue el 23 de diciembre de 2011. Finalmente se observa documento enunciado como **anexo 1, “personal con que cuenta la institución para la ejecución del convenio, contenido de los logos de la firma interventora CYR, así mismo se identifica el convenio 2110923 y figura la demandante KATHERINE PAOLA BECERRA MARTÍNEZ con una remuneración de \$900.000.**

En punto al proceso de YILENIS MARÍA CHÁVEZ GÓMEZ, obran las siguientes pruebas: contrato suscrito entre FONADE y EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ No 2110923 a fin de ser desarrollado **en el municipio de Manaure del Departamento del Cesar,** en virtud del cual se estipula su desarrollo con ocasión del convenio interadministrativo 211012 (212-2011) suscrito entre el MEN y FONADE, **informe de interventoría del contrato 2110923 efectuado por CYR CONSULTORES, en virtud del cual se establece que el acta de inicio tuvo ocasión el 06 de septiembre de 2011 y hasta el 15 de diciembre de ese mismo año (PROCESO DE LUIS RAMÓN AMAYA MARTÍNEZ),** igualmente que se dio una prórroga hasta el 24 de febrero de 2012; acta de inicio del convenio 211012 con fechas de ejecución del 25 de mayo de 2011 al 31 de diciembre de ese mismo año; contrato de interventoría técnica, administrativa y presupuestal No 2112367 suscrito entre FONADE y CyR consultores, en virtud del convenio 211012 por el término de 5 meses contado a partir del acta de inicio, cuya fecha de suscripción fue el 23 de diciembre de 2011. Finalmente se observa documento enunciado como **anexo 1, “personal con que cuenta la institución para la ejecución del convenio, contenido de los logos de la firma interventora CYR, así mismo se identifica el convenio 2110923 y figura la demandante YILENIS CHÁVEZ con una remuneración de \$600.000.**

Pues bien, estos soportes documentales permiten acreditar la actividad comercial a la que se dedicaba la demandada directa, la existencia de los negocios jurídicos entre el ICBF y FONADE, y entre este último y la señora FUENTES BERMÚDEZ, empero se estudiará si la documental permite constatar la existencia del vínculo, la actividad desarrollada, el salario devengado, el horario cumplido, y 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.

Pues bien, en el en el expediente obra documento enunciado **anexo 1, “personal con que cuenta la institución para la ejecución del convenio, contentivo de los logos de la firma interventora CYR, así mismo se identifica el convenio los convenios 2110924 y figura el actor LUIS RAMÓN AMAYA MARTÍNEZ con una remuneración de \$600.000, así como el “convenio” 2110923 figurando las actoras YILENIS MARÍA CHÁVEZ GÓMEZ y KATHERINE PAOLA BECERRA MARTÍNEZ con remuneraciones de \$600.000 y \$900.000 respectivamente; 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 respecto de los contratos 2110923 y 2110924, en virtud de los cuáles aducen haber sido contratados los actores e igualmente en relación con el convenio 211012. De la calidad de firma interventora respecto de los contratos y convenio citados existe prueba en el plenario.

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” relacionadas con los contratos 2110923 y 2110924; 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**

Para comprobar los asertos de las partes, se recepcionaron las siguientes declaraciones así:

***FIDEL ERNESTO SIERRA CURVELO (declaró por los procesos de KATHERINE BECERRA MARTINEZ Y YILENYS MARIA CHAVES) quien dijo que tanto estas demandantes como él trabajaron en el programa PAIPI en el jardín Caritas Felices de Manaure- Cesar, contratados por la señora Edivilia Fuentes para atender niños menores de cinco años; que desarrollaban actividades lúdico pedagógicas, recreativas, dinámicas, rondas, entregaban un complemento nutricional, también realizaban visitas domiciliarias y brigadas de salud coordinadas por el hospital; que cumplían un horario de lunes a viernes de siete de la mañana a cuatro de la tarde, el cual era controlado por la señora EDUVILIA FUENTES a través de una coordinadora mediante firma de planillas de entradas y salidas.***

***Indicó que conoce los hechos porque fue contratado el mismo día y fue compañero de trabajo como docente; que fueron contratadas en el municipio de Manaure- Cesar en el centro Caritas Felices; que el contrato inició el 6 de septiembre de 2011 y terminó el 15 de diciembre de ese año, que recuerda con precisión las fechas porque fue contratado el mismo día; que el salario de la docente era de \$1.200.000 y de la auxiliar \$1.000.000, el cual era pagado por la señora Edivilia Fuentes personalmente en efectivo; que como dotación les suministraban un chaleco y un carné, y eran supervisados, además, por el Ministerio de Educación; que las labores eran supervisadas por la coordinadora local y la general; que cuando los reunió los contrató verbalmente y les indicó que debían cumplir un horario.***

**También declaró por las dos demandantes señalados anteriormente, la señora CARMEN BIBIANA ECHAVEZ NAVARRO**, quien dijo haber sido la coordinadora del programa en el interregno que laboraron estas demandantes en el centro Caritas Felices de Manaure, manifestó que KATHERINE era la docente y YLENIS la auxiliar “quienes trabajaron y quedaron pendientes con una prestación de servicios que no fueron canceladas y se tuvo que demandar para que fueran canceladas”; que la señora EDUVILIA FUENTES contrató a las demandantes, y que supo porque ella también estuvo ahí en el lugar en que las contrataron; que les dijeron el valor que les iban a cancelar, que les iban a pagar prestaciones para poder trabajar en el programa PAIPI; que las “contrataron el 06 de septiembre de 2011” que la docente se encargaba de preparar las actividades, las meriendas, los informes y la auxiliar ayudaba en las actividades lúdicas, repartir las meriendas, trabajar con los padres y realizar rondas; que la señora EDUVILIA entrega los materiales; que tenían un horario de siete de la mañana a cuatro de la tarde, el cual era impuesto por la señora Eduvilia Fuentes y ella como coordinadora lo controlaba y permanecía en el lugar “pendiente de a qué hora la entrada, la salida”, toda vez que cuando ellas llegaban tenían que firmar una planilla y a las cuatro de la tarde otra planilla y cuando no lo hacían se les remitía un memorando; no obstante posteriormente señaló que no se hicieron memorandos.

Informó que el contrato fue verbal y feneció el 15 de diciembre de 2011; que el salario de los docentes era de un millón doscientos mil pesos y de la auxiliar un millón de pesos, el cual les cancelaba Eduvilia Fuentes “presencial, en efectivo”; que el contrato fue verbal. Agregó que la señora Eduvilia los dotaba de uniformes y todo lo que necesitaban para su labor, que recibían visitas de la Alcaldía, del Ministerio de Educación “para supervisar el lugar” y que los identificaba porque llevaban carné.

Luego declaró la señora **YURANIS LÓPEZ ROSADO (por el proceso de LUIS RAMÓN AMAYA)** quien afirmó que ella y el demandante fueron contratados para la misma fecha; que los contrató la señora Eduvilia Fuentes el día 6 de Septiembre de 2011 para trabajar en el programa de atención a la primera infancia; que a cambio les ofreció un salario de \$1.000.000 y “dejó a cargo a YUNEIRIS DONADO que era la coordinadora”; que conoce al demandante porque es compañero del pueblo, en San Diego, y además por el trabajo; que el contrato finalizó el 15 de Diciembre de 2011, que ambos fueron contratados el mismo día como auxiliares docentes en el municipio de San Diego, Cesar; que se vincularon al programa porque escucharon la convocatoria por una emisora y acudieron al centro Carlos Murgas Puche en San Diego, Cesar, ahí les indicaron las condiciones en que iban a trabajar, se encargaban de los niños menores de cinco años, les daban las meriendas, capacitaban a los niños, realizaban actividades lúdicas con ellos y sus madres, elaboraban pendones, pancartas, y otros, ello acompañado de la docente; que la coordinadora YUNEIRIS DONADO les vigilaba el trabajo realizado; que el horario era de siete de la mañana a cuatro de la tarde, de lunes a viernes y lo imponía la señora Eduvilia Fuentes; que la coordinadora era la que daba las órdenes directas; que a la hora de arribo y salida de la sede firmaban una planilla; que como dotación les daban gorra y suéter, recibían visitas del Ministerio de Educación, el salario lo pagaba Eduvilia Fuentes retrasado, pero sí lo pagaba y en efectivo y que les hacían llamados de atención cuando fallaban que era ocasional porque siempre cumplían. Finalmente informó que el contrato suscrito para con EDUVILIA FUENTES fue verbal y que les informó les pagarían prestaciones sociales.

