



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
PROVIDENCIA	SENTENCIA
DEMANDANTE:	DIANA LUZ RUMBO LACOUTURE, SABELDA BLANCO MANOSALVA, DANYS DEL CARMEN PALOMINO MARTINEZ ELVIS ELENA MEDINA CAMARGO Y ROSARIO ELENA RUMBO MUEGUES.
DEMANDADO:	EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ y solidariamente contra EL ICBF, 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.:	44650310500120150008601

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 **catorce (14) 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

DIANA LUZ RUMBO LACOUTURE, SABELDA BLANCO MANOSALVA, DANYS DEL CARMEN PALOMINO MARTINEZ ELVIS ELENA MEDINA CAMARGO Y ROSARIO ELENA RUMBO MUEGUES, demandaron a la señora EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ, y solidariamente al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE

DESARROLLO- FONADE, E ICBF pretendiendo se declarara: (i) la existencia de un contrato de trabajo con extremos temporales del 09 de mayo al 30 de septiembre de 2012 (ii) que se condenara al pago de salarios, auxilio de transporte, 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 peticionó el pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.

Sustentaron sus pretensiones así: celebraron contrato de trabajo con EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, del 09 de mayo al 30 de septiembre de 2012, fecha cuando terminó el contrato sin justa causa. Que desempeñaron los siguientes cargos: AUXILIAR DOCENTE EN EL ENTORNO FAMILIAR en el municipio de Valledupar, Cesar (DANYS DEL CARMEN PALOMINO MARTÍNEZ); AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES EN EL ENTORNO INSTITUCIONAL, en el municipio de Urumita, La Guajira (ROSARIO ELENA RUMBO MUEGUES); AUXILIAR DOCENTE EN EL ENTORNO INSTITUCIONAL en el municipio de Villanueva, la Guajira (DIANA LUZ RUMBO LACOUTURE); DOCENTE EN EL ENTORNO FAMILIAR en el municipio de Río de Oro- Cesar (SABEIDA BLANCO MANOSALVA); AUXILIAR DE COCINA EN EL ENTORNO INSTITUCIONAL EN EL MUNICIPIO DE DISTRACCIÓN, LA GUAJIRA (ELVIS ELENA MEDINA CAMARGO), desarrollando labores tendientes a la educación, cuidado y nutrición de niños y niñas menores de 5 años en situaciones de vulnerabilidad a cambio de una asignación salarial de \$950.000 (DANYS DEL CARMEN PALOMINO MARTÍNEZ, DIANA LUZ RUMBO LACOUTURE), \$1.100.000 (SABEIDA BLANCO MANOSALVA) Y \$700.000 (ELVIS ELENA MEDINA CAMARGO), a fin de dar cumplimiento al objeto y las obligaciones del convenio de gestión de proyectos 211034 celebrado entre el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, ICBF 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 y enfatizó en que las demandantes no aparecen vinculadas para la ejecución de los contratos aducidos en sus demandas. 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.

ICBF: Señaló no constarle la existencia del vínculo laboral alegado, y de otra parte reconoció la existencia del convenio interadministrativo No 211034. Formuló como excepciones las que denominó: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO Y PRESUNCIÓN DE BUENA FE, AUSENCIA DE RELACIÓN LABORAL, LEGAL O REGLAMENTARIA ENTRE LAS PARTES, COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE ELEMENTOS DEL CONTRATO ENTRE EL ICBF Y LA DEMANDANTE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, 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 salarios, prestaciones sociales, y vacaciones, declaró la ineficacia de la terminación del contrato, reconoció la solidaridad del MEN respecto de algunos de los demandantes 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.

Precisó que *“la demandada se notificó personalmente, por lo que en su contra gravita el indicio grave de no contestar las demandas y los demandados solidarios manifestaron no constarle las relaciones, afirmación que es comprensible pues las relaciones de trabajo se verificaron directamente con la demandada principal y el nexo de las entidades contratantes con la contratista independiente se realizaba a través de una interventoría”*.

Con relación al fenómeno prescriptivo y en lo que interesa a esta instancia, precisó que: *“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 cuáles obran en cada uno de los expedientes, es decir, noviembre 26 de 2014 en el proceso de ELVIS MEDINA, 20 de mayo de 2015 en los procesos de DIANA RUMBO y ROSARIO RUMBO, 25 de junio de 2015 en el de SABELDA BLANCO y el 10 de abril de 2015 en el de DANYS PALOMINO, por tanto, se concluye que la prescripción fue interrumpida en esos días y sólo operó parcialmente para los derechos contenidos en los ordinales 3º, 4º, 5º y 7º de las demandas de **DIANA LUZ RUMBO LACOUTURE, SABELDA BLANCO MANOSALVA Y ROSARIO ELENA RUMBO MUEGUES**; y no operó para el proceso de **ELVIS ELENA MEDINA CAMARGO y DANYS DEL CARMEN PALOMINO MARTINEZ**, como tampoco para las cesantías porque esta prestación se hace exigible al término de la relación laboral, y no transcurrieron tres años desde que ésta culminó hasta la fecha de las reclamaciones”*.

Estableció como salarios probados *“la suma de \$1.100.000 para la docente, \$950.000 para las auxiliares docentes, \$700.000 para la auxiliar de cocina y la de servicios generales”*.

En relación con las reclamaciones de PRESTACIONES SOCIALES deprecadas y atendiendo la falta de prueba de su satisfacción a la terminación del contrato cuantificó las condenas, declaró la ineficacia del despido, e impuso la sanción contemplada para el efecto desde la terminación del contrato hasta la verificación del pago de aportes parafiscales y al sistema de seguridad social, abordó la norma que contempla la sanción, precisando que tuvo la oportunidad dentro del proceso para demostrar que realizó los aportes a seguridad social y parafiscalidad correspondientes, sin embargo no cumplió con demostrarlo.

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

*Respecto de la declaratoria de solidaridad efectuada en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, precisó: “**MANOSALVA, DIANA LUZ RUMBO LACOUTURE Y DANYS DEL CARMEN PALOMINO MARTINEZ** eran docente y auxiliares docentes, quienes, además de realizar labores pedagógicas con los niños, también atendían su parte lúdica, nutricional, de higiene, de protección y desarrollo, es decir, brindaban una formación integral de los infantes, vale decir, entendiendo por formación integral el proceso continuo, permanente y participativo que busca desarrollar armónica y coherentemente todas y cada una de las dimensiones del ser humano; por tanto, se encuentra probado el nexo de*

tales actividades con los cometidos de los convenios interadministrativos y con las entidades demandadas en solidaridad, puesto que sabido es que el fin del ICBF es trabajar por la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias, y uno de los cometidos del Ministerio de Educación tiene que ver con regular y establecer los criterios y parámetros técnicos que contribuyan al mejoramiento del acceso, calidad y equidad de la educación, en la atención integral a la primera infancia; por tanto, se declarará la solidaridad del MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL con la señora EDUVILIA MARIA FUENTES por las obligaciones laborales reclamadas en estas demandas y no así respecto del ICBF, atendiendo el precedente jurisprudencial sostenido por el honorable Tribunal Superior de este distrito, el cual considera que las labores de docencia no guardan relación con el objeto de esta última entidad.

*Cabe aclarar que la responsabilidad solidaria del Ministerio de Educación Nacional en los procesos de **DIANA LUZ RUMBO LACOUTURE y SIBEIDA BLANCO MANOSALVA**, se limita a los derechos causados en el interregno que no operó la prescripción, es decir, del 20 de mayo al 30 de Septiembre de 2012 en el primero, y del 25 de junio al 30 de Septiembre de 2012 en el segundo, ello en lo que tiene que ver únicamente con salarios, 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.*

*Ahora, en lo que tiene que ver con las demandantes **ELVIS ELENA MEDINA CAMARGO Y ROSARIO ELENA RUMBO MUEGUES**, en esta audiencia quedó probado que éstas trabajaron para la demandada principal, realizando labores de auxiliar de cocina y servicios generales, respectivamente, en ejecución del programa de atención a la primera infancia en Distracción y Urumita; es de anotar que, en anterior oportunidad, este despacho declaró la solidaridad del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR con la señora EDUVILIA FUENTES en casos similares, mas, el precedente jurisprudencial del honorable Tribunal Superior ha determinado que las funciones desarrolladas por las demandadas en solidaridad, en estos casos, resultan ajenas a las labores desplegadas por estas demandantes, toda vez que si el objeto de los contratos celebrados con la demandada principal se centran en la atención integral a la primera infancia, y, como ya se dijo, tal actividad es inherente a las funciones del MINISTERIO EDUCACION NACIONAL y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, no existe relación de éstas con las funciones de aseo y preparación de alimentos; por tanto, y al no cumplirse este requisito, estas entidades no están llamadas a responder por las obligaciones que contrajo la demandada principal para con estas ex trabajadoras”.*

2.3 RECURSOS DE APELACIÓN.

Intentando la revocatoria y/o modificación de la Sentencia de Primera Instancia, las partes interpusieron recurso de apelación en contra de la decisión adoptada con los siguientes argumentos:

PARTE DEMANDANTE:

(...) señor juez de ante mano como apoderada de la señora Elvis Medina solicito aquí ante este despacho el recurso de apelación contra la sentencia proferida esta mañana 14 de julio del 2021 donde si bien es cierto se condenó a la señora Eduvilia a que cancelara

las prestaciones sociales apelo ya que en este momento no se tuvo en cuenta primero el convenio que se llevó a cabo entre el ICBF, FONADE, MINISTERIO DE EDUCACIÓN y tampoco se tuvo en cuenta el contrato que se desarrolló entre la señora Eduvilia y Fonade contrato que tienen número 2121057 que a través de este contrato se desarrolló el programa de PAIPÍ que si bien es cierto es un programa para el tema de la alimentación aquí lo dice en la cláusula primera es: *“en virtud del presente contrato el operador se obliga con FONADE a prestar atención integral educación inicial cuidado y nutrición”*, si bien es cierto, nutrición alimentación en este caso mi poderdante la señora Elvis prestaba un servicio de auxiliar de cocina preparando los alimentos pues eran llevados a la mesa para los niños de ese plantel educativo en este caso el tren de la alegría, entonces si bien es cierto señor juez así como lo establece el artículo 34 del código sustantivo del trabajo apelo para que sean responsables estas entidades y también se aplique el artículo 65 del código sustantivo del trabajo y no siendo más su señoría en este despacho manifiesto que debe ser responsable y agradezco señor juez que haya tenido en cuenta y me haya dado la oportunidad de hacer uso a la defensa y hacer uso al recurso de apelación porque yo sé que usted está sobre el tiempo, no siendo más su señoría muchas gracias.

APODERADA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN

Muy respetuosamente quiero manifestarle al despacho que interpongo recurso de apelación contra la sentencia que acaba de emitir pues la respetamos pero no la compartimos y la sustentamos de la siguiente manera: respecto a la solidaridad del Ministerio de Educación, como se ha venido manifestando no es función del Ministerio de Educación Nacional velar por la atención integral de la primera infancia; que corresponde al Ministerio de Educación Nacional las funciones consagradas en el artículo segundo del decreto 5012 del 28 de diciembre del 2009 conforme a lo dispuesto en los artículos 6 y 191 de la constitución política donde manifiesta que ninguna autoridad podrá ejercer funciones distintas a las atribuidas en la constitución y la ley. Ese postulado constitucional consagrado en el artículo 191 que tiene relación directa con la responsabilidad que desarrolla el artículo 6 ibídem y que se conoce en el campo del derecho público como el principio de legalidad, de competencia permite afirmar que estas competencias o funciones asignadas a una autoridad pública son de carácter expreso y taxativo; respecto al contrato celebrado, el Ministerio de Educación Nacional no está llamado a responder de manera solidaria ya que si miramos las funciones señaladas en el artículo 2 del decreto 5012 del 2009 señalado anteriormente, este no presta directamente el servicio de educación lo que hace el Ministerio de Educación Nacional es asesorar y generar 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 atención inicial y nutrición de los niños menores de 5 años, que se trata de funciones diametralmente diferentes; por tal razón no está llamado a responder en forma solidaria por cuanto las funciones que desarrolla la señora Eduvilia Fuentes con el Colegio Gabriela Mistral son diferentes a los que tiene el Ministerio de Educación Nacional por ser este un generador de políticas públicas mientras que la señora Eduvilia Fuentes sí presta directamente los servicios de atención a los menores de 5 años, y que en consecuencia cuando el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la responsabilidad solidaria para el beneficio 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 esa sesión esta es la situación del Ministerio de Educación Nacional como se ha venido manifestando a través de la diligencia, pues a este no le corresponde la prestación del servicio de educación, lo que le corresponde es vigilar y evaluar su prestación y por ello no se configura el poder de lo normado en el artículo 34 mencionado, que no puede perderse de vista lo manifestado en nuestra jurisprudencia que tienen establecido que lo que se buscó cuando se consagró la solidaridad del beneficiario de la obra fue amparar a los trabajadores que podían verse burlados sus derechos con la contratación independiente y fraudulenta con quien en realidad tiene dentro de su fin la elaboración de las labores contratadas y con quien coincide con quien recibe el trabajo pero lo disimula frente a este para evadir su responsabilidad, esto conforme a la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral Magistrado Ponente Fernando Castillo Cadena, SL 7789 del 2016 radicación

49730 acta 19 del primero de junio del 2016 en el cual se decidió el recurso de casación interpuesto por 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.

En cuanto a la sanción moratoria, la indemnización moratoria no es obligación automática ni inexorable sino que para su imposición se debía tener en cuenta la buena fe con que se actuó y mi representada bajo la ejecución del convenio actuó bajo los postulados de la buena fe, bajo el convencimiento de que el administrador y ejecutor del contrato era FONADE y que sus interventores velaran por que se ejecutaran los convenios y obligaciones según debida forma; que la señora Eduvilia Fuentes estuviera cumpliendo todas las obligaciones que tenía a su cargo, es por ello que en los convenios se estableció la necesidad de que hubiese un interventor, es decir, que mi representado actuó de buena fe pues creyó en los informes que le dio el administrador y ejecutor FONADE por lo que no es procedente la condena por indemnización moratoria en contra del Ministerio de Educación Nacional; a la vez exhortamos a la sala laboral tener en cuenta que la contestación de la reclamación administrativa FONADE manifestó que los informes de la interventoría de la firma CYR ninguno de los demandantes figuraba vinculados a los convenios y/o contrario objetos de la demanda, que existe un error de fondo en la interpretación del art 65 de código sustantivo del trabajo que está define dos situaciones la primera 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 de los trabajadores que devenga más de un salarios mínimo a los cuales se les debe reconocer sanción moratoria por el valor de un salario durante los primero 24 meses, en caso de que la mora persista deberá cancelar interés moratorios con la tasa máxima de crédito certificado por la superintendencia financiera hasta que se verifique el pago total de salarios o prestaciones adeudadas en el caso que nos ocupa las trabajadoras devengaban más de un salario mínimo para la época por ende se debe aplicar la segunda opción fijada por el legislador.

Así las cosas, la decisión tomada por el despacho ha desconocido el contenido literal del artículo 65 en mención como quiera que liquidada la sanción moratoria por el valor del salario hasta la fecha de pago sobre esta temática la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 361 del 9 de septiembre del 2020 radicación 84226 Magistrada Ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo al resolver el recurso de casación de la Corporación de Ferias y Exposiciones S.A Corferias contra Yailin Humberto Ruiz Sanabria, señaló lo siguiente: *“la intención del legislador no fue otra que la de poner un límite temporal a la sanción por mora que está norma prevé para Aquellos trabajadores que percibieran una remuneración superior al salario mínimo legal una asignación mensual al salario mínimo legal”,* sentencia SL 1632 /2014, SL 2966/ 2018 y la SI 3935 del 2018; es así como se determinó que dicha indemnización iría por un plazo máximo de 24 meses y a partir del mes veinticinco se pagaría únicamente intereses de mora sobre la suma de la causa, adicionalmente, en su párrafo segundo señaló que lo anterior no se aplicaría para los pagos de los trabajadores que devengaban un salario mínimo para quienes dicha indemnización operaría en forma indefinida hasta el pago efectivo de las sumas que las genera.

El (...) de instancia cometió el riesgo jurídico que se le indilga pues pese a que el trabajador devengaban una suma superior al salario mínimo legal mensual le impuso a la pasiva la indemnización moratoria hasta cuando cancelara de manera efectiva las acreencias y no hasta por 24 meses como expresamente lo establece la disposición transcrita, en el caso que nos ocupa tenemos que todas las demandantes presentaron la demanda trascurridos más de 24 meses contados a partir de la finalización del supuesto vínculo laboral lo que conlleva indefectiblemente ordenar a título de sanción moratoria el reconocimiento de pago de intereses moratorios conforme lo dispone el artículo 65 en mención, lo anterior si se tiene en cuenta que según el designio de las demandantes el contrato laboral finalizó el 30 de septiembre del 2002 y las demandas se presentaron en los meses de junio, julio, agosto y septiembre del 2015 por lo anterior se puede avizorar que mi representada durante la ejecución del convenio actuó bajo los postulados de la buena fe bajo el convencimiento como se dijo anteriormente de que el administrador y ejecutor del contrato FONADE y sus interventores velaban porque se ejecutaran los

convenios y obligaciones en debida forma y que la señora Eduvilia Fuentes estuviera cumpliendo con todas la obligaciones que tenía a su cargo a cabalidad, es por ello que en el convenio se estableció la necesidad de un interventor como se dijo anteriormente; que el Ministerio de Educación se basa en informes que dio el administrador y el ejecutor Fonade por lo que no es procedente la condena por indemnización moratoria en contra del Ministerio Nacional.

Por último solicitamos a la sala laboral escuchar los testimonios rendidos los cuáles tachamos de sospechosos de conformidad con el artículo 58 del código de procedimiento laboral estos no deben ser tenidos en cuenta por cuanto consideramos no resultan ser idóneos teniendo en cuenta que las testigos figuran como demandantes donde se denota los mismos hechos y pretensiones donde también se encuentran representadas por el mismo apoderado.

Que las testimoniales y declaraciones de parte donde se pudo establecer que lo celebrado con la señora Eduvilia Fuentes fue un contrato de prestación de servicios; así lo afirmaron las declarantes al manifestar que nunca pactaron con la demandante la señora Eduvilia Fuentes el pago de las acreencias laborales que hoy reclaman, que solo se les pagaría una remuneración por el servicio prestado. Por lo anterior, solicitamos su señoría a la Honorable Sala Laboral revocar la sentencia efectuada por el A quo y en su defecto absolver al Ministerio de Educación Nacional de los cargos impuestos, y solicitamos su señoría conceder el recurso de apelación presentado y sustentado en su oportunidad.

APODERADA DE LA DEMANDANTE ROSARIO RUMBO MUEGUES

Interpongo recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha sala Civil, Familia, Laboral por no estar de acuerdo con el fallo proferido por este despacho el día de hoy, en lo que reza a la decisión tomada en cuanto a la señora Rosario Rumbo Muegues en lo que tiene que ver con la solidaridad por el Ministerio de Educación Nacional lo cual paso a argumentar de la siguiente manera:

Fijó este despacho alegar la responsabilidad con el Ministerio de Educación Nacional toda vez que en el desarrollo del proceso y con las pruebas obrantes en el expediente se demostró la solidaridad teniendo en cuenta que el cargo y las labores desarrolladas por la señora Rosario Rumbo guardan estrecha relación con el objeto del convenio celebrado entre el ministerio y FONADE y entre FONADE y la señora Eduvilia Fuentes, pues mi poderdante sí desarrollaba labores de auxiliar de cocina y de aseo pues le correspondía trabajar en todo el área de servicios, incluyendo los servicios sanitarios para las niñas para los niños y los adultos, los espacios delimitados y demarcados para preparación, los suministros de alimentos, cocina y comedor, zona de lavandería depósitos, cuartos técnicos también la limpieza de las áreas educativas para ejecutar los procesos pedagógicos, las aulas la recreativa como el patio y la administrativa y la oficina; es más me permito indicar que en el manual de investigación del programa de atención PAIPI de primera infancia y a fase de transición elaborado por el Ministerio de Educación que este manual puede ser consultado en la página del Ministerio de Educación www.minieducacion.gov.co; que para el momento, en el desarrollo de ese programa estableció unos perfiles para lo cual se hace la escogencia del personal y de las personas que van aplicar en la modalidad en la primera infancia y en cuanto a todo el desarrollo PAIPI; en ese manual en la página número 6 indica cuál es la modalidad que aplica en el perfil establecido en una guía número 35 y lo que se requiere para cada uno de los perfiles, ahí mismo se establece el cargo de auxiliar para elaboración de alimentos; indica que para el entorno institucional no se requiere de ningún tipo de perfil específico simplemente que tenga una formación alfabeta, curso de manipulación de alimentos vigente y unos certificados médicos vigentes; así mismo la guía 35 dice que para la prestación de este servicio integral en la base de componente se requiere que para conformar el equipo de trabajo haya una actividad para desarrollar entre estos tenemos que se requiere un auxiliar también de servicios generales.

Podemos saber que aquí la demandante Rosario Rumbo desempeñaba los dos cargos tanto de auxiliar de aseo como de auxiliar de cocina, por tanto se debe tener en cuenta que fue contratada también para desarrollar estas labores; en la misma guía también

establece que se requiere como actividad seleccionar y contratar personas para el desarrollo de la modalidad docentes, coordinadores, un psicólogo , un auxiliar de cuidado por cada 40 niños, dos auxiliares de cocina por cada 80 niños, un auxiliar de aseo y limpieza por cada 160 niños y niñas, es de observar señor juez que todas la labores desarrolladas por mi poderdante eran base fundamental para el cuidado la protección y la nutrición de los niños y las niñas pertenecientes al programa PAIPI por tanto manifestamos que se tenga en cuenta que sí tenía relación porque también se velaba por potencializar todos esos hábitos de nutrición alimenticios y todo lo concerniente al cuidado de los niños al cuidado de la actividades complementarias de alimentación de esos niños menores de edad en el programa PAIPI. De esta manera señor juez dejo sentada mi apelación, no sin antes solicitar que sea declarada la solidaridad frente al Ministerio de Educación Nacional, que si tiene una relación directa con el desarrollo de estas funciones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes se pronunciaron así:

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”.

(...) EI 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.

PARTE DEMANDANTE

Se ratificó en “*los alegatos presentados en primera instancia*”

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 MEN.

