



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

Riohacha, veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUAREZ

ACCIÓN:	PROCESO ORDINARIO LABORAL – LEY 1149 DE 2011
PROVIDENCIA	AUTO INTERLOCUTORIO Y SENTENCIA
DEMANDANTE:	YANEIRIS GARCÍA ACEVEDO, DURLEY ÁLVAREZ SIERRA, MAGALIS ESTHER PINTO CARRILLO, MARIA MANUELA GARIZADO Y VICTOR CRISTOBAL MAESTRE MAESTRE
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.:	44650310500120150018901

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 dieciocho (18) de Octubre de 2019, proferido por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira, en el proceso de la referencia.

Como quiera que al momento de ingresar el expediente a la Corporación por el sistema, no se realizó por el a quo la salvedad en el sistema de reparto TYBA, se incurrió en un yerro involuntario por la Colegiatura, razón por la cual se admitió la alzada y el Grado Jurisdiccional de Consulta únicamente respecto de la sentencia de fecha 06 de septiembre de 2019. Empero en virtud de que este tipo de recursos deben ser resueltos de plano, para claridad de las partes, y atendiendo a que no fuera remitido por el A quo el diligenciamiento en la debida oportunidad procesal en aplicación del principio de economía procesal se dará curso inicialmente a la apelación formulada contra el auto de fecha 29 de Junio de 2018, según lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 65 del CPTSS en concordancia con numeral 1º del literal B del artículo 15 del CPTSS.

De no resultar próspera la impugnación, se procederá a resolver sobre el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia de fecha y origen conocido, dicha actuaciones dictadas por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira, ya referenciado.

Por disposición del art. 279 y 280 del CGP, esta sentencia será motivada de manera breve, en virtud a que la demanda, la contestación y las actuaciones procesales son suficientemente conocidas por las partes del proceso, para iniciar el argumento desde el auto recurrido y la sentencia de primera instancia.

## I. ANTECEDENTES

YANEIRIS GARCÍA ACEVEDO, DURLEY ÁLVAREZ SIERRA, MAGALIS ESTHER PINTO CARRILLO, MARÍA MANUELA GARIZADO Y VÍCTOR CRISTOBAL MAESTRE MAESTRE demandaron a la señora EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ, y solidariamente al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y 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 09 de mayo y 29 de Junio de 2012 (ii) que se condenara al pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones causadas en dicho periodo (iii) la ineficacia de la terminación del contrato, y la correspondiente sanción, (iv) reclaman 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 solicitaron el pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.

Como sustento de sus pretensiones indicaron: haber celebrado un contrato verbal de trabajo con la señora EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, el día 09 de mayo de 2012 y hasta el 29 de Junio del mismo año, fecha cuando terminó el contrato sin justa causa. Que desempeñaron los cargos de coordinadora general (DURLEY ÁLVAREZ SIERRA), auxiliar docente (MARIA MANUELA GARIZADO ARRIETA, YANERIS GARCÍA ACEVEDO, docente (MAGALIS ESTHER PINTO CARRILLO Y VICTOR CRISTOBAL MAESTRE MAESTRE), desarrollando labores tendientes a la educación, cuidado y nutrición de niños y niñas menores de 5 años en situaciones de vulnerabilidad a cambio de una asignación salarial de \$1.800.000 (docentes); \$1.500.000 (auxiliares docentes), y \$2.500.000 (coordinadora general) a fin de dar cumplimiento al objeto y las obligaciones del convenio de gestión de proyectos 211034 celebrado entre el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONADE E ICBF, cuyo objeto fue *“...la gerencia integral para la atención integral de la primera infancia y sus actividades complementarias en la fase de transición de los niños y niñas atendidas por el PAIPI a la estrategia de Cero a Siempre en las modalidades de Centro de Desarrollo Infantil Temprano e Itinerante”* en virtud del cual la demandada FUENTES BERMUDEZ en su calidad de propietaria del establecimiento de comercio COLEGIO GABRIELA MISTRAL, suscribió los convenios de prestación de servicios para con FONADE. Informó que en desarrollo del contrato laboral, fue subordinada de su empleadora EDUVILIA FUENTES, cumpliendo 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 expresa que las entidades demandadas son solidariamente responsables de las condenas que se impongan.

### 2.1. CONTESTACIONES DE LAS DEMANDAS

Las demandadas en solidaridad dieron respuesta de la siguiente forma:

#### **FONADE**

Señaló que los demandantes no aparecen vinculados para la ejecución de contratos derivados del convenio interadministrativo de Gerencia de Proyectos No 211034 por la demandada principal Eduvilia Fuentes, en calidad de propietaria del Establecimiento de Comercio Gabriela Mistral y que con todo, cualquiera que fuere el régimen de contratación del empleador por parte de EDUVILIA FUENTES se tiene que como contratista de FONADE, la primera estaba “obligada a cumplir con los pagos oportunos de los salarios a

sus contratistas, como se pactó en el contrato suscrito entre FONADE y la señora FUENTES”.

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, COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE Y LA GENÉRICA.

**MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL:** Aceptó como cierta la existencia del programa de atención a la primera infancia, la existencia del convenio No 211034, manifestó no constarle la contratación laboral entre las partes, además de precisar que no era solidariamente responsable de las condenas reclamadas, se opuso a todas y cada una de las pretensiones y propuso como excepciones FALTA DE JURISDICCIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, SOBRE LA SOLIDARIDAD DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, PAGO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y LA GENÉRICA.

**ICBF:** Señaló no constarle la existencia del vínculo laboral alegado, y de otra parte reconoció la existencia del convenio interadministrativo No 211034. Formuló como excepciones las que denominó: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO Y PRESUNCIÓN DE BUENA FE, AUSENCIA DE RELACIÓN LABORAL, LEGAL O REGLAMENTARIA ENTRE LAS PARTES, IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DEL ICBF PARA CELEBRAR CONTRATOS DE TRABAJO, AUSENCIA DE SOLIDARIDAD PATRONAL, COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE ELEMENTOS Y DEL CONTRATO DE TRABAJO ENTRE EL ICBF Y LA DEMANDANTE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN Y LA GENÉRICA.

