



PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO

Magistrada Ponente

Riohacha, La Guajira, veintiuno (21) de junio de dos mil veintidós (2022)

Discutida y aprobada en sesión virtual, según consta en Acta N°034

Radicación N° 44-650-31-05-001-2018-00190-01 Proceso Ordinario Laboral. JEINER ALFONSO PÉREZ PADILLA contra ASEOS COLOMBIANO S.A “ASEOCOLBA S.A.”

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los magistrados CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ, HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES y PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO, quien preside en calidad de ponente, procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza el decreto 806 de 2020 artículo 15 numeral 1° y una vez surtido el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandante, contra la sentencia dictada en audiencia pública por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira, verificada el veintinueve (29) de septiembre de 2021.

ANTECEDENTES.

1.1. La demanda.

JEINER ALFONSO PÉREZ PADILLA mediante apoderado judicial instauró proceso ordinario Laboral de Primera Instancia contra la empresa ASEOS COLOMBIANOS S.A – ASEOCOLBA S.A, pretendiendo se declarara la existencia de un contrato de trabajo de duración de la obra o labor contratada que inició el 20 de abril de 2007 y terminó el 31 de julio de 2017 por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador; que como consecuencia de lo anterior la empresa demandada sea condenada al pago de la indemnización

por despido injusto, la reliquidación de las cesantías, intereses de éstas y primas; que se le pague el auxilio de transporte no cancelado en el tiempo laborado; así mismo, la indemnización moratoria contemplada en el art. 99 inciso 3 de la ley 50 de 1990 por la no consignación de las cesantías a un fondo a su nombre, y la del art. 65 del C.S.T. por el no pago de la totalidad de las prestaciones sociales al término de la relación laboral, hasta el momento en que se haga efectivo el pago; igualmente solicita que se declare ineficaz la cláusula del contrato que establece que los bonos de alimentación no constituyen salario; que se condene a la demandada al pago de las costas y se falle extra o ultra petita.

De manera subsidiaria, solicita se declare la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y en consecuencia, se condene a la demandada al pago de los salarios y prestaciones debidas al trabajador mientras permanezca cesante.

2.2 LA SENTENCIA APELADA

El Juez de conocimiento profirió sentencia en la que resolvió:

“PRIMERO: Declarar que entre el demandante JEINER ALFONSO PÉREZ PADILLA y la empresa ASEOS COLOMBIANOS S.A – ASEOCOLBA S.A. existieron dos relaciones de trabajo, de acuerdo a lo manifestado en la parte considerativa de esta providencia. SEGUNDO: Declarar probadas las excepciones de PAGO e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, propuesta por la parte demandada. TERCERO: ABSOLVER a la empresa ASEOCOLBA S.A. de las demás pretensiones formuladas en la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído (...).”

2.3 RECURSO DE APELACIÓN.

Intentando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, la apoderada judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la decisión adoptada con los siguientes argumentos:

“Bueno señor Juez de manera respetuosa me permito manifestarle que presento recurso de apelación en lo que respecta al punto dos de la parte resolutive donde pretenden absolver a la parte demandada puesto que dentro del proceso se reconoció por parte del testigo de la parte demandada que se dieron unos bonos de productividad que constituían en salario gracias a que estos eran producto de la realización de la labor de los trabajadores, que dicho bono era cancelado de manera continua a los trabajadores y se consignaba a fin de mes.

Con respecto al punto tres donde declara probada la excepción por parte de pago, considero que lo manifestado anteriormente respecto a lo que no se tuvo en cuenta en los factores salariales, el bono de productividad además de que manifestado por mi cliente y por el testigo ... escobar, se dijo que si bien es cierto no se prestaba el auxilio de transporte a los trabajadores gracias a que el servicio de transporte no daba capacidad para prestárselo a otros trabajadores y que los que estaban dentro del contrato prestación de servicios de monta cargas no contaban con este servicio.

En cuanto al punto cuatro contra las costas procesales, según lo manifestado en los puntos anteriores no estoy de acuerdo con el punto cuarto de la parte resolutive, puesto que como manifesté anteriormente en la parte motiva de la sentencia no se tuvo en cuenta lo afirmado y lo demostrado dentro del proceso y se pretende que la carga probatoria solamente la asuma la parte demandante siendo que se pidió que se exhibieran los documentos por la apoderada inicial a favor de demostrar lo que se pretendía dentro de la demanda y se evidencio por parte de la parte demandada que omitió en gran mayoría de los documentos tal la necesidad de esto incurrió en que debimos solicitarle a la empresa del cerrejón que aportara los contratos puesto que en muchas ocasiones notamos que se omitió por parte de la empresa demandada. No siendo más fundo en mí presente recurso de apelación en lo manifestado anteriormente”.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto del 08 de febrero de 2022, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión a interior del proceso de la referencia, pronunciándose de la siguiente forma:

.- Alegatos presentados por el apoderado de la empresa Aseos Colombianos S.A. “ASEOCOLBA S.A.”.