Por último, declaró **JAQUELINE SÁNCHEZ MORÓN**, quien dijo haber sido compañera de trabajo de LUIS RAMON AMAYA en el programa PAIPI, él era auxiliar docente igual que ella, los contrataron el 6 de Septiembre de 2011 de manera verbal y ese día les indicaron las condiciones de la labor; que el contrato terminó el 15 de diciembre de 2011; que trabajaron en el mismo período, en el centro Carlos Murgas Puche de San Diego, sus funciones eran atender a los niños desde gestantes hasta cinco años, hacer actividades lúdicas pedagógicas junto con las docentes, tenían una coordinadora local que era la señora YUNEIRYS DONADO y una general, el horario era de siete de la mañana a las cuatro de la tarde el cual era impuesto por Eduvilia Fuentes y las coordinadoras (general y local); que el salario era de \$1.000.000 al mes y lo pagaba la señora Eduvilia Fuentes en efectivo; que los dotaron de uniformes, el Ministerio les practicaba visitas periódicas, firmaban unas planillas de entradas y salidas y éstas eran revisadas por la contratante.

*Que ella en calidad de testigo presentó demanda contra el MINISTERIO DE EDUCACIÓN.*

*En interrogatorio de parte, los demandantes ratificaron lo aducido en las demandas, como que los contrató EDUVILIA FUENTES para laborar en el programa PAIPI, y les pagaban un millón de pesos a los auxiliares y un millón doscientos a la docente.*

Finalmente rindieron interrogatorio de parte los actores, quienes se reafirmaron en los hechos y pretensiones narrados en la demanda.

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

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

*“k) Valor probatorio del testimonio*

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

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

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

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

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

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

Al punto resáltese que se dará eficacia probatoria al dicho de las testigos, en tanto sus manifestaciones fueron coincidentes con los hechos narrados en la demanda, con explicación de las circunstancia en que ocurrió la contratación y la forma como llegó a su conocimiento, esto es, por tratarse de “compañeros de labores” de los demandantes en cita, y por ser “haber sido contratados 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 los declarantes resaltaron su condición de compañeros de labores de los actores 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 las declaraciones obtenidas en el proceso, gozan 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 desacreditarlos en esta instancia, porque en todo tiempo, se itera, se mencionó que los actores 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 demanda de probar que la prestación personal del servicio no fue subordinada, presupuesto incumplido por la parte demandada.

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 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.

Finalmente ha de decirse que en punto a las consecuencias jurídicas impuestas por el Juez de instancia en contra de EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ por su inasistencia a rendir interrogatorio de parte y a la audiencia de conciliación, ha de decirse que las mismas no gozan de validez jurídica por las razones que pasan a exponerse.

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, tomándose, 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. (Negrillas 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.**

## **DE LOS EXTREMOS TEMPORALES**

Dilucidado lo anterior, aunado a la inexorable conclusión de 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 LOS DEMANDANTES**

Frente al salario base de liquidación de prestaciones sociales, vacaciones y atendiendo a la ausencia de confesión por parte de empleadora, igualmente se ratificará su concesión atendiendo a la prueba documental referente al anexo No 1 “personal con que cuenta la institución”, y que fuere sustento de declaratoria de la prestación personal del servicio, tal y como lo concluyó el Juez de primera instancia, esto es, de \$900.000 para la docente y \$600.000 para los auxiliares docentes.

## **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, 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 tratándose de la indemnización moratoria, en específico, que será concedido un día de salario por cada día de retardo hasta tanto se verifique el pago de las obligaciones.