### **1.1. EXCEPCIONES PREVIAS:**

Al contestar la acción el MEN formuló las siguientes enervantes previas: FALTA DE JURISDICCIÓN, y NO COMPRENDER LA DEMANDADA TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS formulada por el MEN.

El Ministerio de Educación Nacional formuló la referida excepción previa, precisó que, como se aduce la existencia de un contrato de trabajo por la actora, el Juez abordó la competencia, pero que en la presente causa la parte demandante está vinculando al proceso entidades del orden nacional, además, las actividades desplegadas no corresponden a las de construcción, sostenimiento de obras, ni a las excepciones establecidas en la ley y que las desplegadas por los demandantes no se equiparan a la de un trabajador oficial, debiendo declararse la excepción, pues es competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Finalmente trajo a colación el fuero de atracción definido por vía jurisprudencial por el H. Consejo de Estado, el que indica que cuando una o varias entidades de derecho público sean demandadas en conjunto con una o varias empresas de derecho privado, el juez competente es el de lo contencioso administrativo.

### **1.2. DECISIÓN APELADA:**

El Juez A quo declaró no probadas las excepciones, en lo que interesa al recurso, dijo:

Con apoyo de vieja data jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia anunció que lo pretendido en la demanda es la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo y

este es el problema jurídico a resolver con la sentencia, siendo la demandada EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ una persona natural y que al parecer los demandantes le prestaron sus servicios personales, lo que descarta que sean empleadas públicas, estimando que la competencia radica en el Juzgado Laboral de San Juan del Cesar.

Frente a que la demanda no comprende todos los litisconsortes necesarios argumentó que de conformidad con el artículo 61 del CGP dicha figura opera solo cuando es realmente necesario integrar el contradictorio, así las cosas, sin la intervención de todas las partes en que confluyan determinada relación sustancial no se pueda fallar la Litis; no se presenta lo anterior en el proceso, pues la interventora no actúa como contratante y su intervención es circunstancial como ente de control.

## LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión el MEN interpuso apelación, en la que básicamente expresó:

*“En lo que tiene que ver con la excepción de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, ya que en el presente proceso no se convocó a la interventoría CYR, quien era el últimas el que ejercía el control, supervisión y vigilancia del contrato interadministrativo e indicaba como estaba siendo ejecutado el convenio, por la importancia que tiene la vinculación en condición de demandante o demandado o de ambas (...) no es posible tomar una determinación válida sin la presencia de todas ellas, a voces de la legislación colombiana debe procurarse la integración del litisconsorcio necesario. En el presente proceso, faltó la integración de la firma interventoría del proceso interadministrativo, C y M, ya que éstos en respuesta dada a FONADE, manifiestan que se extrañan el porqué de la demanda si el contratista cumplía a cabalidad con todo lo que tiene que ver con la ejecución del contrato. Es importante señor Juez que para un mejor convencimiento la firma interventora haga parte dentro del presente proceso. En efecto y uno de los deberes de la demanda corresponde al acto procesal por medio del cual se efectúe su integración porque nadie mejor que el demandante, para señalar quiénes deben comparecer obligadamente en calidad de partes (...).*

*Encontramos que la firma interventora C & R, ejercía el control sobre la ejecución del convenio y era quién supervisaba que a las personas contratadas se les cancelara sus honorarios y prestaciones sociales según el caso, por ende no puede pasar de “agache” en el presente proceso, y debe ser vinculado y responder por su conducta”*

Estimó que es indispensable la presencia de la interventoría por tanto la decisión de fondo puede beneficiarlos o perjudicarlos.

El a quo concedió la apelación contra el auto que declaró no probada, en el efecto devolutivo ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha ordenando su remisión en la oportunidad procesal correspondiente.

Se debe resolver previas las siguientes:

## I. CONSIDERACIONES:

Es competente la Colegiatura para conocer de la presente apelación con fundamento en el art. 65 del CPTSS, y por ello se procede a resolver la misma.

### **En cuanto al enervante previo de NO COMPRENDER LA DEMANDA TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS.**

Expresa la entidad que en el proceso faltó vincular a la FIRMA INTERVENTORA DEL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO CONSORCIO C y M CONSULTORES, ya que éstos según la respuesta dada por FONADE manifiestan que se extrañan el porqué de las demandas si el contratista cumplía a cabalidad con todo lo que tiene que ver con la ejecución del contrato, de donde advierten la necesaria comparecencia del mismo al proceso.

Para dilucidar este punto, se tiene que el litisconsorcio necesario se presenta cuando la cuestión litigiosa tiene por objeto una relación jurídica material, única e indivisible que debe resolverse de manera uniforme para todos los sujetos que integran la parte correspondiente, lo cual impone su comparecencia obligatoria al proceso por se un requisito imprescindible para adelantarlos válidamente.

Pues bien, del caso sub examine, no se advierte que exista una relación jurídica material, única e indivisible, que deba resolverse de manera uniforme respecto de todos los sujetos con los que se pretende conformar el contradictorio, en este caso para con la FIRMA INTERVENTORA DEL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO CONSORCIO C Y M CONSULTORES.

Resáltese que la firma C y M CONSULTORES en efecto dentro del trámite que se estudia no actúa como garante o contratista, a fin de desarrollar el objeto contractual descrito en el convenio 211012, su función fue exclusivamente como órgano de inspección del cumplimiento de las obligaciones por manera que el proceso puede desarrollarse sin su obligatoria comparecencia, ello atendiendo a que, de considerarse que se debe repetir contra dicho ente, el obligado solidario estará facultado para obrar en tal sentido en el trámite correspondiente diverso al de autos.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el tribunal superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala Civil familia laboral,

### **RESUELVE**

**PRIMERO:** confirmar el auto origen y fecha anotada por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** se fijan COSTAS en contra de la entidad que interpuso recurso de apelación contra el auto que resolvió las excepciones previas MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL. En la liquidación que habrá de realizar la primera instancia en forma concentrada se incluirán como agencias en derecho la suma (01) SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE, según el contenido del 1° del artículo 5° del acuerdo PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016. **La anterior se notifica en estados.**

## RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA

Dilucidado lo anterior, procede esta Corporación Judicial a resolver sobre la apelación de la sentencia de primera instancia, para el efecto atenderá el análisis a partir de la providencia impugnada.

### 2.2 LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **a quo**, profirió Sentencia en la que concedió las pretensiones de la demanda declaró la existencia de un contrato de trabajo, impuso condena al pago de prestaciones sociales y vacaciones, declaró la ineficacia de la terminación del contrato, reconoció la solidaridad respecto de las entidades demandadas, y condenó en costas.

Encontró cumplidos los presupuestos procesales, y agotada la reclamación administrativa, analizó las pretensiones en el siguiente orden:

#### (i) CONTRATO DE TRABAJO:

Citó el contenido de los artículos 22 y 23 del C.S.T., refirió que las actoras fueron contratadas mediante contrato verbal de trabajo celebrado el 09 de mayo al 29 de junio de 2012, desarrollando 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 que el salario de los demandantes.

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

Respecto al fenómeno prescriptivo, precisó que *“operó parcialmente para los derechos contenidos en los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º de las demandas, es decir, los causados en el periodo comprendido entre el 9 y el 28 de mayo de 2012 en el proceso de VICTOR MAESTRE y el 9 al 10 de mayo de 2012; y no operó para las cesantías porque esta prestación se hace exigible al término de la relación laboral, y no transcurrieron tres años desde que ésta culminó hasta la fecha de la reclamación”*.

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 los 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.

Y añadió *“para este despacho el objeto desarrollado en el contrato de prestación de servicios celebrado por FONADE con la señora **EDUVILIA FUENTES BERMUDEZ** tiene relación con las labores normales desarrolladas por el Ministerio de Educación Nacional y también con las desplegadas por el ICBF, entidades que delegaron en FONADE la responsabilidad de gerenciar el convenio para la prestación de un servicio que era de su competencia y, en tal virtud se contrató a la señora EDUVILIA FUENTES, quien finalmente*

vinculó a los demandantes; éstos desarrollaron funciones pedagógicas y operativas en beneficio de la entidad oficial, tales como: Coordinación y práctica de actividades lúdicas pedagógicas con los niños, prestarles un adecuado cuidado, protección y alimentación, y verificar la asistencia y acompañamiento de los padres, atendiendo las coberturas estipuladas; por tanto, se encuentra probado el nexo de tales acciones con los cometidos del convenio interadministrativo 211034, por lo que se declarará la solidaridad del MINISTERIO DE EDUCACION y el ICBF con la señora EDUVILIA MARIA FUENTES por las obligaciones laborales reclamadas en estas demandas.

“Huelga aclarar que la responsabilidad solidaria del Ministerio de Educación Nacional se limita a los derechos causados en el interregno que no operó la prescripción, es decir, del 29 de mayo al 29 de junio de 2012, en el proceso de VICTOR CRISTOBAL MAESTRE y del 11 de mayo al 29 de junio de 2012 en los demás, ello, en lo que tiene que ver únicamente con salarios, primas, intereses de cesantías y vacaciones. No se limita la condena respecto de cesantías e indemnización por la declaratoria de ineficacia del contrato de trabajo, atendiendo que éstas se hicieron exigibles a partir de la finalización de los contratos de trabajo”. Finalmente condenó en costas.

## 2.3 RECURSOS DE APELACIÓN.

Intentando la revocatoria de la Sentencia de Primera Instancia, el MEN y el ICBF interpuso recurso de apelación en los siguientes términos:

### MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL:

“...respetuosamente interpongo recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir, para que el Tribunal del Distrito de Riohacha pueda modificar o revocar la sentencia que se acaba de proferir bajo los siguientes puntos:

Con relación al tipo de contrato: no existe claridad pues las demandantes afirmaron que no firmaron contratos de trabajo, sino que fueron vinculados de forma verbal, y manifestaron que no habían trabajado con la señora EDUVILIA, la demandante MARIA MANUELA (...), por tal motivo, ruego se tenga en cuenta sus declaraciones al momento de mirar la consulta y el recurso de apelación.

Con respecto a las pruebas testimoniales, las cuáles tachamos de sospechosas de conformidad con el artículo 211 del CGP, no han de ser tenidas en cuenta por cuanto consideramos no fueron imparciales, sino por el contrario, sesgadas pues la testigo INGRID MENDOZA, tiene procesos similares por los mismos hechos y pretensiones y la testigo aparecía como coordinadora general del programa PAIPI en el departamento de la Guajira y Cesar, lo cual es imposible que pudiera supervisar a cada uno de los demandantes; además los demandantes estaban vinculados en el entorno familiar, pero según el manual según se vincula al personal, hablaba que se tenían unos encuentros una vez a la semana de 4 horas y de acuerdo a la disponibilidad de los padres de familia y el programa se desarrollaba en zona rural.

Otro aspecto a resaltar es que al preguntárseles si recibían visitas de interventoría manifestaron que no, sino del MEN, lo cual es falso, y se puede demostrar según obra en el expediente, contrato administrativo cláusula octava, donde dice que se contrataría una interventoría por parte de FONADE, por ende queda desmentido lo dicho por las demandantes y la testigo.