En síntesis expuso que *“muy a pesar de que declaró la existencia de un contrato laboral entre el demandante y la demandada; y que terminó por justa causa objetiva, también absolvió a la demandada de las pretensiones incoada por el demandante lo cual coadyuvo en los términos en que lo hizo la primera instancia por tener su sustento jurídico”*, por lo que estima debe confirmarse el fallo recurrido.

CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales.

Del estudio del plenario se determina que los requisitos indispensables para su formación y desarrollo normal representados en la demanda en forma, competencia del funcionario judicial y capacidad de las partes tanto para serlo como para obrar procesalmente, se encuentran reunidos a cabalidad, circunstancia que permite decidir de fondo mediante una sentencia de mérito, ya que tampoco se vislumbra causales de nulidad que invaliden lo actuado.

2. Problemas jurídicos.

Se conoce el proceso en segunda instancia por apelación formulada por el apoderado judicial de la parte demandante, lo que otorga competencia al Tribunal para revisar únicamente los puntos de inconformidad expuestos por el apelante único respecto de la sentencia de primera instancia.

En el presente caso no se discute la existencia de la relación laboral entre las partes y los extremos temporales, de manera que corresponde a la Sala dilucidar: 1) Si hay lugar a reliquidar salarios y prestaciones sociales porque no fue tenido en cuenta por la demandada al momento de liquidar las prestaciones sociales, el bono de productividad, el bono de alimentación y el auxilio de transporte.

Sea lo primero señalar que en el presente asunto resulta un hecho pacífico y sin discusión alguna que las partes estuvieron atadas por un contrato de trabajo entre el 20 de abril de 2007 y el 31 de julio de 2017, en donde el actor inicialmente ocupó el cargo de oficios varios y luego fue trasladado al de operador de Montacargas, tales circunstancias fueron establecidas por el Juez de Primera Instancia, sin que las partes hubieren manifestado inconformismo alguno al respecto, centrándose entonces el presente litigio en establecer si la bonificación por alimentación y productividad, constituyen o no factor salarial, y si tenía derecho al auxilio de transporte. Para definir entonces, lo que es materia de reproche, se abordará primigeniamente el análisis del primer emolumento señalado. En punto a establecer si esos bonos constituyen factor salarial debe indicarse lo siguiente:

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 127 CST, modificado por el 14 de la Ley 50 de 1990, es salario todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte.

Salario, no es pues otra cosa, que el pago que se le hace al trabajador por el servicio que prestó y, está integrado, por todos aquellos pagos que busquen recompensar ese servicio de manera habitual. Así lo ha colegido la Sala de Casación Laboral en pacífica línea jurisprudencial, siendo pertinente citar un pronunciamiento:

“Al respecto debe recordarse que se especifica como «salario básico u ordinario», el primero de los componentes del «salario», y lo conforman los pagos que efectúa el empleador al trabajador como contraprestación directa del servicio, sea variable o fija, en dinero o en especie, sin

importar cualesquiera de los tipos de contingencia o circunstancia a que se haya visto sometido el trabajador, siempre que haya laborado en el respectivo período (el día, la semana, la quincena o el mes) según acuerdo entre las partes. (Sentencia SL4369 de 2015).

Ahora bien, de lo dicho también se desprende que como integrante de la noción salarial, dicho rubro no podría dejarse a un lado como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales. Ello en la medida en que su pago habitual lo coloca al margen de cualquier consenso entre los contratantes con miras a excluirlo como tal, salvo que se trate de alguno de los que prescribe las voces finales del artículo 128 del C.L. de *“beneficios o auxilios ya sean habituales u ocasionales se acuerde convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador (...) expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”*.

Sobre el tema de la desalarización de la retribución que recibe el trabajador, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 1º febrero 2011, radicación 35771, señaló: *“Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter. Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado”*.

A la postre en sentencia SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y SL12220-2017, manifestó: *“El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad». La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo».*

Posteriormente en sentencia SL3266-2018, claramente indicó: *“(…) independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP), carácter salarial, al no ser premios como se denominaron, sino verdaderamente eran comisiones por afiliaciones. No es válido tampoco para las partes, en uso de la posibilidad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa inmediata es el servicio prestado, pues como lo ha sostenido esta Corporación, «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ 39475, 13 jun. 2012)”. En la SL5159-2018, recabó que: “La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017). Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación*

directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario”.

En sentencia reciente la SL 177-2020 del 21 de enero de 2020, una vez más la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reafirmó: *“Ha de insistir la Sala en que, ciertamente, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo permite que existan pagos dentro de la relación laboral que están al margen de tenerse por remunerativos del servicio, o lo que es lo mismo, no salariales. Sin embargo, lo que autoriza el artículo en cita no es en modo alguno una carta abierta para que las partes pacten cualquier tipo de devengo sin incidencia salarial, comoquiera que dentro de la libertad y autonomía que está presente en la relación de trabajo, no pueden las partes excluir de la connotación salarial pagos que por su naturaleza y esencia sí la tengan, como aquellos que están atados, precisamente, a la retribución del servicio de manera directa. Ante una discusión así planteada, es deber del juez, singular o colegiado, desentrañar la manera como está pactado un determinado pago sobre el que recae la discusión del contenido salarial y confrontarlo con los hechos probados en juicio”.*

En efecto, se tiene que la jurisprudencia del Máximo Tribunal Laboral, ha decantado de forma pacífica e incontrovertible que las partes no

pueden pactar que se despoje del carácter salarial a aquellos conceptos que constituyan una remuneración directa del servicio, mejor expresado, no es posible desvalorizar un pago que tiene dicha naturaleza, sino en palabras de la propia Sala de Casación Laboral, *“más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes”*. Bajo las consignadas directrices, lo siguientes, es establecer si los bonos de alimentación y productividad tiene el carácter de estipendio retributivo directamente del servicio, es decir, si tiene como finalidad remunerar de forma inmediata la transmisión de la fuerza de trabajo prestada u ofrecida por el actor, debiéndose entender como prestación directa del servicio la transmisión personal que hace el trabajador de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador. De igual forma, huelga puntualizar que el hecho de que dicho bono sea cancelado de forma habitual, ello no es un lineamiento inequívoco para determinar que constituye salario, conforme lo ha prohijado la jurisprudencia laboral de nuestro máximo órgano de la Jurisdicción Ordinaria, a guisa de ejemplo, en la sentencia SL 1399-2019 del 6 de marzo de 2019: *“no basta con que se entregue de manera habitual o que sea una suma fija o variable, sino que se debe examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado”*, pues lo que se debe analizar es la naturaleza de dicho emolumento.

Pues bien, en los hechos de la demanda el actor reclama una bonificación por alimentación y productividad que le venía pagando la empresa demandada, y la que no fue tomada en cuenta a la hora de liquidar sus prestaciones sociales, la única prueba existente en el expediente es el contrato de trabajo suscrito interpartes, en donde claramente se lee lo siguiente: *“Parágrafo 1: las partes expresamente acuerdan que no constituyen salarios las sumas de dinero o en especie que ocasionalmente o por mera liberalidad recibe o llegue a recibir en el (...) adicional a su salario ordinario, el trabajador del Empleador, como propinas, primas, bonificaciones, gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, o lo que recibe en dinero o en especie, para*

su beneficio como ayudas o auxilios habituales u ocasionales, tales como alimentación, o vestuario, habitación, bonificaciones pensionales o cualquier otra que reciba, durante la vigencia del contrato de trabajo, ni aquello (...) como gastos de representación, medios de transporte (...). Tampoco constituye salario las prestaciones sociales de que tratan los títulos vii y ix del código sustantivo del trabajo, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente (...) en forma extralegal por el empleador tales como alimentación, habitación, o vestuario” subrayas nuestras.

Descendiendo al caso objeto de estudio, tenemos la pretensión visible en el numeral 3.h, en donde el actor solicita se declare ineficaz la cláusula del contrato que establece que los bonos de alimentación no constituyen salario, empero con ningún de los medios de prueba existentes dentro del expediente se demuestra que estos bonos no tuvieron el destino indicado por la empresa, pues ésta afirma que iban dirigidos a sufragar la alimentación del empleado en la jornada laboral y no a retribuir sus servicios.

Hay que tener en claro es que, si la bonificación o auxilio, dentro de las cuales se encuentra el de alimentación, es producto del acuerdo suscrito en convención, contrato, o en forma extralegal, carecerá de naturaleza salarial siempre que las partes hayan acordado descartarlo expresamente.