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, a modo de ejemplo, 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 párrafo 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, en reestudio del tema se precisó la postura recientemente adoptada, por las razones que pasan a exponerse:

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 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 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 (...)**<sup>1</sup>*

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 *a razón de \$30.000 diarios en el proceso de KATERINE BECERRA y \$20.000 en los de LUIS RAMON AMAYA Y YILENIS MARIA CHAVEZ*. El monto del salario diario avalando lo declarado por el Juez de instancia.

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

### **DE LA EXCEPCIÓN PRESCRIPCIÓN**

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

Se analiza que:

- La relación laboral se dio por demostrada inició el 06 de septiembre y finalizó el 15 de diciembre de 2011.
- Y de otra parte la demanda fue incoada en fecha 15 de diciembre de 2014 (KATHERINE BECERRA); diciembre 02 de 2014 (LUIS RAMÓN AMAYA y YILENIS MARÍA CHÁVEZ)

Respecto del MEN se agotó reclamación administrativa así:  
25 de septiembre de 2014: proceso de LUIS RAMON AMAYA.  
18 de noviembre de 2014: proceso de KATERINE BECERRA y,  
21 de agosto de 2014: proceso de YILENIS MARÍA CHÁVEZ

---

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

Así las cosas, se concluye que el fenómeno prescriptivo operó parcialmente para “los derechos reclamados en los numerales 2,4 y 5 de las demandas de LUIS RAMON AMAYA Y KATERINE BECERRA, y no operó para las cesantías porque esta prestación se hace exigible a partir de la terminación de los contratos de trabajo”, como acertadamente lo concluyó el A quo.

Igualmente y como quiera 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.

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

## **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”<sup>2</sup>.

Igualmente, valga resaltar que conforme al artículo 34 del CST se tiene que el contratista independiente asume los riesgos propios de la obra a su cargo, la que debe ejecutar con sus propios medios y autonomía técnica y directiva, debiendo contratar sus propios trabajadores, y tiene las características de un verdadero empleador. Aunado a ello, a pesar de no ser el beneficiario de la obra el empleador de los trabajadores del contratista independiente, sí responde solidariamente por las acreencias laborales de dichos trabajadores cuando la obra para la cual se contrató al contratista corresponde con actividades que ordinariamente ejecuta.

---

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

Respecto a la interpretación de dicho artículo la jurisprudencia ha indicado que:

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

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

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

*“Es cierto como al unísono lo aceptan el tribunal y la censura, que los artículos 3º y 4º del Código Sustantivo del Trabajo regulan las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores del sector privado, pero, también es de claridad meridiana, que los pretensos derechos de los demandantes fueron invocados con fundamento en la vinculación laboral con el contratista y la solidaridad del municipio para efectos de la satisfacción de las deudas insolutas, allí no se sustentó ni podía hacerse por razones obvias, un contrato de trabajo con el codemandado estatal y por tanto ninguna trascendencia jurídica de cara a lo perseguido por la censura, tiene ese supuesto, pues, se itera, no fue discutido por las partes y el ataque se orienta exclusivamente a la imposición de la condena solidaria con 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 conforme a la nueva postura adoptada, establece que no se comparte el argumento esgrimido por el Juez de Primera Instancia, por cuanto las labores desempeñadas por los demandantes como “DOCENTES” y “AUXILIARES 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,

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

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 y competencias 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, entre otras, 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. Cierto 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 01 de julio de 2021, para en su lugar señalar que la condena derivada de la declaratoria de ineficacia del contrato de trabajo corresponde al pago de un día de salario por cada día de retardo *y hasta cuando se verifique el pago de aportes a seguridad social y parafiscalidad según las previsiones del parágrafo del artículo 65 del CST, correrá a partir del 16 de febrero de 2012.*

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

APROBADO  
**CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ**  
Magistrado Ponente

APROBADO  
**PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO**  
Magistrada

**JOSÉ NOÉ BARRERA SÁENZ**  
Magistrado (Salvamento de voto)