**Segundo.** con relación a la solidaridad indica la jurisprudencia de la sentencia que están satisfechos los requisitos porque se incorporó el contrato interadministrativo (...)

La sentencia realiza una indebida interpretación del artículo 34 del CST, al dar por sentada la solidaridad del MEN por intervenir en la suscripción de los convenios, cuando queda

claro que se dan en desarrollo de una política pública que no porque sea una función del MEN; el MEN debe participar en el desarrollo de políticas públicas, ya que el MEN no presta directamente el servicio de educación, es un ente asesor y generador de política pública, por tal razón no está obligado a responder de manera directa, mientras que el COLEGIO GABRIELA MISTRAL sí presta educación a niños menores de 5 años; con el contrato no se benefició al MEN de forma directa.

***Tercero. Respecto de la declaratoria de ineficacia del contrato laboral. (...)***

“la sanción moratoria no es de aplicación automática, ni inexorable sino que para su interposición se debe tener en cuenta la buena fe con la que se actuó, mi representada durante la ejecución del convenio, actuó bajo los postulados de buena fe, bajo el convencimiento que FONADE y sus interventores velaban para que se ejecutaran los convenios y obligaciones en debida forma; que la señora Eduvilia cumpliera todas las obligaciones que tenía a su cargo y es por ello que en el convenio se estableció la necesidad de que hubiese un interventor, es decir que mi representada actuó de buena fe, pues creyó en los informes que dio el interventor, por lo que no es procedente la condena por indemnización moratoria en contra del MEN.

Citó en extenso la sentencia S35414 del 2009 de la CSJ, sala Laboral (...), porque la demostración del contrato no trae por sí la declaratoria de indemnización moratoria.

Los demandantes pudieron haber puesto en conocimiento los hechos ante la interventoría pero no lo hicieron y la interventoría tampoco presentó objeción alguna sobre la modalidad de la contratación.

Por tales circunstancias, solicito se revoque o modifique la sentencia que se acaba de proferir.

**Recurso de apelación INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF:**

*“Por parte de la entidad que represento ICBF, me permito interponer recurso, sustentándolo así:*

*El ICBF no mantuvo una relación laboral con ninguno de los demandantes, adicionalmente las obligaciones derivadas del convenio interadministrativo relacionado en la demanda son únicamente entre el ICBF y FONADE, no existe relación de causalidad que debe entrever que el ICBF violó los derechos laborales de cada uno de los actores ya que ninguno de los demandantes, no tienen, ni han tenido vínculo laboral ni contractual con el ICBF, luego no tiene que el ICBF responder por las condenas; se debe tener en cuenta que el verdadero empleador era el COLEGIO GABRIELLA MISTRAL, en cabeza de la señora EDUVILIA FUENTES, a quien le correspondía el pago de salarios y prestaciones sociales; además tal y como se expuso en la sentencia, el contundente testimonio rendido por INGRID MENDOZA está probado que la relación laboral existió entre los demandantes y EDUVILIA FUENTES, y que en ese momento de la vinculación el ICBF no tuvo injerencia alguna, así como los demandantes informan el desarrollo de su función y el horario eran dirigidos a EDUVILIA FUENTES; además no está demostrado en el proceso la asignación de INGRID MENDOZA como coordinadora general por lo que se tachó el testimonio acorde al artículo 211 y por consiguiente, no se le debe dar validez a su testimonio.*

*De igual forma el contrato interadministrativo suscrito entre el MEN, FONADE e ICBF, establecía una cláusula de exclusión laboral. (...), cláusula en la que se puede ver que EDUVILIA FUENTES actuaba bajo su responsabilidad, y solo bajo la supervisión de FONADE, entonces no existe una relación de causalidad respecto de lo que pretenden los demandantes, por lo tanto no aparece probado siquiera la calidad de empleador del ICBF, por ende no debe responder por las pretensiones de las mismas, pues la persona*

responsable es el empleador, señora EDUVILIA FUENTES, quien tenía el contrato de prestación de servicios con FONADE.

Ahora dentro del contrato interadministrativo suscrito por el ICBF, tenía un objeto contractual donde FONADE se obligaba a gestionar el contrato, dentro de esas obligaciones se estableció contratar y garantizar la interventoría de todos los contratos, y no existe informe de la interventoría de anomalías de pago de salarios y prestaciones; otra obligación era adelantar las actividades bajo su exclusivo riesgo y responsabilidad y por consiguiente, ese riesgo y responsabilidad le corresponde entrar a FONADE a responder; mostramos desacuerdo en la presente sentencia pues no está demostrado que el ICBF sea el responsable del incumplimiento.

Otro tema puntual es que el ICBF tiene una imposibilidad jurídica para celebrar contratos, ya que el ICBF, es un establecimiento público que no tiene ni ha tenido por objeto la construcción y sostenimiento de obra pública, y tampoco constituido como empresa industrial y comercial del Estado, la única forma de vinculación posible, es la modalidad estatutaria por cuanto el régimen del servicio, de la relación del trabajo con sus servidores que está previamente determinada en la Ley, no existiendo posibilidad legal de que quien preste los servicios en la entidad pueda discutir las condiciones del empleo, ni fijar alcances distintos a los concedidos por las normas generales y abstractas que lo regulan; por lo tanto de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 2 del decreto reglamentario 1848 de 1969 todas las personas que prestan sus servicios en la entidad son empleados públicos y no trabajadores oficiales, vinculaciones ésta última en la cual se puede predicar la existencia del contrato de trabajo cualquiera que sea la denominación que se le dé. Así mismo la labor desempeñada por la demandante, jamás puede ser catalogada como aquella a que se refiere el artículo 3 del Decreto reglamentario 1848 de 1969, razón por la cual la existencia del contrato de trabajo no depende de la valoración subjetiva, que consideren las reclamantes al pretender darle un carácter imposible de existir, sino la realidad fáctica impuesta por la misma Ley; no existe en el presente caso, un vínculo legal o reglamentario entre la demandante y el ICBF, no está demostrado tal y como quedó en evidencia en los testimonios rendidos por la misma demandante, ello por cuanto, no se demuestra o acredita la suscripción de un contrato de trabajo que le otorgue estatus de trabajadora oficial o empleada pública con el ICBF a la demandante, por tanto no puede entrar el ICBF a responder en solidaridad por las acreencias reclamadas y hoy concedidas en la sentencia condenatoria.

No existe pruebas que permitan aducir responsabilidad del ICBF, por lo tanto y en efecto de existir solidaridad, no solo esté el ICBF en virtud a que el Estado Colombiano organizó al ICBF, (...) y enfocado a que el sistema del ICBF tiene por objeto políticas públicas de infancia y adolescencia (...) para garantizar la protección de niños, niñas y adolescencia, no hay causa jurídica para sostener una solidaridad, pues ello ocurre cuando una entidad recibe una contraprestación, lo que no ocurre en el presente caso, en que por el contrario es el Estado es el que desembolsa con el fin de poder cumplir mejor su objeto, y no recibe a cambio obras o consultorías, el beneficio es la satisfacción de un interés general, los derechos de los niños y niñas colombianos.

Respecto de la solidaridad, trajo a colación el artículo 34 del CST. (...)

Quien presente reclamar solidaridad debe probar 3 elementos, los cuáles no están demostrados en el plenario, pues el ICBF no es una empresa industrial y comercial del Estado y EDUVILIA desarrollaba la actividad bajo su responsabilidad y riesgo, por ende no está probado un vínculo entre la demandante y el ICBF, por lo cual consideramos que no se puede acceder a las pretensiones resueltas a favor en la sentencia condenatoria.

Quiero citar que en los procesos ordinarios hay un precedente donde se ha dejado claro que frente a la responsabilidad solidaria se han tenido decisiones favorables, decisiones adoptadas por la CSJ, donde se ha absuelto del 02 de agosto de 2007 CSJ, M.P LUIS

31090; 10 de febrero de 2009. M.P Francisco Javier Ricaurte; 25 de septiembre de 2018 santa Rosa de Viterbo, Boyacá; 19 de Febrero de 2019 Tribunal de San Gil.(...)

*En sede constitucional también ha habido decisiones que implican tal tesis rad 52614; esta última sentencia es una acción de tutela, que tenía como objetivo dejar sin efectos decisiones de Armenia, donde el Juez ha negado la solidaridad laboral; por ende, el contratista desarrolla bajo su riesgo la labor, por ende no hay solidaridad.*

*Existen precedentes que toman en cuenta lo descrito, por ende solicitamos que se absuelva al ICBF.*

*Citó la sentencia de la CSJ SALA DE CASACIÓN LABORAL 49721, sobre la sanción moratoria, para señalar que no es automática ni inexorable y acto seguido señaló que el ICBF actuó de buena fe; por tanto solicitó que el ICBF sea absuelto de todas las pretensiones.*

*Finalmente señaló que a la actora solo se le debe un mes de salario y el ICBF actuó bajo los postulados de la buena fe.*

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Examinados con detalle los alegatos presentados por las partes se advierte que no ofrecen elementos nuevos diferentes a los conocidos en primera instancia y los esbozados en el recurso de apelación.

En resumen, se sintetiza que el MEN adujo no ser “*posible tener en cuenta estos testimonios, ya que se puede apreciar que, en el desarrollo de los mismos, unos declarantes prestaron sus servicios en otros puntos del municipio o corregimientos donde llegó el programa PAIPI, y declararon sobre los supuestos contratos de trabajo ejecutados por demandantes en otros puntos*”.

Indicó que “*según las pruebas allegadas al proceso entre las partes demandante y señora EDUVILIA PACTARON UN CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS , y así debe ser considerado en esta instancia ya que no obran en el proceso pruebas que den cuenta de la subordinación de la señora EDUVILA a las demandantes y mucho menos por parte de mi representada donde se le exigiera el cumplimiento de un horario, no hay actos de subordinación, todo lo contrario las actividades eran realizado de forma independiente, pues así se puede extraer de los testimonios que dan cuenta que ellos no contaban con una persona que les exigiera el cumplimiento de horario de trabajo. No obran en el proceso actos expresos de subordinación que den lleven a un convencimiento de que el demandante sostuvo con la demanda EDUVILIA FUENTES una relación laboral*”.

Finalmente expuso que no se dan los presupuestos para abrigar una responsabilidad solidaria y que actuó de buena fe.

Por su parte FONADE, enfatizó en que la gerencia integral del desarrollo del programa que realizó FONADE estuvo enmarcada y delimitada a las instrucciones que realizó el ICBF y que su actuación dentro del convenio se dio en calidad de “mero administrador”.

## **II. CONSIDERACIONES.**

### **2.1.PROBLEMA JURÍDICO:**

Atendiendo al Grado Jurisdiccional de Consulta y vistos los reproches de alzada, corresponde a ésta Colegiatura, dilucidar si el A quo acertó al señalar que la parte actora cumplió con la carga procesal de acreditar la existencia del contrato de trabajo alegado,

sólo en caso de resultar afirmativo dicho planteamiento se resolverá si se configuraron los presupuestos del artículo 34 del C.S.T. para declarar solidariamente responsable al MEN e ICBF.

## **2.2. TESIS DE LA SALA:**

Desde ya se anuncia que la tesis que sostendrá esta Sala, se concreta en **REVOCAR** la decisión de primer grado, en tanto la parte actora cumplió con el sistema de cargas procesales que asistían a su favor a fin de declarar la existencia de un contrato laboral, no obstante se revocará la responsabilidad solidaria decretada en instancia. A continuación, se desarrollará temáticamente la tesis expuesta.

**2.3. 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.

## **2.4. PREMISAS JURÍDICAS Y CONCLUSIONES:**

Se ocupa la Corporación en verificar si se acreditaron los requisitos esenciales para la constitución de una relación laboral como lo afirma la actora. El asunto es gobernado por las normas sustantivas, y de antaño ha expresado el órgano de cierre de nuestra jurisdicción que, conforme al artículo 23 del CST, para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de estos tres elementos: la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario; de acuerdo con el artículo 24 ibídem, probada la prestación personal del servicio, se presume la subordinación (ver SL9801-2015 Radicación N° 44519 del 29 de julio 2015).

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

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

Es pertinente recordar, de un lado, que el principio de la carga de la prueba artículo 167 del C.G.P., que se deben aplicar en el proceso laboral por remisión del art. 145 C.P.T. S.S, impone a quien alega la existencia de un derecho, el deber de demostrar con pruebas idóneas, los hechos en que funda sus aspiraciones, pues el juzgador deberá apoyar su decisión en las pruebas oportunamente allegadas al proceso y, de otro lado, para que exista contrato de trabajo se itera, deben concurrir los siguientes elementos: a) la actividad personal del trabajador, es decir realizada por el mismo, b) la continuada subordinación del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato y, c) un salario como retribución del servicio. Al respecto se ha pronunciado la Honorable Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, Rad: 37.547, Sentencia No. 37547 de octubre de 2011, con 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 los demandantes aducen la existencia de un contrato de trabajo con la demandada EDUVILIA FUENTES con extremos temporales entre el 09 de mayo de 2012 y 29 de Junio del mismo año, 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. Que desempeñaron los cargos de coordinadora general (DURLEY ÁLVAREZ SIERRA), auxiliar docente (MARÍA MANUELA GARIZADO ARRIETA, YANERIS GARCÍA ACEVEDO, docente (MAGALIS ESTHER PINTO CARRILLO Y VICTOR CRISTOBAL MAESTRE MAESTRE), desarrollando labores tendientes a la educación, cuidado y nutrición de niños y niñas menores de 5 años en situaciones de vulnerabilidad a cambio de una asignación salarial de \$1.800.000 (docentes); \$1.500.000 (auxiliares docentes), y \$2.500.000 (coordinadora general), en desarrollo del programa de atención integral a la primera infancia que el Colegio Gabriela Mistral.

Arrimaron certificado de matrícula mercantil en donde se constata que la señora EDUVILIA MARIA FUENTES BERMUDEZ es propietaria del Colegio Gabriela Mistral; contrato de interventoría técnica, administrativa y de control presupuestal a los contratos derivados del convenio de gestión No 2121835 celebrados con los operadores del programa de atención integral a la primera infancia PAIPI entre CONSORCIO C&R y FONADE. Igualmente el contrato No 2121046, suscrito por el FONDO DE FOMENTO A LA ATENCIÓN INTEGRAL A LA PRIMERA INFANCIA, y EDUVILIA MARIA FUENTES BERMUDEZ en calidad de propietaria del COLEGIO GABRIELA MISTRAL cuyo objeto fue *“prestar atención integral en educación inicial, cuidado y nutrición a los niños y niñas menores de cinco (5) años en condición de vulnerabilidad, vinculados al programa de atención integral a la primera infancia PAIPI, a través de propuestas de intervención oportunas, pertinentes y de calidad”* **con vigencia hasta el 29 de Junio de 2012** y fecha de suscripción 28 de marzo de 2012; así mismo, obra prórroga No 1 que señala que el contrato en cita se extendió hasta el 28 de Junio de 2013; contrato interadministrativo suscrito entre el ICBF, MEN y FONADE bajo el número 211034, con vigencia hasta el 30 de Junio de 2012 y fecha de suscripción 29 de Noviembre de 2011 cuyo objeto *“abarca el desarrollo de todas las actividades técnicas, jurídicas, administrativas, financieras, contables, operativas y de seguimiento y/o interventoría requeridas para a) contratar la prestación del servicio de atención integral a la primera infancia en la fase de transición de los beneficiarios atendidos por el PAIPI al esquema de atención de la estrategia de CERO A SIEMPRE bajo los lineamientos técnicos y acompañamiento del ICBF”*; y certificados rotulados como laborales expedidos por INGRID MENDOZA, quien se enunció como Coordinadora General, en virtud del cual se insertó que los demandantes se desempeñaron bajo los cargos y devengando los sueldos narrados en la demanda ordinaria *“en desarrollo del programa de atención integral a la primera infancia en San Juan del Cesar”*.

Pues bien, estos soportes documentales permiten solamente acreditar la actividad comercial a la que se dedicaba la demandada directa, la existencia de los negocios jurídicos entre el MEN, ICBF y FONADE, y entre estos 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, los actores trajeron al plenario la declaración de

**INGRID MENDOZA:**

Adujo que los demandantes fueron empleados por EDUVILIA FUENTES en el programa PAIPI; que estuvo presente al momento de la contratación junto con DURLEY ÁLVAREZ quien era la coordinadora en Valledupar y devengaba un monto de \$2.500.000; que VICTOR MAESTRE era docente en María Angola, y su auxiliar era YANERIS GARCÍA; asimismo que MAGALIS igualmente fungía como docente a cambio de un salario de \$1.800.000, y laboró en Valencia, siendo su auxiliar MARIA GARIZADO quien a su vez percibía una remuneración de \$1.500.000, y desarrollaba actividades lúdico-pedagógicas en un horario de 7 a 4 de la tarde.

Que DURLEY ÁLVAREZ, tenía como funciones ser coordinadora, en específico *“recorrer las fichas de asistencia del personal de trabajo de Valledupar, supervisar actividades lúdico- pedagógicas que los auxiliares, docentes desarrollaran en su sitio de trabajo y debía revisar cada una de las carpetas asignadas a los niños.”*

Afirmó que los docentes desarrollaban actividades lúdico- pedagógicas, y dar asistencia a los padres de familias, los auxiliares debían darle alimentación a los niños.

Señaló que conoce los hechos narrados porque era la coordinadora general.

Que los accionantes cumplían un horario de 7 a 4 pm, y recibían órdenes de EDUVILIA FUENTES, dando directrices a los coordinadores general y zonal.

Que iniciaron el contrato del 09 de mayo al 29 de Junio de 2012 y todos los trabajadores laboraban para el programa PAIPI.

Que los demandantes prestaron servicios en los siguientes municipios así:

DURLEY ÁLVAREZ: En toda la zona de Valledupar.

MARÍA GARIZADO y MAGALIS PINTO: Valencia.

Y VICTOR MAESTRE: María Angola.

Finalmente señaló que ella (la testigo) prestaba sus servicios en todo el sur de la Guajira y el Cesar, en todos los entornos familiar y institucional.

Igualmente se tiene que se tachó de sospechoso el testimonio de LA TESTIGO con apoyo en el artículo 211 del C.G.P., siendo negada por el a quo teniendo como sustento la sentencia SCLCSJ del 04 de octubre de 1995 Rad. No. 7202.

De otra parte rindieron interrogatorio de parte los demandantes, quienes reafirmaron los hechos narrados en la demanda.

El profesor AZULA CAMACHO, en su obra MANUAL DE DRECHO PROBATORIO, editorial TEMIS, Bogotá 1998, página 47 enseña:

*“VALORACIÓN: A) Concepto. Valorar...es establecer el grado de utilidad o aptitud de una cosa para un determinado objetivo. Referida a la prueba es el grado de convicción o credibilidad que produce en el juzgador. Mediante la valoración el juez concluye si los hechos materia de la controversia han quedado o no demostrado”*

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”.*

Pues bien, resáltese que de las atestaciones e interrogatorios no puede colegirse con certeza la prestación personal del servicio por los actores a términos del art. 24 C.S.T. para hacer operar la presunción allí contenida dentro de los extremos temporales aducidos en razón a que si bien la testigo **INGRID MENDOZA** en todo tiempo pretendió dar cuenta del cumplimiento de órdenes y un horario, no obstante ello, resaltó que sus funciones como coordinadora general las desarrollaba “en todo el sur de la Guajira y el Cesar”, sin detallar la forma o la prolongación en el tiempo en que verificaba tal situación, esto es, por cuanto tiempo permanecía en las instalaciones donde laboraban los demandantes, máxime si se tiene en cuenta que cada uno laboraba en municipios diferentes tales como Valledupar, Valencia y María Angola; resáltese que no se especificó el espacio del tiempo en que verificó la presunta prestación del servicio, si le constaba directamente el cumplimiento del horario que enfatizó observaban los demandantes, o si solo se trataba de suposiciones derivadas de las reuniones que efectuaban en uno o varios días a la semana. Igualmente llama la atención que en las certificaciones anexadas al plenario y

suscritas por INGRID MENDOZA se haya estipulado que los demandantes prestaban servicios en San Juan del Cesar, y al rendir declaración haya indicado como sitio de prestación de servicios distintos municipios, razón por la cual, ante las contradicciones advertidas hay lugar a restarle validez a la declaración vertida en juicio y a la certificación laboral aportada.

En esta conclusión, resulta de utilidad la explicación del Profesor FRACOIS GORPHE, en su obra apreciación judicial de las pruebas, editorial TEMIS, Bogotá 1985, página 300, “La primera tarea para conocer el valor de un testimonio consiste, pues, en averiguar si es sincero, si no lo es, debemos rechazarlo más o menos completamente. Solo con muchas reservas se puede aceptar algunas de sus partes, cuando la mentira es suficientemente limitada; porque quien resulta capaz de mentir en un punto, lo es generalmente en lo demás...”

Ello por cuanto se resalta, la testigo no ahondó en la periodicidad o concentración de tiempo en que observaba el cumplimiento de funciones en un día, en una semana, si presencié el cumplimiento de órdenes y cuáles tipos de órdenes, si recibían sanciones y/o llamados de atención, y la forma en la que se daban, de manera que permitieran entrever la materialización de un contrato de trabajo.

Aunado a lo anterior y no existiendo pruebas restantes que corroboren el dicho de los actores, ha de revocarse la sentencia de primera instancia en tanto en el presente caso no se dio aplicación se dio aplicación a las presunciones previstas en el artículo 77 del CPT y SS dado que la demandada principal se encontraba representada por Curador Ad Litem.

En adición, resáltese que el propio dicho de los demandantes al momento de rendir interrogatorio de parte no es válido para sacar avances sus pretensiones, como quiera que no pueden construir su propia prueba, tal y como ha sido motivo de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia desde antaño entre otras, en la sentencia de 13 de septiembre de 1994, citada por Sent. Cas. Civ. de 27 de julio de 1999 Exp. No. 5195). Veamos:

“Desde otra arista, la jurisprudencia ha decantado que las declaraciones de las partes alcanzan relevancia, sólo en la medida en que “el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario, o lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorecen, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba”

En suma, las pruebas arrimadas al plenario no permiten entonces inferir los elementos esenciales de la existencia del contrato de trabajo, por ello el instructor del proceso para lograr el cometido de auscultar los hechos en que se funda la acción laboral debió acudir a los artículos 60, 61 del CP. del T. y S.S., para analizar las pruebas, y es por ello que se estima deficiente la valoración las declaraciones al proceso para lograr obtener la convicción requerida, que en este caso dio lugar a la procedencia de las reclamaciones efectuadas.

Al respecto la Corte en **Sentencia SL-181552016 (47005), Nov. 23/16**, expresó:

***“...Para la Sala, cuando se está en presencia de dos pruebas contradictorias o divergentes que permiten adoptar conclusiones opuestas o disímiles corresponde al juzgador, dentro de su libertad y soberanía probatoria y en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica, establecer su mayor o menor credibilidad, pudiendo escoger cuál de ellas le brinda mayor convicción para fundamentar la decisión, y, en consecuencia, desechar la otra.***

*Lo anterior significa que aun cuando el artículo 60 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social le impone a los juzgadores de instancia la obligación de analizar todas las pruebas allegadas en tiempo, también lo es que por virtud de la libre formación del convencimiento están facultados para darle preferencia a aquellas que le brinden una mayor convicción sin sujeción a tarifa legal alguna, salvo cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus...”*

*Concluye que “son aquellas particularidades que se extraen de la realidad, para el presente asunto, las derivadas de la apreciación o valoración de lo dicho por los testigos las que se deben tener en cuenta y no otras, a fin de determinar el convencimiento diáfano del juez con respecto a los servicios prestados por una persona natural y que se reclaman en una acción judicial (M. P. Gerardo Botero)...”*

No obsta reseñar que desde el inicio la acción se ofrece deficiente, pues desde los planteamientos fácticos no se indica claramente las funciones desempeñadas, la forma en que ejercía su actividad y la subordinación, la forma en que fue pactada la retribución del servicio, en gracia de discusión de haberse efectuado un control más riguroso a la demanda, seguramente se hubiera forzado a enderezar la senda planteada por el extremo activo, empero el a quo prefirió sustentar precariamente su decisión. Por lo expuesto las pruebas para demostrar los hechos de la demanda, no tienen el alcance demostrativo necesario para que las pretensiones salgan avantes, es por ello que en aplicación del contenido del artículo 176 del C.G.P. (aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T.S.S.) en consonancia con el artículo 61 del CPTSS, hacen concluir que el dicho de las partes en el interrogatorio o en los testimonios no tienen la aptitud para hacer concluir la existencia de los elementos esenciales de la relación de trabajo.

Con lo hasta aquí dicho, al constatar la prueba calificada de la confesión ficta, la documental citada, y las declaraciones, quedan demostrados los errores fácticos relacionados en el cargo enrostrado por los apelantes, con el carácter de ostensibles, es mas no se explica la Corporación como se arribó a dichas conclusiones por la primera instancia, y aunque en procesos de similares connotaciones dicho Juzgado y esta Corporación han confirmado la existencia del contrato de trabajo, **ello no quiere decir que en todos los eventos deba aplicar su precedente, porque deben mediar razones mínimas de convicción que hagan habilitar el criterio sostenido, y en todos y cada uno de los procesos deben demostrarse el cumplimiento de los presupuesto sustanciales que activen el beneficio en favor del trabajador**, por ello surge diáfano que fue desacertada la conclusión a la que arribó el Juez a-quo cuando concedió las súplicas de la demanda ya que la ausencia de prueba imposibilitaba establecer la existencia de la relación laboral, según lo analizado.

Como es sabido, para acoger las pretensiones de la demanda es imprescindible tener certeza sobre la existencia del contrato de trabajo. La certidumbre sobre este supuesto fáctico es lo que permite determinar los extremos del ligamen, y la cuantificación de las eventuales condenas, luego ante la imposibilidad de establecerlo puntualmente, resulta imposible para el juzgador aventurarse a declarar, la existencia del vínculo.

El incumplimiento de las cargas probatorias de la parte interesada en ver triunfar sus reclamos prestacionales no es tarea que debe suplir el funcionario instructor, ni se logra superar mediante las presunciones legales contenidas en la codificación sustantiva y procedimental, mientras no se acrediten en forma certera, como en forma pacífica lo tiene sentado la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, por ejemplo en las Sentencias SL. 36549 del 05 de agosto de 2009 y SL8598-2015.

Por lo expuesto, la sentencia de primera instancia deberá ser REVOCADA en su integridad, y al no haberse demostrado la existencia del contrato de trabajo, resulta

inocuo referirse a la ausencia de solidaridad reclamada por las apelantes, y corresponde declarar probados los enervantes de INEXISTENCIA DE ELEMENTOS DE CONTRATO DE TRABAJO ENTRE EL ICBF Y LA DEMANDANTE, AUSENCIA DE RELACIÓN LABORAL O REGLAMENTARIA ENTRE LAS PARTES, INEXISTENCIA DE UN CONTRATO LABORAL ENTRE EL DEMANDANTE Y EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL e INEXISTENCIA DE LA CAUSA PARA DEMANDAR.

Costas en esta instancia a cargo de los actores.

Así, atendiendo a la revocatoria de las condenas principales se relleva la Sala del estudio de las condenas proferidas contra las demandadas solidarias.

## **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: REVOCAR** en su integridad la sentencia de fecha 18 de octubre de 2019, según lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** probados los enervantes de INEXISTENCIA DE ELEMENTOS DE CONTRATO DE TRABAJO ENTRE EL ICBF Y LA DEMANDANTE, AUSENCIA DE RELACIÓN LABORAL O REGLAMENTARIA ENTRE LAS PARTES, INEXISTENCIA DE UN CONTRATO LABORAL ENTRE EL DEMANDANTE Y EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL e INEXISTENCIA DE LA CAUSA PARA DEMANDAR.

**TERCERO. CONDENAR** en COSTAS a los demandantes. En la liquidación que habrá de realizar la Primera Instancia en forma concentrada se incluirán como agencias en derecho la suma de DOS (02) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, según el contenido del numeral 1º del artículo 5º del Acuerdo PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016, a cargo de cada una de ellas.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**APROBADO**  
**CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ**  
Magistrado Ponente

**APROBADO**  
**PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO**  
Magistrada

**APROBADO**  
**JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH**  
Magistrado