2.2. FUNDAMENTOS NORMATIVOS: Artículo 23, 24, y 46 del C.S.T., artículo 60, 61, y 145 del CPTSS, y 167 del C.G.P., Art 197 y 205 del C.G.P.

2.3. PREMISAS JURÍDICAS Y CONCLUSIONES:

Se ocupa la Corporación en verificar si se acreditaron los requisitos esenciales para la constitución de una relación laboral como lo afirma la actora. El asunto es gobernado por las normas sustantivas, y de antaño ha expresado el órgano de cierre de nuestra jurisdicción que, conforme al artículo 23 del CST, para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de estos tres elementos: la

prestación personal del servicio, la subordinación y el salario; de acuerdo con el artículo 24 ibídem, probada la prestación personal del servicio, se presume la subordinación (ver SL9801-2015 Radicación N° 44519 del 29 de julio 2015).

El artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral. En oposición, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma.

Como se conoce la característica diferenciadora del contrato de trabajo con otros de naturaleza jurídica distinta es la condición de subordinación en la que se encuentra la persona que presta su fuerza de trabajo por una contraprestación, no obstante que los demás elementos se presenten igualmente en contratos de naturaleza laboral, civil, o comercial.

Es pertinente recordar, de un lado, que el principio de la carga de la prueba artículo 167 del C.G.P., que se deben aplicar en el proceso laboral por remisión del art. 145 C.P.T. S.S, impone a quien alega la existencia de un derecho, el deber de demostrar con pruebas idóneas, los hechos en que funda sus aspiraciones, pues el juzgador deberá apoyar su decisión en las pruebas oportunamente allegadas al proceso y, de otro lado, para que exista contrato de trabajo se itera, deben concurrir los siguientes elementos: a) la actividad personal del trabajador, es decir realizada por el mismo, b) la continuada subordinación del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato y, c) un salario como retribución del servicio.

Al respecto la sentencia de Sala de Casación Laboral, de la cual fue ponente el Dr. LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ, Radicación No 36549, del cinco (5) de agosto de dos mil nueve (2009), expresó:

“Más sin embargo, lo dicho no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias, y que con la presunción de que trata el citado artículo 24 del C. S. de T. nada más tiene que probar, pues además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se estable que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.”

Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los

supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.”
Subrayado fuera de texto.

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

“ (...)

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

Se observa que las demandantes aducen la existencia de un contrato de trabajo con la demandada desde el 09 de mayo al 30 de septiembre de 2012, fecha cuando terminó el contrato sin justa causa. Que desempeñaron los siguientes cargos: AUXILIAR DOCENTE EN EL ENTORNO FAMILIAR en el municipio de Valledupar, Cesar (DANYS DEL CARMEN PALOMINO MARTÍNEZ); AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES EN EL ENTORNO INSTITUCIONAL, en el municipio de Urumita, La Guajira (ROSARIO ELENA RUMBO MUEGUES); AUXILIAR DOCENTE EN EL ENTORNO INSTITUCIONAL en el municipio de Villanueva, la Guajira (DIANA LUZ RUMBO LACOUTURE); DOCENTE EN EL ENTORNO FAMILIAR en el municipio de Río de Oro- Cesar (SABEIDA BLANCO MANOSALVA); AUXILIAR DE COCINA EN EL ENTORNO INSTITUCIONAL EN EL MUNICIPIO DE DISTRACCIÓN, LA GUAJIRA (ELVIS ELENA MEDINA CAMARGO), desarrollando labores tendientes a la educación, cuidado y nutrición de niños y niñas menores de 5 años en situaciones de vulnerabilidad a cambio de una asignación salarial de \$950.000 (DANYS DEL CARMEN PALOMINO MARTÍNEZ, DIANA LUZ RUMBO LACOUTURE), \$1.100.000 (SABEIDA BLANCO MANOSALVA) Y \$700.000 (ELVIS ELENA MEDINA CAMARGO), a fin de dar cumplimiento al objeto y las obligaciones del convenio de gestión de proyectos 211034 celebrado entre el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, ICBF 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. 211034 suscrito entre el MEN, ICBF y FONADE y con vigencia “desde la suscripción del acta de inicio hasta el 30 de junio de 2012” y su prórroga hasta el 31 de diciembre de 2012 y posteriormente hasta el 30 de septiembre de 2013; “certificación por prestación de servicios” expedida por EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, constatando que la demandante prestó servicios en los períodos, cargo, municipio y por la remuneración aducida en su demanda (PROCESO DE ELVIS ELENA MEDINA CAMARGO).

Igualmente obran como pruebas relevantes al proceso en el trámite de ELVIS ELENA MEDINA CAMARGO: contrato suscrito entre FONADE y EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ No 2121051 a fin de ser desarrollado en el municipio de

Distracción, La Guajira, con plazo de ejecución hasta el 29 de junio de 2012, en virtud del cual se estipula su costo, desarrollo con cargo al convenio interadministrativo 211034 suscrito entre el MEN, ICBF y FONADE; así mismo prórroga de dicho contrato hasta el 30 de septiembre de 2012; acta de inicio y/o apertura de sede respecto del contrato No 2121051, estableciéndose como fecha de “inicio de atención en la sede: 09 de mayo de 2012” y de terminación del contrato 29 de junio de 2012; **informe de interventoría del contrato 2121051 efectuado por CYR CONSULTORES, en virtud del cual se establece que el acta de inicio tuvo ocasión el 09 de mayo de 2012 y hasta el 29 de junio de ese mismo año;** contrato de interventoría técnica, administrativa y presupuestal No 2112367 suscrito entre FONADE y CyR consultores, en virtud del convenio 211034 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, contentivo de los logos de la firma interventora CYR, así mismo se identifica el convenio 2121051 SIN que figure la actora, esto es, señora ELVIS MEDINA CAMARGO.**

Respecto del proceso de **DANYS DEL CARMEN PALOMINO MARTÍNEZ:** contrato suscrito entre FONADE y EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ No 2121046 a fin de ser desarrollado **en el municipio de Valledupar, Cesar,** con plazo de ejecución hasta el 29 de junio de 2012, en virtud del cual se estipula su costo, desarrollo con cargo al convenio interadministrativo 211034 suscrito entre el MEN, ICBF y FONADE; así mismo prórroga de dicho contrato hasta el 30 de septiembre de 2012; acta de inicio y/o apertura de sede respecto del contrato No 2121046, estableciéndose como fecha de “inicio de atención en la sede: 10 de mayo de 2012” y de terminación del contrato 29 de junio de 2012; **informe de interventoría del contrato 2121046 efectuado por CYR CONSULTORES, en virtud del cual se establece que el acta de inicio tuvo ocasión el 10 de mayo de 2012 y hasta el 29 de junio de ese mismo año;** contrato de interventoría técnica, administrativa y presupuestal No 2121835 suscrito entre FONADE y CyR consultores, en virtud del convenio 211034 por el término de 6 meses contado a partir del acta de inicio, cuya fecha de suscripción fue el 29 de junio de 2012 y prórroga hasta el 31 de marzo de 2013 y posteriormente al 30 de abril de ese mismo año. Finalmente se observa documento enunciado como **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 2121046 SIN que figure la actora, esto es, señora DANYS DEL CARMEN PALOMINO MARTÍNEZ.**

En el proceso de **ROSARIO ELENA RUMBO MUEGUES obra:** contrato suscrito entre FONADE y EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ No 2121053 a fin de ser desarrollado **en el municipio de Urumita, La Guajira,** con plazo de ejecución hasta el 29 de junio de 2012, en virtud del cual se estipula su costo, desarrollo con cargo al convenio interadministrativo 211034 suscrito entre el MEN, ICBF y FONADE; así mismo prórroga de dicho contrato hasta el 30 de septiembre de 2012; acta de inicio y/o apertura de sede respecto del contrato No 2121053, estableciéndose como fecha de “inicio de atención en la sede: 09 de mayo de 2012” y de terminación del contrato 29 de junio de 2012; **informe de interventoría del contrato 2121053 efectuado por CYR CONSULTORES, en virtud del cual se establece que el acta de inicio tuvo ocasión el 09 de mayo de 2012 y hasta el 29 de junio de ese mismo año; que posteriormente se dio una prórroga,**

suspensión, reinicio y modificación el 23 de junio de 2012 y finalmente se establece como fecha de terminación de la prórroga el 30 de junio de 2012; contrato de interventoría técnica, administrativa y presupuestal No 2121835 suscrito entre FONADE y CyR consultores, en virtud del convenio 211034 por el término de 6 meses contado a partir del acta de inicio, cuya fecha de suscripción fue el 29 de junio de 2012 y prórroga hasta el 31 de marzo de 2013 y posteriormente al 30 de abril de ese mismo año. 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 2121053 SIN que figure la actora, esto es, señora DANYS DEL CARMEN PALOMINO MARTÍNEZ.**

En el proceso de **DIANA RUMBO obra:** contrato suscrito entre FONADE y EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ No 2121047 a fin de ser desarrollado **en el municipio de Villanueva, La Guajira,** con plazo de ejecución hasta el 29 de junio de 2012, en virtud del cual se estipula su costo, desarrollo con cargo al convenio interadministrativo 211034 suscrito entre el MEN, ICBF y FONADE; así mismo prórroga de dicho contrato hasta el 30 de septiembre de 2012; acta de inicio y/o apertura de sede respecto del contrato No 2121047, estableciéndose como fecha de “inicio de atención en la sede: 08 de mayo de 2012” y de terminación del contrato 29 de junio de 2012; **informe de interventoría del contrato 2121047 efectuado por CYR CONSULTORES, en virtud del cual se establece que el acta de inicio tuvo ocasión el 09 de mayo de 2012 y hasta el 29 de junio de ese mismo año; que posteriormente se dio una prórroga, suspensión, reinicio y modificación el 24 de agosto de 2012 y finalmente se establece como fecha de terminación de la prórroga el 30 de junio de 2012;** contrato de interventoría técnica, administrativa y presupuestal No 2121835 suscrito entre FONADE y C y R consultores, en virtud del convenio 211034 por el término de 6 meses contado a partir del acta de inicio, cuya fecha de suscripción fue el 29 de junio de 2012 y prórroga hasta el 31 de marzo de 2013 y posteriormente al 30 de abril de ese mismo año. Finalmente se observa documento enunciado como **lista expedida por la firma interventora CYR donde constan los prestadores del servicio para el contrato 2121047, SIN que figure la actora, esto es, señora DIANA RUMBO.**

En el proceso de **SABEIDA BLANCO obra:** contrato suscrito entre FONADE y EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ No 2121045 a fin de ser desarrollado **en el municipio de Río de Oro, Cesar,** con plazo de ejecución hasta el 29 de junio de 2012, en virtud del cual se estipula su costo, desarrollo con cargo al convenio interadministrativo 211034 suscrito entre el MEN, ICBF y FONADE; así mismo prórroga de dicho contrato hasta el 30 de septiembre de 2012; acta de inicio y/o apertura de sede respecto del contrato No 2121045, estableciéndose como fecha de “inicio de atención en la sede: 08 de mayo de 2012” y de terminación del contrato 29 de junio de 2012; **informe de interventoría del contrato 2121045 efectuado por CYR CONSULTORES, en virtud del cual se establece que el acta de inicio tuvo ocasión el 09 de mayo de 2012 y hasta el 29 de junio de ese mismo año; que posteriormente se dio una prórroga, suspensión, reinicio y modificación el 23 de julio de 2012 y finalmente se establece como fecha de terminación de la prórroga el 30 de junio de 2012;** contrato de interventoría técnica, administrativa y presupuestal No 2121835 suscrito entre FONADE y CyR consultores, en virtud del convenio 211034 por el término de 6 meses contado a partir del acta de inicio, cuya fecha de suscripción fue el 29 de

junio de 2012 y prórroga hasta el 31 de marzo de 2013 y posteriormente al 30 de abril de ese mismo año. Finalmente se observa documento enunciado como **lista expedida por la firma interventora CYR donde constan los prestadores del servicio para el contrato 2121045, donde figura la actora como prestadora de servicios a cambio de una remuneración mensual de \$923.270**

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 09 de mayo de 2012 y terminó el 30 de septiembre 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. 211034 y para dar cumplimiento a éste se suscribió el Convenio de Prestación de servicios con la señora EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ para brindar atención inicial, cuidado y nutrición a los niños y niñas menores de cinco (5) años en condiciones de vulnerabilidad, vinculados al programa de atención integral a la primera infancia PAIPI.

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

*Se recepcionó el testimonio de YILDA SOLANO (por el proceso de ELVIS MEDINA)-declaración que fue tachada de sospechosa, quien dijo haber sido docente en el programa PAIPI, durante el mismo término que la demandante, y sobre la contratación explicó que se verificó a través de una convocatoria que hicieron en el municipio de Distracción; que fueron contratadas de forma verbal por la señora Eduvilia Fuentes para laborar en el programa PAIPI en la sede “Tren de la alegría” de ese municipio; que la demandante era auxiliar de cocina **y le pagaban su salario** a fin de mes, pero no les liquidaron cesantías; que EDUVILIA siempre les manifestó que tenía un convenio con FONADE y el ICBF; que conoce los hechos porque fue contratada el mismo día que la actora; que el contrato se desarrolló del 9 de mayo al 30 de Septiembre de 2012; que las funciones desplegadas por la demandante fueron preparar los alimentos de los niños, colocárselos en la mesa y mantener la cocina “en buen estado”; que las órdenes las daba Eduvilia Fuentes y la coordinadora ARLETH TATIANA FREYLE MANJARREZ; que el salario devengado por la demandante era de \$700.000 el cual pagaba la señora Eduvilia en el mismo trabajo cada mes; que el horario era de siete y media de la mañana a cinco de la tarde de lunes a viernes, lo imponía Eduvilia Fuentes, y era controlado por la coordinadora a través de una bitácora firmando las entradas y salidas; que la testigo desempeñó el cargo de docente. Finalmente manifestó que ella (la testigo) presentó demanda laboral contra las demandadas.*

La apoderada del ICBF le puso de presente un documento, acompañado de la siguiente pregunta: ¿podría decirnos porque en ese documento en el inciso 3 dice que fue contratada el 23 de junio del 2012, puede decir porque en esta diligencia su contrato era el 30 de mayo y en este documento dice que fue el 23 de junio?, a lo que la deponente contestó: “no doctora, yo la verdad desconozco porque dice ahí el 23 de junio, porque a nosotros nos contrataron desde el 9 de mayo del 2012 que nos reunieron acá en Valledupar (...)”

También declaró por el proceso de ELVIS MEDINA, MAYERLI BEATRIZ PÉREZ MANJARREZ, quien afirmó haber sido auxiliar de cocina en ese programa, y aseveró que la señora ELVIS fue contratada por EDUVILIA FUENTES en forma verbal para trabajar

en el programa PAIPI en el cargo de auxiliar de cocina, a partir del 9 de mayo y hasta el 30 de Septiembre de 2012; que la alcaldía hizo la convocatoria y luego la señora Eduvilia las citó y allí les indicaron los cargos, que las funciones desplegadas por ésta eran la preparación de los alimentos, tener la cocina en perfecta higiene y sirviéndole a los niños; el horario era de siete y treinta de la mañana a cinco de la tarde de lunes a viernes; que el horario lo imponía Eduvilia Fuentes y lo controlaba la coordinadora ARLETH FREYLE a través de un cuaderno donde firmaban las entradas y salidas y cuando faltaban al trabajo pedían permiso a la coordinadora; las actividades las realizaban en el centro El tren de la alegría de Distracción, la señora Eduvilia le pagaba un salario mensual de \$700.000 en efectivo y recibían visitas que eran atendidas por la coordinadora; que la testigo fue auxiliar docente y compañera de labores de la demandante; que esta última prestó sus funciones en el tren de la alegría; y **que como retribución “únicamente recibía su salario mensual, pagado por EDUVILIA FUENTES en el mismo centro”; que el salario era de \$700.000 en efectivo; y que era puntual con el salario.**

Por el proceso de SOBEIDA BLANCO declaró ROSANNA MELISA DAZA HERRERA, quien declaró que se desarrolló un contrato del 9 de mayo al 30 de Septiembre de 2012, que ella era coordinadora y la demandante fue docente; que el contrato se hizo a través de un convenio del colegio Gabriela Mistral con FONADE y con el ICBF en el entorno familiar; que la señora EDUVILIA FUENTES les ofreció el pago de prestaciones sociales; que la demandante devengaba un salario de \$1.100.000; que a la demandante la contrató la señora Eduvilia Fuentes en el lugar llamado CEAD, antigua casa de la cultura en el municipio de Río de Oro- Cesar, de manera verbal; que allí se receptionaron unas hojas de vida y la señora Eduvilia de manera verbal hizo la contratación; que el lugar de labores lo cedió la alcaldía como comodato, en el cual realizaban reuniones y verificaban la asistencia; que la Unidad básica de atención donde laboró se llamaba “Los Canarios”, ubicada en Río de Oro, Cesar. Sobre las funciones, manifestó que la docente debía hacer la caracterización de los niños y diligenciar unas fichas, llevar un diario de campo, un planeador, presentar evidencias físicas, realizar actividades lúdicas y recreativas y decorar la Unidad básica de atención; el trabajo lo presentaban a ella, como coordinadora, y con base en ello, hacía un informe que entregaba a la señora Eduvilia para realizar los pagos, que se llevaba un listado de asistencia; **que el salario asignado a la docente era de \$1.100.000 y** les prometieron cesantías y seguridad social pero no les pagaron; que trabajaban de lunes a viernes y el horario era de siete y media de la mañana a cuatro de la tarde, el cual era controlado haciéndoles firmar a la entrada y salida, las órdenes las daba la señora Eduvilia Fuentes, quien se las hacía llegar a ella como coordinadora y las transmitía a las trabajadoras, explicó que en el evento en que faltara la demandante ella la cubría, pues así se lo exigió la señora Eduvilia al momento de la contratación, agregó que al trabajo realizado le hacían interventoría, a través de una firma llamada C & M, quienes se identificaban como representantes del MEN, ICBF y FONADE.

Del programa PAIPI indicó que estaba destinado a niños de cero a cinco años, con niveles 1 y 2 del SISBEN, proporcionando una atención integral de acuerdo a los requerimientos del programa, ella coordinaba de nueve a diez unidades básicas y éstas se encontraban en varios lugares, a la demandante se le asignaron 45 niños y madres lactantes y gestantes, ella debía realizar unas actividades con los niños y padres de familia, debía llevar un control de llegadas de los beneficiarios, también debía realizar actividades de nutrición para lo cual les entregaban unas leches, frutas y un pan.

Así mismo, por el proceso de DANYS PALOMINO depuso MARIA JOSÉ ANGARITA VILLALOBOS, quien dijo haber sido docente en el mismo programa y en igual período, indicó que a través de una convocatoria que se hizo por la alcaldía de Valledupar en la casa de la cultura, les pidieron unas hojas de vida, allí les explicaron en qué consistía el programa PAIPI, que eran niños menores de cinco años, en niveles 1 y 2 para atención integral a la primera infancia, madres gestantes, madres lactantes, para orientar la educación inicial y cuidado de los niños del programa; aseguró que la contrató la señora Eduvilia, lo que sabe porque estuvo presente pues a ella también le hicieron contrato verbal el mismo día, allí les prometieron salarios y prestaciones, **pero les quedaron adeudando los dos últimos meses y las prestaciones, el cargo de la demandante era de**

Auxiliar docente, las actividades realizadas eran de educación inicial y nutrición de niños y niñas y madres lactantes y gestantes en el centro “Mis primeros pininos”, ubicado en Los Guasimales de Valledupar, el contrato fue verbal e inició el 9 de mayo y se prolongó hasta el 30 de Septiembre de 2012, el salario era de \$950.000 que le pagaba la señora Eduvilia Fuentes en efectivo, cumplía un horario de siete y media de la mañana hasta las cuatro de la tarde de lunes a viernes, el cual era impuesto por la señora Eduvilia Fuentes, con quien se reunían mensualmente, mientras que la coordinadora HELEN DAZA les transmitía las instrucciones y controlaba el horario con un registro donde firmaban las entradas y salidas y estaba pendiente que esto se cumpliera; que los llamados de atención, ordenes “impartidas” por EDUVILIA FUENTES; que EDUVILIA FUENTES, iba “una vez al mes” porque atendía otros lugares de atención a la primera infancia; que no le fueron pagados aportes a salud; que al momento de la contratación sólo habló del salario; que el convenio interadministrativo era el 211034 de 2000 (...); que cómo docentes se enfocaban en las charlas con los niños, “las mamitas”, y la nutricionista se encargaba de la parte de nutrición.

Por el proceso de ROSARIO RUMBO declaró MARLENYS RAMOS ALVARADO, quien aseguró haber sido auxiliar de cocina y de oficios varios en el mismo período, y dijo que ambas fueron citadas por la Alcaldía Municipal en la casa de la cultura y ahí escogieron a los que iban a trabajar, que posteriormente los reunieron en el centro “mi nuevo mundo de Urumita”, La Guajira y la señora Rosario Rumbo fue escogida por la señora EDUVILIA FUENTES para trabajar en servicios generales igual que ella; que laboraban en un horario de siete de la mañana a cuatro de la tarde, de lunes a viernes, entre sus funciones estaban hacer la limpieza, aseo, higiene, y preparar los alimentos para los niños; que ella manipulaba los alimentos, los pesaban por gramos, por porciones, desinfectaba la cocina, y entregaban a los niños los alimentos; que realizaban unas minutas de aseo y limpieza y que la minuta la realizaba la nutricionista y quien se encargaba de ver que todo estuviera perfecto era la coordinadora; que el salario era de \$700.000 y se lo pagaba Eduvilia en efectivo y le consta porque estaba contratada para ese momento como auxiliar de cocina y oficios varios; que el contrato fue verbal, inició el 9 de mayo de 2012 y finalizó el 30 de Septiembre de ese mismo año, el horario lo imponía Eduvilia y firmaban unas planillas de entrada y salida las cuales controlaba la coordinadora ANA ROCÍO BARROS; explica que en el centro eran alrededor de cien niños, cada cuatro niños tenían su mesa y sillas, y eran visitadas por interventorías de FONADE y el ICBF quienes les hacían preguntas en la cocina sobre los alimentos, las porciones y los horarios para repartirlos, la jefe inmediata era la coordinadora y la señora Eduvilia iba cada quince días al centro; que se pactó el cumplimiento de un horario, cumplir con el aseo, y la preparación de alimentos de los niños; que el horario de trabajo era asignado por EDUVILIA FUENTES, que laboraba en el patio, corredores, aula de juguetes cocina, salones; que la coordinadora local supervisaba las funciones; que recibía visitas de FONADE, ICBF; que proporcionaban 100 porciones al día; que no recibió órdenes del ICBF; que recibieron capacitaciones;

Finalmente, por el proceso de DIANA LUZ RUMBO declaró MARIA CLAUDIA DORIA CUJÍA, quien manifestó que la demandante y ella eran compañeras e iniciaron labores el 9 de mayo de 2012 hasta el 30 de Septiembre de ese año, trabajaron en el programa PAIPI que era gestado por la señora EDUVILIA FUENTES, ella era coordinadora pedagógica del centro infantil y la demandante auxiliar de cuidado, trabajaron en la sede del Colegio Gabriela Mistral Gotitas de amor en Villanueva, allí se atendían a niños menores de cinco años, desplazados, vulnerables; que el horario laboral era de lunes a viernes de siete y treinta de la mañana a cinco de la tarde; que a la demandante la contrató la señora Eduvilia, representante del colegio Gabriela Mistral en una convocatoria, para lo cual los reunían en la casa de la cultura; que el contrato fue verbal, y estuvo presente al momento de la contratación; que el salario que devengaba la actora era de \$950.000, que “EDUVILIA venía y nos pagaba”; que la demandante debía ejecutar sus funciones en la casa comunal de Villanueva y las funciones de ella eran hacer acompañamiento con la docente de atención integral a los niños y niñas, realizar actividades lúdico pedagógicas, prestar apoyo en la preparación de material didáctico, evaluación formativa, ayudar en el aseo y cuidado de los niños y estar pendiente de su seguridad, además, participar en la

planeación de las actividades; que el horario lo imponía Eduvilia y de ella recibían las directrices, a través la coordinadora general y todas las órdenes se recibían de parte de ella; que el salario lo pagaba la señora EDUVILIA, el horario era controlado a través de unas planillas de entrada y salida, recibían visitas de interventoría quienes verificaban que se estuviera cumpliendo el convenio, y revisaban la documentación de los niños, las interventorías las hacía C & M en representación de las entidades oficiales; que ejecutaron el convenio 2121047 en Villanueva; que EDUVILIA FUENTES supervisaba las funciones pero no todo el tiempo porque el programa funcionaba en varios municipios.

Finalmente rindieron interrogatorio de parte las actrices, quienes se reafirmaron en los hechos y pretensiones narrados en la demanda, y adicionalmente ELVIS ELENA MEDINA, señaló que nunca hizo reclamación a la demandada principal por el no pago de acreencias laborales, en tanto, *“ella siempre nos pagaba puntual, y no vi por qué hacerle el reclamo”*; por su parte SABELDA BLANCO aclaró que su salario era de \$1.100.000. Finalmente todas las demandantes fueron aceptaron que presentaron más de una demanda en contra de las hoy encartadas. Al ser interrogadas sobre inconsistencias sobre los extremos temporales estipulados en la demanda y los señalados en la reclamación administrativa ante el MEN,

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

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

“k) Valor probatorio del testimonio

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

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

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

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

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

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

Al punto resáltese que se dará eficacia probatoria al dicho de las testigos, en tanto sus manifestaciones fueron coincidentes con los hechos narrados en la demanda, con explicación de las circunstancias en que ocurrió la contratación y la forma como llegó a su conocimiento, esto es, por tratarse de “compañeros de labores” de los demandantes en cita, y por “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 asistirá razón, pues, para efectos de la declaración de confeso a la parte que no compareció a la audiencia de conciliación, **no es suficiente la siguiente constancia dejada por la juez del conocimiento:**

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

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

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

En lo que respecta con la declaración de la confesión ficta o presunta por la inasistencia del demandado a la audiencia de conciliación, el juez de primer grado expresó en auto de 24 de junio de 2003 “En razón a la inasistencia del demandado a la audiencia de conciliación y la carencia de razón justificada de su ausencia, el Despacho procede a dar aplicación al numeral 2º del Artículo 39 de la Ley 712 de 2001. La conducta omisiva del demandado será resuelta dentro de la sentencia definitiva de conformidad con la Ley

712/01". **Esta providencia fue notificada en estrados en la misma fecha, sin que la demandante, ejerciera los mecanismos que le confiere la ley procesal, para obtener que el a quo, antes de proferir fallo, declarara la confesión ficta o presunta en relación con los hechos sobre los cuales procedía.**

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

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

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

Aunado a lo anterior, no ha de obviarse que si bien, las pruebas allegadas por FONADE dieron cuenta que ninguno de los actores a excepción de SABELDA BLANCO, fueron identificados como prestadores de servicios para los períodos y contratos interadministrativos narrados, lo cierto es que tales afirmaciones podrían tener repercusión en punto a la solidaridad declarada pero no, en la declaración del contrato, pues se itera que las testigos fueron enfáticas en aducir una prestación personal del servicio de las demandantes en favor de EDUVILIA FUENTES, sin que ello haya podido ser desvirtuado, e incluso en favor de ELVIS ELENA MEDINA CAMARGO, obra certificación laboral expedida por la demandada principal.

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 y vacaciones atendiendo a la ausencia de confesión por parte de empleadora, igualmente se ratificará su concesión atendiendo a las declaraciones vertidas en juicio, como quiera que no existen pruebas adicionales que establezcan el salario devengado, a excepción de SABELDA BLANCO respecto de quien existe registro de haber prestado servicios en virtud del contrato aducido en su demanda según la prueba allegada por FONADE, por ende se reliquidarán sus prestaciones sociales con base en el salario probado esto es \$923.270, así:

CESANTÍAS: \$385.416

INTERESES A LAS CESANTÍAS:\$17.986

AUXILIO DE TRANSPORTE: \$318.660

PRIMA DE SERVICIOS: \$385.416

VACACIONES:\$179.525

No obstante lo anterior, respecto de todos los demandantes se revocarán las condenas concedidas por concepto de salarios, como quiera que si bien la demandada principal no allegó constancia de su pago, con todo, las declarantes traídas a juicio, nunca advirtieron una falta de pago de salarios, por el contrario solo hicieron referencia al impago de prestaciones sociales e incluso enfatizaron que los salarios sí habían sido cancelados por la señora EDUVILIA FUENTES; ello aunado a que señalaron que el salario era cancelado de manera personal por la empleadora, e incluso manifestaron el monto del salario percibido por las actoras.

Se realza además que las deponentes dieron detalles del salario exacto devengado por las actoras, la forma de su pago y la persona que lo cancelaba; por ende se indaga esta Sala, ¿cómo podría tener consonancia que a las actoras se les adeuden los salarios alegados y al mismo tiempo las testigos manifiesten su monto exacto y la modalidad de cancelación, esto es, en efectivo? ¿quiere decir que en efecto se cancelaron salarios como dicen las testigos o que no fueron pagados como dicen las actoras? ¿se debe parcializar el testimonio para dar credibilidad solo en cuanto beneficie a las demandantes? ¿cómo podría constarle a las testigos que las actoras devengaban un salario y en efectivo si nunca fue pagado?.

Así las cosas, si se da credibilidad a las manifestaciones de las testigos en punto a probar los elementos del contrato de trabajo, se lograr concluir que en efecto las demandantes percibieron el pago de sus salarios, pues no es lógico que las deponentes indicaran haber visto el pago presencial de salarios e incluso el monto

y que de otra parte el mismo no se haya efectuado; consecuentemente se revocará dichas condenas.

Lo anterior guarda consonancia además con el principio de indivisibilidad de la prueba testimonial, esto es, que no se puede dar credibilidad a las declaraciones sobre un extracto de ellas, y de otra parte tomar a conveniencia de la parte actora las manifestaciones restantes; en tanto la declaración es una sola, y en su integridad debe valorarse.

Con base en lo expuesto, se revocarán las condenas concedidas por concepto de salarios.

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.**

Consecuentemente 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.*

***Iguualmente, 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 párrafo del artículo 65 del CST, tesis sostenida en primera instancia y respaldada por este cuerpo colegiado.

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

Por ende, la condena por concepto de impago de aportes a seguridad social integral se impondrá desde el día 61 con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, esto es, a partir del 01 de diciembre de 2012, tomando en consideración el extremo final de la relación laboral (30 de septiembre de 2012), 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 (...)**¹

Con base en lo expuesto se retomará la argumentación jurídica que venía siendo objeto de aplicación ante la clarificación jurisprudencial citada, esto es, la imposición de un (01) día de salario por cada día de retardo a partir del día 61

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

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 01 de diciembre de 2012 y sobre el salario diario declarado por el Juez de instancia, a excepción del proceso de SABELDA BLANCO, que se modificó el salario base de liquidación, estableciéndose como salario diario la suma de \$30.776

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 09 de mayo de 2012 y finalizó el 30 de septiembre de ese mismo año.
- Y de otra parte la demanda fue incoada en fecha 15 de julio de 2015 (DANYS PALOMINO); agosto 26 de 2015 (ROSARIO ELENA RUMBO); 28 de septiembre de 2015 (DIANA RUMBO y SABELDA BLANCO); 16 de marzo de 2015 (ELVIS MEDINA)

Respecto del MEN se agotó reclamación administrativa así:

*Noviembre 26 de 2014 en el proceso de ELVIS MEDINA.
20 de mayo de 2015: en los procesos de DIANA RUMBO y ROSARIO RUMBO
25 de junio de 2015 en el proceso SABELDA BLANCO y,
10 de abril de 2015 en el expediente de DANYS PALOMINO-*

*Por tanto, acertó el Juez de instancia al concluir “que la prescripción sólo operó parcialmente para los derechos contenidos en los ordinales 3º, 4º, 5º y 7º de las demandas de **DIANA LUZ RUMBO LACOUTURE, SABELDA BLANCO MANOSALVA Y ROSARIO ELENA RUMBO MUEGUES**; y no operó para el proceso de **ELVIS ELENA MEDINA CAMARGO y DANYS DEL CARMEN PALOMINO MARTINEZ**, como tampoco para las cesantías porque esta prestación se hace exigible al término de la relación laboral, y no transcurrieron tres años desde que ésta culminó hasta la fecha de las reclamaciones”.*

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 1º del 2011, con ponencia del magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza, recogiendo lo dicho en la sentencia del 25 de mayo de

1968, citada entre otras en la del 26 de septiembre de 2000, radicación 14038, que “(...) lo que se busca con la solidaridad laboral del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo es que la contratación con un contratista independiente para que realice una obra o preste servicios, no se convierta en un mecanismo utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales. Por manera que si una actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de esos trabajadores”. Y agregó: “(...) si el empresario ha podido adelantar la actividad directamente y utilizando sus propios trabajadores, pero decide hacerlo contratando un tercero para que éste adelante la actividad, empleando trabajadores dependientes por él contratados, el beneficiario o dueño de la obra debe hacerse responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho estos trabajadores, por la vía de la solidaridad laboral, pues, en últimas, resulta beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron sus servicios en una labor que no es extraña a lo que constituye lo primordial de sus actividades empresariales”.

Así mismo, ha sido preceptuado que “no basta simplemente para que opere la solidaridad, que con la actividad desarrollada para el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí puede suceder, sino que se requiere que la labor constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico”².

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

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

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

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

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

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

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

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

SOBRE LA SOLIDARIDAD DEL MEN

Inicialmente ha de decirse que se echa de menos una valoración probatoria efectuada por el Juez de instancia sobre las pruebas y manifestaciones hechas por FONADE en punto a que en sus bases de datos no obraban los demandantes como prestadores de servicios para los convenios interadministrativos y contratos aducidos en sus demandas a excepción de SABELDA BLANCO, a fin de determinar la procedencia o no, de la responsabilidad solidaria.

Aunado a lo anterior, y si bien se declaró la responsabilidad solidaria del MEN, respecto de algunos de los demandantes, y tal circunstancia fue motivo de apelación por ambas partes, esto es, la parte demandada solicitando que se niegue respecto de todos los actores, y la parte demandante peticionando su concesión general, tales reproches serán resueltos conjuntamente para concluir que ha de revocarse las condenas concedidas por este concepto, en tanto no procedía su imposición, por las razones que pasan a exponerse:

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, en cuanto condenó en favor de algunas demandantes por concepto de responsabilidad solidaria, por cuanto las labores desempeñadas por los mismos como “DOCENTES”, “AUXILIARES DE COCINA Y SERVICIOS GENERALES 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, en el marco de las obligaciones establecidas en el artículo 29 de la Ley 1098 de 2006 –Código de la Infancia y la Adolescencia.

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

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

Razones por las que la tesis que venía siendo adoptada debió 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, auxiliar docente, auxiliares de cocina, etc, 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 1º estableció como objetivo contribuir a mejorar la calidad de vida de los menores clasificados en los niveles 1, 2 y 3 del Sisbén, de manera progresiva, a través de una articulación interinstitucional que obliga al Estado a garantizarles sus derechos a la alimentación, la nutrición adecuada, la educación inicial y la atención integral en salud; y en el artículo 2º dispuso a cargo del Estado la obligación de garantizar a esta población, de manera prioritaria, los derechos previstos en la Constitución y desarrollados en la ley, así, se señala que «los menores, durante los primeros años, [...] accederán a una educación inicial» y, para ello, en los artículos 3º, 4º y 5º de la referida ley se fijan las tareas precisas a cargo de varias entidades como la Nación - Ministerio de Educación Nacional, no obstante lo cual se debe tener presente que las materias allí señaladas y las responsabilidades asignadas obedecen a una distribución de competencias que, como se ha visto, armoniza desde la Ley 115 de 1994, pasando por la Ley 715 de 2004 y que se repite en el artículo 9º 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).

Con base en lo expuesto, no prosperan los argumentos de la apelación elevados por los demandantes en cuyo favor se elevó recurso de apelación y de otra parte es del caso revocar las condenas que por concepto de responsabilidad solidaria fueron concedidas.

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 14 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 párrafo del artículo 65 del CST, correrá* a partir del 01 de diciembre de 2012. Igualmente se modifica el salario

diario del proceso de SABELDA BLANCO, para fijarlo en el monto de \$30.776 diarios.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el JUZGADO LABORAL DEL CIRCUITO DE SAN JUAN DEL CESAR el día 14 de julio de 2021, para en su lugar señalar que las condenas impuestas en favor de SABELDA BLANCO, se fijan así:

CESANTÍAS: \$385.416

INTERESES A LAS CESANTÍAS:\$17.986

AUXILIO DE TRANSPORTE: \$318.660

PRIMA DE SERVICIOS: \$385.416

VACACIONES:\$179.525

TERCERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO, en sentido de REVOCAR las condenas por concesión de salarios en favor de las demandantes, para en su lugar ABSOLVER a las demandadas a razón de dicha condena (salarios).

CUARTO: 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.

QUINTO: 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.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

APROBADO
CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado Ponente

APROBADO
PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada

(Con Salvamento de Voto).
JOSÉ NOÉ BARRERA SÁENZ
Magistrado