

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JOSÉ ALEJANDRO TORRES GARCÍA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 25899-31-05-001-2019-00211-01
Demandante: **MARÍA TERESA ESPITIA CAVIEDES**
Demandados: **LUISA FERNANDA FORERO ESPITIA Y JUAN ANTONIO
GAITÁN CAVIEDES**

En Bogotá D.C. a los **17 DIAS DEL MES DE SEPTIEMBRE DE 2021** la sala de decisión que integramos **MARTHA RUTH OSPINA GAITAN, EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien la preside como ponente **JOSÉ ALEJANDRO TORRES GARCÍA**, procedemos a proferir la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020 expedido por el Gobierno Nacional. Se deciden los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia proferida el 4 de mayo de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá.

Prevía deliberación de los magistrados que integramos esta Sala, y conforme los términos acordados en Sala de Decisión, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

MARIA TERESA ESPITIA ARIAS demandó a **LUISA FERNANDA FORERO ESPITIA** y a **JUAN ANTONIO GAITÁN CAVIEDES**, para que previo el trámite del proceso ordinario se declare la existencia de una relación laboral entre el 1º de diciembre de 2003 y el 17 de junio de 2018. Como consecuencia de la anterior declaración solicitan se condene a los demandados a pagar vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no pago de intereses a las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías, aportes al sistema de seguridad social en pensiones, pensión

sanción, ultra y extra petita, y costas del proceso. Como peticiones subsidiarias solicita que se declare que la relación laboral sigue existiendo en virtud de la no acreditación del pago de seguridad social integral y en consecuencia se condene a los demandados a pagarle los salarios dejados de percibir desde el 17 de junio de 2018 hasta que se efectúe el reintegro.

Como fundamento de las peticiones, expuso que prestó servicios a los demandados mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 1º de diciembre de 2003 hasta el 17 de junio de 2018, realizó labores de servicios generales, el último salario devengado ascendió a \$781.242 mensuales. Durante la relación laboral los accionados omitieron el deber de afiliarla al sistema de seguridad social en pensiones, así como a un fondo de cesantías, no pagaron auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones. Durante la relación laboral recibió pago de salarios y primas de servicios. El 17 de junio de 2018 fue despedida sin justa causa y hasta el 30 de abril de 2019 han pagado por concepto de indemnización por despido la suma de \$5.700.000.

La demanda fue presentada el 10 de mayo de 2019. El Juzgado de conocimiento mediante auto del 20 de junio de 2010 la admitió y ordenó darle notificar a los demandados. Notificados los accionados, a través de apoderado contestaron la demanda. La demandada Luisa Fernanda Forero Espitia aceptó la existencia de la relación laboral, pero a partir del 1º de junio de 2010 hasta el 15 de junio de 2018. Se opuso a las peticiones de la demanda con fundamento en que no se realizaron aportes al sistema de seguridad social en pensiones toda vez que para la fecha en que se formalizó la relación laboral, la demandante tenía más de 60 años, por lo tanto, había cesado la obligación en los términos del artículo 2º del Decreto 758 de 1990. Que no es cierto que no haya pagado cesantías, pues generosamente las reconoció a título de indemnización, pues por su profesión de médica se equivocó en la terminología y por este concepto ha reconocido la suma de \$11.840.000. Además, le pagó primas de servicios y vacaciones. No propuso excepciones.

Por su parte el demandado Juan Antonio Gaitán Caviedes negó los hechos de la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que entre él y la accionante no existió la relación laboral que afirma. No presentó excepciones. (fls. 21, 23, 34 – 37 y 118 – 120 Archivo 01ExpedienteDigital.pdf)

II. SENTENCIA DEL JUZGADO

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, mediante sentencia del 4 de mayo de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y Luisa Fernanda Forero Espitia desde el 1 de diciembre de 2003 hasta el 17 de junio de 2018 y condenó de manera solidaria a los demandados a pagar cesantías, primas de servicios, intereses a las cesantías, vacaciones y costas del proceso. Absolvió de las restantes pretensiones. (Archivos 12 Audio Audiencia Art80Parte5.mp4 y 14ActaAudienciaArticulo80.pdf).

III. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el gestor judicial de la parte demandante presentó recurso de apelación, el cual sustentó afirmando:

“muchas gracias al despacho, en este momento procesal interpongo recurso de apelación ante el honorable Tribunal de Cundinamarca en su Sala Laboral, lo primero que discuto y solicito al honorable Tribunal es que se revoque la decisión absolutoria en lo que tiene que ver con lo que se absolvió a los demandados al pago de los correspondientes aportes a seguridad social, esto bajo el entendido de que la seguridad social en pensión es un derecho fundamental imprescriptible y en razón a que es un derecho y un deber que tiene el empleador. Téngase en cuenta las obligaciones del patrono y los deberes del trabajador, así como los derechos que tienen los trabajadores y era una obligación que tenía el empleador o los empleadores en este caso ¿a qué? A hacer la afiliación y hacer los correspondientes aportes a seguridad social, pues este dice, este raciocinio que da el despacho permite crear una regla para todos los trabajadores del círculo judicial de Cundinamarca y lo que hace es incentivar y hacer propaganda al no pago, o por lo menos a la no afiliación del fondo de pensiones. En ese sentido como el despacho lo ha ordenado en múltiples ocasiones este mismo despacho y así mismo el Tribunal de Cundinamarca ¿qué se debe hacer cuando no hay afiliación? ¿qué se debe hacer cuando hay afiliación? La jurisprudencia del superior jerárquico de este despacho a quo, así como el Tribunal de cierre ya ha visto que pasa cuando no hay afiliación, cuando no hay afiliación el empleador o los empleadores en este caso de cubrir el 100% de ese pago, por tanto, en sentencias anteriores de este despacho, así como del Tribunal y como de la Corte Suprema de Justicia lo que hace es ordenar a los demandados el pago de los aportes de pensión en el Fondo que elija la demandada, la demandante, perdón. Por ello, se le imprime una carga a la demandante, en la mayoría de caso se le da 5 días o 10 días para que se afilie a un fondo ¿sí? Y una vez se afilie a ese fondo nace el derecho o la obligación del empleador para que solicite el cálculo actuarial. En ese sentido el despacho tiene razón no puede haber un cálculo actuarial si no se tiene un fondo, pero por ello también se dice que a la actora se le imprime la carga de que si no hay afiliación, de que busque un fondo que sea de su conveniencia bien sea en un fondo público o bien sea en un fondo privado, y cuando ella acredite que está afiliada se le informará al empleador o a los empleadores ¿para qué? Para que ellos hagan los correspondientes aportes a seguridad social. Nótese que, en una sentencia de Tutela reciente que emitió el Tribunal Superior de Cundinamarca y la confirmó la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela, se le impuso la carga a una persona, a una señora también de 82 años 80 años más o menos, que se afiliara a un fondo de pensiones, efectivamente la señora fue a un

fondo privado y le dijeron que no, fue a un fondo público, al único que hay, le dijeron que no. Frente a esto la señora qué hizo presentó una acción de tutela donde se le ordena al fondo de pensiones que la afilia por tanto imaginémonos si el raciocinio del despacho a quo tuviera asidero jurídico y legal ¿qué pasaría con los trabajadores? Pues fácil sería contratar a las personas mayores de 60 años para evadir esa carga prestacional y esa carga laboral. Por lo tanto, el desacuerdo primigenio en esta sentencia es que debe condenarse a los demandados al pago de los aportes a seguridad social en el fondo que elija la demandante y una vez la demandante acredite estar afiliada en ese fondo, nacerá la obligación para los demandados de hacer el correspondiente pago o el cálculo actuarial que realice el respectivo fondo. Por consiguiente, el despacho no puede entrar en la hipótesis o en el supuesto fáctico de que tal el fondo privado no la afilie o que tal si la afilie o que tal ponga un problema o que tal no, simplemente como se pidió debe ordenarse el pago de los aportes a seguridad social integral en pensión ¿para qué periodo? Para el tiempo laborado, esto es entre el 17 de diciembre de, entre el 1 de diciembre del año 2003 al 17 de junio del año 2018, en ese sentido debe revocarse la condena para acceder a tal situación. Pues no se olvide que uno de los componentes naturales del derecho laboral es la seguridad social, más de esta persona que ahorita tiene 72 años de edad y que incluso ha acudido a dos acciones de tutela donde los jueces de tutela le han dicho, no señor, usted cuenta con un mecanismo eficaz, el cual es la justicia ordinaria por lo que podemos ver ni el juez constitucional ni el juez laboral dentro de los escenarios probatorios pudieron satisfacer ese derecho de crédito pensional a que tiene derecho la demandante. Finalmente, otro tema puesto a consideración del despacho, al Tribunal o al juez de alzada es lo siguiente, no es correcto hablar de solidaridad frente a los patronos que tienen a cargo una empleada de servicio doméstico ¿por qué? Porque es que la solidaridad es netamente legal, es decir, tiene su fuente legal, por ello como bien lo dice la sentencia de la sala de casación laboral, la sentencia 65306 con radicado 4723 del 2019, del 28 de octubre del año 2019 en su ratio decidendi qué dice, que el cónyuge bien sea el cónyuge o bien sea la cónyuge no son beneficiarios entre sí, sino, verdaderos empleadores ¿qué quiere decir esto? Que a la luz del artículo 177 del Código Civil aplicable por autorización expresa y por principio de integración que autoriza el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo debe tenerse al señor Juan Antonio Gaitán Caviedes como verdadero empleador y no como solidario. Esto a la luz de que si bien es cierto, a quien se le apunta la relación laboral no es menos cierto que lo dicho por los testimonios y por el propio señor Caviedes él también se benefició de la obra, pero no estamos hablando de una solidaridad de la que trata el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, no, no estamos hablando de una solidaridad que habla el artículo 35, no estamos hablando de una solidaridad de la que trata el artículo 36, no estamos hablando de una sustitución patronal, si no que estamos hablando de que el señor Juan Antonio Caviedes, Gaitán Caviedes y la señora Luisa Fernanda por la unión marital, por la sociedad conyugal, por la estructura de familia, por la unidad que mantuvieron se comportan como uno solo, por lo tanto los dos son verdaderos empleadores y la consecuencia de que sean verdaderos empleadores es la solidaridad, es decir, que la solidaridad debe verse es como una consecuencia ¿sí? Que deben responder solidariamente es diferente, por virtud de qué, de que los dos fueron empleadores, esto también a la luz y reitero esta sentencia porque tiene contornos bastante similares, por unos idénticos a la sentencia 65305 del 28 de octubre del año 2019 emitida por el Tribunal de cierre. Ahora sorprende bastante, la absolución por las indemnizaciones moratorias, me refiero a la indemnización moratoria que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y me refiero a la indemnización moratoria de la que trata el artículo 99 de la ley 50 de 1990 en su numeral 3, y ¿por qué causa curiosidad? ¿por qué causa también no malestar pero si inconformidad? Porque es que el juez laboral debe tener en cuenta la conducta procesal de las partes para tal efecto uno podría ver que cada parte busca un apoderado de acuerdo a sus calidades, es decir, la conducta y la ética de las partes se asemejan algo al abogado que contratan. Por ello podemos ver lo siguiente, nótese que en esta diligencia cuando se estaba interrogando al señor Juan David Espitia, hijo del aquí demandante, el apoderado se refirió de una forma grosera, de una forma irrespetuosa, de una forma desobligante, donde dijo: ahora vamos, que más le preguntamos a este cerdo, esa, eso es lo que habla de los mismos poderdantes, pero el juzgado adujo otra cosa ¿para qué? Para absolver las indemnizaciones moratorias, porque para el despacho a quo fue suficiente encontrar un grado de parentesco, a ver medio entablado una relación cariñosa o haber acreditado mejor una relación cariñosa y que se trataban bonito, por decirlo de esta forma. Pero no, el Tribunal debe valorar en qué momento se tiene que tener en cuenta el comportamiento del empleador, podríamos ver dos eventos, si es durante la relación laboral o dos, si es a la finalización de la relación laboral. En este caso podemos observar cómo la misma señora Luisa Fernanda Forero Espitia manifiesta a la contestación del hecho 15 lo siguiente “el hecho 15 es falso pues la demanda hurtó las joyas de mi cliente, saqueaba el mercado, se apoderaba de dineros excedentes de las compras que le encomendaba la empleadora y últimamente no cumplía con el horario, hacía lo que quería sin atender manifestaciones del empleador, no cumplía con el horario, llegaba a la hora que se le daba la gana y salía a la hora que quería, las relaciones interpersonales se tornaron insoportables hasta el punto de que mi poderdante tuvo que dejar cesante a la trabajadora” observemos como esta señora que responde al nombre de Luisa Fernanda Forero Espitia se refiere a mi poderdante como si fuera una ladrona, que hace lo que quiere, pero en esa manifestación el despacho a quo encontró un trato cariñoso. Entonces imputarle a una persona un

delito, humillarla y hacer lo que se quiere porque es una persona de servicio doméstico es un trato cariñoso. Nótese también cómo la Corte Suprema de Justicia y la Sala de Casación laboral han pregonado a los jueces y han invitado a que se debe proteger a la empleada de servicio doméstico, nótese como la sentencia C-871 de 2014 hace un análisis jurisprudencial sobre el trato diferenciado que han tenido estas personas de servicio doméstico, por ello tampoco es de recibo que se trate a una persona de servicio doméstico de esa forma. Ahora con más razón cuando son familia. Estas personas lo mínimo que pudieron hacer con ese sentido humano que dicen tener fue haberla afiliado a seguridad social, entonces ¿qué buena fe puede haber ahí? Lo mínimo que pudieron hacer fue haberle consignado las cesantías, pero no lo hicieron, entonces qué buena fe puede haber ahí, además llámese la atención que los dos demandados son profesionales, que se la pasan en congresos, que viajan, entonces si esta profesional del derecho que responde al nombre de Luisa Fernanda dice estar en el sector de la salud y para eso se entendería que hay una vocación y un amor por un paciente o una vocación de servicio y si ese es el trato que le da a su empleada de servicio que finalmente también viene siendo su familia qué se puede esperar del trato que pueda recibir un paciente. En ese sentido también se aportó al expediente, reposa en el expediente una contestación que hacen los demandados en una acción de tutela y también es importante reproducir lo que dijeron estas personas, estos demandados “la accionante inicialmente solicita que se le proteja el mínimo vital, sin especificar cuál es el mínimo vital, no concreta de qué manera se le están trasgrediendo esos supuestos derechos, sin especificar de qué mínimo vital, máxime de que goza de perfecta salud y tiene toda la libertad para desplazarse, ubicarse y realizar su propio día sin impedimento alguno, amén de que no está en la indigencia o en absoluta pobreza y para ello el Estado tiene programas para proteger al adulto mayor a los cuales la accionada no ha acudido si fuera cierto su pregonar” por eso honorables magistrados doctor Eduin de la Rosa Quessep, doctora Martha Gaitán, doctor Fernández Sierra ¿es posible que haya buena fe cuando se le invita a su trabajadora o a su extrabajadora a que vaya y acuda a un programa del gobierno? Cuando ella simplemente ha tratado de buscar que se le protejan sus derechos laborales. Si esa es una respuesta de buena fe créanme que estamos perdiendo tiempo en el derecho laboral y esas indemnizaciones moratorias no están operando, porque esas indemnizaciones moratorias son precisamente para eso, no para castigar sino para evitar esa defraudación frente al trabajador. Sigo con lo que contesta la señora Luisa Fernanda y el señor Caviedes “Ella aspira que los accionados le cubran todas sus necesidades económicas, sin ellos tener obligación alguna, se acostumbró a la vida de confort que a la postre se le ve en deterioro por su pésimo actuar, ya que se creía miss universo y no tuvo otra que aprovecharse de mis clientes apreciando de que ellos se han ganado su status de profesionales y no como ella que aunque era estudiada nunca se preocupó por ser alguien, por ubicarse en el contexto social, puesto que la vida de sus padres lo tuvo todo y después la herencia la dilapidó sin dejar nada para la vejez” en ese sentido, y en ese contexto es cierto que sobre la buena o la mala fe se ha dicho bastante, y también es cierto y absolutamente claro que la buena o la mala fe no es de aplicación automática, pero también se ha dicho que no es inexorable, para tal efecto yo le pregunto al Tribunal, al superior jerárquico de este despacho a quo ¿cuáles fueron las razones serias y atendibles que pudieron haber traído los demandados? ¿En qué hechos se basan para defender la postura? ¿cuáles son esas razones serias, atendibles y justificables? Pues bien, de la contestación de la demanda, de las dos demandas ni siquiera se propuso ese medio exceptivo, obviamente las únicas excepciones no operan de manera oficiosa son la prescripción, la nulidad relativa y la compensación, pero en este caso el legislador, ni siquiera el legislador, en este caso la jurisprudencia ha dicho que el empleador debe traer razones serias y atendibles y sobre todo amparada en pruebas. Nótese que si bien no se nombró la excepción de buena fe, tampoco hay indicio que logre poner en el plano de la buena fe a estas personas. Si la señora tiene ahorita 72 años y fue desvinculada en el 2018, en el 2018 estamos en el 2021 quiere decir que la señora fue desvinculada a los 69 años, por tanto, al estar desvinculada a los 69 años y por haber trabajado 15 años quedó demostrado, esa señora fácilmente entró a trabajar a los 55 años, por tanto, era una persona que ya había perdido toda su vida productiva ¿sí? Laboralmente, o por lo menos era una persona que había perdido la oportunidad de acceder a un nuevo empleo. Nótese como en la misma contestación de la demanda ni siquiera se niega, ni siquiera se niega la relación laboral, ellos nunca la niegan, antes más dice que empezó en el 2010, que la desvincularon, luego dice que fue de mutuo acuerdo, pagan una indemnización por despido sin justa causa, y estas personas durante toda la relación laboral no trajeron razones serias y atendibles, es más, cuando se les pregunta que por qué no habían pagado manifiesta que la señora fue citada en la casa de justicia para pagarle, pero no, obviamente no hay manifestación, no hay una prueba que acredite ese dicho. Por ello este suscrito cree que no existen razones serias y atendibles que logren desvirtuar la mala fe de los demandados. También es cierto que el artículo 83 de la Constitución Política habla de una presunción de la buena fe, pero también la Corte Suprema de Justicia ha dicho que esa buena fe de la que habla el artículo 83 no se pregona entre particulares, esa buena fe de la que habla el artículo 83 se deriva del Estado hacia los particulares y de los particulares hacia el Estado, por ello, de una interpretación correcta es que entre particulares no hay una presunción de buena fe, para ello téngase en cuenta la terrible desigualdad contractual que opera en materia laboral, tanto así que entra a operar principios como ultra y extra petita, tanto es así que es el juez laboral que tiene que nivelar las cargas, tanto es así que opera un principio de favorabilidad, en interpretación de

normas en aplicación de normas, por ello es que este suscrito no encuentra en realidad una razón seria y atendible que permita encuadrar la conducta de las demandadas en el plano de la buena fe, pues el despacho creó nuevas reglas donde se dice que es por parentesco que no hay mala fe, que porque hubo trato cariñoso no hay mala fe, que al momento de finalizar la y tampoco ello quedó probado después de finalizada la relación laboral. Así las cosas, está claro que no se pagaron las cesantías y que mucho menos se consignaron y por tanto mire como cuando se le pregunta a la señora Luisa Fernanda dice que no pagó las cesantías y que no las consignó, pero luego dice que la señora había dicho que se las entregara directamente, esa conducta procesal y esa contradicción y esa falta a la verdad también hace ver que no hay una conducta de buena fe. Ahora, también el despacho, echó de menos la confesión de Juan Antonio frente al hecho 1, 2, 3, 7, 8, 9, 11, 12 y 14 recuérdese que en audiencia el artículo 77 dichos hechos fueron dados por ciertos y que esos hechos no fueron infirmados o esa confesión ficta o presunta no fue infirmada. Todo lo contrario, se corroboró. En ese sentido es pues un apunte más para que se declare la relación laboral también con esta persona. Así las cosas y sustentado lo anterior el vértice de esta o los puntos de conformidad conforme lo anterior es: i) que se tenga al señor Juan Antonio Caviades como verdadero empleador conforme a lo expuesto con precedencia ii) que se condene a la indemnización moratoria de la que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y la indemnización moratoria de la que trata el artículo 99 de la ley 5° de 1990 como quiera que la falladora a quo creó una nueva regla y es que por parentesco y por trato cariñoso no aplica dicha sanción moratoria. Y es que la interpretación debe darse todo lo contrario, si eso yo hago con mi familiar, con mi tía de 60 años, a ella se le debe una mayor posición de garante porque es que es un familiar, no es nada menos que la hermana de la mamá de aquella, ahí es donde uno puede ver esa conducta maliciosa de no pagar, es decir, el Tribunal no puede cobijar ni puede dar por hecha esa postura de que como son familiares hay buena fe, de que si hay un trato cariñoso hay buena fe, cuando en la demanda se manifiesta en la contestación y es importante reiterarles lo que dice en el 8-15, a ella le imputaron un delito, es más según ellos hurto joyas, se apoderaba de dineros excedentes, no cumplía un horario, hacía lo que se le daba la gana, no más podemos observar ese trato despectivo y como se humilló a esta señora durante todo ese tiempo, tanto así que ahora el mismo abogado, el mismo abogado el doctor Clavijo se contaminó de esa postura, porque es que se la transmitieron, si uno observa todos los escritos van en desmedro ¿de quién? De la señora María Teresa Espitia. Es por ello que ni por parentesco ni por trato cariñoso puede entrarse a absolver de las indemnizaciones moratorias, reitera es cuando mayor obligación moral tenía la señora demandante, la señora demandada de afiliar o de haber llegado a un arreglo, se le hubiera podido ocurrir una transacción, una conciliación, haberle dado un dinero para que solventara, pero es que aquí lo que hubo fue una desprotección total. Tanto así que el mismo juzgado a quo sigue en esa medida de desprotección al no condenar al pago de los aportes a seguridad social, cosa que no tiene asidero jurídico alguno ¿qué pasaría donde la señora hubiera sufrido un accidente laboral? Como no tenía ARL pues entonces nadie le paga porque nadie la afilió. Entonces fijese que nadie puede, eso ni siquiera se necesita ser abogado para entender eso. Nadie puede beneficiarse de su propia culpa, entonces yo no la afilio y si me condenan pues como no la afilié pues no pago. Eso no tiene ni sentido alguno y eso lo digo con todo el respeto al despacho a quo pues para que en situaciones futuras se corrija esa postura, pues porque es que no se puede, o sea, no es entendible que si yo no afilio porque no tenían a donde trasladar el riesgo, pues entonces no condeno al pago, eso tampoco tiene sentido. Es así que el despacho de a quo crea el principio, crea unos requisitos nuevos como es el parentesco y el trato cariñoso. ¿El trato cariñoso de quién? De la ladrona que trabajó para ellos, que se robaba la comida, que se robaba las vueltas, que se robaba las joyas, ese es el cariño que encontró probado la falladora a quo y el parentesco también. Entonces pues en ese sentido queda solicitada, queda solicitada no, queda sustentado el recurso de apelación, así como también solicito al despacho se pronuncie sobre la pretensión 1.9 que es lo que tiene que ver con la sanción- pensión. No está demás agradecer al despacho y ofrecer disculpas por la extensión del recurso, pero en realidad sí fue sorpresivo porque por lo menos lo mínimo que se esperaba era el pago o que se condenara el pago de los aportes a seguridad social, entonces se reitera que se han intentado dos acciones de tutela, pero las dos acciones de tutela qué han dicho: acuda al juez laboral. Acudo al juez laboral y encuentra uno esta pues como triste, este triste discernimiento jurídico que espero sea corregido por el Honorable Tribunal de Cundinamarca en su Sala Laboral. También solicito al Honorable Tribunal tener en cuenta las pretensiones declarativas subsidiarias número 1 de tipo declarativo, número 1 de tipo condenatorio, pues como quiera que también se pidió y no hubo pronunciamiento alguno. En ese sentido queda sustentado el recurso de apelación.”

Por su parte, el apoderado de los demandados manifestó inconformidad con la sentencia de primera instancia, para lo cual presentó recurso de apelación, que sustentó en los siguientes términos:

“Le agradezco la oportunidad que me da para interferir en, con respecto al fallo de primera instancia, al respecto pongo el recurso de apelación, en virtud de que, con respecto a los siguientes argumentos. Primero que todo discrepo mucho sobre la actuación de mi contradictor profesional por cuanto de que el apoderado de la parte demandante activa está actuando temerariamente desde hace un tiempo, puesto que, prueba de ello es que metió dos tutelas por los mismos hechos sobre los mismos asuntos, por las mismas partes. Las cuales no tuvieron ningún resultado positivo y le fueron denegadas y ahora viene a decir que no, que es que la tutela, fueron porque A, B o C motivo y que, pero no dice la realidad, no es honesto en manifestar de que le fueron denegadas porque no eran procedentes. Eso ahí empieza la actitud temeraria del apoderado de la parte activa, incluso se puede apreciar el concepto especulativo en los alegatos de conclusión donde dice y reafirma de que mis representados le están debiendo las primas, si nos remitimos al numeral 13 del acápite de hechos de la demanda textualmente dice: “los demandados pagaron primas de servicios causadas entre el 1 de diciembre del 2003 al 17 de junio del 2018” este concepto de que ahorita está cobrando las primas desde ese periodo después de que él mismo reconoció que se le fueron pagadas las primas, es una acción temeraria y de mala fe, por parte del apoderado de la parte actora. Ahora bien, habla de que no se le pagaron la seguridad social, he, en ni en acápite de hechos, ni en acápite de pretensiones específica de que se le están debiendo ese concepto de la seguridad social y máxime de que Teresa Espitia, aquí demandante en cuestionamiento en interrogatorio que se le hizo ella afirma de que se le pagó todo el tiempo la seguridad social, inclusive el plan complementario para que tuviera mejor servicio de la salud. Ella misma reconoce de que se le pagó la seguridad social y el abogado ahorita especula de que no se le pagó la seguridad social y que se tiene que cancelar esa seguridad social. Entonces como pueden ver hay tres conceptos ya máxime que la doble invocación de la tutela, he, demuestran de que el abogado simplemente quiere especular para hacer una falsa representación de la realidad. Ahora bien, efectivamente en reiteradas jurisprudencias habla sobre el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que habla de que la, el principio de la buena fe se reconoce cuando la parte demandada en este caso el empleador, mis representados, indemnizan o pagan con las acreencias laborales cuando se termina la relación laboral y ahorita el abogado de la parte activa, quiere especular al respecto manifestando de que, no hubo buena fe, que la buena fe se remite es al artículo 83 de la Constitución Nacional, que es con respecto del Estado con los particulares y los particulares con el Estado siendo que en ese artículo dice en toda actuación judicial o administrativa se presume la buena fe de las partes y aquí en este caso esa presunción de buena fe se da por cuanto de que no solamente el trato desplegado de mi representante todo el tiempo como se manifestó y se probó por medio de los testimonios con respecto a que se le dio excelente trato a la señora demandante, si no, que también la buena fe se puede pregonar por cuanto de que estuvo atenta mi representada a pagarle a título de indemnización las acreencias laborales, que superan generosamente, he, lo adeudado por la parte demandada. En este estado, en este orden de ideas considero de que la buena fe se tiene que reconocer por jurisprudencia reiterada, en este caso como bien lo expresó la señora juez, de no reconocer la sanción moratoria por cuanto que esa sanción moratoria fue indemnizada y cancelada en forma oportuna, si es que se tiene en cuenta de que, o si es de que no se tiene en cuenta o se obvió el concepto emitido en el interrogatorio por mi representada cuando dijo que había sido consensualmente la terminación del contrato de trabajo y por supuesto se tiene que dar crédito porque así se realizaron las cosas y, y no se puede tomar como caballito de batalla o como argumento predominante de que el despido no se justificó máxime ocurrieron hechos anormales como la sustracción de elementos de la residencia de mi representada y también, la agresión hecha a la hija de mi representada. Se tiene que tener en cuenta el contexto general de las cosas, no he desmenuzar y tomar como elementos especulativos, situaciones que no dan sustento al problema jurídico que se está connotando. Lo cierto es de que, efectivamente, él dice de que yo hablé de que cerdo pero yo no me estaba refiriendo al demandado si no a que está diciendo que ese señor y él entendió que cerdo pues ya es otra cosa. Pero la connotación fue de que me refería al señor y también estaba fuera del contexto de la audiencia. Lo cierto es de que, además ese argumento no está dirigido a definir o a controvertir los elementos fácticos del problema jurídico que nos atañe, lo cierto es de que considero que la señora juez y conociendo su actitud y su forma de imponer justicia que es muy elocuente y muy admirable, dio al traste con la sanción moratoria y también, no tuvo en cuenta dentro de la premura de la diligencia, de que en la demanda ya se había hablado de que las primas se habían cancelado, también no tuvo en cuenta la señora juez de que la demandante en el interrogatorio de parte, manifestó de que se le había cancelado la seguridad social profusamente, además de eso, no tuvo en cuenta la señora juez de que, las vacaciones le fueron otorgadas según comentario o según testimonio de la señora Claudia Forero Espitia que manifestó que semestralmente, los empleadores, se relegaban a la costa a vacaciones y que por estar sola la casa ella quedaba cesante en ese tiempo a título de vacaciones. Lo cierto es de que, la señora juez tampoco, pues hizo referencia a la prueba documental en que se especifica de que se le pagó a la señora Teresa Espitia la cuantía de \$11.840.000 pero no hizo la compensación de ese valor que se reconoció en la parte considerativa, al determinar en la parte resolutive la cuantía, he, que se debe pagar a por las acreencias laborales. Considero de que, es preciso aclarar las obligaciones porque, por cuanto de que mi representada siempre ha actuado de buena fe, tanto así de que, he, ella misma reconoció la relación laboral dentro del término del año 2010 al año 2018 y ella no está excluyendo ni está desconociendo esa relación

laboral sino que como buena persona y correcta ella no niega la relación laboral, entonces considero de que se tenga en cuenta los argumentos de mi representada también, ya que ella de excelente buena fe no dijo ninguna mentira. Sino que todo lo que dijo fue la realidad, tanto como lo dijo la testigo Claudia Forero y tanto como lo dijo los demás testigos que, he, buen trato se le dio a la señora Teresa. De que haya solidaridad o no solidaridad entre el señor Juan Gaitán Caviedes y la señora, la doctora Luisa Fernanda Forero Espitia, eso es irrelevante por cuanto efectivamente hay una sociedad conyugal vigente, y pues todo lo que acreencias y deudas se tienen que avalar por medio de esa sociedad conyugal. Lo cierto es de que, a su señoría, al honorable Tribunal le interpongo el recurso de apelación en el aspecto de que no se dieron las premisas necesarias para el reconocimiento de las acreencias laborales tales con respecto a la demanda, pues fijese de que en sentencia de primera instancia se le reconoce a la demandante el pago de las primas, el pago de la seguridad social, el pago de las vacaciones las cuales ya se cancelaron. Las vacaciones fueron canceladas en tiempo. Y entonces por supuesto como queda probado de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Nacional, he, que, que está probado de que las vacaciones se le fueron canceladas en tiempo, más no en dinero, pues, bueno. Lo cierto es de que en tiempo y en dinero. En razón a esas falencias, interpongo el recurso de apelación para que, el honorable Tribunal de Cundinamarca se sirva desatar la alzada, agradeciendo de que se revise el proceso y en especial la demanda, la contestación de la demanda y el acervo profusamente probatorio que reposa en el libelo dándole la connotación, intrínseca a cada testimonio, no en forma especulativa como lo está haciendo el apoderado de la parte activa. Agradezco la oportunidad que me han dado y espero que, en un acto de humanismo y justicia social se ajusten las cargas económicas en segunda instancia. Gracias.”

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el término concedido para alegar en segunda instancia, el apoderado de la demandante presentó escrito en el cual manifestó:

“Se trata de la Señora Maria Teresa Espitia Arias, que llamó a juicio a la Señora Luisa Fernanda y Juan Antonio, estos dos como empleadores y patrones. Quedó acreditada la prestación personal del servicio, así como los extremos temporales, del mismo modo se constató la remuneración pactada y convenida por las partes. Lo anterior es determinante para que la Sala de decisión emita sentencia acorde con los argumentos y reparos contenidos en medio vertical de alzada, en ese sentido tenemos que: 1. Procede o no acceder a las sanciones moratorias, pedidas en el escrito inaugural. 2. Es procedente acceder al reconocimiento y pago de los aportes a seguridad social integral en pensión. 3. Hasta donde se debe extender la sanción moratoria, Cuando el trabajador devenga un salario mínimo legal mensual vigente? De las sanciones moratorias El honorable Tribunal ha sido fiel a la hermenéutica dada por su superior jerárquico, en cuanto a la regla jurisprudencial que establece, que las indemnizaciones moratorias no son automáticas ni inexorable, por tanto, debe estudiarse si la conducta del empleador estuvo revestida de buena o mala fe, de donde se extrae que empleador debe traer razones serias y atendibles, pero sobre todo sustentadas en pruebas. La jurisprudencia de la Corte, así como el Honorable Tribunal, han considerado que la mera creencia de no deber no es per se suficiente para lograr la absolución, todo lo contrario, deben estudiarse las particularidades de cada caso. Frente a lo anterior, existen algunas subreglas y en razón de la experiencia, es procedente la absolución cuando: 1. El empleador esta en serias y graves dificultades económicas, esto es en liquidación, reorganización, negociación de deudas, que para el caso en concreto sería un estado de insolvencia. En casos de seria dificultad económica, la jurisprudencia nacional ha sido pacífica en absolver de tales sanciones, no obstante, se deben valorar las particularidades del caso, cuando la razón para no pagar es la quiebra, toda vez que las pérdidas no pueden ser asumidas por los trabajadores, entendiéndose que siempre existe el riesgo. 2. Otra forma en la que se puede basar la defensa de un empleador incumplido es el supuesto factico de que alegue la no existencia del contrato laboral, es decir, que acepte una prestación de servicio, pero de forma independiente y autónoma. 3. Puede ocurrir también, que el demandado acepte la relación laboral, pero niegue deber obligación alguna, como ocurre cuando se alega el verdadero salario y se solicitan reliquidaciones. En el presente caso, los demandados no están en ningún supuesto y antes bien, la Juez A quo baso su exoneración en el simple hecho de que la acá demandante es familiar de los demandados, es decir, que el parentesco es ahora suficiente para predicar la buena fe. La Señora MARIA TERESA ESPITIA ARIAS nació en el año 1949, es decir, que para el año cuando inicio labores en favor de los convocados tenía 53 años y a la fecha tiene 72 años. Que buena fe puede existir en dos profesionales que contratan a un familiar, esto es una mujer sola, para que ejecute labores domésticas y pese a su edad no le paguen mínimo sus aportes a pensión. No es de recibo la conclusión emitida por la Señora JUEZA, pues el simple hecho de que sean familiares no implica que los demandados no adeudaran nada, todo lo contrario, por el solo hecho de ser familiares, lo mínimo que merecía mi mandante era que le hicieran sus aportes a pensión y seguridad social, pues les asiste el deber de solidaridad. De

las pruebas Reposan en el expediente I. Recomendación del 25 de junio del año 2018 2. Recibos de pago por concepto de indemnización 3. De los testimonios rendidos 4. De los interrogatorios de parte y la confesión vertida. De la contestación de la demanda Cuestión previa Mi patrocinada y el testigo, fueron agredidos y humillados por el Abogado de la convocada, cuando adujo 1. Que el testigo era un cerdo 2. Y que la demandante estaba loca 3. Ahora bien, también debe revisarse la contestación de la demanda. En lo que toca con la confesión hecha por apoderado tenemos. Al hecho primero se acepta la relación laboral, ya antes aun precisa la fecha, por tanto, se entiende que los demandados siempre estuvieron d acuerdo en que se trataba de una relación laboral y jamás se negó. Al hecho segundo se ratifica la relación laboral y se hacen otras consideraciones. Al hecho cuarto se ratifica la relación laboral, pues se acepta el hecho, pues se confiesa que mi mandante laboró En el municipio de Chía, y laborar deviene de trabajar o es sinónimo. Al hecho quinto, toda vez que se confiesa que hubo un despido justificado de la trabajadora, sumado a ello se indica las funciones y obligaciones. Al hecho sexto, se confiesa que es cierto pero impreciso, en todo caso se ratifica el despido de la trabajadora. Al hecho séptimo, se acepta el no pago de pensión, a su turno también se acepta que en la relación laboral se formalizó el primero de junio del año 2010. Al hecho octavo, se acepta el pago de cesantías, por tanto, se infiere que los demandados tenían certeza de la relación laboral, no obstante, lo pagado fue a título de indemnización por despido sin justa causa. Al hecho decimo, se acepta que pagaron salarios, desde que se formalizó la relación laboral y hasta cuando se despidió sin justa causa, confesión esta que deja entrever sobre el convencimiento inamovible de la existencia de un contrato laboral. Al hecho doce, se acepta que la demandante es una empleada. Al hecho trece, acepta que efectivamente se pagaron las primeras de servicios, por tanto, este derecho al ser netamente laboral esta saldad, situación esta, que denota sobre la existencia de un contrato laboral. Al hecho catorce, se acepta que pago vacaciones a mi representada, y las vacaciones se pagan a los trabajadores. Al hecho quince Este particular hecho denota una lamentable falta de ética de los demandados al calificar de delincuente a mi mandante, toda vez que se afirmó: 1. Que hurtó las joyas de los demandados 2. Saqueaba el mercado 3. Se apoderaba del dinero excedente de las compras 4. Que no cumplía con el horario 5. Que la demandante hacia lo que quería 6. Que se dejó cesante a la trabajadora 7. Que hacia lo que se le daba la gana Los demandados no propusieron excepciones En ese sentido se deberá acceder a las pretensiones de la demanda, condenando al pago de las aludidas sanciones. En lo que tiene que ver con los aportes a pensión Es discriminatorio e ilegal, creer que una persona por tener una edad de 60 años no merece pensionarse o que le hagan sus aportes, por tal razón este tópico no merece mayores argumentaciones, aunado a lo anterior la demandante inicio labores mucho antes de cumplir 60 años. Es así que si no se hicieron aportes a pensión bajo el supuesto de que la señora tenía avanzada edad, no hay una razón para no pagar cesantías. Finalmente, la indemnización de la que trata el artículo 65 del CST SS se debe hacer extensiva hasta que se haga efectivo el pago y no por 24 meses, toda vez que tal limitante procede cuando el trabajador devenga más de un salario mínimo.”

La parte demandada no presentó escrito de alegatos en segunda instancia.

V. CONSIDERACIONES:

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación, en armonía con el principio de consonancia previsto en el 66 A del CPTSS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad pues carece de competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los planteados en el momento en que se interpuso el recurso de apelación.

Así las cosas, con base en lo expuesto en el momento de sustentar el recurso de apelación la controversia en esta instancia resulta de determinar: (i) Si es procedente proferir condena por aportes al sistema de seguridad social en

pensiones; (ii) si el demandado Juan Antonio Gaitán Caviedes tuvo la calidad de empleador de la demandante; (iii) si la parte demandada demostró buena fe que la exima del pago de la indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y del canon 65 del CST; (iv) si debe ordenarse el reconocimiento de la pensión sanción solicitada; (v) si debe absolverse a los demandados de las pretensiones de primas de servicios y vacaciones por haberse afirmado en la demanda que los demandados pagaron primas y por haberse demostrado el disfrute y pago de vacaciones; y (vi) si es procedente ordenar la compensación de la suma de \$11.840.000 que pagó la parte demandada después de finalizada la relación laboral.

Para resolver lo correspondiente, debe tenerse en cuenta que la juez de primera instancia encontró demostrada la relación laboral entre la demandante y Luisa Fernanda Forero Espitia entre el 1º de diciembre de 2003 y el 17 de junio de 2018, que terminó por decisión unilateral del empleador y sin justa causa y que la remuneración fue por el salario mínimo mensual legal vigente, punto de la decisión de instancia que no fue apelado por las partes.

Respecto de la petición de pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, se advierte que la juez a quo la negó con fundamento en que la demandante nunca estuvo afiliada al sistema de seguridad social en pensiones y de proferirse la condena no podría surtir la afiliación debido a que actualmente tiene 72 años de edad.

Para resolver lo correspondiente tendrá en cuenta la Sala que el artículo 15 de la Ley 100 de 1993 establece que serán afiliados de forma obligatoria al sistema general de pensiones, entre otros, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, que es el caso de la demandante y el artículo 17 del mismo estatuto dispone que durante la vigencia de la relación laboral, así como del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse las cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o

ingresos por prestación de servicios que devenguen, sin que exista norma que disponga excepciones en la afiliación obligatoria de los trabajadores por la edad como se indicó en primera instancia. Si bien el Decreto 758 de 1990 en el literal b) del artículo 2° dispuso que se encuentran excluidos del seguro de invalidez, vejez y muerte los trabajadores dependientes que al inscribirse por primera vez al régimen de los seguro sociales tuvieran más de 60 años de edad, esta norma no es aplicable al caso bajo examen como quiera que para la fecha de inicio de la relación laboral ya se encontraba vigente la Ley 100 de 1993 y si en gracia de discusión fuera procedente su aplicación, cuando inició la relación laboral, la demandante contaba con 54 años de edad, es decir que no había superado el límite de edad que dispone la mencionada norma. De otra parte, tampoco es posible aplicar el artículo 61 del estatuto de seguridad social, que en el literal b) dispone que se encuentran excluidos del régimen de ahorro individual las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieran 55 años o más de edad si son hombres o 50 años o más de edad si son mujeres, que no es el caso de la demandante pues para la fecha en que empezó a regir este régimen (1° de abril de 1994) la accionante tenía 44 años de edad, toda vez que nació el 20 de agosto de 1949. (fl. 14 Archivo 01ExpedienteDigital.pdf)

Sobre este punto ya se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que ha manifestado que no existe norma que excluya la posibilidad de acceder al sistema general de pensiones a las personas que cumplan la edad mínima exigida para acceder a la pensión de vejez y por lo tanto su afiliación es válida. En sentencia CSJSL2991-2020, dijo la Corte:

“De manera que, a nivel normativo, a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 no existe ninguna disposición que excluya la posibilidad de acceder al sistema a aquellas personas que lleguen a la edad mínima exigida para acceder a la pensión de vejez y, por tanto, su afiliación se predica válida.

Ahora bien, ha de advertirse que aunque el inciso 2.° del artículo 31 de la Ley 100 de 1993 permite la aplicación de algunos reglamentos del ISS, estos solo proceden en la medida: (i) que no sean contrarios a los postulados que aquella consagra, con las adiciones, modificaciones y excepciones que contempla; (ii) que se encuentren vigentes por no haber sido derogados o subrogados por la antedicha ley o por disposiciones posteriores y, (iii) que el potencial beneficiario hubiese estado afiliado al seguro social obligatorio con anterioridad al 1° de abril de 1994. Ello, porque conforme a las reglas de aplicación de la ley en el tiempo y en el espacio, las situaciones que se configuren con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema de seguridad social, quedan reguladas por sus contenidos.

De acuerdo con todo lo anterior y como durante la vigencia de la relación laboral declarada, el empleador no afilió a la demandante al sistema de seguridad social en pensiones, pues únicamente la afilió al sistema de salud, se revocará la absolución impartida por la juez a quo y se proferirá la correspondiente condena por concepto de cotizaciones por el tiempo que estuvo vigente la relación laboral, que se efectuará mediante calculo actuarial cuya liquidación respectiva se realizará con base en el salario mínimo legal mensual vigente desde el 1º de diciembre de 2003 hasta el 17 de junio de 2018, que deberá ser consignado por el demandado al respectivo fondo de pensiones; para tal efecto, se concederá a la demandante el término de 5 días desde la ejecutoria de la sentencia para que manifieste a qué administradora de pensiones se afiliará; y en caso de guardar silencio al respecto, será el demandado el que elegirá dicho fondo pensional 5 días después de que venza la oportunidad de la actora, se le concede al accionado un término adicional de 5 días para que eleve la solicitud del cálculo actuarial ante la entidad correspondiente y 15 días para pagar el monto que allí arroje, contados a partir de la notificación de la respectiva liquidación por parte de la administradora.

De acuerdo con la decisión que se acaba de tomar, no es procedente ordenar el reconocimiento de la pensión sanción solicitada, pues el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, dispone como requisito para su reconocimiento además de un tiempo de servicio entre 10 y 15 años y el despido injusto, la omisión en la afiliación al sistema general de pensiones, requisito que se encuentra cumplido con la condena que se acaba de proferir por concepto de afiliación y pago de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones.

En relación con la calidad de empleador del demandado Juan Antonio Gaitán Caviedes, también se observa que en la demanda se afirmó que la accionante prestó servicios para ambos demandados, sin embargo la juez de primera instancia declaró que la relación laboral fue entre María Teresa Espitia Arias y Luisa Fernanda Forero Espitia y que su esposo no fue empleador, pero que debía responder solidariamente por las condenas impuestas, pues se benefició de las labores desarrolladas por la trabajadora.

Para llegar a esta conclusión, la juez de primera instancia manifestó que la demandante en el interrogatorio aceptó que quien la contrató y pagaba el salario era Luisa Fernanda Forero, lo que no se ajusta a la realidad del proceso, pues de la revisión del interrogatorio absuelto por la demandante, no se advierte que haya aceptado tal hecho y por el contrario manifestó que ambos demandados la fueron a buscar a Bogotá y la contrataron para trabajar con ellos.

Si bien los testigos llamados al proceso no se refirieron a que la demandante prestara servicios a Juan Antonio Gaitán Caviedes y que recibiera órdenes suyas, se observa que la demanda fue presentada contra Luisa Fernanda Forero Espitia y Juan Antonio Gaitán Caviedes para que se declarara la existencia del contrato de trabajo con ambos, además el demandado Gaitán Caviedes en el interrogatorio de parte aceptó que la demandante cuidaba de sus hijos, lo que quiere decir, que también le prestó servicios a él y por lo tanto, debe tenerse como un verdadero empleador, máxime que también manifestó que siempre ha convivido con su esposa y sus hijos en la casa en la que laboró la accionante. Nótese que la demandante prestó servicios en la casa de los accionados en labores de cuidado de los hijos de la pareja y en otras actividades del hogar del cual la pareja conformada por Luisa Fernanda Forero Espitia y Juan Antonio Gaitán Caviedes, ejercen de manera conjunta la dirección del hogar.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJSL4723-2019, en caso similar indicó:

“... luego de dar por acreditado que los servicios prestados lo fueron en favor de ambos accionados a partir de sus interrogatorios y la aceptación por escrito de la existencia de la misma, no fueron desbordados los lineamientos de la congruencia, máxime si se tiene en cuenta que la pretensión principal del proceso fue la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y los dos demandados, sin que fuere necesario el estudio de las condiciones subordinantes respecto de cada uno, pues desde el momento mismo en que se integró el contradictorio y no existió pronunciamiento alguno en el momento del saneamiento y fijación del litigio, se entendía que la actividad procesal del Juez lo era en torno a una unidad procesal conformada por las partes, estos es, los dos demandados y la demandante, independientemente de las afirmaciones del señor PEÑA ROMERO en la contestación de la demanda.

Así mismo, en lo concerniente al punto de la falta de valoración de la demanda por parte del ad quem al no tener en cuenta que las órdenes eran impartidas por MARÍA CRISTINA ZAMBRANO DE PEÑA y no por su cónyuge, bajo la afirmación que «del nexo contractual, estaba excluido el señor PEÑA ROMERO, ya que este, solo se celebró [...] entre las dos

señoras, lo cual es lógico y elemental, los esposos no intervienen en la contratación del servicio doméstico» (subrayas fuera del texto) (f.º15 de cuaderno de la Corte), resulta inaceptable a esta Sala el argumento, por ir en contravía de los lineamientos constitucionales del Estado social de derecho, que impone la eliminación de la discriminación incluso al interior de las familias fundado en los denominados roles de género y estereotipos tradicionalmente considerados como válidos, en grave menoscabo de grupos poblacionales determinados, lo cual, en este caso, se materializa en una afirmación misógina al pretender exculpar su responsabilidad patronal, que se dio por acreditada procesalmente, con el argumento de que no intervino en el desarrollo de una relación de trabajo por ser el caballero del hogar y no entenderse con el servicio doméstico, olvidando incluso que conforme al artículo 177 del CC la dirección conjunta del hogar es una obligación legal que asiste a los cónyuges.”

De acuerdo con todo lo anterior, se modificará el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar la existencia del contrato de trabajo entre María Teresa Espitia Arias como trabajadora y Luisa Fernanda Forero Espitia y Juan Antonio Caviedes como empleadores.

En relación con el pago de primas de servicio, condena que fue impugnada por la parte demandada con fundamento en que desde la demanda se afirmó que los empleadores habían pagado este concepto, se observa que le asiste razón a la parte pasiva, toda vez que revisada la demanda se encuentra que no se incluyó pretensión relacionada con el pago de primas de servicios. Además, en el hecho No. 13 de la demanda se afirmó: *“Los demandados pagaron prima de servicios causadas entre el 1 de diciembre de 2003 y el 17 de junio de 2018”*. (fl. 2 Archivo 01ExpedienteDigital.pdf)

De acuerdo con lo anterior, no es procedente proferir condena por concepto de prima de servicios, por lo que se revocará parcialmente el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en cuanto condenó al pago de \$3.477.812 por este concepto y se absolverá a los demandados de esta petición.

Sobre el pago de vacaciones, la parte demandada afirma que no tuvo en cuenta la juez a quo, que la testigo Claudia Forero Espitia manifestó que semestralmente los demandados se iban a la ciudad de Cartagena y que por estar sola la casa, la demandante quedaba cesante a título de vacaciones.

Para resolver esta inconformidad, debe recordarse que el artículo 186 del CST dispone que los trabajadores que hubieren prestado sus servicios durante un año

tienen derecho a quince días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. Ahora bien, dentro del proceso no se encuentra evidencia que la demandante hubiera disfrutado de vacaciones y si bien la testigo Claudia Catalina Forero Espitia, cuya declaración fue solicitada por la parte demandada, manifestó: *“Bueno, yo lo que sé y lo que ví nuevamente fue lo que mi hermana, el esposo de mi hermana es de Cartagena, ellos siempre en vacaciones escolares de mitad de año y final de año estaban en Cartagena. Y durante esa época la casa permanecía vacía, incluso las mascotas que tienen iban a guardería.”*. De su dicho no se puede extraer que la demandante durante los viajes de los accionados, disfrutara del descanso remunerado en la forma que establece la norma aplicable y tampoco que en ese tiempo quedara cesante a título de vacaciones como lo afirma el apoderado en la apelación.

Así las cosas y al no encontrarse demostrado que la demandante hubiere disfrutado de vacaciones, procede su compensación en dinero por el tiempo laborado, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 995 de 2005 que dispone: *“Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado.”*

Realizadas las operaciones aritméticas del caso se obtiene un total de \$5.681.365 por concepto de compensación de vacaciones, que corresponde a un total de 5.236 días y el último salario que fue de \$781.242 mensuales. Como en primera instancia se obtuvo una cifra superior, se modificará la condena impuesta.

Respecto de la compensación de la suma de \$11.840.000, pagada por la demandada luego y sobre la cual manifiesta su apoderado que no fue descontada de las condenas proferidas, debe tenerse en cuenta que con la contestación de la demanda se allegaron comprobantes de pago por concepto de indemnización por diferentes valores reconocidos entre el 14 de septiembre de 2018 y el 13 de julio de 2019 que suman \$10.400.000, así como comprobantes de pago por concepto de pago liquidación entre el 3 de julio y el 31 de agosto de 2018 por un valor total de \$2.380.000. Ahora bien, la juez a quo al declarar que el contrato de trabajo terminó sin justa causa, absolvió de la correspondiente indemnización con

fundamento en que la demandada había pagado un valor superior al que correspondía, por lo que debe concluirse que la suma a la que se refiere el apoderado de los demandados fue tomada en cuenta por la juez. Además de lo anterior, se advierte que la parte demandada no propuso la excepción de compensación al contestar la demanda, por lo que no es procedente declararla de oficio, de conformidad con lo establecido en el artículo 282 del CGP, según el cual: *“...cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.”*

De acuerdo con lo anterior, no sería procedente ordenar la compensación solicitada por la parte demandada en el recurso de apelación.

A pesar de lo anterior, se advierte que la demandante después de la finalización del contrato de trabajo recibió las siguientes sumas a título de liquidación: (i) \$470.000 el 3 de julio de 2018; (ii) \$470.000 el 18 de julio de 2018; (iii) \$470.000 el 4 de agosto de 2018; (iv) \$470.000 el 17 de agosto de 2018 y (v) \$500.000 el 31 de agosto de 2018, para un total de \$2.380.000 por concepto de liquidación de prestaciones (fls. 62 – 67 Archivo 01ExpedienteDigital.pdf), sumas sobre las cuales debe declararse el pago parcial y autorizar a la demandada para que del valor de las condenas que debe reconocer por concepto de prestaciones, descuente la suma pagada y en este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia.

Finalmente y en relación con las indemnización moratoria y la sanción por no consignación de cesantías, debe recordarse que el numeral 1º del artículo 65 del CST modificado por el artículo 29 de la Ley 797 de 2003, establece que si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagarle como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo hasta por 24 meses o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor y que si transcurrido ese tiempo desde la terminación del contrato, sin que el trabajador haya iniciado la reclamación laboral por la vía ordinaria, tendrá derecho al pago de intereses moratorios a la

tasa máxima de crédito de libre asignación certificado por la Superintendencia Financiera, a partir de la iniciación del mes 25 hasta cuando el pago se verifique. Dispone la misma norma en el parágrafo segundo que el pago por los 24 meses, sólo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un salario mínimo mensual vigente y para los demás seguirá vigente lo dispuesto en el artículo 65 del CST.

Y sobre la sanción por no consignación de cesantías en un fondo, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece *“el valor liquidado por concepto por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantías que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo”*.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, frente a estas sanciones, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara al indicar que estas condenas no son automáticas y que debe observarse si existió o no buena fe por parte de empleador, en la omisión en el pago de salarios y prestaciones sociales y en la falta de consignación de cesantías (Vid. CSJ SL2079-2018; CSJ SL1928-2018; CSJ SL20994-2017; CSJ SL6621-2017; CSJ SL8216-2016, entre muchísimas otras).

Así por ejemplo en sentencia SL11436-2016 en la cual la Corte Suprema de Justicia rememoró la sentencia con radicado 24397 de 2005, explicó que los jueces deben valorar ante todo la conducta asumida por el empleador que no satisface a la extinción del vínculo laboral las obligaciones a su cargo, valoración que debe hacerse desde luego con los medios probatorios específicos del proceso que se examina y que en materia de la indemnización moratoria no hay reglas absolutas que objetivamente determinen cuando un empleador actúa de buena o de mala fe y que sólo con el análisis particular de cada caso en concreto y sobre los medios de prueba allegados en forma regular y oportuna, podrá esclarecerse lo uno o lo otro.

Si bien en el caso bajo examen, se profirió condena por concepto de cesantías, que causaría el reconocimiento de la indemnización establecida en el artículo 65 del CST, así como la sanción por no consignación de cesantías, tal omisión no puede estimarse como revestida de mala fe o que en ella existiera el ánimo de causar un perjuicio a la trabajadora, pues el empleador durante la vigencia del contrato de trabajo declarado, siempre pagó salarios y primas de servicio, tal como lo reconoció la parte demandante. De otra parte se observa que en el desarrollo de la relación laboral en la cual la demandante desempeñó la labor de cuidar los hijos de los accionados, la trabajadora no estaba sometida de manera estricta a horarios y cumplimiento de órdenes, nótese como la testigo de la demandada María Angélica Rincón Ospina, vecina de los accionados, manifestó que conoció a María Teresa Espitia en la casa de Juan Antonio y Luisa Fernanda cuidando los niños, varias veces la veía que los sacaba a la portería y al respecto manifestó: *“yo siempre la veía en la portería, es más, después de que recogía a los niños en la portería se quedaba hablando con los porteros, que eso a veces hasta nos incomodaba aquí a los residentes del conjunto” (...)* *“ella realmente que cumpliera horario estricto no, como le digo, yo salía a dejar a mis hijos a la ruta o llegaba al pueblo y la encontraba en diferentes horarios, a veces salía temprano, incluso cuando yo iba a hacer vueltas a Bogotá la encontraba por ahí, varias veces la llevé a Bogotá, entonces no era que cumpliera un horario estricto” (...)* *“a veces yo me la encontraba tipo once de la mañana 12 del día, iba saliendo a Cajicá a visitar a unos familiares que tenía en Cajicá y a hacer vueltas de ella al pueblo.”* Agregó que siempre vio una relación familiar entre las partes. Por su parte Claudia Catalina Forero Espitia también se refirió a la relación familiar que había entre las partes y sobre el rol que cumplía la demandante relató: *“cuando yo pasaba a la casa de mi hermana, en horas a veces de la tarde, mi tía siempre estaba en la cocina, generalmente me ofrecía algo de comer, como dije anteriormente, ella fungía como dueña de la casa, yo realmente no sé qué hacía durante el día, porque pues no vivo con mi hermana y me ofrecía un café, a veces nos sentábamos a comer juntas y como le dije anteriormente, la mayoría de las veces que yo pasaba a la casa de mi hermana, la recogía porque ella me pedía el favor y la llevaba hasta su casa.” (...)* *“yo a veces pasaba en las horas de la mañana, a veces antes del pico y placa para salir a la finca y pues ella no se encontraba ahí, a veces pasaba más tarde a recoger algo tipo nueve diez de la mañana y ella me abría y me entregaba las cosas. A veces pasaba de regreso, en horas de la noche, también con mi mamá, la hermana de la señora Teresa y lo que digo, entrábamos, tomábamos un café, a veces ella estaba viendo una novela, generalmente estaba en la cocina preparando algo o una sopa, siempre en una actitud totalmente familiar, nos sentábamos nos ofrecía, comíamos y nos la llevábamos con nosotros y la dejábamos en su casa.”* Así las cosas, concluye la Sala que en la omisión de los demandados en reconocer prestaciones sociales,

existiera el ánimo de causar un perjuicio a la demandante, nótese como la demandada Luisa Fernanda Forero, pagó sumas por concepto de prestaciones sociales al finalizar la relación laboral. De otra parte, debe tenerse en cuenta que la parte demandante aceptó que durante toda la relación laboral los accionados pagaron prima de servicios, cuando la obligación de pagar esta prestación a los trabajadores del servicio doméstico surgió con la expedición de la Ley 1788 del 7 de julio de 2016, por lo que los demandados durante la mayor parte de la relación pagaron sumas a las que no estaban obligados. También pagaron indemnización por despido en mayor valor al que correspondía y desde el año 2006 e incluso con posterioridad a la terminación de la relación laboral la afilió y pagó plan complementario de salud en COMPENSAR, tal como se evidencia con la documental de folios 68 a 83 del expediente digital.

Lo anterior permite inferir que los demandados, durante el tiempo en que se declaró la vigencia del contrato, actuaron bajo el convencimiento de que se encontraban frente a una relación de ayuda mutua entre familiares y que por tal razón la demandante no tenía la calidad de trabajador. Además, al haber reconocido valores de más por concepto de indemnización por despido y prestaciones sociales, creyeron que no debían pagar valores adicionales a los reconocidos. En este orden se reitera, que los empleadores de buena fe, al finalizar la relación creyeron no deber suma alguna a la demandante, razón por la cual se debe absolver de las peticiones de indemnización moratoria y de sanción por no consignación de cesantías y confirmar la decisión de primera instancia en este punto.

Agotados los temas de apelación, se modifica la decisión apelada en los términos indicados anteriormente. Por haber prosperado parcialmente los recursos de ambas partes no se impondrá condena en costas en la segunda instancia.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia dictada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, el día 4 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario de la referencia y en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre **MARIA TERESA ESPITIA ARIAS** y **LUISA FERNANDA FORERO ESPITIA** y **JUAN ANTONIO GAITÁN CAVIEDES**, desde el 1º de diciembre de 2003 hasta el 17 de junio de 2018.
2. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada y en su lugar **REVOCAR** la condena por concepto de prima de servicios y **ABSOLVER** a los demandados de esta petición y **MODIFICAR** la condena por concepto de vacaciones al valor de \$5.681.365.
3. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en cuanto absolvió de las restantes pretensiones y en su lugar **CONDENAR** a los demandados a pagar las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones por el tiempo que estuvo vigente la relación laboral, que se efectuará mediante calculo actuarial cuya liquidación respectiva se realizará con base en el salario mínimo mensual legal vigente desde el 1º de diciembre de 2003 hasta el 17 de junio de 2018, que deberá ser consignado por los accionados al respectivo fondo de pensiones; para tal efecto, se concederá a la demandante el término de 5 días desde la ejecutoria de la sentencia para que manifieste a qué administradora de pensiones se afiliará; y en caso de guardar silencio al respecto, será el demandado el que elegirá dicho fondo pensional 5 días después de que venza la oportunidad de la actora, se le concede al accionado un término adicional de 5 días para que eleve la solicitud del cálculo actuarial ante la entidad correspondiente, y 15 días para pagar el monto que allí arroje, contados a partir de la notificación de la respectiva liquidación por parte de la administradora. En caso de que la parte demandada no realice la solicitud de cálculo actuarial ante el fondo en el término indicado, se autoriza al demandante para que realice este trámite.
4. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia en el sentido declarar probada de oficio la excepción de pago parcial por la suma de \$2.380.000, respecto de la cual

se autoriza a la parte demandada para descontarla de las condenas por concepto de prestaciones sociales.

5. **CONFIRMAR** la sentencia apelada en sus demás partes.
6. **SIN COSTAS** en el recurso.

NOTIFIQUESE MEDIANTE EDICTO Y CUMPLASE



JOSÉ ALEJANDRO TORRES GARCÍA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA
SECRETARIA