

TEMA: SANCIÓN MORATORIA- obedece a las condiciones de cada caso, debiéndose evaluar la conducta asumida por el empleador, a fin de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen la omisión en el reconocimiento de las acreencias laborales. / **RESPONSABILIDAD SOLIDARIA** - requiere únicamente que exista relación, conexidad o complementariedad entre las actividades propias y ordinarias del empresario dueño de la obra o beneficiario del servicio y las ejecutadas por el contratista y sus trabajadores. / **RIESGO DERIVADO DE LA CULPA GRAVE** - es asegurable, salvo que expresamente lo excluyan los contratantes.

HECHOS: la demandante solicitó se declare que se celebró un contrato de trabajo con la FUNDACIÓN SER HUMANO, con ocasión de la asociación que existía entre el patrono y la codemandada ICBF, y como: el contrato se terminó sin justa causa, no le fueron cancelados los aportes al fondo de pensiones, le quedaron adeudando las primas de servicio, algunos salarios y las prestaciones sociales al finalizar el vínculo, se condene a realizar esos pagos.

TESIS: (...) para la Sala es claro que la imposición de la sanción moratoria del artículo 65 del CST y S.S. obedece a las condiciones de cada caso, debiéndose evaluar la conducta asumida por el empleador, a fin de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen la omisión en el reconocimiento de las acreencias laborales. Pues bien, esta Sala no encuentra ninguna justificación para el modo de proceder del empleador en este proceso, siendo claro que lo que debe verificarse en este caso concreto no es si su actuación estuvo gobernada por un ánimo dañino o de mala fe, pues lo que debe constatarse es si en el marco del proceso se aportaron razones satisfactorias y justificativas de su conducta, pues de no ser así, se impone el pago de las sanciones consagradas en nuestro ordenamiento por la omisión en el pago de las créditos laborales. (...) la solidaridad prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo está diseñada para proteger los derechos laborales ante la imposibilidad de que el empleador atienda oportuna y cabalmente sus obligaciones, bajo el entendido que un tercero se termina beneficiando de esa misma actividad, que además le es propia. En este orden, la solidaridad en las obligaciones laborales que la ley le impone a terceros frente al contrato de trabajo que las origina tiene como fin brindar más garantías para su pago, siempre que las actividades contratadas por el dueño de la obra o por quien se beneficia de ella, tengan una relación directa con aquellas que derivan del giro ordinario de sus negocios, esto es, que no sea extrañas o ajenas a su actividad. (...). La Sala en este caso considera es procedente la aplicación del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, disposición normativa que regula la responsabilidad solidaria independientemente de la naturaleza del beneficiario de la obra; y que resulta claramente aplicable aún más en estos eventos en los que las personas contratadas no cuentan con la garantía de que sus acreencias laborales sean reconocidas por el directo empleador, ante las carencias económicas de personas jurídicas como la FUNDACIÓN SER HUMANO (...). (...) la labor específica encomendada al contratista o al trabajador, tampoco requiere estar inserta en el objeto social de la primera, pues conforme lo ha decantado la jurisprudencia, para que opere la solidaridad, se requiere únicamente que exista relación, conexidad o complementariedad entre las actividades propias y ordinarias del empresario dueño de la obra o beneficiario del servicio y las ejecutadas por el contratista y sus trabajadores. (...) si bien en el artículo 127 del Decreto 2388 de 1979 se dispone que la actividad “se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución”, en este caso se ha acreditado la posición de beneficiario de la obra que ostenta el ICBF en razón de las

actividades que han sido subcontratadas con la FUNDACIÓN SER HUMANO; de manera que, nos encontramos con dos disposiciones normativas que regulan el mismo tema referido a la responsabilidad o no del beneficiario, insistiéndose en que se impone aplicar el artículo 34 del CST por ser la más favorable al trabajador en virtud del principio constitucional consagrado en el artículo 53 de la Carta Política y en el artículo 21 del CST. (...). Se encuentra vinculado a la Litis SEGUROS DEL ESTADO S.A. quien fue llamado en garantía por parte del ICBF. (...) Indica la llamada en garantía, que la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo no puede ser exigida ni hacerse extensiva a la aseguradora, porque las actuaciones que puedan ser calificadas como conductas de mala fe son hechos que forzosamente dependen exclusivamente de la voluntad de una o de varias de las partes involucradas en este proceso. (...). El hecho que para aplicar la indemnización del artículo 65 del CST se tenga que analizar la buena o la mala fe, no le resta la naturaleza indemnizatoria. Tampoco comparte la Sala el argumento referido a considerar excluida del contrato de seguros tal indemnización moratoria en aplicación del artículo 1055 del Código de Comercio, pues al interpretar esa normativa con el artículo 1127 de la misma codificación y ante la aparente antinomia que se presenta entre ellas, debe entenderse que el riesgo derivado de la culpa grave es asegurable, salvo que expresamente lo excluyan los contratantes.

M.P. ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ

FECHA: 19/09/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, diecinueve (19) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO: PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: CARMEN ROSA GONZÁLEZ GONZÁLEZ
DEMANDADOS: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF Y FUNDACIÓN SER HUMANO.
LLAMADA EN GARANTÍA: SEGUROS DEL ESTADO S.A.
RADICADO: 050013105 013 2019 00497 01
ACTA No 76

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín conformada por las Magistradas **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE y MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA**, se constituyó en audiencia pública en el proceso ordinario laboral promovido por **CARMEN ROSA GONZÁLEZ GONZÁLEZ** en contra del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF Y FUNDACIÓN SER HUMANO**, trámite en el cual participa como llamada en garantía **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, frente a la sentencia proferida por la Juez Trece Laboral del Circuito de Medellín con la cual finalizó la primera instancia.

A continuación, la Sala, previa deliberación sobre el asunto, como consta en el **acta 76** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, doctora Ana María Zapata Pérez, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹

La demandante solicitó se declare que se celebró un contrato de trabajo con la FUNDACIÓN SER HUMANO a término fijo cuyo período inicial fue del 04 de febrero al 31 de octubre de 2016, que fue prorrogado posteriormente y de esta manera se condene al pago de sendos créditos laborales.

Para sustentar sus pretensiones afirmó, en síntesis: **i)** Ingresó a trabajar con la FUNDACIÓN SER HUMANO desde el 4 de febrero hasta el 31 de octubre de 2016 que le fue notificada la terminación del contrato de trabajo sin justa causa. El cargo desempeñado fue el de AGENTE EDUCATIVA (MADRE COMUNITARIA) devengando

¹ PRIMERA INSTANCIA – Página 1 a 13 – 42 a 44

un salario de \$689.454 mensuales. No le fueron cancelados los aportes al fondo de pensiones. Le quedaron adeudando las primas legales de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, los salarios de los meses de septiembre y octubre de 2016 y la liquidación definitiva de prestaciones sociales; **ii)** El ICBF reconoció personería jurídica y aprobó los estatutos a la FUNDACIÓN SER HUMANO mediante resolución 00407 del 6 de marzo de 2009; **iii)** El ICBF no dio cumplimiento a lo indicado en el artículo 5° del decreto 289 de 2014, al no observar que la FUNDACIÓN SER HUMANO incumplió con sus obligaciones laborales o de seguridad social, además nunca hizo efectiva la póliza para garantizar el pago de las prestaciones laborales que se adeudan.

1.2. CONTESTACIÓN DEL ICBF²

La entidad manifestó no constarle los hechos de la demanda, en tanto desconoce las circunstancias en que se desarrolló la relación entre la actora y la FUNDACIÓN SER HUMANO, por cuanto esta última es autónoma en sus relaciones jurídicas de orden laboral, civil, comercial etc. Por lo que las circunstancias manifestadas por ella, son de exclusivo resorte de la entidad sin ánimo de lucro. El ICBF no ha tenido ninguna clase de relación de carácter contractual que se puede aceptar dentro de lo que incumbe a este proceso es con la FUNDACIÓN SER HUMANO, en virtud de la celebración del contrato de aporte, el cual es de naturaleza estrictamente administrativa, sin que sea posible predicar de allí solución de obligaciones remuneratorias, indemnizatorias y/o prestacionales a cargo del ICBF, ni siquiera por vía de la solidaridad laboral. El ICBF no pueden endilgársele las condenas pecuniarias que se relacionan en la demanda, atendiendo a que el presunto vínculo laboral de las madres comunitarias se da es con las entidades administradoras del servicio quienes a su vez tienen la condición de único empleador de las madres comunitarias, erigiéndose como trabajadoras dependientes de las mismas, esto por plena disposición legal. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las que denominó: Ausencia o inexistencia de solidaridad laboral, falta de legitimación en la causa por pasiva y por activa, imposibilidad jurídica del ICBF para celebrar contratos de trabajo como título de imputación de responsabilidad, Ausencia de relación laboral, legal o reglamentaria entre las partes como título de imputación de responsabilidad, Inexistencia o falta de causa para demandar, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y solidaridad prestacional, prescripción y compensación.

² PRIMERA INSTANCIA – ARCHIVO 01 – Página 63 a 78.

El ICBF llamó en garantía a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**³ en virtud del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y los contratos 1692 de 2012 y 549 de 2014 en sus cláusulas de garantía. Mediante auto del 14 de enero de 2020 se admitió el llamamiento y se ordenó notificar a la aseguradora⁴.

1.3. SEGUROS DEL ESTADO S.A

Sobre los hechos de la demanda afirmó que no le constan porque no participó de manera directa o indirecta en la presunta relación que alega la señora CARMEN ROSA GONZÁLEZ, ni en las actuaciones que pudieron haber efectuado la demandante, el ICBF y la FUNDACIÓN SER HUMANO. Con relación a la póliza de cumplimiento estatal N° 65-44-101129866 que contiene el amparo por concepto de SALARIOS, PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES, resalta que debe declararse a través de este proceso algún tipo de responsabilidad de la aseguradora, porque ésta solo ampara los perjuicios que se le causen a la entidad pública asegurada como solidariamente responsable por el incumplimiento del tomador, por lo que no cubre directamente ningún tipo de rubro o condena, opera siempre y cuando se acredite el perjuicio, por lo que la demandante no tiene legitimación en la causa para demandar a SEGUROS DEL ESTADO S.A. Recaba en que no hay cobertura porque la póliza solo cubre eventos enmarcados dentro de la solidaridad contemplada en el artículo 34 del CST, que no opera en los contratos de aportes.

Propuso como excepciones, Falta de legitimación en la causa por activa con relación a la póliza de cumplimiento estatal N°65-44-101129866, Falta de cobertura de la póliza 65-40-101028223 de Responsabilidad Civil Extracontractual, Inexistencia de la solidaridad contenida en el artículo 34 del CST, Buena fe, Imposibilidad de extender el carácter subjetivo de la mala fe a los presuntos responsables solidarios, Imposibilidad de condenar al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF– como eventual responsable solidario al pago de las sanciones laborales y salarios y prestaciones en caso de que se condena la FUNDACIÓN SER HUMANO, Inexistencia de la obligación para la sanción por no afiliación a caja de compensación, Límite de la responsabilidad –agotamiento del valor asegurado, Prescripción, Compensación, Ausencia de requisitos para hacer exigible las pólizas de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales, Cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidad estatal, Imposibilidad de afectar las pólizas de cumplimiento por las conductas contempladas en el artículo 65 del Código

³ PRIMERA INSTANCIA – ARCHIVO 01 – Página 110 a 115.

⁴ PRIMERA INSTANCIA – ARCHIVO 01 – Página 128.

Sustantivo de trabajo, Límite de la responsabilidad – agotamiento del valor asegurado-.

1.4. FUNDACIÓN SER HUMANO NO CONTESTÓ LA DEMANDA⁵

Con auto del **28 de octubre de 2021** se tuvo por contestada la demanda por el ICBF y así como el Llamamiento en garantía por SEGUROS DEL ESTADO⁶, no así respecto a la FUNDACIÓN SER HUMANO, porque a pesar de haber sido notificado el auto admisorio en correcta forma de conformidad con el decreto 806 de 2020, la entidad no dio respuesta alguna

2. LA SENTENCIA⁷

En audiencia del **5 de julio de 2022⁸** la Juez Trece laboral del Circuito de Medellín tomó las siguientes decisiones: Luego de declarar parcialmente la excepción de prescripción de los derechos causados y exigibles con anterioridad al 14 de agosto de 2016 excepto frente a las cesantías, vacaciones y aportes a la seguridad social, condenó a la FUNDACIÓN SER HUMANO a reconocer y pagar \$1.378.910 por salarios insolutos, \$568.973 por cesantías, \$50.639 por intereses a las cesantías, \$101.278 por sanción por falta de pago de los intereses a las cesantías, \$255.718 por prima legal de servicios, \$255.673 por vacaciones y \$68.946 por indemnización por despido.

Por indemnización moratoria del artículo 65 del CST, condenó al pago de \$22.982 diarios a partir del 1 de noviembre de 2016 hasta el pago de los derechos prestacionales reconocidos, el cálculo actuarial tendiente a validar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones entre el 04 de febrero de 2016 y el 31 de octubre de 2016, tomando como IBC el valor mensual de \$689.455, para lo que ordenó a la FUNDACIÓN SER HUMANO radicar dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la providencia ante la administradora de pensiones donde se encuentre actualmente afiliada la demandante, liquidación del cálculo actuarial correspondiente y proceder con su pago dentro de la oportunidad que la entidad de seguridad social fije. Absolvió de las demás pretensiones a la FUNDACIÓN SER HUMANO, negó todas aquellas incoadas en contra del ICBF y de la llamada en garantía.

3. EL RECURSO DE APELACIÓN DEMANDANTE

El apoderado de la activa cuestiona la absolución de la pretensión de responsabilidad solidaria del artículo 34 del CST, invocando lo decidido en la

⁵ PRIMERA INSTANCIA – ARCHIVO 17 y 19

⁶ PRIMERA INSTANCIA – ARCHIVO 19

⁷ PRIMERA INSTANCIA – ARCHIVO 36 -

⁸ Folios 314 a 317, páginas 482 a 487 del expediente digital.

sentencia proferida el día 28 de octubre de 2021 por esta Sala de Decisión en el proceso con radicado 05001310500920150095600, oportunidad en la que se confirmó la condena proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín. Así, solicita se revoque en este aspecto la sentencia para que en su lugar, se condene solidariamente al ICBF por las obligaciones que no han sido canceladas en virtud del contrato de aportes, insistiendo en que los operadores judiciales son los encargados de la protección de los derechos de los trabajadores vinculados laboralmente por esa personas jurídicas, fundaciones y organizaciones sin ánimo de lucro cuando no tienen la garantía de que sus acreencias laborales sean reconocidas por el directo empleador.

4. TRÁMITE, COMPETENCIA Y DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 30 de mayo de 2023 se admitió el recurso de apelación del demandante y habiéndose corrido traslado intervino la activa para solicitar se acceda a la declaratoria de la solidaridad del artículo 34 del CST, insistiendo en la sentencia proferida por **esta Sala Sexta de Decisión Laboral** en el proceso con **radicado 050013105-009-2015- 0092600** y la sentencia proferida el pasado 20 de febrero de 2003 por la Corte Constitucional: **T-033 de 2023** y resalta que la A quo no presentó argumento alguno para apartarse de lo definido en las sentencias **SL43996 de 2013, SL7789 de 2016, SL1983 de 2019, SL751 de 2021** en los que se ha condenado solidariamente al ICBF aplicando el artículo 34 del C. S. del T.; resaltando que debe accederse a tal responsabilidad solidaria para hacer efectivo el pago de las condenas porque de lo contrario “quedan en el aire”.

El **ICBF** a su turno, solicito se confirme la sentencia señalando que el problema jurídico que acá se debate ya fue debidamente resuelto en la sentencia SL4430-2018, posición acogida en recientes sentencias para que se siga por esta línea jurisprudencial en aplicación del precedente vertical. Dice que la sentencia SL-2370/21 de la Sala de descongestión Nro. 3 se apoya en la SL-4430/18 y que desafortunadamente la Sala de descongestión Nro. 2 profirió la sentencia SL2736/21 resolviendo el conflicto en forma diferente a la línea jurisprudencia la Sala de Casación Laboral. Resalta que esa sentencia fue objeto de acción de tutela y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia profirió sentencia el pasado 17 de enero, en la que se dio continuidad a la línea jurisprudencial antes referida.

Pues bien, la competencia de la Sala está dada por las materias objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, por esta razón, el orden lógico del análisis será el siguiente:

- En primer lugar, si bien FUNDACIÓN SER HUMANO no interpuso recurso como en el proceso es demandado el ICBF entidad adscrita a la Nación como eventual responsable solidario, resulta procedente efectuar el análisis respecto de las condenas impuestas.
- En segundo término, en virtud de los argumentos del recurso de apelación de la activa, se abordará el problema jurídico relacionado con la responsabilidad solidaria del ICBF respecto a la trabajadora de la FUNDACIÓN SER HUMANO, y la tesis que esta Sala de Decisión ha adoptado en estos procesos sobre la que se efectuó reciente pronunciamiento en la sentencia **T-033 de 2023**, oportunidad en la que se concluyó que esta corporación con tal postura no incurre en vía de hecho sustantivo ni por apartarse de la tesis proferida por la CSJ en la sentencia **SL 4430 de 2018**; que fue justamente la que sirvió de fundamento a la Juez de instancia para la decisión absolutoria.
- Finalmente, de prosperar la pretensión de condena solidaria en contra del ICBF, se abordará lo referente a la responsabilidad de la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A.-

5. LA RELACIÓN LABORAL DE LA DEMANDANTE CON LA FUNDACIÓN SER HUMANO

La demandante afirmó que suscribió contrato de trabajo con la FUNDACIÓN SER HUMANO y suministró los siguientes datos:

EXTREMOS	MODALIDAD CONTRACTUAL	CARGO	SALARIO
4 de febrero al 31 de octubre de 2016	Contrato de trabajo a término fijo	Agente Educativa (Madre Comunitaria)	\$689.454

Revisado el expediente observa la Sala que se aportó el contrato de trabajo a término fijo suscrito entre CARMEN ROSA y la FUNDACIÓN SER HUMANO⁹ con fecha de inicio el 04 de febrero de 2016 con un salario de \$689.454 para desempeñar el cargo como AGENTE EDUCATIVA (MADRE COMUNITARIA) en Medellín Antioquia. Y se allegó la carta de terminación del contrato¹⁰.

⁹ PRIMERA INSTANCIA – ARCHIVO 01 – Página 18 a 27

¹⁰ PRIMERA INSTANCIA – ARCHIVO 01- Página 35



Medellín, 3 de mayo de 2016

Sede principal
MEDELLÍN
Calle 70 A # 43-114
Teléfono: (4) 559 63 70
Whatsapp: 310 729 08 36
e-mail: fshumano@gmail.com

31

Señor (a):

**CARMEN ROSA GONZALEZ
GONZALEZ**
Agente Educativa

Fundación Ser Humano

Respetado (a) señor (a):

Me permito informarle que el próximo 31 de Octubre del año 2016 vence el contrato de trabajo a término fijo inferior a un año firmado por usted y Fundación Ser Humano, mediante el cual usted desempeña el cargo de Agente Educativa.

De igual manera deseamos informarle que a partir del día 31 de Octubre usted cuenta con cinco días hábiles para acercarse al área de Recursos Humano de la Fundación Ser Humano y solicitar la orden para los exámenes médicos de retiro.

"Agradecemos de antemano todo el desempeño y colaboración brindada por usted durante el tiempo de dicha contratación.

En el proceso declaró **DIANA ELIZABETH MUÑOZ DÍAZ** señalando:

"La FUNDACIÓN SER HUMANO era un operador ante el ICBF, que nos tenía contratadas a 25 asociaciones en ese tiempo, éramos como 200 madres comunitarias que estábamos a cargo de dicha entidad. Carmen Rosa trabajó como madre comunitaria de la Fundación Ser Humano desde el 4 de febrero de 2016 hasta el 31 de octubre de 2016, lo recuerdo porque estuve contratada durante esas fechas. Carmen Rosa y nosotras teníamos jefes en la Fundación Ser Humano, un representante legal, y las tradicionales tenían un coordinador que se dedicaba a hacer reuniones y grupos de estudios con cada una de nosotras, en este caso Carmen tenía una persona encargada que le ayudaba, le hacía un seguimiento a la forma de trabajo de ella. El representante legal se llama Edgar Casas. A nosotras del ICBF nos hacía seguimientos (Estándares) de acuerdo a los lineamientos con los que trabajábamos, una vez o dos veces iba a los hogares comunitarios y nos hacía una visita, por lo que nosotras debíamos de tener cierta papelería diligenciada, papelería de los niños, unos ciertos requisitos para poder presentar el estándar y tener una buena evaluación. A la señora Carmen le pagaban por la actividad que hacía, le pagaba la Fundación, le pagaban el mínimo del 2016. Carmen terminó el contrato antes de que se termina el contrato con la Fundación, entregó antes. Yo terminé el contrato cuando ser humano ya no dio la cara, cuando hubo todo ese problema porque Don Edgar no dio la cara, algunas compañeras estuvimos promoviendo acciones de tutela, hicimos varias vueltas con abogados porque nunca nos pagaron ese dinero. A Carmen no le han pagado ni cesantías, ni prestaciones, ni vacaciones, ni nada. No le han pagado ninguna indemnización a doña Carmen.

Carmen cumplía un horario que era de 8:00 a.m a 4 de la tarde. A ella le entregaron uniforme para presentar su labor, era una sudadera azul oscura, una camiseta blanca con el logo de la Fundación Ser Humano en el lado izquierdo y el logo del ICBF en el lado derecho. El dinero con el que el que nos pagaban a Carmen y las demás era el que el ICBF les daba a todos los operadores, para pagos, para primas, para todo.

Carmen, yo y todas cuando vamos a inscribir niños que tendremos en los hogares son los que uno tiene en una lista de espera o que uno focaliza dentro del área del territorio de trabajo. Los padres de estos niños no tenían que pagar por dicha atención. Los funcionarios del ICBF van a revisar cómo está funcionando el hogar, las necesidades que se tienen, qué carencias tienen, no es muy constante pero al año iban 3 o 4 veces, no van a un solo hogar sino a varios hogares y asociaciones, inclusive ni nos avisan nos

llegan de sorpresa. Los funcionarios del ICBF revisaban todo lo del hogar comunitario, la entrada, sobre todo la cocina, los alimentos, papelería, vacunación de los niños, todos esos documentos que requieren como prioridad, si los niños tienen seguridad social, la planeación, la dotación que dan, porque el ICBF da un dinero dentro de los desembolsos para dotación, la planeación, revisan la habitación, la juguetería, si la madre comunitaria porta el uniforme, revisan la minuta del día y todo eso (...)"

De esta exposición, sumado al contrato de trabajo al que ya se hizo alusión, queda claro que efectivamente la señora CARMEN ROSA GONZALEZ tenía una relación de subordinación propia de una relación de trabajo con la FUNDACIÓN SER HUMANO quien le asignó funciones, tenía un jefe y le pagaba un salario. Lo que ocurrió con ocasión de la asociación que existía entre el patrono y la codemandada ICBF.

En la demanda se afirmó que el contrato se terminó sin justa causa, no le fueron cancelados los aportes al fondo de pensiones, le quedaron adeudando las primas de servicio, los salarios de septiembre y octubre, además de las prestaciones sociales al finalizar el vínculo. Notificado el demandado, optó por no contestar la demanda, y en ese orden de ideas, no allegó ninguna prueba con la que acredite el pago de los créditos reclamados.

La Sala comparte así la conclusión adoptada en la sentencia al declarar la existencia de una relación de trabajo y la duración del contrato de trabajo en los términos en que se hizo, condenando al pago de salarios, prestaciones sociales e indemnización que por despido se profirió, al no demostrarse el pago. Ahora, se declaró la prosperidad de la excepción de prescripción de los derechos causados con anterioridad al 14 de agosto de 2016, lo que no debió ser así porque la FUNDACIÓN SER HUMANO no dio respuesta a la demanda¹¹, no obstante la activa ningún reparo planteó al respecto.

Y al realizar los cálculos de las condenas por salarios y prestaciones sociales adeudadas a la trabajadora, se verifica que se encuentran ajustadas a derecho, cuantificándolas a partir del valor del salario mínimo para el año 2016.

- \$1.378.910 por salarios insolutos

¹¹ PRIMERA INSTANCIA – ARCHIVO 01 – Página 13 – Con relación al empleador FUNDACIÓN SER HUMANO, el contrato terminó el 31 de octubre de 2016, la demanda se presentó el 14 de agosto de 2019, fue admitida el 25 de octubre de 2019 –PRIMERA INSTANCIA – ARCHIVO 01 – Página 49, y si bien no se notificó dentro del año siguiente, el demandado no dio respuesta a la demanda, es decir, no propuso la excepción de prescripción, la que debe ser rogada de conformidad con el artículo 282 del CGP.

Respecto al ICBF hubo reclamación el 04 de junio de 2019, la demanda se presentó el 14 de agosto de 2019, fue admitida el 25 de octubre de 2019 y se notificó dentro del año siguiente, pues el escrito de respuesta data del 13 de enero de 2020 - PRIMERA INSTANCIA – ARCHIVO 01 – Página 63.

- \$568.973 por cesantías
- \$50.639 por intereses a las cesantías
- \$255.718 por prima legal de servicios
- \$255.673 por vacaciones
- \$68.946 por indemnización por despido

También resulta ajustada a derecho la condena a cálculo actuarial por el período **4 de febrero al 31 de octubre de 2016** para suplir este tiempo de no afiliación con fundamento en lo previsto en el literal d) del artículo 33 de la Ley 100 y el reiterado criterio definido en la jurisprudencia especializada referido al “principio de la protección integral de la seguridad social al trabajador subordinado” que se logra a través de la entidad de la seguridad social. Por ello, de acuerdo con el precedente que se ha consolidado en los últimos años en sentencias como la **SL2731-2015**, **SL14388- 2015**¹², **SL2138-2016**¹³, **SL4072-2017**, **SL14215-2017**¹⁴, **SL2903-2018**¹⁵, **SL1356-2019**, **SL1342-2019**, **SL5109-2019** y **SL1315-2021** el empleador debe efectuar el pago del cálculo en los términos del **Decreto 1887 de 1994** que estableció la metodología para el cálculo de los referidos títulos pensionales, y el **artículo 17 del Decreto 3798 de 2003** prescribió que “...en el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994”.

6. LA CONDENA A LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 65 DEL C.S.T.

Para condenar a la sanción moratoria en la sentencia se adujo que el demandado quedó adeudando los salarios y prestaciones sociales sin presentar ninguna explicación de los motivos de la conducta. Las citaciones para notificación no fueron atendidas por la entidad, incluso optó por no dar respuesta a la demanda, además de la inasistencia de su representante legal a las audiencias programadas.

¹² Radicación n.º 54226 MP LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS.

¹³ Radicación n.º 57129 MP RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO.

¹⁴ Radicación n.º 51461, MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

¹⁵ Radicación n.º 56537, MP JORGE PRADA SÁNCHEZ, Sala de Descongestión No. 3.

Para dilucidar el asunto, para la Sala es claro que la imposición de la sanción moratoria del artículo 65 del CST y S.S. obedece a las condiciones de cada caso, debiéndose evaluar la conducta asumida por el empleador, a fin de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen la omisión en el reconocimiento de las acreencias laborales. Lo anterior, conforme la abundante la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre esta indemnización que se genera por el incumplimiento del empleador en el pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, señalando la Alta Corporación de manera reiterada que no procede en forma automática, por lo que son las circunstancias de cada caso concreto las que permiten valorar las razones por las cuales el empleador incumplió con el pago oportuno y/o completo de los salarios y prestaciones sociales a la finalización del contrato de trabajo (**SL1849-2016, SL11436-2016, SL 260 -2021**). Así, resulta claramente ilustrativo el planteamiento efectuado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia **SL8216-2016** del que resulta pertinente transcribir algunos apartes:

“Esta Corporación, reiteradamente, ha puntualizado que la sanción moratoria prevista en los arts. 65 del C.S.T. y 99 de la L. 50/1990, **procede cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporte razones satisfactorias y justificativas de su conducta.** Para esto, se ha dicho que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento que asumió el empleador en su condición de deudor moroso, y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos esgrimidos por la defensa son razonables y aceptables.

De igual modo, la Sala ha estimado que la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando conforme a derecho, pues, en todo caso, es indispensable la verificación de *«otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción»* (CSJ SL9641-2014).

Como puede verse, la jurisprudencia de esta Corte y la interpretación que, como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, ha realizado de las disposiciones que prevén las sanciones moratorias, se ha opuesto a cualquier hermenéutica fundada en reglas inderrotables y concluyentes acerca de cuándo procede o no la sanción moratoria o en qué casos hay buena fe o no. **En su lugar, se ha inclinado por una interpretación según la cual, la verificación de la conducta del empleador es un aspecto que debe ser revisado en concreto, de acuerdo con todos los detalles y peculiaridades que aparezcan probados en el expediente,** pues *«no hay reglas absolutas que fatal u objetivamente determinen cuando un empleador es de buena o de mala fe»* y *«sólo el análisis particular de cada caso en concreto y sobre las pruebas allegadas en forma regular y oportuna, podrá esclarecer lo uno o lo otro»* (CSJ SL, 13 abr. 2005, rad. 24397).” (**Negrilla intencional de la Sala**)

Debe destacarse, que el precedente reiterado señala, que esta indemnización también se encuentra a cargo del beneficiario de la obra cuando condena a la responsabilidad solidaria derivada del artículo 34 del CST, lo que no dependen del

análisis de un elemento subjetivo respecto aquel, sino de la solidaridad consagrada en la norma. **(SL 527- 2013, SL 17473- 2017, SL 255- 2021)**

Pues bien, esta Sala de decisión ha auscultado en la foliatura, pero no encuentra ninguna justificación para el modo de proceder del empleador en este proceso, siendo claro que lo que debe verificarse en este caso concreto no es si su actuación estuvo gobernada por un ánimo dañino o de mala fe, pues lo que debe constatarse es si en el marco del proceso se aportaron razones satisfactorias y justificativas de su conducta, pues de no ser así, se impone el pago de las sanciones consagradas en nuestro ordenamiento por la omisión en el pago de las créditos laborales.

Con base en esa intelección, en criterio de la Sala en el presente caso resulta procedente la condena al pago de esta indemnización, en la medida que no se develó de la Fundación empleadora alguna causal eximente de responsabilidad: el demandado fue notificado y no ofreció explicación alguna, y en su contra, la testigo informó que el empleador nunca volvió a responder por sus obligaciones.

De acuerdo con esta situación, no se encuentra razón objetiva por la cual la FUNDACIÓN SER HUMANO decidió no cumplir con sus obligaciones con los trabajadores. Así las cosas, sin que se demuestren razones objetivas por las cuales el empleador fue omiso en el pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del vínculo laboral se confirmará la decisión de condenar a la sanción moratoria, la cual se encuentra ajustada, cuya cuantificación obedece a las reglas del **artículo 65 del CST**, con las modificaciones introducidas por la **Ley 789 de 2002**, pues teniendo en cuenta que la ex trabajadora devengaba el **salario mínimo legal mensual vigente** se condenó a pagar **\$22.982 diarios** desde el **1 de noviembre del 2016** y hasta el momento que se verifique el pago de salarios y prestaciones sociales.

7. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL ICBF

En la sentencia se decidió no declarar la solidaridad con el ICBF invocando lo expuesto en la sentencia **SL 4430 2018**, al considerar que el objeto del contrato se deriva de una actividad sui generis que deja sin efecto el artículo 34 del CST.

El apoderado de la activa en el recurso y en las alegaciones en esta instancia solicita de la Sala aplicar el mismo criterio definido en la sentencia proferida el 28 de octubre de 2021 en el proceso con radicado 05001310500920150095600, invocando la sentencia **T-033 de 2023** y haciendo referencias a las sentencias con radicado **SL43996 de 2013, SL7789 de 2016, SL1983 de 2019, SL751 de 2021**

7.1. LAS RAZONES DE ESTA SALA DE DECISIÓN PARA APARTARSE NUEVAMENTE EN ESTA OPORTUNIDAD DEL CRITERIO VERTIDO EN LA SENTENCIA SL 4430 del 2018

Debe indicarse en primer lugar, que, como lo señala el recurrente, esta Sala de Decisión emitió sentencia de segunda instancia en el marco del proceso con **Radicado 05001- 31- 05-009-2015-00956-01**¹⁶ y se presentaron los argumentos para apartarse de la decisión adoptada por la Sala de Casación Laboral en la sentencia **SL 4430 de 2018**, que constituye el sustento de la sentencia de primera instancia. En aquella oportunidad, esta Sala de Decisión expresó:

“Pasando a la réplica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF- es relevante hacer hincapié en el concepto de solidaridad, que para este caso se halla referido en el artículo 34 del C.S.T, que establece que serán contratistas independientes y por tanto, verdaderos empleadores y no representantes o intermediarios, aquellos que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en favor de terceros, estableciendo un precio determinado y asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Sin embargo, a efectos de evitar un abuso en la tercerización de labores y el consecuente desconocimiento de derechos laborales, la misma norma establece que el beneficiario de la obra será responsable en el pago de las acreencias laborales, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio.

En contraste el Decreto 2388 de 1979, por el cual se reglamenta el servicio y el Sistema Nacional de Bienestar Familiar. Particularmente, el artículo 21, establece que dada la naturaleza especial de tal servicio, el ICBF podrá celebrar contratos de aportes para que a través de un tercero se preste total o parcialmente el servicio de bienestar familiar y aclara la norma: **“actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”** Añade el artículo 128 de la misma norma **“Los contratos de aporte que el ICBF celebre para la prestación de los servicios de bienestar familiar sólo están sujetos a las cláusulas obligatorias de todo contrato administrativo”**

En este punto resulta pertinente remitirnos al referente jurisprudencial sugerido por la pasiva en la sustentación del recurso de apelación, la sentencia SL 4430 de 2018, donde la C.S.J, aludiendo a la figura de la solidaridad contenida en el artículo 34 del C.S.T, expresó que esta también se aplica a los beneficiarios de la obra o prestación de servicios de naturaleza pública, así indicó : **“nada obsta, para imponer la condena solidaria, que el vínculo entre contratista y entidad estatal sea de carácter administrativo porque la imposición de la obligación solidaria emana de la ley, como ya fue dicho”**

Para la Sala de Casación Laboral de la C.S.J tales normas permiten excluir la responsabilidad solidaria pretendida. Al respecto se apoyó la alta corporación en una decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que enuncia las características del contrato especial de aportes como un convenio regido por la Ley 80 de 1993, un negocio oneroso, solemne, formal, bilateral, sinalagmático, conmutativo donde **“el contratista asume la prestación del servicio público directamente a la comunidad mediante recursos del Estado”**

Vistos estos referentes legales, el C.S.T artículo 34 y el Decreto 2388 de 1979, se presenta un conflicto de normas respecto a la participación del ICBF en la actividad de los hogares comunitarios, en tanto el Decreto 2388 lo sitúa como un proveedor de recursos que no tiene relación ni obligación alguna con los trabajadores; y en contraste la legislación laboral establece las reglas bajo las cuales podría configurarse una carga solidaria en el reconocimiento de derechos laborales.

¹⁶ **Archivo PDF 17** - Fueron DEMANDANTES ADRIANA MARCELA MARÍN ÁLVAREZ y otras- DEMANDADOS el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF Y LA ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE LOS NIÑOS USUARIOS DEL HOGAR INFANTIL CAPERUCITA y Llamada en garantía: SEGUROS GENERALES SURAMERICANA SA.

Dicotomía que a juicio de esta corporación debe resolverse en favor de la parte débil de la relación, esto es, el trabajador, lo que implica apartarse de las conclusiones de la Sala de Casación Laboral de la CSJ expuestas en la sentencia 4430 de 2018, ello de cara al propio precedente de la alta corporación y a las reglas de solución de antinomias o conflicto entre normas.

Respecto al primer aspecto, la propia sentencia SL 4430 de 2018 que se reitera en providencia SL 2370 de 2021, refiere que la extensión de responsabilidad de que trata el artículo 34 del C.S.T, tiene como sustento la ley y por tanto se predica de cualquier vinculación y entidad, independiente de su naturaleza, pues en esencia se amparan los derechos del trabajador, haciendo extensivas al beneficiario o dueño de la obra contratada, las deudas insolutas (prestacionales o indemnizatorias).

En el mismo sentido, la decisión del 29 de mayo de 2019, SL 1983 de 2019 donde condenó a la empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá E.S.P al pago solidario de obligaciones laborales, se concluyó: **“existe solidaridad entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente, respecto de las obligaciones laborales de los trabajadores de este siempre que las actividades contratadas por el dueño de la obra tengan una relación directa con aquellas que derivan del giro ordinario de sus negocios”**

Características que se presentan en el caso analizado, en tanto la labor realizada por las madres comunitarias contratadas a través del hogar infantil caperucita, corresponden a los fines y misiones del ICBF ya que apunta a la protección de la primera infancia.

En cuanto a la transgresión de la jerarquía normativa, acude esta sala a los criterios de solución de conflictos y tensiones interpretativas al interior del ordenamiento jurídico a saber **(i)** el criterio jerárquico, **(ii)** el criterio cronológico, y **(iii)** el criterio de especialidad,

Para el presente evento las normas que se encuentran encontradas son el Código Sustantivo del Trabajo contenido en el Decreto 2663 de 1950, versus el Decreto 2388 de 1979. El primero de ellos corresponde a un decreto -Ley expedido en virtud del Estado de Sitio promulgado por el Decreto Extraordinario No 3518 de 1949. A través de este se establecieron los principios, reglas, derechos y deberes aplicables a las relaciones de derecho individual del Trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del Trabajo, oficiales y particulares.

Por su parte, el Decreto 2388 de 1978, corresponde a la reglamentación de la Ley 7 de 1979, eso es del Servicio y Sistema Nacional de Bienestar familiar, definido como un servicio público a cargo del Estado que se presta por organismos oficiales y particulares legalmente autorizados (artículo 12 Ley 7 de 1979)

Descritas así ambas normas, es claro que ha de primar la aplicación del Código Sustantivo del Trabajo, no solo por tratarse de una norma de rango superior, pero más relevante aun, en tanto comporta un canon específico para el asunto analizado, toda vez que es la ley sustantiva laboral la que fija las reglas a las que se sujetan todas las relaciones de prestación de servicio, entre ellas el pago de las obligaciones generadas y sus actores solidarios, que no puede ser desconocida por los operadores judiciales admitiendo que el desarrollo armónico de la familia y protección al menor de edad se logre a través del desconocimiento de los derechos de los trabajadores. (ver sentencias C- 436 de 2016 y C-451 de 2015)

Bajo esta argumentación esta corporación se aleja de las conclusiones expuestas en la sentencia del 10 de octubre de 2018 de la CSJ (SL 4430 de 2018) y encuentra razones suficientes para acceder a la condena solidaria así:

La Sala en este caso **retoma exactamente los mismos planteamientos** esbozados en aquella providencia proferida el **28 de octubre de 2021** por considerar procedente la aplicación del **artículo 34** del Código Sustantivo del Trabajo, disposición normativa que regula la responsabilidad solidaria independientemente de la naturaleza del beneficiario de la obra; y que tal como se explicó con suficiente resulta claramente

aplicable aún más en estos eventos en los que las personas contratadas no cuentan con la garantía de que sus acreencias laborales sean reconocidas por el directo empleador, ante las carencias económicas de personas jurídicas como la FUNDACIÓN SER HUMANO, por lo que se **impone reiterar que no resulta constitucionalmente aceptable que un ente estatal encargado de la protección de la niñez se excuse en una norma que le dispensa de responsabilidad.**

Ahora bien, se resalta que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR interpuso acción de tutela contra la providencia de la Sala y fue así como mediante sentencia **T033 - 2023**¹⁷ la Corte Constitucional concluyó que esta corporación no incurrió en los defectos señalados por la entidad accionante, concretando la **síntesis de la decisión de este modo:**

"48. Para llegar a esa conclusión, la Sala consideró que la autoridad judicial accionada cumplió la carga de transparencia y suficiencia para apartarse del precedente de la Sala de Casación Laboral establecido en la sentencia SL-4430 de 2018. En concreto, determinó que el Tribunal presentó una argumentación suficiente porque (i) utilizó estrategias argumentativas que entablan un diálogo directo con los argumentos de la Sala de Casación Laboral; (ii) presentó razones para demostrar que las premisas de la sentencia de la Sala de Casación Laboral llevan a conclusiones distintas a las que propuso esa corporación; y (iii) empleó argumentos normativos e interpretativos que son coherentes y suficientes, y que aportan elementos adicionales para defender una solución diferente a la planteada por Sala de Casación Laboral.

49. En cuanto al defecto sustantivo la Sala concluyó que la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín (i) no desconoció que existen normas especiales sobre el contrato de aportes; (ii) identificó un conflicto normativo que era razonable derivar ante la existencia de las normas del CST y de las normas especiales de ese tipo de contratos; y (iii) resolvió la contradicción normativa con argumentos razonables y suficientes, incluido el principio de favorabilidad".

En esta oportunidad **esta corporación no encuentra razones para cambiar el criterio en su momento planteado con absoluta claridad y convicción;** por las siguientes razones:

En primer lugar, se resalta que para el momento en que se profiere esta providencia aparte de la sentencia **SL4430 de 2018** sólo se ha proferido por la Sala de Casación Laboral la **SL2370 de 2021** en la que se hizo referencia explícita a la primigenia con el fin de demostrar que los contratos de aportes tienen una regulación especial que establece que la solidaridad laboral no aplica a ese tipo de contratación. Si bien se trata de un precedente que ha sido replicado en la **SL 100- 2022**¹⁸ providencia emitida por una Salas de Descongestión de la Sala de Casación Laboral¹⁹, también

¹⁷ CARPETA SEGUNDA INSTANCIA – **archivo 19**

¹⁸ M.P. **CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO - Radicación n.º 87561** del 21 de junio de dos 2021.

¹⁹ En la sentencia **SU-227 de 2021** se definió que estas salas no tienen la función de unificar la jurisprudencia, sino que se limitan a aplicar el precedente de la Sala de Casación Laboral

se verifica que en la **SL2736-2021**²⁰ se concluyó que en ese contrato de aportes el artículo 34 del CST resulta plenamente aplicable, especialmente porque las labores del demandante en aquel proceso no eran extrañas a las funciones del contrato y del ICBF.

En adición, se observa que en materia de tutela contra providencia judicial en casos en los que se ha decidido sobre la responsabilidad solidaria del ICBF en procesos de contornos semejantes a los que en esta oportunidad se define, la Sala de Casación Laboral por lo general ha encontrado acreditado el defecto de desconocimiento del precedente ante el incumplimiento con la carga argumentativa exigida para el efecto²¹. Pero de manera concreta, en relación con **dos providencias** que se han proferido por esta Sala Sexta Decisión y **justamente con la argumentación que en esta oportunidad se reitera en su integridad**, se ha considerado que esta corporación sí ha cumplido con la carga exigida para apartarse del precedente definido en la sentencia **SL4430 de 2018**: Son las sentencias **STL2278-2022**²² y la **STL8809-2022**²³ esta última referida a una sentencia proferida el **25 de marzo de 2022**²⁴ señalándose por la Alta Corporación que en ella se expuso una motivación atendible para apartarse del precedente de la Sala de Casación, de manera que independientemente de que la Sala lo compartiera o no, resultaba ser razonable.

Por otra parte, **sobre la argumentación que presenta esta Sala de Decisión en relación con la aplicación del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo en estos casos**, en la sentencia **T 033 de 2023** se evidenció entre otros, que:

41. Derivado de lo anterior, la Sala Primera de Revisión concluye que la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín no incurrió en un defecto por desconocimiento del precedente judicial, pues como se explicó en los **fundamentos jurídicos del 29 al 39**, en la sentencia acusada, el Tribunal **se apartó adecuadamente del precedente fijado por la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL4430 de 2018** luego de cumplir con la carga de transparencia y argumentación requerida. El Tribunal cumplió con la carga de transparencia porque expresamente reconoció que existía la sentencia SL4430 de 2018 y que su posición era contraria a esa decisión.

Del mismo modo, se apartó del precedente con fundamento en una **argumentación jurídica suficiente**, al estar sustentada en las siguientes razones: (i) los argumentos de

²⁰ M.P. **CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO - Radicación n.º 87561** del 21 de junio de dos 2021.

²¹ STL3224 de 2020, STL6804 de 2020 y STL7773 de 2020, STP5592 de 2021, STP4519 de 2022, STP17073 de 2021, STP11451 de 2021, STP6250 de 2021, STL12908 de 2021, STP4488 de 2022, STL15620 de 2022, STL14007 de 2022, STP13229 de 2022, STL6988 de 2022, STL-4685 de 2022.

²² M.P. **GERARDO BOTERO ZULUAGA Radicación n. 65846 del 23 de febrero de 2022 – CARPETA SEGUNDA INSTANCIA archivo 20**

²³ M.P. **LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ Radicación n.º 67158** del 29 de junio de 2022 – **CARPETA SEGUNDA INSTANCIA archivo 21**

²⁴ En aquella oportunidad fue Magistrada Ponente **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ**. El proceso se identifica con el Radicado 050013105 009 2015 00825 01, fueron demandantes MARGARITA MARIA COLORADO ARENAS, BEATRIZ ADRIANA CARDONA CASTRO, MARIA EUGENIA CARDONA RODRIGUEZ Y JUAN DAVID CARDONA LÓPEZ.

La sentencia finalmente fue revocada con la **STP 17079 – 2022**, Magistrado Ponente Hugo Quintero Bernate

la Sala de Casación Laboral no son completamente lógicos porque las conclusiones no se derivan directamente de las premisas; (ii) en este caso hay un conflicto normativo entre una ley y un decreto reglamentario y la Sala de Casación Laboral prefirió incorrectamente la regulación reglamentaria sobre la legal; (iii) la solidaridad patronal tiene como fuente la ley y por lo tanto ningún contrato laboral está excluido de esa figura; (iv) los hechos del caso se adecúan a los requisitos legales de la solidaridad patronal; (v) la importancia constitucional que tiene la solidaridad patronal hace necesario que en esta oportunidad se conceda su protección a las trabajadoras demandantes; (vi) el principio de favorabilidad es aplicable como una forma de asegurar que el conflicto normativo existente se resuelve de la manera más beneficiosa a las trabajadoras. Estos argumentos, como se explicó, son válidos, porque atendieron a principios constitucionales, consideraron el desarrollo de la solidaridad patronal por parte de la Sala de Casación Laboral y respondieron a las particularidades del caso concreto.

Y al momento de abordar los cuestionamientos efectuados por el ICBF referidos a que esta Sala de Decisión incurre en **un defecto sustantivo con su argumentación**, se hizo explícito que en manera alguna se desconocer la existencia y vigencia del Decreto 2388 de 1978 que regula los contratos de aportes con el ICBF, encontrando que es razonable y justificada la decisión de dar aplicación de manera preferente al artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, señalando:

“Así, el Tribunal de Medellín constató que **existe una contradicción entre una norma de rango legal**, como lo es el artículo 34 del CST, y **un decreto reglamentario** y decidió resolverla aplicando, entre otros elementos, **el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política**, el cual establece que, en caso de duda en la aplicación o interpretación de las fuentes del derecho laboral, siempre deberá preferirse aquella que resulte más favorable para el trabajador. En esa medida, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín **basó su argumento en fundamentos de rango constitucional y en la protección de los derechos de las trabajadoras, con el fin de evitar que las madres comunitarias de este caso no puedan ejecutar las condenas emitidas en su favor por una situación de iliquidez de la asociación de padres de familia que las contrató.**

En ese sentido, el Tribunal sí hace un esfuerzo por explicar el alcance normativo del CST y del decreto reglamentario para luego determinar que existe una contradicción normativa. **Esta contradicción la resuelve mediante el criterio de jerarquía y especialidad normativa y de acuerdo con el principio constitucional favorabilidad.** Todos estos son fundamentos válidos, particularmente el principio de favorabilidad que protege al trabajador para resolver contradicciones en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.

En esa medida, esta Sala considera que **la argumentación del Tribunal de Medellín no desconoció el marco normativo que rige los contratos de aportes que suscribe el ICBF con las administradoras del programa de hogares comunitarios.** Por el contrario, reconoció esta normatividad y explicó de manera suficiente y razonable, que existe una contradicción de esa regulación con el principio de solidaridad laboral previsto en el artículo 34 del CST. En ese sentido, la Sala no comparte el alegato del ICBF en el sentido de que el Tribunal no tuvo en cuenta las normas relevantes del contrato de aportes. El Tribunal sí reconoció que existían normas que regulan el contrato de aportes y que no reconocen la solidaridad patronal para ese tipo de contratos. Incluso, el Tribunal no evadió la mención de esa norma, **sino que la reconoció y propuso una manera de solucionar la tensión que esa regulación genera.**

Los argumentos del Tribunal evaluaron el impacto de las normas en la situación de las trabajadoras, y a partir de estas consideraciones **resolvió la contradicción normativa a partir de la disposición que resultara más favorable para las madres comunitarias en favor de las que se emitió la condena en el proceso ordinario laboral.** En el fundamento 11 de esta decisión se señaló que este caso tiene relevancia constitucional porque, según cómo se resuelva, las trabajadoras tendrán a su favor

una deuda laboral con un mayor o menor respaldo. En ese sentido, el hecho de que el Tribunal utilizara un argumento constitucional para determinar cómo resolver la contradicción normativa es prueba de la suficiencia de su argumentación, puesto que el Tribunal analizó las implicaciones constitucionales que este caso contiene.

De manera que, en los términos descritos, **la decisión de la autoridad judicial accionada no incurrió en alguna de las modalidades reconocidas por la jurisprudencia constitucional para la configuración de un defecto sustantivo**. En particular, la sentencia: (i) no se basó en una norma inaplicable; (ii) la interpretación y aplicación de las normas que concurrían en el asunto no generaron un perjuicio en los intereses legítimos de las partes ni se aplicaron por fuera de los parámetros de interpretación jurídica aceptables en la decisión judicial; (iii) la interpretación no es regresiva o contraria a la Constitución; (iv) la norma invocada por el tribunal, no se utilizó para un fin no previsto; (v) la decisión no omitió analizar otras normas que regulan el caso y; (vi) no se desconocieron normas constitucionales o legales aplicables al caso concreto”.

Es así como en esta oportunidad, esta corporación reitera una vez más su postura en relación con la aplicación prevalente del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo

7.2. EL ANÁLISIS EN EL CASO CONCRETO PARA CONCEDER LA SOLIDARIDAD EN EL PAGO DE LAS CONDENAS.

No puede perderse de vista que la solidaridad prevista en el **artículo 34** del Código Sustantivo del Trabajo está diseñada para proteger los derechos laborales ante la imposibilidad de que el empleador atienda oportuna y cabalmente sus obligaciones, bajo el entendido que un tercero se termina beneficiando de esa misma actividad, que además le es propia. En este orden, la solidaridad en las obligaciones laborales que la ley le impone a terceros frente al contrato de trabajo que las origina tiene como fin brindar más garantías para su pago, siempre que las actividades contratadas por el dueño de la obra o por quien se beneficia de ella, tengan una relación directa con aquellas que derivan del giro ordinario de sus negocios, esto es, que no sea extrañas o ajenas a su actividad. **(SL601-2018, SL3718-2020, SL 3777-2021, SL 4322-2021)**

Adicionalmente, al tenor de la misma fuente, debe tenerse en cuenta que, en perspectiva de la configuración de la solidaridad que se analiza, no solo es viable acudir a la comparación entre los objetos sociales, sino también, a las condiciones del desarrollo de la labor del servidor, en relación con el objeto social de la contratante **(SL 7789 – 2016, SL 14692 – 2017, SL 3777 – 2021)**. En efecto, el artículo 34 del CST solamente exime de la responsabilidad solidaria al beneficiario de la obra o servicio allí previsto, cuando la labor contratada es ajena a las actividades normales de su empresa, establecimiento o negocio, por lo que, si la tarea guarda relación con el objeto social del empresario, es conexa o complementaria, surgen las consecuencias señaladas en la disposición. De ahí que la labor específica

encomendada al contratista o al trabajador, tampoco requiere estar inserta en el objeto social de la primera, pues conforme lo ha decantado la jurisprudencia, para que opere la solidaridad, se requiere únicamente que exista relación, conexidad o complementariedad entre las actividades propias y ordinarias del empresario dueño de la obra o beneficiario del servicio y las ejecutadas por el contratista y sus trabajadores.

En ese contexto, cumple examinar, en primer lugar, si la fundación en la que laboró la demandante, actuó como contratista de la demandada y en su beneficio, durante dicha relación, ejecutó actividades idénticas o similares a la desarrollada por esta.

En la contestación el ICBF acepta que sostuvo relación contractual, mediante contrato de Aporte con FUNDACIÓN SER HUMANO. Al estudiar el denominado **Contrato de Aporte No. 418 del 29 de enero de 2016**²⁵ suscritos entre el ICBF en su calidad de CONTRATANTE y la FUNDACIÓN SER HUMANO como CONTRATISTA, así como sus respectivos objetos se observa lo siguiente: i) El ICBF es la encargada de formular y coordinar la ejecución de la política pública de protección social a la niñez, los jóvenes menores de edad y la familia, con la cual se busca garantizar sus derechos y asegurar su protección cuando se encuentre en situación de vulnerabilidad. ii) la primera infancia es la etapa del ciclo vital que va desde la gestación hasta los cinco años de edad y durante este periodo se establecen las bases para desarrollo físico, social, emocional y cognitivo del ser humano, los primeros años de vida son considerados como el periodo más importante para potenciar el desarrollo infantil, el cual está directamente relacionado con la nutrición, la salud, la protección y la educación que se recibe y con la calidad de las interacciones humanas que experimentan en su cotidianidad. iii) de acuerdo a argumentos científicos económicos y sociales, se ha demostrado el valor que tienen las familias y cuidadores en la generación de condiciones físicas y humanas que aseguren que los niños y niñas se desarrollen en ambientes sanos y seguros en sus hogares. iv) A través de su historia, el ICBF ha orientado la atención a la primera infancia desde una propuesta pedagógica, que pone de presente la vida cotidiana de los niños y niñas, el papel protagónico de la familia y de la comunidad en formación. Se crearon los Centros para la infancia CCI, para la atención de niños y niñas menores de 7 años con servicios educativos, preventivos y promocionales, con participación de la comunidad. v) Se crearon los Hogares Comunitarios de Bienestar y los define como aquellos que se constituyen mediante las becas que asigne el ICBF y los recursos

²⁵ PRIMERA INSTANCIA – ARCHIVO 01 – Página 87 a 109

locales para que las familias, en acción mancomunada, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de estratos sociales pobres del país. Y se crearon los hogares comunitarios de bienestar modalidad – familia mujer e infancia. - FAMI. vi) Y por todo lo anterior, el ICBF tuvo la necesidad de contratar la atención de los niños y niñas menores de 5 años, o hasta su ingreso al grado de transición, en los servicios de educación inicial y cuidado, en la Modalidad de Hogares Comunitarios de Bienestar.

Se definieron como **OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA**, entre muchas otras, cumplir cabalmente con el objeto del contrato de acuerdo a lo señalado en los documentos técnico – administrativos y estándares de calidad, los cuales LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DEL SERVICIOS declara conocer y que hacen parte integral del contrato, así como en los lineamientos, principios y parámetros, disposiciones legales vigentes, y las directrices impartidas por la Regional, Centro Zonal respectivo y por el supervisor del contrato. Y como **OBLIGACIONES DEL ICBF** las de ejercer supervisión administrativa, técnica, financiera, contable y jurídica del contrato, con el fin de constatar su correcta ejecución, el cumplimiento del objeto contrato desde la Regional y Centros Zonales del área de influencia del contrato.

Se aprecia entonces que se trata de contrato de aporte que en términos generales tienen como propósito atender a la primera infancia en el marco de la estrategia “de 0 a siempre”, de conformidad con las directrices, lineamientos y parámetros establecidos por el ICBF. Y dentro de la justificación de los mencionados convenios se reconoce que estos tienen como misión el desarrollo de los programas del ICBF. En el escenario expuesto, al explorar el contenido de las relaciones jurídicas existentes entre la Fundación demandada y el ICBF, se observa que sus objetos sociales guardan similitud y, respecto a la tarea ejecutada (a efectos de determinar si la misma fue o no extraña a las actividades de la dueña o beneficiaria de la obra o servicio), se constata que se inscribe dentro de la contratante, estado de cosas en el que la empleadora vinculó a la demandante, en desarrollo de los contratos que suscribió con el ICBF.

Ahora, se sabe que la FUNDACIÓN SER HUMANO para el cabal cumplimiento del objeto contractual se valió de los servicios de la demandante, tal como se analizó con detalle en el **acápito 5 de esta providencia**, corroborándose la prestación del servicio con la prueba documental y el testimonio de su compañera de trabajo. En esa medida, los elementos de la solidaridad del artículo 34 del CST, se encuentran reunidos por cuanto las actividades de la FUNDACIÓN SER HUMANO para la que laboró la actora en el marco de los nexos arriba identificados, no son extrañas a las

actividades normales de la contratante en el aspecto relativo a brindar protección y atención a los grupos poblacionales de niños y familias que se encontraran en circunstancias especialmente relacionadas en el contrato. En consecuencia, la fundación demandada como empleadora y la convocada al juicio en vía de la solidaridad de tal disposición normativa, son responsables del pago de las condenas impuestas a favor de la demandante.

Y se reitera que, si bien en el **artículo 127 del Decreto 2388 de 1979** se dispone que la actividad “se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución”, en este caso se ha acreditado la posición de beneficiario de la obra que ostenta el ICBF en razón de las actividades que han sido subcontratadas con la FUNDACIÓN SER HUMANO; de manera que, nos encontramos con dos disposiciones normativas que regulan el mismo tema referido a la responsabilidad o no del beneficiario, insistiéndose en que **se impone aplicar el artículo 34 del CST por ser la más favorable al trabajador en virtud del principio constitucional consagrado en el artículo 53 de la Carta Política y en el artículo 21 del CST.**

Así, es el conjunto de consideraciones precedente el que lleva a la Sala a REVOCAR la providencia que se revisa, para en su lugar, declarar al ICBF responsable solidario de las condenas del proceso.

8. INDEXACIÓN

Se **ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia porque se **CONDENARÁ** a la **INDEXACIÓN** de las sumas adeudadas por concepto de **indemnización por despido injusto y vacaciones**, siendo claro que esta condena no implica el incremento del valor del crédito ya que su función consiste únicamente en *evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia*, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, lo que garantiza es que este crédito no pierda su valor real. Así, se impone proferir una condena que ponga al demandante en la situación más cercana al supuesto en que se hallaría de no haberse producido el menoscabo tal como lo dispone el **artículo 16 de la Ley 446 de 1998** según el cual «dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales». Y la forma en que aquello se garantiza en el marco de la protección especial de los derechos laborales y de la seguridad social es a través de la indexación como consecuencia de la incontenible depreciación de la moneda (**SL 359 -2021**).

9. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Se encuentra vinculado a la Litis SEGUROS DEL ESTADO S.A. quien fue llamado en garantía por parte del ICBF.

La compañía aseguradora informó que efectivamente existe la póliza de cumplimiento estatal **No. 65-44-101129866** que contiene el amparo por concepto de SALARIOS, PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES²⁶, señaló que hasta el momento de presentar la demanda ésta no había sido afectada y que solo ampara los perjuicios que se le causen al ICBF como solidariamente responsable por el cumplimiento del tomador, por ello, no cubre directamente ningún tipo de rubro o condena, sino que opera siempre y cuando se acredite el mencionado perjuicio.

Se aportó la póliza **No. 65-44-101129866** con vigencia desde el **29 de enero de 2016 al 30 de junio de 2019**²⁷ e igualmente información sobre el tomador FUNDACIÓN SER HUMANO – Asegurado – ICBF - concluyéndose claramente que se encuentran amparados los siguientes riesgos:

AMPAROS

CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO
PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES LEGALES E INDEMNIZACIONES
LABORALES
CALIDAD DEL SERVICIO

Las condenas emitidas en esta providencia corresponden a salarios, prestaciones sociales (prima, cesantía, intereses cesantías), vacaciones, indemnización por despido, indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, sanción por no pago de intereses y cálculo actuarial por aportes al Sistema General de Pensiones ante la omisión en afiliación.

Argumenta la aseguradora que dentro de las obligaciones excluidas se encuentran los siguientes conceptos: vacaciones, sanción moratoria por no consignación de cesantía, indemnización moratoria por falta de pago, reconocimiento de aportes a la seguridad social, pagos contemplados en convenciones colectivas y primas extralegales: i) Respecto a las vacaciones señala que no tienen connotación salarial ni prestacional, toda vez que se trata de un descanso remunerado contemplado en la ley. ii) Frente a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST aduce que en estricto sentido es una sanción y no una indemnización, porque no opera de manera automática, porque para su imposición se debe analizar la buena o la mala fe con

²⁷ PRIMERA INSTANCIA – ARCHIVO 18 – Página 23 a 39

que actuó el empleador. Indica que aun cuando en la disposición citada se utilice el vocablo "indemnización", corresponde claramente a una sanción como se explica en el aparte pertinente de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Sala de Casación Laboral del 24 de abril de 2012, Magistrado Ponente: Luis Gabriel Miranda Buelvas con radicación No 38355, que se transcribe a continuación:

"La Sala de Casación Laboral ha dicho sobre la referida cuestión:

"La jurisprudencia de esta Sala en torno del artículo 65 del C. S. del T. ha precisado que este no es de aplicación automática y en consecuencia la condena correspondiente debe obedecer a una sanción impuesta a la conducta patronal carente de buena fe que conduce a la ausencia o deficiencia en el pago de las sumas de origen salarial o prestacional" (sentencia de 14 de mayo de 1987)"".

Así, recaba en que la aplicación de esta sanción sólo procede cuando se ha probado que el no pago se debió al actuar de mala fe del empleador y como esta se refiere al conocimiento que tiene una persona de que su actuar tiene del carácter delictuoso o cuasi delictuoso, es claro que esta conducta encaja en las actuaciones contempladas en los **artículos 1054 y 1055** del Código de Comercio.

Pues bien, revisado el clausulado aportado con el escrito de contestación tenemos el **numeral 1.5:**

1.5 AMPARO DE PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES LEGALES E INDEMNIZACIONES LABORALES.

EL AMPARO DE PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES LEGALES E INDEMNIZACIONES DE NATURALEZA LABORAL, CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA, POR LOS PERJUICIOS QUE SE LE OCACIONEN, A RAÍZ DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES A QUE ESTÉ OBLIGADO EL CONTRATISTA GARANTIZADO, DERIVADAS DE LA CONTRATACIÓN DEL PERSONAL UTILIZADO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO AMPARADO EN EL TERRITORIO NACIONAL.

ESTA GARANTÍA NO SE APLICARÁ PARA LOS CONTRATOS QUE SE EJECUTEN EN SU TOTALIDAD FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL POR PERSONAL CONTRATADO BAJO UN RÉGIMEN JURÍDICO DISTINTO AL NACIONAL.

De acuerdo a lo anterior, en criterio de esta corporación le asiste parcialmente razón a la aseguradora porque la póliza no ampara la condena por concepto de vacaciones, su naturaleza jurídica es la de un descanso remunerado y en ese orden de ideas, no es salario, prestación social, ni indemnización laboral. De igual modo, con la condena al pago actuarial que tampoco se encuentra contemplado dentro de los amparos, se trata de una consecuencia jurídica derivada de la omisión del empleador en la afiliación de su trabajadora al sistema general de pensiones, pero su naturaleza no comporta un carácter salarial, tampoco se refiere a una prestación social ni una indemnización laboral consagrada en el CST.

Pero no sucede lo mismo frente a las indemnizaciones por despido sin justa causa, moratoria consagrada en el artículo 65 del CST y la causada por el no pago de intereses a la cesantía; que en criterio de esta corporación sí se encuentran amparadas dentro de las coberturas establecidas en el **numeral 1.5.** bajo el rubro “INDEMNIZACIONES LABORALES”, lo que surge con claridad de las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo de Trabajo:

“ARTICULO 64: (...) En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una **indemnización** en los términos que a continuación se señalan: (...)” (negrilla intencional)

“ARTICULO 65: INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.

1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, 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. (...)” (negrilla intencional)

Y en el **Decreto 116 de 1976** que se hace referencia expresa al término indemnización cuando se establece la consecuencia jurídica por el no pago oportuno de los intereses a las cesantías:

“Artículo 5º.- Si el patrono no pagare los intereses dentro de los plazos señalados en le presente Decreto, deberán pagar al trabajador, a título de **indemnización** y por cada vez que incumpla, a una suma adicional igual a dichos intereses, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes”. (negrilla intencional)

Inclusive, una vez validadas las obligaciones excluidas no se encuentra que los conceptos aquí analizados, hayan sido contemplados.

2. EXCLUSIONES.

ESTADO S.A.

LOS AMPAROS OTORGADOS EN LA PRESENTE PÓLIZA NO OPERARÁN CUANDO LOS DAÑOS A LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA SE GENEREN POR:

2.1 CAUSA EXTRAÑA, ESTO ES, LA FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO, EL HECHO DE UN TERCERO O LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.

2.2. DAÑOS CAUSADOS POR EL CONTRATISTA GARANTIZADO, A LOS BIENES DE LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA, NO DESTINADOS AL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL.

2.3. EL USO INDEBIDO O INADECUADO O LA FALTA DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO A QUE SE ENCUENTRE OBLIGADA LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA.

2.4. EL DETERIORO NORMAL QUE SUFRAN LOS BIENES ENTREGADOS CON OCASIÓN DEL CONTRATO GARANTIZADO, COMO CONSECUENCIA DEL TRANSCURSO DEL TIEMPO.

Indica la llamada en garantía, que la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo no puede ser exigida ni hacerse extensiva a la aseguradora, porque las actuaciones que puedan ser calificadas como conductas de mala fe son hechos que forzosamente dependen exclusivamente de la voluntad de una o de varias de las partes involucradas en este proceso.

Es cierto lo indicado por la aseguradora en el sentido que para efectos de aplicar la consecuencia del artículo 65 del CST es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor, en aras de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva y lo ubiquen en el terreno de la buena fe, tal y como se analizó en el **capítulo 6** de esta providencia, pero esta situación no desconoce que en todo caso se trata de una indemnización laboral. El hecho que para aplicar la indemnización del artículo 65 del CST se tenga que analizar la buena o la mala fe, no le resta la naturaleza indemnizatoria.

Tampoco comparte la Sala el argumento referido a considerar excluida del contrato de seguros tal indemnización moratoria en aplicación del artículo 1055 del Código de Comercio como lo sugiere la aseguradora²⁸, pues al interpretar esa normativa con el artículo 1127 de la misma codificación²⁹ y ante la aparente antinomia que se presenta entre ellas, debe entenderse que el riesgo derivado de la culpa grave es asegurable, salvo que expresamente lo excluyan los contratantes.

En otras palabras, en relación con el amparo de responsabilidad civil en el cual la culpa grave es asegurable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1127 del mismo Código de Comercio modificado por la Ley 45 de 1990, hay que señalar que, la aparente contradicción con la prohibición de asegurar la culpa grave del asegurado del artículo 1055 del Código de Comercio no existe, en los términos que ha precisado la jurisprudencia:

“a pesar de que ambos artículos hacen parte de la misma codificación, el 1055 corresponde a una norma general dentro del capítulo “principios comunes a los seguros terrestres”, mientras que el 1127 es norma especial para el “seguro de responsabilidad”, posterior dentro de la misma codificación y más reciente en su expedición, en consideración al cambio de que fue objeto.

“En otros términos, luego de la modificación introducida, es claro que en el “seguro de responsabilidad” los riesgos derivados de la “culpa grave” son asegurables, y, por ende, su exclusión debe ser expresa en virtud a la libertad contractual del tomador, ya que de guardarse silencio se entiende cubierto.³⁰”

²⁸ **ARTÍCULO 1055. <RIESGOS INASEGURABLES>**. El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son asegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.

²⁹ **ARTÍCULO 1127. <DEFINICIÓN DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD**. El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.

Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055.

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 0500131030082005-00425-01 del 5 de julio de 2012. M.P.Fernando Giraldo Gutierrez.

Así las cosas, resulta claro que la asegurabilidad de la culpa grave en materia de responsabilidad civil contractual es admisible y ello no contraviene norma alguna ni del mismo estatuto mercantil ni de ninguna otra disposición legal.

En adición, comparte la Sala el razonamiento efectuado en la sentencia **SL 2395- 2018** en un caso que, aunque referido a la indemnización consagrada en el artículo 216 del CST resulta claramente aplicable, en tanto en ésta para su procedencia también se requiere de la presencia de un elemento subjetivo de la conducta: **la culpa**. En esa oportunidad también se consideró que los seguros de cumplimiento tienen un origen y una razón de ser, que impiden aplicar la literalidad del artículo 1055 del Código de Comercio de manera generalizada e indiscriminada remitiendo a la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil **SC4659-2017**, en la que se razonó de este modo:

2. Introduciéndose al tema de fondo, procede anticiparse que ciertamente tienen fundamento los evidentes errores de hecho revelados en el recurso, aunque con la precisión de que su acaecimiento no alcanza a demostrar la ineficacia del contrato de seguro que pretende fundarse en el artículo 1055 del Código de Comercio, iterada en el cargo segundo; sí la nulidad por reticencia invocada con base en el precepto 1058 ibídem, exhortada en el cargo tercero, por cuanto el sentenciador ad quem se desentendió por completo del acervo probatorio recogido en este proceso, incluyendo el expediente tramitado en primera instancia por el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá, que fue trasladado a este asunto, por petición y anuencia de ambas partes.

3. La ineficacia como prototipo radical de frustración del negocio jurídico, conforme a la disposición 897 del ordenamiento mercantil, tiene lugar cuando en la ley se expresa «que un acto no produce efectos», consecuencia que se produce «de pleno derecho» y «sin necesidad de declaración judicial», vale decir, que es una carencia de efectos que acontece de manera plena y absoluta, sin que sea menester pronunciamiento del juez, quien a lo sumo podrá reconocer los presupuestos y secuelas de dolencia negocial semejante.

A su turno, el mismo estatuto define el riesgo asegurable como «el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario,...» (Artículo 1054); se excluye como asegurables «el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario», con la secuela consistente en que cualquier pacto en contrario «no producirá efecto alguno» (Artículo 1055), valga decirlo, se consagró la ineficacia de cualquier estipulación tendiente a incluir conductas intencionales, gravemente culposas o con base en la mera potestad de los citados sujetos, como asegurables.

Aunque cabe recordar que, a términos del precepto 1127 ibídem, luego de la reforma traída por la ley 45 de 1990, en materia del seguro de responsabilidad civil, esto es, aquel en que el asegurador se obliga a «indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley», es asegurable «la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055».

4. Del mismo modo, se conviene con el Tribunal y la codemandada [...], que el mandato contenido en el citado artículo 1055 no puede tener una aplicación indiscriminada a los seguros de cumplimiento, porque como ha tenido ocasión de recordarlo la Corte, esa forma contractual especial, prevista desde la ley 225 de 1938, que continuó vigente con la expedición del Código de Comercio, tiene unas reglas especiales para servir de garantía en la observancia de las obligaciones y cargas contractuales, donde el asegurador «no puede argüir, ni jurídica ni éticamente, que el

seguro es nulo por contemplar un siniestro que depende de la voluntad del deudon», primero, porque ese negocio tiene una base legal indiscutible, «cuya reglamentación especial elimina en el punto la aplicación del principio general contenido en el art. 1055 del Código de Comercio»; segundo, porque además de desconocer la certeza propia de los pactos ajustados por las personas y dejar sin efecto su propio compromiso, sería muy nociva la conducta de quien a sabiendas, «propiciara la contratación de pólizas de cumplimiento ineficaces; ni para qué decir que con tamaña actitud se vuelve la espalda a la función social del seguro. Ciertamente hay desdoro en sembrar falsas ilusiones a sabiendas; la mengua que de los temores busca un asegurado, no pasaría de una cruel ironía, pues no sólo seguiría tan desprotegido como antes de adquirir seguro semejante, sino que ahora ha sumado a su frustración el descubrir que fue víctima del engaño» (Corte Suprema de Justicia, SC, 2 may. 2002, Exp. n° 6785).

Así, en virtud de los amparos y topes definidos en las pólizas, la Aseguradora deberá responder por la condena a esta indemnización que se determinó en este proceso en contra del ICBF **hasta el límite del valor asegurado y lógicamente de acuerdo a la disponibilidad que exista al momento en que el ICBF efectúe la respectiva reclamación**, teniendo en cuenta que la póliza puede resultar afectada con el cubrimiento de condenas en procesos similares a este.

Finalmente, en relación con las costas en esta instancia, al prosperar el recurso de apelación de la parte demandante, no se causaron.

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Sexta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

DECIDE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Trece Laboral del Circuito de Medellín y **REVOCAR** los numerales **CUARTO, QUINTO, SEXTO, OCTAVO**, para en su lugar:

DECLARAR al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**, solidariamente responsable en el pago de las condenas impuestas en contra de la FUNDACIÓN SER HUMANO.

Se condena a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** para que de acuerdo a los amparos de la póliza de cumplimiento estatal N° 65-44-101129866 responda por el pago de las condenas, excepto las vacaciones y el cálculo actuarial. La Aseguradora deberá responder por la condena en los términos expuestos hasta el límite del valor asegurado y de acuerdo a la disponibilidad que exista al momento en que el ICBF realice la respectiva reclamación.

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia porque se **CONDENA** a las codemandadas al pago de la **INDEXACIÓN** de las sumas adeudadas por concepto de **indemnización por despido injusto y vacaciones** aplicando la siguiente fórmula y criterios:

$$\frac{\text{ÍNDICE FINAL} \times \text{VALOR A INDEXAR} - \text{VALOR A INDEXAR}}{\text{ÍNDICE INICIAL}} = \text{VALOR INDEXACIÓN}$$

Los valores con los que ha de remplazarse la fórmula deben ser:

ÍNDICE FINAL correspondiente al IPC para la **fecha en que haya de efectuarse el pago**

ÍNDICE INICIAL correspondiente al IPC para vigente **a la fecha en que debió efectuarse el pago de cada concepto**

VALOR A INDEXAR: los valores por indemnización por despido injusto y vacaciones.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Lo anterior se notifica por EDICTO, vencido el término de notificación se ordena remitir nuevamente el expediente al Juzgado de origen.

Las Magistradas,



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE

MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA

SIN FIRMA POR AUSENCIA JUSTIFICADA