REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 20-2017-00756-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE:	**MIGUEL ANGEL CASTELLANOS**
DEMANDADO:	**SONIA YANETH OLIVEROS TINJACÁ**
	JOSE JOAQUIN ANGEL CASTELLANOS
ASUNTO:	**APELACION PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 20º Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de septiembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 6 a 9), así como los demandados (fls. 12 a 23) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) MIGUEL ANGEL CASTELLANOS instauró demanda ordinaria laboral contra los señores JOSE JOAQUIN RAMIREZ CUELLAR y SONIA YANNETH OLIVEROS TINJACA, debidamente sustentada como aparece a folios 1

y 2 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PARTE DECLARATIVA:

1. Que el señor MIGUEL ANGEL CASTELLANOS celebró contrato de trabajo verbal (término indefinido) con el señor JOSE JOAQUIN RAMIREZ CUELLAR a partir del 15 de enero de 1993 hasta el 23 de noviembre de 1998.
2. Que durante la vigencia de la relación laboral (15 de enero de 1993 hasta el 13 de noviembre de 1998), el demandante desempeñó el cargo de mesero.
3. Que durante la vigencia de al relación laboral, al señor MIGUEL ANGEL CASTELLANOS no le fueron reconocidas ni pagadas sus prestaciones sociales, tales como primas, cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones.
4. Que durante la vigencia de la relación laboral al señor MIGUEL ANGEL CASTELLANOS nunca fue afiliado por parte de su empleador al Sistema de Seguridad Social.
5. Que el señor MIGUEL ANGEL CASTELLANOS celebró contrato de trabajo verbal a término indefinido con los señores JOSE JOAQUIN TAMIREZ CUALLAR y SONIA YANNETH OLIVEROS TINJACA, a partir del mes de julio de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2015.
6. Que durante la vigencia de la relación laboral (julio de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2015), el demandante se desempeñó como mesero.
7. Que durante la vigencia de la relación laboral (julio de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2015) al actor no le fueron reconocidas ni pagadas sus prestaciones sociales, tales como prima, cesantías, intereses sobre las cesantías, ni vacaciones.
8. Que durante la vigencia de la relación laboral (julio de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2015) el demandante no fue afiliado por parte de sus empleador al Sistema de Seguridad Social.
9. Que el demandante fue despedido sin justa causa por el diagnóstico VIH – SIDA, sin autorización del inspector del trabajo por parte de sus empleadores.

PARTE CONDENATORIA:

1. A los demandados al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, por no haber sido afiliado el actor durante la relación laboral, encontrándose diagnosticado con VIH.

2. Al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales desde la fecha de estructuración de la enfermedad padecida por el demandante.
3. Al reconocimiento y pago de los intereses causados por el no pago de las mesadas pensionales desde la fecha de estructuración de la enfermedad por el demandante.
4. Costas procesales.

El señor JOSE JOAQUIN RAMIREZ CUELLAR (fls. 153 a 162) contestó la demanda, así como la señora SONIA YANNETH OLIVEROS TINJACA (fls. 280 a 290), de acuerdo al auto visible a folio 291. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 20° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 14 de septiembre de 2020, **ABSOLVIÓ** a los señores JOSE JOAQUIN RAMIREZ CUELLAR y SONIA YANETH OLIVEROS TINJACA, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas por el señor MIGUEL ANGEL CASTELLANOS. Sin **costas** en la instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, teniendo en cuenta la declaración rendida por el señor José Joaquín Ramírez, donde confiesa diferentes imprecisiones que hace parte de la relación laboral, pues admite que desde marzo de 2007 el demandante prestaba sus servicios y recibía una remuneración, precisando que en la Acción de Tutela los demandados coincidieron en señalar que el actor hacía las labores de mesero de manera ocasional, expresando que el demandante algunos los fines de semana no se presentó a colaborar, ayudando de manera voluntaria. Adicionalmente, manifestaron que el actor realizaba a título personal, las compras de licor en las cigarrerías cercanas para venderlo a sus clientes, quedando acreditada de ésta manera la actividad personal por parte del demandante.

Aunado a lo anterior, en la diligencia realizada el 10 de marzo de 2017 se refirió que el demandante efectuaba tareas de mesero, tomando pedidos dentro y fuera del establecimiento de comercio, encontrándose plenamente acreditados los elementos materiales para declarar que entre las partes existió una relación laboral.

No se tuvo en cuenta las pruebas aportadas con el expediente de la Acción de Tutela, esto es, los testimonios, las declaraciones, las intervenciones y registro fotográficos allegadas, donde se observa al actor con una chaqueta roja atendiendo en el establecimiento de comidas rápidas, vistiendo una chaqueta roja con el logo de J&R.

Por otro lado, no puede perderse de vista lo afirmado por el Gerente del establecimiento de Comidas rápidas, quien daba instrucciones al demandante sobre la realización de los quehaceres como mesero, concluyendo que el contrato realidad se encuentra respaldado con varias pruebas que dan cuenta del mismo, toda vez que se acredita la prestación personal del servicio, de manera periódica, con un horario de manera dependiente y remunerada, por lo que solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia a efectos de que sea reconocida la pensión de invalidez a cargo de los demandados, toda vez que el actor acredita mas del 50% de pérdida de capacidad laboral y en vigencia de la relación laboral los demandados no afiliaron al demandante al Sistema de Seguridad Social, así como al pago de las indemnizaciones solicitadas.

2. **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**: En el presente asunto no se evidencia que haya operado el fenómeno de la prescripción, pues debe contabilizarse desde la terminación del contrato de trabajo, que es cuando se hace exigible las prestaciones sociales en los términos del artículo 429 del CST, razón por la cual solicita el reconocimiento de todas aquellas prestaciones sociales que se causaron en vigencia de la relación laboral desde el año 2004 hasta el año 2015, así como las respectivas indemnizaciones.

3. **INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA Y PENSIÓN DE INVALIDEZ**: Señala que el demandante fue calificado con mas del 50% de pérdida de capacidad laboral, declarándolo inválido, sin que fuera afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud por parte de los empleadores, ni en vigencia de la primera relación laboral, así como tampoco de la segunda relación laboral, resaltando que fue despedido sin justa causa el 31 de diciembre de 2015, a sabiendas de la enfermedad que padece el actor, por

lo que deberá ordenársele a los demandados reconocer la pensión de invalidez desde la fecha de estructuración otorgada al demandante.

4. **PRUEBA PERICIAL**: Señala que el dictamen pericial aportado por la perito Ana Yolanda Céspedes Cajamarca, no se entiende por que solo son utilizados documentos del año 2010, 2011, 2012, 2005 y 2006, pues no fueron tenidos en cuenta los demás documentos allegados al expediente para su respectivo estudio. Por otro lado, en el interrogatorio efectuado a la perito no se le permitió realizar las preguntas, siendo una violación al debido proceso, aunado al hecho que en ningùn momento el demandante fue citado para la toma de muestras grafológicas, resaltando que la perito al ser grafóloga no tomó ninguna prueba al actor, no siendo idóneo su dictamen, por cuanto al compararlo con el proceso ante la Corte Constitucional, verificaron documentos del expediente firmado por los demandados, firmas que son totalmente iguales a las aquí debatidas

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El **problema jurídico** se centra en determinar: **1.** Si entre el señor MIGUEL ANGEL CASTELLANOS y los señores JOSE JOAQUIN RAMIREZ CUELLAR y SONIA YANNETH OLIVEROS TINJACA, existió una relación laboral con vigencia desde el 15 de enero de 1993 al 23 de noviembre de 1998 y de julio de 2004 al 31 de diciembre de 2015. **2.** En caso afirmativo, sí proceden las condenas peticionadas en el libelo introductorio, tales como el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, indemnización por despido sin justa causa, etc.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

En ese orden, la Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió

una relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales, dependiendo de la prosperidad de dicha declaración, la Sala estudiará lo relacionado a las condenas solicitadas en la demanda, o si como lo concluyera el juzgador de primer grado, negar las pretensiones introducidas en el libelo introductorio.

De acuerdo a lo anterior, Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *"aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural* o *jurídica bajo la continuada dependencia* o *subordinación de la segunda y mediante remuneración "*.

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) la **subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la "situación real " en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la "situación formal " o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así las cosas, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Descendiendo al *sublite*, se allegó como pruebas al proceso documentos del trámite dentro de la Acción de Tutela, tal como el auto proferido por la H. Corte Constitucional del 15 de febrero de 2017 mediante el cual el máximo Tribunal Constitucional ordenó oficiar a la Fiscalía General de la Nación para que informara del estado en el que se encontraba la denuncia formulada por el demandado José Joaquín Ramírez Cuellar en contra del señor José Roberto Aguirre Castiblanco por falso testimonio, ordenó igualmente al aquí demandante que informara si había efectuado cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social; ordenó practicar la declaración de parte del señor Miguel Ángel Castellanos, así como de la declaración de parte de la sociedad Pinchos J&R, a través de su representante legal (fls. 20 a 27).

También se allego al expediente, junto con la contestación de la demanda dictamen de pérdida de capacidad funcional del demandante, expedido por la Secretaria de Salud – subred Integrada de Servicios de Salud Norte ESE (fls. 114 y 115), historia clínica del actor (fls. 141 a 144 y 149), certificado del SENA (fl. 145 a 148), denuncia presentada por el Seño Joaquín Ramírez en contra del aquí demandante, por el delito de falsedad de documento, al haber falsificado su firma en una certificación laboral (fl. 150), transferencia de establecimiento de comercio, del señor José

Joaquín Ramírez Cuellar a la señora Sonia Yanneth Oliveros Tinjaca (fl. 255), constancia del Banco Caja Social (fl. 274), copia de depósito judicial (fl. 275), comprobante de pago (fl. 276), registro fotográfico del demandante vistiendo una chaqueta color naranja (fls. 86 a 92), historia clínica del demandante (fls. 93).

Igualmente copia de las sentencias de tutela T-327 de 2017 de primera instancia (fls. 257 a 266) y segunda instancia (fls. 267 a 273) mediante las cuales negaron la solicitud de amparo constitucional invocada por el aquí demandante, así como la sentencia proferida por la H. Corte Constitucional, mediante la cual se levantó la suspensión del término decretado dentro del trámite de la revisión de la Acción de Tutela, levantó las medidas provisionales dispuestas en auto del 10 de marzo de 2016, revocó el fallo proferido por el Juzgado Tercero Laboral de Bogotá del 26 de agosto de 2016, que confirmó el fallo de primera instancia y denegó el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad y al trabajo, dentro de la Acción de Tutela promovida por el señor Miguel Ángel Castellanos en contra de José Joaquín Ramírez Cuellar y Sonia Yanneth Oliveros Tinjaca, y en su lugar, concedió el amparado de los derechos fundamentales antes mencionados, como mecanismo transitorio, por lo tanto le concedió el término al aquí demandante de 4 meses a efectos que iniciaría el proceso a efectos de definir a cabalidad la existencia del contrato realidad con Pinchos J&R y si le asiste o no el derecho al reconocimiento de salarios dejados de percibir, pagos de prestaciones sociales e indemnización por despido sin justa causa, termino que comenzaría a contabilizar desde la notificación del dictamen de pérdida de capacidad laboral que se practique, Finalmente ordenó a Pinchos J&R, a la sociedad SJE Hijos LTDA y a José Joaquín Ramírez Cuellar, de manera solidaria, a cancelar mensualmente un (1) SMLMV a favor del aquí demandante hasta que exista un pronunciamiento en firme por parte de la Justicia Ordinaria o venza el término de 4 meses concedido al actor (fl. 164 a 234).

Finalmente a folio 85 reposa certificación que data del 7 de junio de 2006 igualmente suscrita por el demandado Ramírez Cuellar en calidad de Gerente General de Pinchos J&R en donde hace constar que el demandante se encuentra laborando actualmente en dicha empresa desde el 4 de abril de 2002 los fines de semana en el horario de 7:00 PM a 5:00 AM documento que fue nuevamente allegado debidamente autenticado y que obra a folio 321 del plenario el cual fue tachado de falso por parte del demandado José Joaquín Ramírez Cuellar.

A folio 324 obra requerimiento por parte del Fiscal 366 Seccional de la Unidad de la Fe Pública y Orden Económico, solicitando se enviara el original del certificado laboral presuntamente firmado por el señor José Joaquín Ramírez Cuellar a efectos de realizar los estudios grafológicos y documentológicos a que haya lugar (fls. 325 y 326).

Se practicó **interrogatorio de parte** del señor MIGUEL ANGEL CASTELLANOS, quien indicó que trabajó en el establecimiento Pinchos J&R desde el año 1993 a 1998, siendo sus Jefes los señores Ricardo y José Joaquín Ramírez y posteriormente desde julio de 2004 al 31 de diciembre de 2015, siendo sus jefes los aquí demandados. Que no prestó sus servicios para SYJ HIJOS LTDA. Que recibía ordenes de los demandados cuando trabajaba en el establecimiento Pinchos J&R. Que las actividades que realizó era la atención a los carros, atención a la mesa, atención en la barra, hacer aseo en el local, hacer aseo en las mesas y el piso, lavar los trastes, estar pendiente de las cámaras cuando se desconectaban por la limpieza, convencer a los policías para que movieran el reten, cuando ponían el reten en frente del establecimiento Pinchos J&R, y el demandado autorizaba darles una hamburguesa. Que terminaba de hacer aseo a las 10:00 AM, y se les entregaba el turno a los de la mañana. Que el 31 de diciembre de 2015 estuvo abierto el establecimiento Pinchos J&R. Que el señor José Joaquín le manifestó al demandante el 31 de diciembre de 2015 que no había mas trabajo. Que no tiene conocimiento si el establecimiento Pinchos J&R funcionó con posterioridad al 31 de diciembre de 2015.

Pues bien, conforme el acervo probatorio que obra dentro del plenario, solicita la parte actora se declare la existencia de una relación labora con los demandados, la primera que tuvo vigencia desde el 15 de enero de 1993 hasta el 23 de noviembre de 1998, y la segunda desde julio de 2004 al 31 de diciembre de 2015, sin embargo, el demando niega la existencia de la relación laboral, poniendo en duda la veracidad de la certificación aportada por el demandante, siendo propuesta la tacha de falsedad de dicho documento.

Así pues, ante la tacha propuesta por el demandado, el Juzgado de instancia acudió a un concepto técnico científico para determinar la veracidad de la certificación expedida el 7 de junio de 2006, frente al cual reposa informe de investigador de Laboratorio FPJ – 13 elaborado por la señora Ana Yolanda Céspedes Cajamarca el 16 de septiembre de 2019 denominado "Informe de examen de Escritura Manuscrita", en el que se concluyó que *"De acuerdo con el análisis y cotejo realizado*

a los elementos allegados para estudio, se pudo determinar lo siguiente: No existe uniprocedencia gráfica de la firma de duda presente en el documento enunciado frente a las muestras escriturales extra proceso aportadas como patrones pertenecientes al señor JOSE JOAQUIN RAMIREZ CUELLAR" visible a folios 335 a 346.

Conforme lo anterior, se excluirá del debate probatorio la certificación expedida el 7 de junio de 2006, por no corresponder a la verdad, y adicionalmente, por cuanto la parte demandante falto a la verdad e intentó defraudar a la Justicia con la prueba documental mencionada.

Ahora, respecto del primer vínculo laboral que afirma haber sostenido con el demandado, esto es, desde el 15 de enero de 1993 al 23 de noviembre de 1998, no obra prueba alguna siquiera sumaria que acredite la prestación personal del servicio durante este lapso.

Por otro lado, respecto del segundo vínculo laboral que aduce el actor, esto es, desde julio de 2004 al 31 de diciembre de 2015, se aportaron sendas declaraciones extra proceso, respecto de las cuales no se solicitó ratificación, por lo que tienen pleno valor probatorio, la primera de ellas rendidas por el señor SALVADOR QUIAZA FETECUA (fl. 101) quien afirmó que es taxista y concurre la zona donde queda ubicado el establecimiento Pinchos J&R, y por lo tanto es cliente frecuente de dicho establecimiento, que conoce al demandante hace 5 años aproximadamente, porque lo veía esporádicamente los fines de semana sacando comida de J&R y vendiendo de otras cigarrerías trago a clientes del sector, cigarrerías que quedan al lado de Pinchos J&R.

Una segunda declaración extra proceso rendida por el señor JAVIER CANO CUBILLOS (fl. 102), quien manifestó que conoce al demandante hace mas de 17 años por motivos de amistad y vecindad; que le compraba trago, jugos y gaseosas en una cigarrería que era de su propiedad hasta agosto de 2015, ubicada en la Calle 116 No. 19 – 66, que lo veía esporádicamente los fines de semana en el sector.

No obstante lo anterior, conforme la certificación expedida el 24 de enero de 2006, suscrita por el demandado, certificación que no fue tachada por el demandado, certifica que el actor laboró en la empresa ubicada en la calle 116 No. 25 – 56 los días 20 de enero y sábado 21 de enero del presente, indicando que su horario estricto de trabajo era de 7:00 PM a 5:00 AM (fl. 84), con lo que acompasa que

eventualmente el demandante pudo prestar sus servicios los fines de semana en el establecimiento Pinchos J&R, sin embargo, no debe perderse de vista que los mismos declarantes en su declaración extra proceso rendida, indicaron que vieron al actor de manera esporádica, no manifestaron que fuera de manera regular y constante, sino que de manera esporádica, lo que puede colegir el texto de la certificación antes mencionada, esto es, que laboró por dos días en el establecimiento Pinchos J&R.

Aunado a lo anterior, el demandante no especifica de manera clara el extremo inicial de la relación laboral, pues tan solo se refiere a que inició el vínculo laboral en el mes de julio de 2004.

En ese orden de ideas, si bien se acreditó la prestación personal del servicio, por lo menos en dos días de todo el tiempo que aduce el demandante, esto es, el 20 y 21 de enero de 2006, lo cierto es que en múltiples sentencias expedidas por la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que una vez demostrada la prestación personal del servicio, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros, pues así lo ha adoctrinado el máximo órgano de cierre en la sentencia SL249 Rad. 61373 del 6 de febrero de 2019, en la que adoctrinó:

> *Al respecto, recuerda la Sala que aunque se acredite la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo, en los términos del artículo 24 ibídem,* ***ello no exime al demandante de cumplir con otras cargas probatorias****, como lo son, verbigracia, los extremos temporales, el monto del salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros. Ello en aplicación a la regla general de la carga de la prueba, por virtud de la cual, quien afirma la existencia de un supuesto está compelido a demostrarlo, tal como acontece en el sub lite.*

Ahora bien, respecto de la *subordinación* alegada por el recurrente, debe resaltarse que de las mismas declaraciones extra proceso de puede evidenciar que el

demandante no es que cumpliera un horario laboral de manera estricta todos los fines de semana, pues ambos, esto es, los señores SALVADOR QUIAZA FETECUA y JAVIER CANO CUBILLOS coincidieron en afirmar que vieron al demandante de manera esporádica, de lo que se infiere que no se veía constantemente, o por lo menos de manera regular los fines de semana, de lo que se puede concluir que la actividad la realizaba de manera libre y autónoma, pues conforme lo indicó el señor JAVIER CANO, no solo le prestó sus servicios a Pinchos J&R, sino que eventualmente podía prestarle sus servicios a la cigarrería que era de su propiedad, demostrando la falta de subordinación en el horario que eventualmente prestaba sus servicios por parte del demandante.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la deficiencia probatoria relacionada con la temporalidad del vínculo jurídico que ató a las partes, así como la subordinación que caracteriza el contrato de trabajo, impide la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda, toda vez que la prueba recaudada no permite determinar la existencia de una relación laboral entre las partes dentro del periodo comprendido entre el junio de 2004 y el 31 de diciembre de2015; razón por la cual, al no reunirse los elementos establecidos en el artículo 23 del CST para determinar la existencia de una relación laboral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P y en concordancia con los principios que informan la carga de la prueba, la parte demandante debe soportar la imposición de una decisión absolutoria, pues no se allanó a la obligación de probar sus afirmaciones.

Finalmente, si bien la H. Corte Constitucional en sentencia T 327 de 2017 amparó los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral, a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna del aquí demandante, el mismo fue como mecanismo transitorio, supeditado a la decisión en firme por parte de la Justicia Ordinaria, también lo es que para tomar su decisión estimó que ello procedía en el evento de no proceder la pensión sanción o la de invalidez, con el ánimo de adoptar alguna medida adicional de protección dirigida a garantizar al demandante el mínimo vital, y fue por tal razón que le concedió el término de 4 meses a efectos de que iniciara el proceso ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, con el objeto de dilucidar de manera definitiva, por el Juez natural competente para el caso, si existió o no relación laboral entre las partes, así como si le asiste derecho al pago de los salarios dejados de percibir, y el pago de prestaciones sociales e indemnización por despido sin justa causa, de conformidad con el análisis y debate probatorio dentro del presente asunto debe estudiarse la existencia del contrato realidad, precisando que la Justicia Ordinaria Laboral no queda atada a la decisión del Juez

Constitucional, ni queda atado por prejudicialidad, máxime cuando la H. Corte Constitucional en su decisión no encontró posible determinar la duración del vínculo entre las partes, por cuanto no existió certeza sobre la duración de la relación laboral y la fecha inicial de la vinculación del demandante, aunado al hecho que no era posible estudiar la pretensión tendiente al reconocimiento de la pensión de invalidez, por cuanto para la fecha de dicha audiencia, esto es, 10 de marzo de 2017, el demandante aun no se encontraba calificado, por lo que ordenó al Distrito le califique la pérdida de capacidad laboral al actor.

Y es que en esa medida el demandante debió aportar las pruebas necesarias a efectos de acreditar la relación laboral que aduce en la demanda, y no esperar que se tenga en cuenta la totalidad de las pruebas allegadas a la Acción de Tutela, pues como se dijo en precedencia, en dicha instancia Constitucional no fue posible declarar la relación laboral ante la orfandad probatoria, y además por cuanto en sentencia de la Acción de Tutela se ordenó debatir de manera definitiva y analizar si efectivamente existió un contrato realidad, resaltando que la parte demandante no desplegó ninguna actividad probatoria para acreditar los hechos que fundamentan las pretensiones incoadas en la presente demanda.

Conforme lo anterior, no queda otro que despachar desfavorablemente las súplicas incoadas por el recurrente, relevándose de los demás puntos de apelación incoados en el recurso de apelación, por depender exclusivamente de la pretensión principal, esto es, la declaratoria de la existencia del contrato realidad.

En consecuencia, no queda otro camino que **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado 20° Laboral del Circuito de Bogotá.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de cada uno de los demandados; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

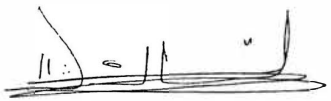
RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2020 por el Juzgado 20º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de cada uno de los demandados; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310502020170075601)



DAVID A. J. CORREA STEER
(Rad. 11001310502020170075601)

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310502020170075601)