



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA QUINTA DE DECISION LABORAL

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-007-2019-00676-01.
Demandante:	Alejandro Lopera Gómez
Demandado:	Zona Camp S.A.S.
Vinculado:	Protección S.A.
Asunto:	Apelación Sentencia
Procedencia:	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Contrato realidad –prestaciones, fuero de paternidad

Medellín, marzo catorce (14) de dos mil veintitrés (2023)

En fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES, VICTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada ponente, procede, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, el 14 de julio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor ALEJANDRO LOPERA GOMEZ en contra de la sociedad ZONA CAMP S.A.S., proceso al cual fue vinculada la AFP Protección S.A. Radicado 05001-31-05-007-2019-00676-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor ALEJANDRO LOPERA GOMEZ, convocó a juicio a la sociedad ZONA CAMP S.A.S, a fin de que se declare que entre las partes existió una relación de trabajo entre el 2 de agosto y el 31 de diciembre de 2018, que se declare que el accionante fue despedido sin justa causa encontrándose amparado por el fuero de paternidad en virtud del estado de embarazo de su cónyuge y que en vigencia de la relación laboral la demandada omitió el pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicio, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social; en consecuencia se condene al empleador al reintegro del demandante al cargo que venía desempeñando o a uno de mejor categoría, con el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social desde el momento del despido hasta que efectivamente sea reintegrado, así como al pago los mismos conceptos causados durante la vigencia de la relación laboral; igualmente al pago de los 60 días de salario, como indemnización al ser despedido bajo el amparo del fuero de paternidad y sin autorización del Ministerio del Trabajo, al pago de la sanción moratoria por el no pago de las prestaciones sociales y a la indexación de las condenas. Subsidiariamente el reintegro pretendió el pago de la indemnización por despido injusto del artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo.

Como sustento fáctico de las anteriores súplicas, se narró, en síntesis, que el demandante fue contratado por la sociedad demandada el 10 de mayo de 2018 mediante contrato de prestación de servicios para asesorar a esta en el montaje y puesta en marcha de un restaurante, que cumplida la gestión el 27 de julio de 2018 empezó a funcionar el restaurante Colosal y fue finiquitado el contrato de prestación de servicios, momento en el cual se contrató verbalmente al gestor del proceso para prestar sus servicios como Gerente desde el 02 de agosto de 2018, con el compromiso que el trabajador pagaría la seguridad social y la sociedad se la reconocería; que se pactó como salario \$5.000.0000 más \$2.000.000 por los buenos resultados del restaurante, últimos que no se pagaron; que dentro de sus funciones estaban dirigir y coordinar el grupo de trabajo, liderar los procesos de

inventarios y compras, gestionar el proceso administrativo y financiero, contratar el personal y proveedores, entre otras, que estaba obligado a cumplir un horario de 10:00 am a 4:00 pm y de 7:00 pm a 11:00 u 11:30 pm; que recibía órdenes de todos los socios en forma personal y por WhatsApp; que en ejercicio de sus funciones notificó a los empleadores el estado de embarazo de su cónyuge Verónica Martínez Trujillo, quien no laboraba y se encontraba afiliada en salud como su beneficiaria; que el 31 de diciembre de 2018 en forma unilateral le fue terminado el contrato de trabajo y que no le fueron canceladas las prestaciones sociales a que tenía derecho.

1.2.- CONTESTACIÓN

Al replicar la demanda, **Zona Camp S.A.S**, se opuso a las pretensiones e indicó que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios de asesoría en la logística y administración de un restaurante, que inicialmente tenía como fecha final el 01 de agosto de 20018, según la propuesta presentada por el demandante, el cual fue prorrogado verbalmente hasta el 31 de diciembre de 2018, que el demandante para la asesoría había recomendado comprar un sistema POS especializado para restaurantes, sistema que consiste en parametrizar inventarios de la cocina, del bar y parametrizar el sistema de costos, la parametrización del gramaje de cada plato de comida o receta, la creación de bases de datos generales, como datos de proveedores, entre otros, que fue debido a la complejidad de la administración a través del sistema POS se le propuso al demandante continuar la asesoría hasta el 31 de diciembre de 2018, que al demandante se pagaron honorarios por \$10.500.000 pesos y a partir del 02 de agosto de 2018, por la suma de \$5.000.000 mensuales; que el demandante no cumplía horarios, que expresó que no podía prestar sus servicios todos los días, que lo haría personalmente a cualquier hora o vía telefónica o remota, dado que en la misma época prestaba asesoría a otros tres restaurantes, que el actor no recibió órdenes, por el contrario siempre impuso las condiciones de la asesoría, que en ningún momento notificó el

estado de embarazo de su cónyuge y que como contratista le correspondía el pago de los aportes al sistema de seguridad social.

Con el fin de enervar las pretensiones, formula las excepciones de inexistencia de la obligación; falta de causa y objeto en las pretensiones del actor; petición de lo no debido; buena fe; prescripción del derecho; pago parcial; y la genérica.

Por su parte **PROTECCION S.A.** se pronunció frente al libelo inaugural, indicando que no le constan los hechos, por tratarse de una presunta relación laboral entre el demandante y la entidad demandada en la que la AFP no tiene ninguna injerencia, aunque no se opone a las pretensiones formula las excepciones de buena fe y hecho exclusivo de un tercero

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO.

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, decide el litigio mediante fallo proferido el 14 de julio de 2022, por medio del cual declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa y objeto en las pretensiones del actor y no probadas las demás excepciones que fueron propuestas por la demandada; absolvió a ZONA CAMP S.A.S de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra por el señor ALEJANDRO LOPERA GOMEZ y condenó en costas a este último en favor de la demandada ZONA CAMP S.A.S y de la AFP PROTECCION S.A.

1.4. RECURSO DE APELACION

La apoderada de la parte accionante interpone el recurso de apelación, para lo cual parte del principio rector del derecho laboral contenido artículo 1° del Código Sustantivo de Trabajo, “*lograr la justicia en las relaciones entre empleadores y trabajadores*”, cuestionando que el presente caso la juez, en ejercicio de su facultad oficiosa, favoreció a la parte fuerte de la relación laboral, al escuchar en interrogatorio a los

socios, mientras a su representado no se le dio la oportunidad de escuchar a la señora Verónica Martínez, además se aceptó la tacha de los testigos de la parte demandante, enfatizando al respecto que la expedición de una recomendación a la testigo no significa que se le deba un favor o que haya una circunstancia especial de amistad, pues ninguno de los testigos demandó a la empresa, ni tampoco formuló reproche frente a las suspensiones que la empresa les impuso.

Aduce que quedó probado que se celebró el contrato de prestación de servicios, que el testimonio que rindió la socia de la empresa, no cuenta de la prorroga entre el 02 de agosto de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2018, que lo que existió fue un contrato laboral regido por la subordinación, la cual fue probada por los testigos del demandante, al igual que por el interrogatorio de parte absuelto por el señor Alejandro Lopera, que da cuenta de la subordinación, los horarios y la forma como se prestó el servicio, sostiene que la empresa no logró desvirtuar la subordinación, se aportan cuentas por pagar que ni siquiera están suscritas por su representado, la socia que fue vinculada al proceso ni siquiera conoce las cuentas por pagar y es claro que los socios no iban a declarar que el actor cumplía órdenes o que estaba subordinado, incluso lo identifican como si fuera un ingeniero de sistemas y no identifican correctamente el nombre del programa que fue instalado en el restaurante. Aduce que no se tuvo la oportunidad de escuchar a los otros testigos de la parte demandada, empleados del restaurante, porque el despacho privilegió escuchar a los socios.

De otra parte, asegura que quedó probado que el demandante comunicó el estado de embarazo de su esposa, el cual era un hecho notario, pues los testigos de manera concordante declararon que la señora Verónica iba al restaurante y finalmente, solicita se tengan en cuenta las pruebas documentales que se aportaron con la demanda, la cuales no fueron tachadas y que de acuerdo con los artículo 22, 23 y 24 del Código Sustantivo de Trabajo, acreditan la configuración de un contrato realidad a término indefinido, asimismo aduce que se dan los elementos señalados en la Ley 1468 de 2011 y la sentencia C005 de 2017, que

hacen beneficiario al demandante del fuero de paternidad y por ende el despido no produce ningún efecto y al demandante se le adeudan las prestaciones sociales y la sanción moratoria al haber actuado el empleador de mala fe.

1.5. ALEGATOS DE CONCLUSION

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos ninguna de las partes emitió pronunciamiento.

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

Inicialmente, debe advertirse que, en virtud del principio de consonancia, la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, entendiendo que las partes quedaron conformes con los demás aspectos decididos; de conformidad con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984; los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

2.2. PROBLEMAS JURIDICOS

Deberá la Sala Determinar:

¿Si es procedente revocar la sentencia proferida por la señora Juez Séptima Laboral del Circuito de Medellín, para en su lugar, condenar a la sociedad accionada a reconocimiento de los conceptos pretendidos en la causa petendi de la demanda, determinando si entre el demandante y la sociedad Zona Camp S.A.S. existió un contrato de trabajo realidad, entre el 02 de agosto y el 31 de diciembre de 2018?

¿Si el demandante fue despedido sin justa causa encontrándose amparado por el fuero de paternidad, siendo procedente su reintegro al cargo y el pago de la indemnización equivalente a 60 días de salario, conforme al numeral 3 del artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo?

¿Si al demandante se le adeudan los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social y la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, por el periodo comprendido entre el 02 de agosto y el 31 de diciembre de 2018?

2.3. TESIS

Los problemas jurídicos se resuelven bajo la tesis según la cual la prueba recaudada desvirtúa la subordinación del accionante, respecto a la sociedad contratante, acreditándose que la relación que unió a las partes correspondió a un contrato de prestación de servicios de asesoría administrativa y financiera. En consecuencia, la sentencia absolutoria debe ser CONFIRMADA.

2.4. HECHOS NO CONTROVERTIDOS EN LA INSTANCIA

Encuentra la Sala que no son objeto de controversia los siguientes supuestos fácticos, los cuales se hallan acreditados:

- Que el señor ALEJANDRO LOPERA GOMEZ, prestó sus servicios personales para la sociedad accionada, entre el 10 de mayo y el 31 de diciembre de 2018.
- Que el ZONA CAMP S.A.S. dio por terminada en forma verbal la relación contractual el 31 de diciembre de 2018.
- Que el demandante presentó a los señores Juan David Posada y Catalina Yepes, como socios de la sociedad Zona Camp, una propuesta de asesoría para el

montaje del el Restaurante Colosal, el cual comprendía la administración operativa el punto de venta, compras e inventarios y otras asesorías adicionales sin costo, véase folios 29 a 33 del anexo 01. Demanda y Anexos. Pdf.

2.5. PREMISAS NORMATIVAS

El contrato realidad

El concepto de contrato realidad tiene fundamento en el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas que eligen las partes en las relaciones de trabajo, consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, de donde se concluye que con independencia de la denominación del contrato, lo que determina el surgimiento de los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, lo es la confluencia de los tres elementos que definen el contrato de trabajo, establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo.

Conforme a la citada norma, son tres los elementos que permiten la configuración de un contrato de trabajo, el primero, la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; el segundo, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, lo cual debe mantenerse por todo el tiempo o duración del contrato y el tercer elemento, el salario como retribución del servicio.

Consecuentemente el artículo 24 ibídem, modificado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1990, consagra una presunción legal del elemento subordinación, una vez acreditada la prestación personal del servicio:

“ARTICULO 24. PRESUNCIÓN. Modificado por el art. 2, Ley 50 de 1990. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.”

En desarrollo de tal presunción, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha estructurado una línea jurisprudencial pacífica y uniforme, en torno a cómo se distribuyen las responsabilidades probatorias entre el empleador y el trabajador, criterio expuesto entre otras, en las sentencias SL39259 del 17 de abril de 2013, SL4027 del 08 de marzo de 2017 y más recientemente en sentencia SL 2295 del 24 de mayo de 2022, así:

“Lo anterior significa, que al actor le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la empleadora a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario.”

Ahora bien, el trabajo humano, en todas sus formas, goza de la especial protección del Estado (artículo 25 de la Constitución Política), pero los principios que gobiernan el derecho sustantivo laboral, no son aplicables a aquellos trabajos que están por fuera del escenario de subordinación, como ocurre frente a contratos de carácter civil o comercial.

2.6. CASO CONCRETO

Siendo un hecho incontrovertido la prestación personal del servicio por parte del señor Alejandro Lopera Gómez a la sociedad Zona Camp S.A.S., en los extremos aducidos por el accionante, no hay duda que se activa la presunción de subordinación en favor del demandante, radicándose en la accionada la carga probatoria de demostrar que el vínculo que unió a las partes no tiene naturaleza laboral. Resulta relevante anotar que el demandante admite que entre el 10 de mayo y el 01 de agosto de 2018, ejecutó un contrato de prestación de servicios de asesoría, asegurando que, a partir del 02 de agosto de 2018, las partes celebraron un contrato de trabajo verbal a término indefinido.

Resolviendo los argumentos de la apelación, inicialmente, debe decirse que ningún reproche puede formularse al decreto oficioso y la práctica del testimonio de la

señora Catalina Yepes, socia de la sociedad accionada, en tanto únicamente el funcionario cognoscente es quien puede determinar que pruebas de oficio considera necesarias para formar su convencimiento, prerrogativa que el legislador excluyó del control a través de los recursos, de conformidad con el artículo 169 del Código General del Proceso *“Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso. Los gastos que implique su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas”*

Igualmente, la falladora de primer grado limitó la práctica de los testimonios de la accionada, en ejercicio de la facultad legal que le confiere el artículo 212 del Código General del Proceso, subrayando que los testimonios solicitados y decretados por la parte demandante fueron efectivamente practicados.

Prueba testimonial

Pues bien, refiriéndose la Sala a los testimonios de la parte demandante correspondientes a las declaraciones de los señores Sebastián Gallón y Paula Andrea Espinosa, se encuentra que lo mismos, contrario a lo afirmado por la alzada, no son responsivos y conclusivos de la subordinación e incurren en contradicciones que impiden reconocérsele credibilidad, como se anota:

El señor ***Sebastián Gallón Toro***, quien se desempeñó como mesero del Restaurante Colosal, afirmó que el demandante a partir del 02 de agosto de 2018, tuvo un vínculo laboral con la sociedad, lo cual apoya en que participó en la reunión en la cual este fue nombrado, en la que estuvieron, además, todos los empleados, sin embargo no pudo recordar que persona hizo esa reunión, afirmando que fue uno de los socios, pero no recuerda el nombre, aceptando que no fueron los socios mencionados en este proceso, esto es el señor Juan David Posada, el señor Sergio Amad Aguirre y el señor Paul Adrián Aguirre, explicando, posteriormente, que realmente en la reunión no se nombró al demandante como gerente pero si se les presentó al señor Alejandro Lopera en esa calidad.

En relación con las funciones del demandante utilizó referentes generales, pues afirmó “*Se encargaba de que todo funcionara bien en el restaurante, que todo se diera, que todo saliera muy bien.*”, sobre las órdenes que recibía el demandante, solo informó que le decían “*esta mesa está desorganizada o vamos a hacer este evento*”, declaró que los socios iban todo los días y velaban porque “*todo estuviera bien, que todo estuviera funcionando bien, revisaban todo y miraban que estuviera limpio, todo en orden, que la cocina estuviera bien y revisaban todo*”, esto es, según el testigo hacían, prácticamente, la misma labor que el demandante.

Afirmó que el demandante siempre estuvo en el restaurante desde la apertura al cierre y que nunca estuvo incapacitado, contradiciendo el dicho del demandante, quien informó que estuvo incapacitado por 12 días, igualmente indicó que el señor Alejandro Lopera trabajaba hasta las 1:00, 2:00 o 3:00 de la mañana cuando el demandante, desde la demanda, indicó que su horario se extendía hasta las 11:00 u 11:30 de la noche.

Expresó el deponente que cuando le fue terminado el contrato al actor llegó otro jefe de nombre Dagoberto, mientras que la testigo Paula Espinoza Vélez, declaró que el señor Dagoberto era el meitre (jefe de sala), quien la llamó a la entrevista en agosto 5 de 2018, que era la persona que les asignaba las zonas de trabajo, estaba pendiente que hicieran el trabajo y hacía las veces de jefe directo; igualmente, manifestó el señor Gallón que el demandante laboró del 2 de agosto de 2018 al 19 de abril de 2019, estando probado que el contrato con el demandante terminó el 31 de diciembre de 2018, además indicó que para junio de 2018 cuando se vinculó con el restaurante, el demandante no trabajaba allí, que la asesoría empezó en julio de 2018, encontrándose igualmente demostrado que la asesoría inició el 10 de mayo de 2018.

De otra parte, el testimonio de la ***Paula Andrea Espinoza Vélez***, también ofrece inconsistencias, que afectan su eficacia probatoria, aun sin considerar la tacha de sospecha, en primer lugar, la misma declaró que vio la convocatoria para el

restaurante Colosal por internet envió su hoja de vida y la llamaron a una entrevista con el gerente y resultó casualmente que era el señor Alejandro Lopera, cuando este ya había aceptado en su interrogatorio que fue él quien recomendó a la señora Paula Espinoza para laborar en el restaurante porque ella había trabajado con él en el restaurante Masa, que la contrató porque era muy buena empleada y sabía atender muy bien los clientes.

Declaró esta testigo que no sabe cómo fue nombrado como gerente el señor Alejandro Lopera que cuando llegó él era el gerente, afirmó que ella ingresó el 05 de agosto de 2018, no obstante del reporte de ventas de todos los empleados, se evidencia que la misma solo tuvo ventas a partir del mes de septiembre de 2018, véase folio 47 del anexo 01, afirmó que los socios iban de vez en cuando y le decían a Alejandro como debían ir las cosas, contradiciendo al testigo Sebastián Gallón quien dijo que los socios iban todos los días y revisaban directamente el trabajo; informó que las funciones del actor eran las de Gerente y que el socio Paul Aguirre solo hacía acto de presencia, mientras el señor Sebastián Gallón declaró que el señor Paul Aguirre se encargaba de todas las compras y era la mano derecha del señor Alejandro.

Respecto al interrogatorio del demandante, al cual remite la alzada como fuente de acreditación de los hechos, es menester puntualizar no tiene la fuerza de convicción suficiente para acreditar o desvirtuar la ocurrencia de los hechos objeto de debate, siendo que a ninguna de las partes le es dable producir sus propias pruebas, es decir *“... que la parte que hace una declaración de un hecho que lo favorece, no puede pretender en el proceso hacerlo valer en su propio beneficio”* (CSJ SL 24450 del 29-09-2005 SL 24450 del 02-07-2008, SL17191-2015, SL1024-2019, SL3308-2021, recordando que el fin del interrogatorio lo es generar prueba de confesión sobre hechos que son adversos a la parte que declara.

En esta la dirección, por el contrario, del interrogatorio del accionante, solo se obtiene prueba de confesión en cuanto a que el mismo acepta que tiene una

empresa, desde hace 15 años, dedicada a la consultoría y asesoría de restaurantes, que trabaja según la necesidad de los clientes, sin que se acreditara que para el año 2018 hubiese suspendido la actividad para dedicarse, como lo afirma en la demanda, de tiempo completo al Restaurante Colosal, pues lo que único que indica al respecto es que estaba en una mala situación económica y por eso aceptó la gerencia.

Ahora el representante legal de zona Camp S.A.S. Paul Aguirre, no generó prueba de confesión pues no admitió ningún hecho adverso, sosteniendo que era él quien fungía como gerente y copropietario del restaurante.

La prueba documental

Este medio de convicción no contribuye al propósito de persuadir en torno a que que la relación contractual era subordinada, pues se aportó la propuesta de asesoría presentada por el demandante, folios 28 a 33 anexo 01, con la cual se ratifica la prestación inicial de un servicio no subordinado. En ella el demandante se compromete a asesorar administrativa y financieramente en la puesta en marcha y funcionamiento del Restaurante Colosal.

Allegó la pasiva los recibos de pago por honorarios, glosados a folios 23 a 25 del anexo 06. correspondientes al 14 de agosto de 2018, 11 de septiembre de 2018, 22 de septiembre de 2018, 29 de noviembre de 2018, 29 de diciembre de 2018 y 02 de enero de 2019, firmados por el demandante, todos por un valor de \$5.000.000, para un total de \$30.000.000 en el periodo que se alega en la demanda, dentro de los cuales se relievra que en el periodo en que se reclama la existencia de la relación laboral el demandante continuó recibiendo honorarios por el mismo valor que previamente se había ofertado, recordando que se pactaron inicialmente \$10.500.000 por 60 días, lo que no concuerda con la novación del vínculo que aduce el demandante concertaron las partes.

Asimismo, este colegiado comparte la valoración de la prueba documental relativa al chat que vía WhatsApp cruzó el demandante con la señora Catalina Yepes Guerra, en tanto que los mismos no ofrecen el contexto de la comunicación, además de que corresponden a tres mensajes de texto, que no guardan relación entre sí y en los cuales solo se identifica una fecha, 31 de agosto de 2018. Sumado a que analizado el contenido de las conversaciones, se tiene que las mismas, distinto a lo afirmado, desvirtúan la subordinación, pues en el primero la señora Catalina pregunta al demandante hasta que horas va a estar en el restaurante, para enviarle una señora interesada en un evento, a lo cual el actor responde que hasta las 7:30 u 8:00 pm, de donde se deduce que el señor Lopera podía decidir sobre su horario y que no es cierto que laborara de lunes a sábado hasta las 11:00 u 11:30 de la noche.

El segundo mensaje corresponde a la solicitud al demandante del envío de la carta de alimentos y bebidas y el tercero la solicitud del envío del RUT, para certificar al restaurante como proveedor, sin ninguna otra información, de donde tampoco es posible derivar la continuada subordinación.

En cuanto al reporte de ingresos y salidas del restaurante por parte del demandante reportadas en el sistema y que se rotula “Employeeed Time Card” visibles a folio 43 y 45 del anexo 01, como se dejó sentado también en el fallo que se revisa en apelación, los mismos solo registran información del 31 de julio al 10 de agosto de 2018, que corresponden a las dos primeras semanas de funcionamiento del restaurante y del 16 al 22 de diciembre de 2018, último mes en el cual prestó los servicios el pretensor y si bien en el periodo inicial se relaciona 9 días 118 horas, para un promedio de 13.1 horas diarias, que podrían llevar a concluir la subordinación, debe tenerse en cuenta que la propuesta inicial de asesoría incluía el acompañamiento sin costo adicional en los primeros 15 días del restaurante, que no se aporta información de ingreso o salidas entre el 11 de agosto y el 15 de diciembre de 2018 y para diciembre solo se relacionan 6 días, 38 horas para un promedio de 6.3. horas, con un día de 0 horas y otro de solo 2

horas, por lo que tal prueba no resulta suficiente para establecer el vínculo laboral, destacando que allí se identifica al accionante en la posición “*Job position*” de propietario y no como empleado.

En relación con los testimonios de los señores ***Sergio Amad Aguirre y Catalina Yepes Guerra***, el primero presentado por extremo pasivo de la relación procesal y la segunda decretada de manera oficiosa por el despacho de conocimiento, relieves la Sala que le asiste razón a la alzada, en cuanto a que tienen interés directo en el resultado del proceso, pues afirmaron la calidad de socios de la persona jurídica demandada.

Ahora es innegable que los testimonios tienen armonía entre sí y con el interrogatorio del representante legal de la sociedad, pues al unísono declararon i) que el demandante no fue contratado como gerente del restaurante de Colosal el 02 de agosto de 2018, pues lo que se decidió por los socios fue prorrogar la asesoría que venía realizando hasta el 31 de diciembre de 2018, para efectos de culminar el proceso de alimentación del sistema Shifts By Job y de capacitación en el manejo del mismo; ii) que el demandante no cumplía horario ni tenía una jornada establecida, pues era quien elegía los días y las horas en que iba al restaurante, no portaba uniforme, no tenía que pedir permisos, utilizaba su propio computador o herramienta tecnológica y no recibía órdenes. Se agrega que no tenía supervisión y que solamente debía presentar mensualmente un informe a la junta directiva sobre el estado del restaurante según la información del sistema. 3) que el demandante no cumplió con los objetivos, no realizó la capacitación a los socios e incluso no compartía toda la información y que por ello se dio por terminada la asesoría.

El valor probatorio del testimonio de los socios de una sociedad demandada, esta sometido a un mayor rigor, en tanto no son extraños al litigio y en principio, los testigos deben ser tercero distintos de los sujetos del proceso, a efectos de que pueda garantizarse la imparcialidad, sin embargo, analizada la prueba en su

conjunto determina la Sala que no puede negarse eficacia probatoria a los mismos en cuanto están en sintonía con los demás medios de prueba, en cuanto a que el demandante no tuvo un vínculo subordinado.

Importa precisar que, aun cuando este juez plural negara eficacia probatoria al testimonio de los dos socios, ***Sergio Amad Aguirre y Catalina Yepes Guerra*** ello no conduciría a revocar la decisión, pues en virtud del principio de la comunidad de prueba, las contradicciones de los testigos presentados por el mismo demandante y la valoración de la prueba documental llevan al convencimiento de que la relación que existió entre las partes no fue laboral.

Fuero de Paternidad

La Corte Constitucional, en la sentencia C-005 de 2017 al revisar la constitucionalidad del artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo, extendió la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada o gestante, al cónyuge, compañero permanente o pareja trabajadora, cuando esta no tenga un vínculo laboral formal, regla jurisprudencia que quedó plasmada posteriormente en el artículo 1 de la Ley 2141 de 2021.

De tal manera que el fuero de paternidad consiste en la prohibición de despido unilateral y sin justa causa de un trabajador cuya cónyuge, compañera permanente o pareja cumpla con los siguientes requisitos: (i) encontrarse en estado de embarazo o dentro de las 18 semanas posteriores al parto; y (ii) no tener una relación laboral formal.

En el sublite es diáfano que en virtud de la sentencia de exequibilidad condicionada para el momento de la terminación del vínculo, era, en principio aplicable el fuero de paternidad en favor del demandante, empero, estando demostrado que el demandante no tenía un vínculo de carácter laboral no era sujeto de la protección constitucional por el fuero de paternidad alegado,

recabando en este punto que el demandante no cumplió con la carga probatoria que le asistía en tanto no probó que el estado de gestación de la cónyuge del demandante hubiera sido notificado al empleador, pues los testigos del demandante afirman que el demandante les informó a ellos como compañeros de trabajo del estado de embarazo de su cónyuge y que también vieron a la esposa en el restaurante, contradiciéndose en cuanto si era notorio o no el embarazo, porque mientras el señor Santiago Gallón dice que tenía un mes y casi no se le notaba, la señora Paula Espinoza afirma que tenía tres meses y ya era notorio; tampoco se aportó la prueba del vínculo matrimonial o de la unión marital de hecho o de la relación de pareja, ni el registro civil de nacimiento del niño o niña, como, igualmente, no se allegó prueba de la dependencia económica de la madre respecto al demandante, pues la única evidencia que se aporta es el reporte de ecografía de 9 semanas realizado el 06 de noviembre de 2018 (véase folio 31 del anexo 01), con la cual no es posible establecer siquiera la calidad de beneficiaria en salud de la cónyuge respecto del demandante pues la ayuda diagnóstica fue realizada con cargo a la Póliza Sura –Medicina Prepagada.

Según lo expuesto es acertada la decisión de primer nivel y en consecuencia debe confirmarse la sentencia recurrida.

Costas a cargo del demandante.

3. DECISION

En consonancia con lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA

1. Se **CONFIRMA** la sentencia objeto de apelación, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí, en audiencia celebrada el día 14 de julio de

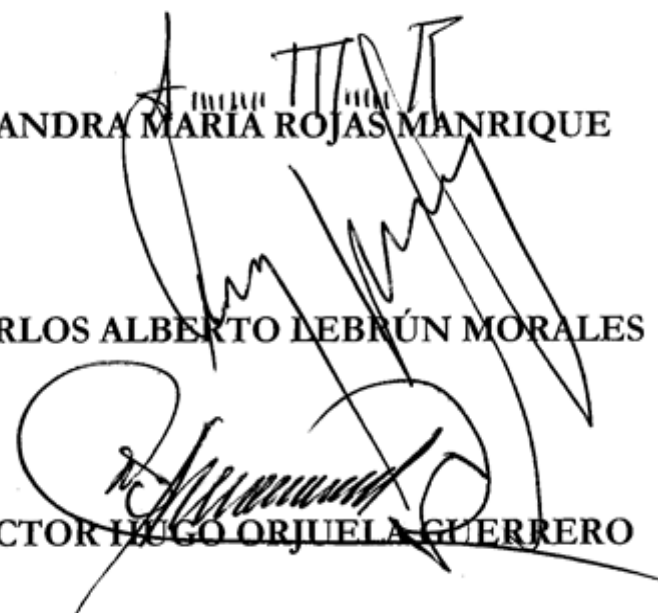
2022, en el proceso ordinario instaurado por el señor ALEJANDRO LOPERA GOMEZ en contra de la sociedad ZONA CAMP S.A.S., al cual fue vinculada la AFP Protección S.A.

2. **COSTAS** en esta instancia a cargo del demandante, inclúyase como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

3. Se ordena la devolución del expediente digital, con las actuaciones cumplidas, al Juzgado de origen.

El fallo anterior será notificado a las partes por Edicto de conformidad con el numeral 3° literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y el auto AL 2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,



SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE

CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES

VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO