



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

Riohacha, nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUAREZ

ACCIÓN:	PROCESO ORDINARIO LABORAL – LEY 1149 DE 2011
PROVIDENCIA	SENTENCIA ACUMULADA
DEMANDANTE:	MARTHA ELENA RUMBO GUERRA, CARMEN MARÍA GRANADILLO FLÓREZ, LIBETH MARÍA FRAGOZO PEÑARANDA Y ROSALBA DURÁN PLATA
DEMANDADO:	EDUVILIA FUENTES BERMUDEZ y solidariamente contra EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN y FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE E ICBF.
JUZGADO DE ORIGEN:	Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira
TEMA:	CONTRATO REALIDAD Y SOLIDARIDAD
RADICACION No.:	44650310500120150009801

Discutido y aprobado en Sala Según **Acta No. 80** del nueve (09) de diciembre 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 **30 de julio de dos mil veintiuno (2021)**, por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira, en el proceso de la referencia y que fuere repartida ante esta Corporación judicial el día 01 de septiembre de 2021 y con ingreso efectivo al despacho del 06 de septiembre de 2021, según constancia secretarial.

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**

MARTHA ELENA RUMBO GUERRA, CARMEN MARÍA GRANADILLO FLÓREZ, **LIBETH MARÍA FRAGOZO PEÑARANDA** Y ROSALBA DURÁN PLATA, demandaron a la señora EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ, y solidariamente al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO- FONADE, y al ICBF pretendiendo se declarara: (i) la existencia de un contrato de trabajo con extremos temporales del 01 de julio 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 petitionó el pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.

Como sustento de sus pretensiones indicaron: haber celebrado contrato de trabajo con la señora EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, del 01 de julio al 30 de septiembre de 2012, fecha cuando terminó el contrato sin justa causa. Que desempeñaron los cargos de: AUXILIAR DOCENTE en el entorno institucional- municipio de Villanueva (MARTHA ELENA RUMBO), AUXILIAR DOCENTE EN EL ENTORNO FAMILIAR (LIBETH MARÍA FRAGOZO PEÑARANDA), en el municipio de San Juan del Cesar; PSICÓLOGA EN EL ENTORNO INSTITUCIONAL y en el municipio de Villanueva, La Guajira (ROSALBA DURÁN PLATA), desarrollaron labores tendientes a la educación, cuidado y nutrición de niños y niñas menores de 5 años en situaciones de vulnerabilidad a cambio de una asignación salarial de \$950.000 (LIBETH MARÍA FRAGOZO y MARTHA ELENA RUMBO) y \$1.200.000 (ROSALBA DURÁN PLATA), a fin de dar cumplimiento al objeto y las obligaciones de los convenios de gestión de proyectos "211034" y 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. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones y propuso como excepciones previas: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, y de fondo: INEXISTENCIA DE LA SOLIDARIDAD y PÓLIZA DE SEGUROS QUE AMPARA EL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES LABORALES, COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE Y LA GENÉRICA. Respecto de la demandante ROSALBA DURÁN PLATA, señaló que la firma interventora no registró a la demandante dentro del personal con el que contaba la institución para la ejecución del convenio por ella manifestado.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL: Negó haber suscrito el convenio interadministrativo 211034, enfatizando que tan solo fue firmado por el ICBF y FONADE, razón por la cual adujo no constarle los hechos de la demanda y de otra parte se opuso a la totalidad de pretensiones. Finalmente propuso como excepciones previas: FALTA DE JURISDICCIÓN, FUERO DE ATRACCIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA, NO COMPRENDER LA DEMANDA TODOS LOS LITISCONSORCIOS NECESARIOS YA QUE EN EL PRESENTE PROCESO NO SE DEMANDÓ A LA INTERVENTORA C Y M CONSULTORES QUIEN EN ÚLTIMAS QUIÉN EJERCÍA CONTROL, VIGILANCIA, SUPERVISIÓN E INDICABA CÓMO SE ESTABA EJECUTANDO EL CONVENIO Y CONTRATO DEMANDADOS y de fondo: SOBRE LA SOLIDARIDAD DEL MEN, COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE UN CONTRATO LABORAL ENTRE EL DEMANDANTE Y EL MEN, INEXISTENCIA O FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, BUENA FE DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, PRESCRIPCIÓN Y LA GENÉRICA.

EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ:

Pese a haber sido notificada, se tuvo por no contestada la demanda.

ICBF: Señaló no constarle la existencia del vínculo laboral alegado, y de otra parte reconoció la existencia del convenio interadministrativo No 211034, sin embargo negó que el MEN hubiese suscrito el convenio en cita. Formuló como excepciones las que

denominó: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO Y PRESUNCIÓN DE BUENA FE, AUSENCIA DE RELACIÓN LABORAL, LEGAL O REGLAMENTARIA ENTRE LAS PARTES, IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DEL ICBF PARA CELEBRAR CONTRATOS DE TRABAJO, AUSENCIA DE SOLIDARIDAD PATRONAL, COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO ENTRE EL ICBF Y LA DEMANDANTE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN Y LA GENÉRICA.

2.2 LA SENTENCIA APELADA

El Juez de conocimiento, profirió Sentencia en la que concedió las pretensiones incoadas en la demanda; declaró la existencia de un contrato de trabajo, impuso condena al pago de prestaciones sociales, salarios, auxilio de transporte y vacaciones, declaró la ineficacia de la terminación del contrato, reconoció la solidaridad respecto del ICBF en lo que atañe a la señora ROSALBA DURÁN PLATA, condenó al MEN por responsabilidad solidaria respecto de las demandantes MARTHA ELENA RUMBO, LIBETH MARÍA GRAGOZO y ROSALBA DURÁN PLATA 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 actrices fueron contratadas mediante contrato verbal de trabajo, quienes desarrollaron labores tendientes a la educación, cuidado y nutrición de los niños y niñas menores de cinco años en situación de vulnerabilidad, beneficiarios del programa de Atención Integral a la Primera Infancia PAIPI y con base en los testimonios recaudados en juicio, tuvo por establecido el salario de las demandantes.

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

Declaró que no operó la prescripción.

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

Igualmente verificó el contrato interadministrativo suscrito entre el ICBF, MEN y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE; además los contratos prestación de servicios celebrados entre el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE y EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ. Concluyó a partir de las atribuciones establecidas en la Ley para las entidades demandadas que, para el caso particular de FONADE, este es un mero administrador del convenio y no es su beneficiario, actuó bajo los lineamientos y directrices del ICBF, por esta razón declaró probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la solidaridad para FONADE. Contrario a esto, en cuanto al MEN, declaró la responsabilidad solidaria pretendida, en aplicación del precedente jurisprudencial aplicado por esta Corporación Judicial, y

respecto al ICBF solo declaró la solidaridad tratándose de la ROSALBA DURÁN PLATA, con los siguientes argumentos:

“En ese orden, tenemos que las demandantes eran, unas auxiliares docentes o de cuidado y la otra psicóloga, las primeras, además de realizar labores pedagógicas con los niños, también atendían su parte lúdica, nutricional, de protección y desarrollo de ellos y sus familias, y la última, con el testimonio de la audiencia quedó probado que se dedicaba a dar pautas de crianza, vigilar el desarrollo físico y psico-afectivo de los niños, desarrollar vínculos con los padres de familia, asesorar en caso de maltrato y violencia intrafamiliar, es decir, todas 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 de estas entidades con la señora EDUVILIA MARIA FUENTES por las obligaciones laborales reclamadas en la demanda de ROSALBA DURAN PLATA y no así respecto del ICBF en las demandas de MARTHA ELENA RUMBO y LIBETH MARIA FRAGOZO, 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”.

2.3 RECURSOS DE APELACIÓN.

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

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 tal como lo sustentamos de la siguiente manera: respecto a la solidaridad del Ministerio de Educación como hemos venido manifestando **estas funciones se encuentran consagradas en el artículo segundo del Decreto 5012 del 28 de diciembre del 2009 conforme a lo dispuesto en los artículos 6 y 121 de la Constitución Política donde ninguna autoridad podrá ejercer funciones distintas a las atribuidas en la constitución y la Ley, ese postulado constitucional consagrado en el artículo 121 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 las competencias o funciones asignadas a una autoridad pública son de carácter expresas y taxativas, que 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 el Ministerio de Educación Nacional no presta directamente el servicio de educación lo que 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 desarrollaba la señora Eduvilia Fuentes con el Colegio Gabriela Mistral son diferentes a los que tiene el Ministerio de Educación*

Nacional; en consecuencia respecto al 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 excepción está la situación del Ministerio de Educación Nacional pues a este no le corresponde la prestación del servicio de educación, le corresponde es vigilar y evaluar su prestación y por ello no se configura el poder de lo reglado en el artículo 34 mencionado, que no se puede perder de vista que nuestra jurisprudencia tiene 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 realización de las labores contratadas y con quien coincide, con quien recibe el trabajo pero lo disimula frente a este para evadir su responsabilidad, 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 el Bancolombia S.A contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 28 de julio del 2016.

Por lo anterior, se puede establecer que lo celebrado entre la señora Eduvilia Fuentes y las demandantes fue un contrato de prestación de servicios. Tampoco se comparte la sentencia en lo que tiene que ver con la indemnización 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, mi representada bajo la ejecución del convenio actuó bajo los postulados de la buena fe, bajo del que convencimiento de que el administrador y ejecutor del contrato FONADE y sus interventores velaran por que se ejecutaran los convenios y obligaciones según debida forma, que la señora Eduvilia Fuentes estuviese cumpliendo todas las obligaciones que tenía a su cargo, y que el Ministerio de Educación Nacional 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; que existe un error de fondo en la interpretación del art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo teniendo en cuenta que éste define dos situaciones: la primera de ellas, es que a los trabajadores que devengan el salario mínimo se les reconocerá y pagará un día de salario desde el incumplimiento hasta la fecha de pago, la segunda situación es frente de los trabajadores que se les debe más de un salario mínimo a los cuales se les debe reconocer sanción moratoria por el valor de un salario durante los primeros 24 meses; en caso de que la mora persista deberá cancelar interés moratorio a la tasa máxima de crédito certificado por la superintendencia financiera hasta que cuando se verifique el pago total de salarios o prestaciones adeudadas.

En el caso que nos ocupa, las trabajadoras según su decir devengaban más de un salario mínimo para la época por lo que se debe aplicar la segunda opción fijada por el legislador; sobre esta temática la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 361 del 09 de septiembre del 2020 radicación 84226, Magistrada Ponente Dra. Clara Cecilia Rojas (sic) Pinedo, al resolver el recurso de casación de la Corporación de Ferias y Exposiciones S.A. Corferias contra Yailin Humberto Ruiz Sanabria señaló que: "la intención del legislador no fue otra que la de poner un límite temporal a la sanción por mora que ésta norma prevé para aquellos trabajadores que percibieran una remuneración superior al salario mínimo es así como se determinó que dicha indemnización iría por un plazo más de 24 meses a partir del 25 se pagarían intereses de mora sobre la suma de la causa, adicionalmente en su parágrafo segundo señaló que lo anterior no se aplicaría para los trabajadores que devengaran menos de un salario mínimo para quienes dicha indemnización operaría de forma indefinida hasta el pago efectivo de las sumas que la

generan, entonces el colegiado de instancia cometió un yerro 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 cuándo 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 las demandantes presentaron sus demandas trascurridos más de 24 meses contados a partir de la finalización del supuesto vínculo laboral lo que conlleva indefectiblemente a 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 abril mayo y septiembre del 2015.

También queremos solicitar a la sala estudiar los testimonios rendidos por la señora Benilda Sierra Dangond, Silene de Jesús Fragoso y la señora Gloria Daza, los cuales tachamos sospechosos de conformidad con el artículo 58 del Código de Procedimiento Laboral pruebas que no deberían ser tenidas en cuenta por cuanto consideramos que no resultan ser idóneas toda vez que las demandantes se configuran como testigos donde se denotan los mismos hechos y pretensiones además también son representadas por el mismo apoderado judicial.

Ahora bien, dejamos de presente que el interrogatorio de la señora Benilda Sierra **esta se encontraba en el mismo sitio** donde estaba la demandante la señora Martha Elena Rumbo Herrera, como se puede corroborar al momento que presentó su cédula de ciudadanía, esta se proyectó en la pantalla de la demandante y cuando terminó la audiencia ella pasó en las mismas oportunidades ante la cámara, aunado a eso cada vez que se le hacía una pregunta miraba hacia su costado donde la demandante asentía o negaba con la cabeza según la pregunta que se le formulara la testigo. Respecto al testigo señora Benilda Sierra y Silene Fragoso estas manifestaron que la demandada Eduvilia al momento de contratación, esta nunca les habló del pago de seguridad social, y de las acreencias que hoy están reclamando lo que fue reafirmado por la señora Silene Fragoso y la demandante señora Martha Rumbo Guerrero.

En el caso de la testigo Gloria Daza Caleros, ella misma aseveró que no estuvo presente al momento de la contratación de la señora Rosalba Durán, sin embargo que conocía la contratación entre la demandante y la señora Eduvilia Fuentes, lo que resulta contradictorio teniendo en cuenta que dentro del expediente existe un contrato de prestación de servicios firmado por la demandante fijado por \$923.970, el cual fue puesto por la representante del ICBF, por lo anterior se puede establecer que sí hubo un contrato de prestación de servicios entre la accionante y la señora Eduvilia Fuentes.

Así las cosas, se puede concluir que no hay concordancia entre lo dicho por la testigo con los interrogatorios de parte formulados por las demandantes, además de su falta de imparcialidad y transparencia, también queremos colocar muy respetuosamente a conocimiento de la sala respecto que antes del inicio de la audiencia se escuchó a la abogada impartir instrucciones a la testigo aunque el Juzgado de instancia no lo percibió, las representantes de las entidades sí lo escucharon ya que tenía el audio abierto la testigo, hecho que no quedó grabado toda vez que no había iniciado la diligencia, y hechos que han venido sucediendo en la diligencia en estas demandas donde la demandada la señora Eduvilia Fuentes, el Ministerio de Educación Nacional FONADE y el ICBF hacen parte.

Por lo anterior solicitamos a la Honorable Sala Laboral revocar la sentencia condenatoria impuesta por el juzgado de primera instancia y en su defecto absolver al Ministerio de Educación Nacional por los temas expuestos; por lo anterior su señoría le pedimos que conceda el recurso de apelación formulados y sustentados en su oportunidad”.

APODERADA ICBF

“Interpongo recurso de apelación contra el numeral que ordenó condenar al ICBF solidariamente por los salarios prestaciones y demás emolumentos(...) y esto lo fundamento en los siguientes términos, en primer lugar que no obstante al reconocimiento (...) de la demandante Rosalba y la señora Eduvilia los efectos de dicha relación laboral no se pueden hacer efectivos al ICBF no suscribió con esta demandante ningún tipo de contrato laboral y en segundo lugar (...) entre el ICBF y Fonade cuyo objeto se estableció la gerencia integral para la primera instancia en la fase transición en los niños y niñas atendidos por el paipi (...) y en virtud de su calidad de propietaria del establecimiento de comercio (...) entre la demandante y la demandada pues este último contaba con la autonomía (...).

Recapitulando y teniendo en cuenta la intervención que me manifestaron señalé que en primer lugar no obstante al reconocimiento de la existencia del contrato de trabajo entre la señora Rosalba y la señora Eduvilia los efectos de dicha relación no son extensivos al ICBF, toda vez que instituto no suscribió con la demandante ningún tipo de contrato laboral ni civil, en segundo lugar, se manifiesta que la señora Eduvilia contó con autonomía e independencia para contratar con los trabajadores; es decir que el convenio interadministrativo no resulta aplicable para el caso de la entidad toda vez que existe una cláusula de indemnidad a lo que tiene que ver a los contratos celebraría como tal Fonade, cabe añadir que la solidaridad impuesta por el artículo 34 no resulta aplicable al caso toda vez que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no es beneficiario, pues el beneficiario como tal es la comunidad, cabe añadir además que el sistema de bienestar familiar puede estar como tal en cabeza de particulares por tanto ese asunto como tal el ICBF tiene los recursos pero los da a un particular, para que el particular como tal los ejerza, finalmente es la comunidad quien resulta ser beneficiario.

Ahora bien, por otro lado es importante señalar que hubo muchas contradicciones en la declaración de la señora Rosalba, ella manifestó que no tenía ninguna actividad relacionada a nutrición es decir que no logro probar lo que había señalado en la demanda que era que ella tenía labores de nutrición y brindar labor a los niños y niñas, situación ésta que negó cuando se le preguntó si tenía alguna actividad relacionada a nutrición, por otro lado es importante señalar también que para este caso las actividades realizadas por la demandante no guardan relación con la misionalidad del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar, que sobre este caso hay sentencias del Tribunal de Riohacha en el que ha señalado en que la actividad como tal en lo que tiene que ver auxiliar docente situación en la que también sería aplicable para el hecho de ser psicóloga en tanto no son de giro ordinario del ICBF en que consiste en trabajar con la calidad y transparencia de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias colombianas y como objetivos institucionales promover la seguridad alimentaria y nutricional en desarrollo de la primera infancia los niños y niñas adolescentes y familia; se reitera que la demandante señaló que no tenía ninguna actividad de nutrición, y dos, que estas actividades puntualmente se beneficia como tal la comunidad no el ICBF, por lo cual no resulta aplicable el supuesto que trae el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo; adicional a esto se señaló en los alegatos de conclusión, que el despacho en caso de declarar la terminación del contrato debía tener en cuenta unas sentencias que ha proferido el Honorable Tribunal en lo que tiene que ver a la liquidación y ordenamiento de la sanción a favor cuando se declara como tal dicha ineficacia, estas sentencias que señaló no fueron tenidas en cuenta por el despacho es decir que, de cierta manera se ve trasgredido el artículo 230 de la constitución política, cuando señala que los jueces en sus providencias están sometidos al imperio de la ley y la jurisprudencia y esto se justifica en

lo siguiente: se justifica en el entendido que es claro que las demandantes percibían al momento de su terminación laboral más de un salario mínimo es claro también que el supuesto de normas que aplicó el despacho desde el artículo 65 por lo cual resulta aplicable la sanción moratoria de acuerdo a la sentencia de la Corte Suprema Sala Laboral es cierto que en este caso las demandantes devengaban más de 2 salarios mínimos y el supuesto de norma señala que esta demandante o demandantes en particular, ganan más de dos salarios mínimos no se le aplica lo mismo que cuando gana un salario mínimo y trae la norma otro condicionamiento que los demandantes deberán presentar la demanda dentro del término de 24 meses, acá en este caso el de la señora Rosalba tenemos que ella hizo la reclamación al ICBF de acuerdo a la respuesta que obra en el expediente el 1 de julio del 2015 la respuesta que fue el 8 de julio del 2015 y la admisión de la demanda fue el 6 noviembre del 2015 es decir no se rebasó como tal el término de 24 meses, hecho que pues nuevamente se señaló en los alegatos de conclusión pero de acuerdo a la sentencia que fue emitida se decretó fue un día de salario por día de retardo hasta el pago como tal, se reitera en este término que se demostró que la señora demandante Rosalba tenía otro proceso que al momento que ella manifestó lo que tenía era un contrato verbal ella conocía de cuando comenzaba y cuando terminaba es decir que este caso no se configuraría la ineficacia pues de entrada ya la demandante conocía cual era el término del contrato, no obstante a eso cabe señalar que como la señora Rosalba también tiene otro proceso mismo que también se le señaló al despacho el radicado es 2016-080 en donde ella señaló también en audiencia que había suscrito otro contrato lo cierto es que acá hubo una continuidad del vínculo por tanto en primer lugar no habría lugar a esa ineficacia, dos no se logró demostrar la mala voluntad frente al ICBF, pues se reitera que el ICBF no suscribió ningún tipo de contrato con la demandante entonces de cara no tenía ninguna responsabilidad, ninguna obligación en lo que tienen que ver al pago de los emolumentos salariales, prestaciones sociales y seguridad social y demás, cabe también señalar que en este caso quien contaba con la autonomía y financiera era la señora Eduvilia como tal la responsable quien debería estar aquí respondiendo, finalmente se reitera que acá no resulta aplicable los términos del artículo 34, la entidad no es beneficiaria y adicional a eso las actividades desarrolladas por la demandante no guardan relación con la misionalidad del instituto, se reitera que la señora no tuvo ninguna actividad relacionada a nutrición ella lo manifestó en la declaración y al momento de rendir interrogatorios al preguntarse, en ese orden de ideas solicito que sea revocada la sentencia en lo que tiene que ver al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y en su lugar se absuelva y se condene en costas y agencias de derecho a la demandante Rosalba”.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes se pronunciaron así:

El MEN expuso:

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, mientras 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.

ICBF: Señaló que no tenía ninguna injerencia en la contratación del personal que iba a desarrollar el proyecto, siendo esta responsabilidad exclusiva de FONADE y de la señora EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ. Enfatizó en la naturaleza jurídica de la entidad, y su “imposibilidad” de contratación de las demandantes, recapituló en que no existe responsabilidad solidaria en su cabeza y alegó una vez más la buena fe en el desarrollo del convenio interadministrativo.

Expuso que las actividades desempeñadas por las demandadas no guardan relación con las actividades del resorte del ICBF, lo que impide la materialización de responsabilidad solidaria.

Informó que la demandada principal contaba con absoluta autonomía en la escogencia de su personal, por lo que cualquier condena en su contra, carecería de sustento legal.

Adujo que la condena por “indemnización moratoria” fue indebidamente tasada por haberse presentado la demanda 24 meses con posterioridad a haber fenecido el vínculo labora.

Y finalmente expuso que “el Juzgado de primera instancia condenó el ICBF al pago de \$6.515.950 por concepto de agencias en derecho a favor de la señora Rosalba DURÁN, sin que haya sido probado por parte de la actora los gastos en que incurrió para su representación judicial. Es decir, al tasarse la suma en comento el despacho no justificó en qué pruebas y bajo qué análisis y criterios procedía dicha tasación”.

PARTE DEMANDANTE.

Se ratificó en todos los hechos y pretensiones de la demanda.

I. CONSIDERACIONES.

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 concedido en favor del MEN y el ICBF por haber sido condenadas en solidaridad 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 y al ICBF.

Finalmente se estudiarán los reproches efectuados por el ICBF, de no ser agotados en la consulta, en específico, si procede la revocatoria de condena por concepto de ineficacia del contrato.

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:

DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Se ocupa ahora la Corporación en verificar si se acreditaron los requisitos esenciales para la constitución de una relación laboral como lo afirma la parte actora.

Ha de aclararse inicialmente que la demandante CARMEN MARÍA GRANADILLO FLÓREZ, desistió de la demanda, y dicha manifestación fue aceptada por el despacho de origen en la audiencia de trámite y juzgamiento celebrada el 30 de julio de 2021, sin que se hubieren elevado recursos, razón por la cual esa decisión quedó en firme y no corresponde en esta instancia hacer pronunciamiento alguno en torno a la demandante en cita.

El asunto es gobernado por las normas sustantivas, y de antaño ha expresado el órgano de cierre de nuestra jurisdicción que, conforme al artículo 23 del CST, para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de estos tres elementos: la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario; de acuerdo con el artículo 24 ibídem, probada la prestación personal del servicio, se presume la subordinación (ver SL9801-2015 Radicación N° 44519 del 29 de julio 2015).

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

Como se conoce la característica diferenciadora del contrato de trabajo con otros de naturaleza jurídica distinta es la condición de subordinación en la que se encuentra la

persona que presta su fuerza de trabajo por una contraprestación, no obstante que los demás elementos se presenten igualmente en contratos de naturaleza laboral, civil, o comercial.

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

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

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

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

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

“ (...)

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

Se observa que las demandantes aducen la existencia de un contrato de trabajo con la demandada EDUVILIA FUENTES con extremos temporales entre el 01 de julio al 30 de septiembre de 2012, fecha cuando terminó el contrato sin justa causa. Que desempeñaron los cargos de: AUXILIAR DOCENTE en el entorno institucional- municipio de Villanueva (MARTHA ELENA RUMBO), AUXILIAR DOCENTE EN EL ENTORNO FAMILIAR (LIBETH MARÍA FRAGOZO PEÑARANDA), en el municipio de San Juan del Cesar; PSICÓLOGA EN EL ENTORNO INSTITUCIONAL y en el municipio de Villanueva, La Guajira (ROSALBA DURÁN PLATA), desarrollaron labores tendientes a la educación, cuidado y

nutrición de niños y niñas menores de 5 años en situaciones de vulnerabilidad a cambio de una asignación salarial de \$950.000 (LIBETH MARÍA FRAGOZO y MARTHA ELENA RUMBO) y \$1.200.000 (ROSALBA DURÁN PLATA); 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.

Arrimó 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; contrato de interventoría técnica, administrativa y de control presupuestal celebrados con los operadores del programa de atención integral a la primera infancia PAIPI entre CONSORCIO C&R y FONADE, respecto del contrato.

Pues bien, estos soportes documentales permiten solamente acreditar la actividad comercial a la que se dedicaba la demandada directa, la existencia de los negocios jurídicos entre el MEN y FONADE, y entre este último y la señora FUENTES BERMÚDEZ, empero no se allega documental alguna donde se constate que la existencia del vínculo, la actividad desarrollada, el salario devengado, el horario cumplido, ni el ejercicio de actos subordinantes, por ello está en cabeza del extremo activo, traer la totalidad de las demostraciones al juicio.

En aras de dar aplicación a la presunción legal prevista en el artículo 24 del CST, importa destacar que, la parte actora afirmó que el contrato inició el 01 de julio al 30 de septiembre de 2012, que prestaba el servicio en el centro educativo, esto es el GABRIELA MISTRAL y precisa que la actividad laboral desplegada se dio en el marco del Convenio No. 211034; que para dar cumplimiento al convenio en cita, 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.

Como pruebas específicas de cada proceso se observan las siguientes:

-contrato de prestación de servicios suscrito entre EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ contra MARTHA ELENA RUMBO, por “tres meses” desde el 01 de julio al 30 de septiembre de 2021, a fin de desempeñar el cargo de “auxiliar docente” (PROCESO DE MARTHA ELENA RUMBO)

-Contrato de interventoría No 2121835 en virtud del convenio 211034, con fecha de inicio 01 de julio de 2012. (MARTHA ELENA RUMBO, LIBETH MARÍA FRAGOZO PEÑARANDA y ROSALBA DURÁN PLATA).

-Contrato No 2121047 suscrito entre EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ y FONADE para ser desarrollado en el municipio de Villanueva en el entorno institucional y en desarrollo del convenio 211034, con fecha de suscripción 28 de marzo de 2012 con plazo de ejecución hasta el 29 de junio de 2012; así como su prórroga hasta el 30 de septiembre de 2012.

-Contrato interadministrativo 211034 suscrito entre FONADE, ICBF y MEN con vigencia hasta el 30 de junio de 2012 y su prórroga hasta el 31 de diciembre de ese mismo año. 2012 (MARTHA ELENA RUMBO, LIBETH MARÍA FRAGOZO PEÑARANDA y ROSALBA DURÁN PLATA).

-Informe final de interventoría del contrato 2121047, estableciéndose como fecha de acta de inicio y/o apertura de sedes 08 de mayo de 2012 y fecha de terminación 30 de septiembre de 2012 (PROCESO DE MARTHA ELENA RUMBO).

- Contrato No 2121057 suscrito entre EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ y FONADE para ser desarrollado en el municipio de San Juan del Cesar en el entorno familiar y en desarrollo del convenio 211034, con fecha de suscripción 28 de marzo de 2012 con plazo

de ejecución hasta el 29 de junio de 2012; así como su prórroga hasta el 30 de septiembre de 2012. (PROCESO DE LIBETH FRAGOZO).

-Informe final de interventoría del contrato 2121057, estableciéndose como fecha de acta de inicio y/o apertura de sedes 09 de mayo de 2012 y fecha de terminación inicial 29 de junio de 2012; de suspensión 23 de julio de 2012 y de terminación de acuerdo con prórroga, preacuerdo, reinicio, suspensión y modificación el 30 de septiembre de 2012 (PROCESO DE LIBETH FRAGOZO).

- Anexo personal "con el que cuenta la institución para la ejecución del convenio", que cuenta con los logotipos de CYR INTERVENTORÍA, se menciona el contrato 2121057, y figura la actora como vinculada bajo la modalidad "prestación de servicios a cambio de una remuneración de \$950.000". (PROCESO DE LIBETH FRAGOZO).

- "Certificación laboral" expedida por EDUVILIA FUENTES, señalando que la demandante ROSALBA DURÁN PLATA, prestó sus servicios como psicóloga en el entorno institucional en el contrato No 2121049 en el período comprendido entre el 01 de julio y el 30 de septiembre de 2012, y en el contrato No 2123402 en el período comprendido entre el 22 de octubre y el 15 de diciembre de 2012, para el desarrollo del programa de atención a la primera infancia en el municipio de San Juan del Cesar (PROCESO DE ROSALBA DURÁN PLATA).

- Contrato No 2121049 suscrito entre EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ y FONADE para ser desarrollado en el municipio de San Juan del Cesar en el entorno institucional y en desarrollo del convenio 211034, con fecha de suscripción 28 de marzo de 2012 con plazo de ejecución hasta el 29 de junio de 2012; así como su prórroga hasta el 30 de septiembre de 2012. (PROCESO DE ROSALBA DURÁN PLATA).

--Informe final de interventoría del contrato 2121049, estableciéndose como fecha de acta de inicio y/o apertura de sedes 09 de mayo de 2012 y fecha de terminación inicial 29 de junio de 2012; de suspensión 23 de julio de 2012 y de terminación de acuerdo con prórroga, preacuerdo, reinicio, suspensión y modificación el 30 de septiembre de 2012 (PROCESO DE ROSALBA DURÁN PLATA).

Sea esta la oportunidad además para señalar que en el expediente obra documento enunciado "*anexo 1. Talento Humano en el que figura cada la demandante LIBETH FRAGOZO*" documento al que debe dársele valor de indicio, y ser valorado conjuntamente con las demás pruebas a fin de determinar con certeza la prestación personal del servicio para el período demandado, en tanto, fue una prueba debidamente allegada e incorporada al plenario y debe valorarse como documento a fin de imponer de allí las consecuencias jurídicas que pudieren derivarse.

Así las cosas, dígase desde ya que del documento en cita, otorga indicios de la prestación del servicio solicitada, en esta prueba en particular y para el expediente acumulado que se estudia.

Ahora, no ha de pasarse por alto que si bien el anexo 1 enunciado, no se estipularon los extremos laborales, ni consta firma de la demandada, de otra parte, no otorga detalles adicionales distintos a indicarse el nombre de LIBETH FRAGOZO como persona "*prestadora de servicio*" y el contrato en virtud del cual se consagra la información; no ha de obviarse la información allí contenida, esto es, los logotipos de la firma interventora CYR con la inserción del nombre de la actora acompañado de la casilla "*tipo de contratación: prestación de servicios*", circunstancia que permite tener la prueba como hecho indicador de la prestación del servicio, razón por la cual, se deberán estudiar las demás pruebas del plenario para determinar la efectiva prestación del servicio para el período reclamado.

Para comprobar sus asertos, se recibieron las siguientes declaraciones en favor de las demandantes así:

BENILDA ORIANA SIERRA DANGOND (por el proceso de MARTHA HELENA RUMBO) señaló que la demandante fue contratada por la señora Edivilia Fuentes para el programa de PAIPI en Villanueva, que se hizo una convocatoria por medio de la Alcaldía

y la contratación se realizó en la casa de la cultura quince días antes de iniciar; que en ese lugar les hablaron del programa; que ella estaba presente porque el mismo día los contrataron a todos; que el contrato fue verbal, comenzó el 1° de julio hasta el 30 de Septiembre de 2012; que la demandante tenía a su cargo 40 niños, los que se rotaba con las demás auxiliares de cuidado y se encargaba de realizar actividades lúdico pedagógicas, nutrición, caracterización de los niños, escuela para padres, ayudar a comer a los niños; el lugar donde desempeñaron sus labores fue el centro "paraíso de ternura" ubicado en el antiguo Colegio Santo Tomás; que ambas laboraron en esa misma sede, cumplían un horario de siete y treinta de la mañana a cuatro y treinta de la tarde, que era impuesto por la señora Eduvilia, quien daba instrucciones a la coordinadora DORLIS LOPEZ y ésta les daba las órdenes y controlaba el horario haciéndoles firmar la entrada y salida; que el salario de la auxiliar era de \$950.000 y "les quedaron adeudando dos meses", esto le consta según su dicho porque "a todas les quedó debiendo"; acerca de la subordinación, indicó que las órdenes las daba Eduvilia Fuentes, quien se presentaba en la sede dos veces al mes, le transmitía instrucciones a la coordinadora y ésta las daba a los demás empleados y revisaba que el trabajo estuviera de acuerdo al programa, los llamados de atención los hacía la señora Eduvilia; agregó que recibían visitas de interventoría una vez al mes. Informó que a la actora no se le pagó el auxilio de transporte. Añadió la deponente que inició dos procesos contra las demandadas por similares hechos.

Por el proceso de **LIBETH FRAGOZO, declaró SILENE DE JESUS FRAGOZO PEÑARANDA,** quien dijo haber sido coordinadora pedagógica en el programa y tenía cinco "UBAS" a su cargo; que en razón a ello, conoce que LIBETH trabajó en el programa PAIPI como apoyo de la docente; que la contrató Eduvilia Fuentes a través de un contrato verbal, en la sede principal del colegio Gabriela Mistral ubicado en el centro de San Juan del Cesar; que días antes la demandada principal les hizo un llamado para que organizaran el período de alistamiento de las actividades; que las funciones de la demandante eran realizar actividades lúdico recreativas como dramatizados, canciones, rondas, llevar carpetas, diligenciar planillas, cuidar a los niños; que las labores las desarrollaban en el barrio Nueva Colombia; que el cargo de la demandante era de auxiliar de cuidado; que su salario era de \$950.000, pagado por la señora Eduvilia en efectivo; que el horario asignado era de siete y media de la mañana a cinco de la tarde, impuesto por Eduvilia y controlado a través de unas bitácoras; que las órdenes las daba Eduvilia a través de los coordinadores; que se reunían en la sede principal donde les entregaban los materiales y complementos nutricionales, de allí se desplazaban a la UBA que funcionaba en el barrio Nueva Colombia; informó que el auxiliar docente y el auxiliar de cuidado es el mismo cargo, y que la actora desempeñaba este cargo y requería un perfil de ser bachiller y tener experiencia y cursos de primera infancia.

También declaró **GLORIANA DAZA CALERO (por el proceso de ROSALBA DURAN PLATA)** quien dijo haber conocido a la demandante en la casa de la cultura, donde llevaron sus hojas de vida; que pasados unos días las llamaron y la señora Eduvilia Fuentes las contrató en la sede principal del colegio Gabriela Mistral, allí les indicaron que trabajarían con niños de uno a cinco años; que Rosalba hizo parte del equipo en el CDI Huellas de amor ubicado en la calle de los bancos de San Juan del Cesar; que ella era psicóloga y sus funciones eran dar pautas de crianza, vigilar el desarrollo físico y psicoafectivo de los niños, desarrollar vínculos con los padres de familia, asesorías, cuando había maltrato, violencia intrafamiliar, etc; que el horario era de lunes a viernes de siete a cuatro de la tarde, el cual era impuesto por la señora Eduvilia y lo controlaban a través de una bitácora o libro de asistencia; aseguró que ella trabajó para la demandada en el mismo período del 1° de julio al 30 de Septiembre de 2012, su cargo era de docente o agente educativo; que a la actora le pagaban un salario de \$1.200.000 el cual era cancelado por la señora Eduvilia Fuentes en la sede principal mediante llamado a lista; agregó que recibían visitas de interventoría y recibían capacitaciones de parte de LIDYS DAZA SALCEDO coordinadora general del programa.

La tacha de sospecha interpuesta fue 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 a fin de demostrar la prestación personal del servicio de la actora en favor de la demandada principal, 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 trabajo de las actoras en cuyo favor declararon y "haber sido contratados durante el mismo período"; circunstancia que a juicio de esta Corporación Judicial reviste 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 las promotoras del juicio prestaran servicios en el mismo lugar que los testigos, 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, la forma en que se daban las visitas por parte de EDUVILIA FUENTES persona respecto de la que se adujo recibían órdenes, y en últimas, todas aquellas circunstancias que permitieran advertir la subordinación laboral propia de un contrato de trabajo, o por el contrario, su desacreditación.

Así y pese a que el anterior conocimiento no se obtuvo, no ha de obviarse que en todo tiempo la declarante resaltó su condición de trabajadoras ante el mismo centro educativo en que prestó servicios la actora, y en igual período, resaltando que la demandante fue contratada por EDUVILIA FUENTES, bajo los mismos extremos temporales aducidos en la demanda.

Por ende, y si bien se echa de menos que la declaración obtenida en el proceso, goza de argumentos que se advierten ambiguos, respecto de los cuáles tampoco ahondó el Juez director del proceso, siendo una de sus obligaciones legales, con todo, no es factible desacreditarla en esta instancia, porque en todo tiempo, se itera, se mencionó que la actora prestó servicios ante la demandada principal, habiéndose abrigado así a su favor, la presunción establecida en el artículo 24 del CST, y por ende invirtiéndose la carga en cabeza de la demandada de probar que la prestación personal del servicio no fue subordinada, presupuesto incumplido por la parte demandada.

Así, se dirá que probada la prestación del servicio, deviene la aplicación del presupuesto legal del artículo 24 del CST, esto es, que entre la señora EDUVILIA FUENTES y las demandantes existió un contrato laboral, ello en tanto se itera una vez más, **la parte demandada adoptó una actitud procesal descuidada.**

DEL CONTRATO DE TRABAJO DECLARADO:

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 los testigos cuando se les indagó sobre el elemento subordinación que debe estar presente en los contratos de trabajo, como quiera que sencillamente afirmó que las actoras recibían órdenes de EDUVILIA FUENTES, pero sin profundizar en detalles como la periodicidad con que se brindaban y en últimas el tipo de órdenes desplegadas, que permitieran diferenciar órdenes de directrices propias de un contrato de prestación de servicios, lo cierto es que, estando probado como está el elemento prestación personal del servicio, se habilitó la presunción de que trata el artículo 24 del CST, invirtiéndose la carga de la prueba,** y consecuentemente correspondiéndole a la parte demandada probar que entre las partes, la prestación personal del servicio no fue de índole subordinada, situación que no ocurrió, pues relíevase una vez más, su actuación probatoria fue poco más que deficiente, de dónde devienen las consecuencias propias declaradas en primera instancia, como ya se expuso.

Sin embargo, y previo a continuar con el estudio de los extremos temporales de la relación, es del caso realizar dos precisiones procesales así:

La primera de ellas, está encaminada a que en el caso de autos no era factible advertir las consecuencias propias de la confesión ficta previstas en el artículo 77 del CPT y SS, sin embargo y 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; con todo, se establecerá la forma correcta de la declaración de confeso en contra de la parte que no comparezca a la audiencia de conciliación así: 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 juez de la causa se limitó a consignar en la audiencia celebrada el 8 de marzo de 2004 (folio 67) que "... Se presumirán como ciertos todos aquellos hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la contestación de la demanda y en las excepciones de mérito propuestas en la misma,** pues de no admitir esa prueba, se tendrán entonces como un indicio grave en su contra", **pero sin precisar, como era su deber, cuáles de esos hechos se tendrían como ciertos,** ni, por la misma razón, cuáles constituirían indicio grave, prueba que, como es sabido, no es hábil en la casación del trabajo. (Negritas fuera de texto).*

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

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

En el presente caso, en curso de las declaraciones de los testigos, se observó como en todo tiempo se encontró presente y en escucha de las declaraciones la señora MARTHA ELENA RUMBO, pese a que posteriormente rendiría interrogatorio de parte, y por ende, percibir el dicho de los testigos podría llegar a viciar su dicho; de otra parte las declaraciones de los testigos o al menos de dos de ellas, se efectuó en el mismo recinto, sin que se haya propendido por indagar si no estuvieron en escucha de las declaraciones entre sí, situación que debió ser verificada por el director del proceso, por ejemplo, mediante solicitud de enfoque a toda la sala donde se encontraba la declarante a fin de verificar que no estuviera acompañada de quién iba a rendir interrogatorio de parte y/o otros testigos; de ahí que se reitera la **obligación** en cabeza del A quo, por garantizar la integridad de la prueba recaudada.

Sin embargo, no es factible del video allegado, tener certeza que en el mismo recinto se encontraban presentes la totalidad de deponentes, y por ende, no es viable hallar viciada la práctica de la prueba, pese a que sí genera serias dudas por las razones que se exponen, a más que la parte demandada representada por las múltiples personas naturales y jurídicas integradas en el proceso, guardaron silencio sin reprochar la forma en que se recaudó la prueba al momento de practicarla.

DE LOS EXTREMOS TEMPORALES

Dilucidada entonces la inexorable conclusión de la existencia del contrato laboral, y en punto a establecer los extremos temporales de la relación laboral, los mismos serán fijados con base en lo afirmado por los declarantes, como se dijo en el fallo de primera instancia, y atendiendo a pruebas adicionales tales como el contrato de prestación de servicios obrante en el plenario suscrito entre MARTHA ELENA RUMBO, **LIBETH MARÍA FRAGOZO PEÑARANDA Y ROSALBA DURÁN PLATA**

DE LAS CONDENAS SOLICITADAS POR LAS DEMANDANTES

Frente al salario base de liquidación de prestaciones sociales, vacaciones y auxilio de transporte atendiendo a la ausencia de confesión por parte de empleadora, se mantendrá la condena impuesta.

Ahora, en punto a las condenas solicitadas por concepto de prestaciones sociales, y vacaciones, ha de salir avante, en tanto no existe probanza alguna tendiente a determinar que a la terminación de la relación laboral, el empleador pagó las acreencias de ley que le asistía en su condición de trabajadora.

Se mantendrá el salario base de liquidación en tanto fue corroborado por las testigos traídas a juicio y además se estipula el mismo valor en contrato de prestación de servicios y el anexo 1 "personal con que cuenta la institución (procesos de MARTHA ELENA RUMBO y LIBETH FRAGOZO).

En punto a los salarios decretados por el A quo en favor de las actoras ha de decirse que se revocará su pago como quiera que si bien, la demandada principal no allegó constancia de su pago, con todo, las declarantes traídas a juicio en su favor, no advirtieron una falta de pago de salarios.

Frente a este punto se complementa que las testigos dieron cuenta del salario exacto devengado por la actora; por ende se indaga esta Sala, ¿cómo podría tener consonancia las testigos, que a las demandantes se les adeude los salarios alegados y al mismo tiempo manifiesten su salario exacto y su pago efectivo? ¿quiere decir que en efecto se canceló 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?.

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 la deponente indicara haber visto el pago presencial de salarios y su monto y que de otra parte el mismo no se haya cancelado; consecuentemente se revocarán 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.

A lo anterior ha de aunarse que si bien respecto de la actora MARTHA ELENA RUMBO, la deponente traída en su favor, BENILDA ORIANA SIERRA DANGOND, señaló que le habían quedado adeudando "dos meses de salarios" y que lo conocía porque "eran compañeras" y "a todas les quedó debiendo" refiriéndose a la demandada principal, con todo, su dicho no resulta convincente en ese sentido para aducir que en efecto le consta por sus sentidos que a la demandante no le hubieren cancelado sus salarios, máxime cuando previamente había dado cuenta del monto exacto y de la forma de pago, esto es, no es claro si en realidad conoce que tratándose específicamente de la señora MARTHA ELENA RUMBO en efecto existieron salarios impagos o lo supone por su caso personal, pues no ahondó en su respuesta, ni fue requerida en ese sentido, razón por la cual, no se mantendrán las consecuencias impuestas por concepto de salarios pretendida.

DE LA INEFICACIA DEL CONTRATO PRETENDIDA

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

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

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

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

“Del texto pre transcrito, en especial del aparte destacado por la Sala, no cabe duda que la norma consagra una consecuencia adversa para el empleador incumplido en el pago de las respectivas cotizaciones y a favor del trabajador, en virtud de la relación laboral que los liga y de la cual se derivan las obligaciones de cotizar que, justamente, constituyen el objeto de protección de la norma. Si bien la redacción de la norma en comentario 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:

*“...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...**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:

[...] **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.**

(...)

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

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

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

ARTÍCULO 65 CST:

"1. Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique. (Subrayado fuera de texto).

Igualmente se prevé:

(...) "PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente.

No obstante, 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 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.

(...)

En tal sentido, procede la imposición de la sanción contemplada en el párrafo primero del artículo 65 del CST, modificado por el art. 29 de la Ley 789 de 2002. Como quiera que la norma otorga un plazo de 60 días para que la empresa se ponga al día con el Sistema General de Seguridad Social y Parafiscalidad, la sanción mencionada correrá a partir del día 61 después de la finalización del vínculo, correspondiente a un día de salario por cada

*día de no pago hasta cuando se verifique el pago ante las administradoras del sistema y los órganos de parafiscalidad (...)*¹

Con base en lo expuesto se retomará la argumentación jurídica que venía siendo objeto de aplicación ante la clarificación jurisprudencial citada, esto es, la imposición de un (01) día de salario por cada día de retardo a partir del día 61 después de la terminación del vínculo y hasta que se verifique el pago ante las administradoras del sistema y órganos de parafiscalidad, esto es, a partir del 01 de diciembre de 2012 y sobre el salario ya declarado en primera instancia, por ende, se modificará en este sentido la condena, en sentido de precisar que la indemnización respectiva procederá a partir del 01 de diciembre de 2012.

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 que se dio por demostrada finalizó el 30 de septiembre de 2012.
- Los extremos de la relación laboral datan del 01 de julio al 30 de septiembre de 2012.
- Y de otra parte la demanda fue incoada el 06 de abril de 2015 (MARTHA RUMBO- LIBETH FRAGOZO) y 28 de septiembre de 2015 (ROSALBA DURÁN).

Así mismo la reclamación administrativa ante el MEN se surtió así:

23 de Diciembre de 2014 en el proceso de MARTHA RUMBO, 6 de Diciembre de 2014 en el de LIBETH FRAGOZO y el 7 de junio de 2015 en el de ROSALBA DURAN según lo estipula dicha entidad en el oficio de respuesta.

Y respecto del ICBF, se surtió así:

20 de enero de 2015 en el proceso de MARTHA RUMBO, 19 de febrero de 2015 en el de LIBETH FRAGOZO y el 1º de julio de 2015 en el de ROSALBA DURÁN.

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

Así las cosas, fácilmente se concluye que el fenómeno prescriptivo no operó respecto de las condenas concedidas a la parte actora.

Igualmente se tiene que la demandada principal EDUVILIA FUENTES no propuso excepción de prescripción, ni apeló la sentencia por lo que no es factible esgrimir pronunciamiento en este sentido.

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

DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Ahora, concretamente en punto a la solidaridad debatida ha sido expuesto por la jurisprudencia nacional, por parte de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia No. 35864 de marzo 1° del 2011, con ponencia del magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza, recogiendo lo dicho en la sentencia del 25 de mayo de 1968, citada entre otras en la del 26 de septiembre de 2000, radicación 14038, que "(...) *lo que se busca con la solidaridad laboral del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo es que la contratación con un contratista independiente para que realice una obra o preste servicios, no se convierta en un mecanismo utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales. Por manera que si una actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de esos trabajadores*". Y agregó: "(...) si el empresario ha podido adelantar la actividad directamente y utilizando sus propios trabajadores, pero decide hacerlo contratando un tercero para que éste adelante la actividad, empleando trabajadores dependientes por él contratados, el beneficiario o dueño de la obra debe hacerse responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho estos trabajadores, por la vía de la solidaridad laboral, pues, en últimas, resulta beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron sus servicios en una labor que no es extraña a lo que constituye lo primordial de sus actividades empresariales".

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

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

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

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

Quien se presente pues, a reclamar en juicio obligaciones a cargo del beneficiario, emanadas de un contrato laboral celebrado con el contratista independiente, debe probar, el contrato de trabajo con éste; el de la obra entre el beneficiario del trabajo y el contratista

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.

independiente; y la relación de causalidad entre los dos contratos en la forma ya explicada”¹

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

“Es cierto como al unísono lo aceptan el tribunal y la censura, que los artículos 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 ICBF

Con respecto a la declaratoria de solidaridad con ICBF, tal y como recientemente ha sido motivo de pronunciamiento por la Sala, no se comparte el argumento esgrimidos por el Juez de Primera Instancia, por cuanto las labores desempeñadas por las demandantes “AUXILIARES DOCENTES” “AUXILIAR DE CUIDADO” “PSICÓLOGA” no eran del giro ordinario del I.C.B.F “trabajar con calidad y transparencia por el desarrollo y la protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias colombianas y como objetivos institucionales, promover la seguridad alimentaria y nutricional en el desarrollo de la primera infancia, los niños, niñas y adolescente y la familia”; por lo que esta debe ser revocada.

Lo anterior por cuanto, en observancia del precedente jurisprudencial ya sentado por las distintas providencias proferidas por esta Sala, siendo magistrados ponentes Doctores PAULINA LEONOR CAMPO y JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH, y bajo la égida de los postulados jurisprudenciales que desarrollan el artículo 34 del CST, se puede deducir que se necesitan determinar los siguientes elementos a fin de predicar la solidaridad del contratante inicial y los consecutivos en la cadena frente al trabajador:

a. La cobertura de una necesidad propia y directamente vinculada al objeto social: bueno es determinar que se habla de objeto social, entendiendo que la estructura del código sustantivo está diseñada para atender conflictos entre particulares; sin perjuicio de lo anterior, eventualmente personas jurídicas de derecho público pueden verse inmersas en asuntos de índole laboral que deban tramitarse por vía ordinaria; siendo éste uno de esos casos, razón por la cual el objeto social, debe entenderse por el encargo misional, constitucional o legal; es así, que el **ICBF** de conformidad con la Ley 7 de 1979 establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar y reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio adscrito al Ministerio de Salud, teniendo como objeto fortalecer la familia y proteger al menor de edad; ahora bien, por medio del Decreto 4155 de 2011 las funciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar guardan concordancia con el Sector Administrativo de Inclusión Social y Reconciliación, y que en ejercicio de ellas se ejecutan las políticas del mismo, en el marco

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

de las competencias legales del ICBF, contando como objetivos misionales de la entidad **trabajar con calidad y transparencia por el desarrollo y la protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias colombianas y como objetivos institucionales, promover la seguridad alimentaria y nutricional en el desarrollo de la primera infancia, los niños, niñas y adolescente y la familia.**

Ahora bien, el convenio interadministrativo suscrito entre el **ICBF** y **FONADE** buscaba brindar atención integral a los niños y niñas acompañados por el PAIPI, en el marco de la decisión tomada por la comisión intersectorial que establece el traslado del PAIPI al ICBF en aras de cualificar los programas de atención a la primera infancia y facilitar el tránsito a la estrategia de CERO A SIEMPRE, teniendo como objeto garantizar la ejecución del seguimiento del plan de atención integral a la primera infancia PAIPI, asegurando el acompañamiento de los niños y niñas conforme los lineamientos del ICBF que permitan facilitar y cualificar el tránsito a la estrategia de CERO A SIEMPRE.

Por su parte, la estrategia de Cero a Siempre tiene como objetivos principales **A.** Garantizar el cumplimiento de los derechos de las niñas y los niños en primera infancia. **B.** Definir una política pública de largo plazo que oriente al país en materia de sostenibilidad técnica y financiera, universalización de la atención y fortalecimiento de los territorios. **C.** Garantizar la pertinencia y calidad en la Atención Integral a la Primera Infancia, articulando acciones desde antes de la concepción, hasta la transición hacia la educación formal. **D.** Sensibilizar y movilizar a toda la sociedad colombiana con el propósito de transformar las concepciones y formas de relación con los niños y las niñas más pequeños. **E.** Hacer visible y fortalecer la familia como actor fundamental en el desarrollo infantil temprano.

Corolario de lo anterior, las demandantes indican en la acción ordinaria laboral que se desempeñaban como auxiliar de cuidado, psicóloga y auxiliar docente y de la testimonial puede extraerse que sus funciones estaban encaminadas a la educación de los menores, estar pendientes de estos y de su nutrición, declaraciones realizadas de manera general.

Estos planteamientos conllevan a concluir que no se comparte el criterio forjado por la primera instancia; la solidaridad y para efectos prácticos en el presente asunto, surge como primera medida o elemento, cuando la actividad contratada con el contratista independiente, es propia de desarrollo normal del empleador; si la actividad contratada es parte, como ya se explicó del objeto misional de la entidad o desarrolla actividades propias que sean necesarias, imprescindible y específicos para la consecución del fin propio y perseguido para el cumplimiento óptimo del servicio público, en este caso la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia, brindando atención especialmente a aquellos en condiciones de amenaza como mandato constitucional, legal y misional del ICBF.

La actividad de docencia que desarrollaba la demandante no cumple a criterio de este cuerpo colegiado con los postulados misionales del ICBF; las funciones desarrolladas tampoco permiten concluir que desenvolvían un papel primordial para prevención y protección integral de la primera infancia o el bienestar familiar, pues, si bien es cierto manifestó estar a cargo del cuidado de los niños, su familia y nutrición, lo hacen de manera generalizada, no establecen como realizaban tal actividad, cuál era el control ejercido, qué medidas adoptaban para su protección, esto es, probatoriamente no se aportaron elementos que conlleven a una conclusión diferente, no se puede argüir que efectivamente se garantizara la protección constitucional y legal que busca el ICBF para dicha población vulnerable o mucho menos que cumpliera con el encargo misional de la entidad pública.

Por tanto, la contratación realizada por EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ a la demandante, para el desarrollo del convenio interadministrativo suscrito entre el **ICBF** y

FONADE no se evidencia que las actividades desarrolladas persigan el mismo objeto misional del ICBF, por tanto, al romperse uno de los eslabones para la declaratoria de la solidaridad debe absolver y consecuentemente, se modificará en este sentido la sentencia de instancia.

Igualmente, valga precisar que conforme ha sido motivo de planteamiento por parte de esta Corporación judicial en obediencia al precedente vertical, en casos como el de autos no se presenta responsabilidad solidaria tratándose del MEN por las razones que pasan a exponerse:

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 obraba la demandante ROSALBA DURÁN como prestadora de servicios para los convenios interadministrativos y contratos aducidos en sus demandas, a fin de determinar la procedencia o no, de la responsabilidad solidaria.

Igualmente se itera que las actividades desarrolladas por las actoras no son del giro ordinario de las actividades desplegadas por el MEN, 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 y competencias la prestación directa del servicio, esto es, que actúe como prestador del servicio educativo, verbigracia, ejerciendo labores de docencia o en suministro de ellos.

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

La postura de esta Corporación judicial también se cimenta en 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 2.º dispuso a cargo del Estado la obligación de garantizar a esta población, de manera prioritaria, los derechos previstos en la Constitución y desarrollados en la ley, así, se señala que «los menores, durante los primeros años, [...] accederán a una educación inicial» y, para ello, en los artículos 3º, 4º y 5º de la referida ley se fijan las tareas precisas a cargo de varias entidades como la Nación - Ministerio de Educación Nacional, no obstante lo cual se debe tener presente que las materias allí señaladas y las responsabilidades asignadas obedecen a una distribución de competencias que, como se ha visto, armoniza desde la Ley 115 de 1994, pasando por la Ley 715 de 2004 y que se repite en el artículo 9.º de la Ley 1295 de 2009, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 9o. PARTICIPACIÓN DE LOS ACTORES DEL MODELO. El Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio de la Protección Social y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, cubrirán con sus capacidades y recursos las zonas de menor desarrollo

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

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

(...)

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

Con base en lo expuesto, ha de revocarse las condenas que por concepto de responsabilidad solidaria fueron concedidas.

Finalmente y en punto al reproche esgrimido por el ICBF en los alegatos de conclusión respecto de la imposición de costas ha de aducirse que no fue un argumento plasmado

en el recurso de apelación y de otra parte, no es esta la oportunidad para estudiar tales reproches, pues existe una etapa procesal en específico fijada para realizar el análisis de las inconformidades que se puedan presentar en punto a la tasación de costas.

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 30 de julio de 2021, en punto a REVOCAR las condenas y declaraciones concedidas en favor en favor de las demandantes por concepto de salarios, por las razones expuestas en la parte motiva.

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

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

CUARTO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de origen y fecha anotados para señalar que la condena por concepto de ineficacia de la terminación de los contratos de trabajo debe ser tasada a partir del 01 de diciembre de 2012.

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

SÉXTO: 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