En el sub-lite, observa la Sala que dentro del contrato de trabajo las partes decidieron acordar que ese beneficio de alimentación como acreencias no constitutivas de salario, situación que como se analizó en precedencia resulta completamente admisible, en virtud del principio constitucional de autonomía de la voluntad de las partes, protegido por el ordenamiento superior (artículo 53), por el cual los trabajadores y empleadores cuentan con amplias facultades para convenir las condiciones de la prestación del servicio de manera libre y voluntaria, siempre que no menoscaben las garantías mínimas y fundamentales del trabajador.

Ahora bien, caso contrario ocurre con el bono de productividad, pues los testigos del demandante como de la demandada coincidieron en afirmar que éste se pagaba de acuerdo a la gestión y si no se reportaba tal rendimiento no se ocasionaba, lo que indica que éste sí retribuía la labor del trabajador; empero, para poder liquidarlos es necesario establecer el salario promedio devengado por el demandante, pues es éste y no el básico el que se debe tener en cuenta para realizar las respectivas liquidaciones.

Revisados los anexos de la demanda y la contestación, se advierte a folios 46 y subsiguientes, comprobantes de pago de ciertos meses, así:

- Tres (3) quincenas del año 2010
- Cinco (5) del 2011
- Once (11) del 2012
- Diez (10) del 2013
- Una (1) del 2014
- Veinte (20) del 2015
- Veintiuna (21) de 2016 y
- Doce (12) de 2017.

(Faltando el de la segunda quincena del mes de marzo); por lo que encuentra la Sala que no se cuenta con los parámetros suficientes para determinar el salario promedio devengado por el actor, toda vez que, si bien con la demanda se allegaron unos comprobantes de pago, ellos no comprenden todos los meses laborados, y no se puede hacer cálculos al azar, atendiendo que el actor devengaba recargos nocturnos, dominicales y festivos, los cuales son variables, lo que hace imposible liquidar esta pretensión.

Como segundo punto a tratar, en relación al auxilio de transporte, se considera que efectivamente, fue la Ley 15 de 1959 la que introdujo el auxilio de transporte como una obligación a cargo de los patronos y luego, a partir de la expedición de la Ley 1ª de 1963, éste auxilio se consideró incorporado al salario para efectos de prestaciones sociales.

Ahora bien, tal y como lo señala el artículo 4° de la Ley 15 de 1959, los empleadores pueden prestar directamente el servicio de transporte gratuito a sus trabajadores, evento en el cual, quedan exonerados del pago del auxilio monetario al trabajador.

Para dilucidar el interrogante jurídico planteado, y luego de realizar la interpretación del artículo 7 de la Ley 1ª de 1963, se considera que el fin de la norma fue crear una ficción legal, en aras de dar el carácter de factor salarial al auxilio de transporte, para efectos de liquidar prestaciones sociales, es decir, que se requiere como presupuesto necesario para aplicar la norma en cita, que el trabajador tenga derecho al auxilio de transporte, y si tal presupuesto es satisfecho, surge consecuentemente la obligación patronal de tenerlo como factor salarial.

Y ello es así, porque frente a la obligación del empleador de auxiliar el valor que su trabajador invierte en el transporte, la Ley, tal como se expresó anteriormente, le ha dado dos opciones, pagar un valor monetario o prestar directa y gratuitamente el servicio, sin que esta última alternativa conlleve a la exoneración de incluir su valor real en la liquidación de las prestaciones sociales.

Acudiendo a un precedente jurisprudencial, la H. Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, sentencia de junio 30 de 1989, ha determinado que la Ley 1ª de 1963, creó una ficción legal, al entender incorporado al salario el auxilio de transporte, lo cual se hizo en los siguientes términos:

“(...) cuando el artículo 7° de la Ley 1° de 1963 le ordena incorporar al salario (...) para efecto de liquidar prestaciones sociales, lo que está es consagrando una ficción para efectos precisos y determinados. No se modifica así el carácter ex trasalarial del auxilio de transporte pues, por el contrario lo confirma. Como excepción que es, tiene que interpretarse restrictivamente pues es solo un privilegio que debe ceñirse a sus propios casos”.

De esta manera, resulta indiferente para efectos de aplicar el aludido artículo 7° de la Ley 1° de 1963, que el empleador auxilie el transporte en dinero o en servicio. Así, si existe la obligación patronal de reconocer el auxilio de transporte, existe igualmente el deber de tenerlo como factor salarial para efectos precisos y determinados: liquidar prestaciones sociales.

En el sublite solicita el actor el pago del auxilio de transporte correspondiente al tiempo laborado, es decir, del 20 de abril de 2007 al 31 de julio de 2017. Al contestar este hecho, la demandada negó esta afirmación, e indicó que este auxilio se cancelaba en especie, pues la empresa prestaba directamente el servicio de transporte del lugar de residencia, que para el caso era de Albania, al sitio de trabajo, por lo que no era necesario el pago en dinero de este derecho.

En la audiencia de pruebas, quedó demostrado que el actor residía en Albania y el empleador lo transportaba de ese municipio al complejo carbonífero, lugar donde debía laborar, también manifestó, tanto el testigo como el demandante, que en ocasiones sí tomaban el servicio, lo que conducen al despacho a creer que la empresa sí lo suministraba; empero, el testigo YOHANIS ESCOBAR en esa audiencia negó que le prestaran el servicio y aseguró que la empresa solo lo suministraba a los de aseo, la testigo de la demandada afirmó que sí lo prestaban a todos los empleados.

Dentro del expediente existe a folios 156 a 166 el contrato No 05112009, suscrito entre la demandada y el Cerrejon, en donde se especifica el lugar de prestación de servicios (folio 161) y como se prestaría el transporte (folio 162), *“es responsabilidad del CONTRATISTA suministrar los vehículos necesarios para el cumplimiento de los SERVICIOS y movilización interna de su personal dentro del complejo. El contratista garantiza que todos los vehículos que destine a la prestación de los SERVICIOS objeto de este contrato, estarán en buenas condiciones operacionales.*

Para la movilización externa de su personal el CONTRATISTA proveerá transporte adecuado, de acuerdo a los estándares exigidos por CERREJON.

Todos los costos de operación y mantenimiento de vehículos serán por cuenta del contratista”.

Por lo anterior, le asiste razón al juez de primer grado cuando decidió absolver al empleador de esta pretensión por mandato expreso del artículo 4º de la Ley 15 de 1959, el cual establece que cuando los empleadores presten directamente el servicio de transporte gratuito a sus trabajadores, quedan exonerados del pago del auxilio monetario al trabajador; empero, si debe incluirse el mismo como factor salarial para efecto de la liquidación de las prestaciones sociales, pero como se dijo en líneas anteriores no se cuenta con las pruebas para saber los salarios promedios devengados por el actor, aunado a que al revisar el folio 101 del expediente se avizora liquidación final de prestaciones sociales, y en esta se puede observar que sí se tuvo en cuenta ese concepto para el promedio devengado.

Como el demandante no probó los hechos en que fundamenta sus pretensiones, no puede esperar un fallo favorable, ya que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”* (art 167 C.G.P).

El objeto de la prueba en el proceso son los hechos y no las simples afirmaciones, toda vez que aquellos se constituyen en los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado trámite, por lo que corría a cargo de los extremos litigiosos buscar la comprobación de las pretensiones y las excepciones, es decir, la carga de la prueba entendida como una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tiene para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos.

A este propósito, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha expresado de la siguiente manera:

“El desinterés o incuria de cualquiera de las partes en aducir sus pruebas no pueden razonablemente ser suplidos por el juez con el pretexto de inquirir la verdad real sobre las materias controvertidas, porque la actuación de éste debe ser imparcial en todo tiempo, y sus poderes oficiosos se limitan a esclarecer puntos oscuros o de duda que se presenten en el juicio. Debe pues aclarar lo que parece verdadero en principio y no investigar la fuente misma de la verdad, como si se tratara de un asunto criminal”. (Sentencias C-655/98 y 221/92)

Con respecto a la inconformidad del apelante por la condena en costas, debe indicarse que las mismas se componen de conformidad con el artículo 361 del CGP por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el proceso y por las agencias en derecho, las cuales deberán ser liquidadas conforme el artículo 366 ibídem, y una vez aprobada la liquidación de costas, nace a la vida jurídica la posibilidad de controvertirlas, interponiendo los recursos de Ley, no antes, motivo por el cual, no será atendido dicho reparo.

Dada las resultas del proceso, debe decirse que al NO encontrarse demostrado los salarios promedios devengados por el actor en el interregno laboral que reclama, forzoso es concluir que le asistió razón al a quo en su decisión de absolver a la demandada, motivo suficiente para confirmar el fallo de primera instancia apelado, procediéndose con ello, a condenar en costas a la parte recurrente, conforme al Acuerdo 1887, emanado por la Sala Admirativa del Consejo Superior de la Judicatura.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **FALLA:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira el 29 de septiembre de 2021, en el asunto de la referencia, por lo expuesto en los considerandos de este proveído.

SEGUNDO: Costas en segunda instancia a cargo de la parte demandante. Fijense agencias en derecho en la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: NOTIFICAR por estado esta providencia.

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada Ponente

HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES
Magistrado

CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado