



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veintisiete de julio de dos mil veintiuno

18-159

Proceso: **APELA SENTENCIA**
Demandante: **JHON JAIRO VERGARA SÁNCHEZ**
Demandado: **AKARGO S.A.**
Radicado No.: **05001-31-05-018-2012-01294-01**
Decisión: **REVOCA PARCIALMENTE**

La Sala Tercera de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **LUZ AMPARO GÓMEZ ARÍSTIZABAL**, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 expedido el 4 de junio de 2020, en consonancia con los acuerdos proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura, sometió a consideración de los restantes integrantes de la Sala el proyecto aprobado en sala virtual en el **ACTA 22** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA Y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Pretende el demandante que tras declarar que entre él y la empresa denominada AKARGO S.A. (antes TRANSPORTES ESPECIALES A.R.G. S.A) existió una relación laboral regida por un contrato a término indefinido entre el 28 de septiembre de 2004 y el 26 de enero de 2010, el cual fue terminado de forma unilateral, ilegal e injusta por parte del empleador al haber incumplido las obligaciones contractuales viéndose obligado el demandante a presentar renuncia, configurándose un despido indirecto. Como consecuencia de lo anterior se condene a la demandada a pagar al actor:

- Bonificaciones y porcentajes sobre viajes de conformidad con lo pactado y según la *“política de pagos para conductores colombianos”*, durante todo el tiempo laborado
- Reajuste de los salarios cancelados durante toda la relación de trabajo según el promedio mensual devengado.

- Reajuste de las prestaciones sociales por todo el tiempo laborado con el promedio realmente devengado, incluyendo horas extras, recargos nocturnos por dominicales y festivos y las bonificaciones y porcentaje por viajes.
- Las 8 últimas quincenas equivalentes a \$750.000 de salario básico para cada una, más las utilidades y bonificaciones para un promedio mensual de \$2.000.000, incluyendo horas extras, recargos nocturnos por dominicales y festivos y las bonificaciones y porcentaje por viajes.
- Las últimas 4 primas de servicio, es decir, las dos de 2008, las dos de 2009 y la proporcional de 2010, teniendo en cuenta el salario promedio realmente devengado.
- Las vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías causados durante toda la relación laboral de conformidad con el salario realmente devengado, estos últimos con la sanción de pagado doble.
- La indemnización por despido indirecto del artículo 64 del CST, por el constante incumplimiento del empleador en las obligaciones laborales, con base en el salario realmente devengado.
- La sanción moratoria del artículo 65 del CST por la mora en el pago de las prestaciones sociales.
- La sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no haberle consignado las cesantías en un fondo y tampoco habérselas pagado.
- Los subsidios familiares y cotizaciones a Cajas de Compensación familiar por su hijo mejor Jonatán Vergara García.
- Las cotizaciones a seguridad social en pensión y salud desde el 2006.
- La devolución de los dineros descontados por concepto de pago a la Funeraria y que no fueron pagados por parte del empleador.
- La indexación de las sumas reconocidas desde la fecha del despido.
- Lo que ultra y extra petita resulte probado
- Y las costas del proceso.

1.2. PARA FUNDAMENTAR SUS PRETENSIONES EXPUSO EN SÍNTESIS LOS SIGUIENTES HECHOS:

- Que laboró con AKARGO SA antes TRANSPORTES ESPECIALES A.R.G. a través de contrato a término indefinido, en el cargo de conductor de tractomula entre el 28 de septiembre de 2004 y el 26 de enero de 2010, fecha para cual renunció a su cargo, debido a los constantes y reiterados incumplimientos de su empleador en el pago de quincenas y prestaciones sociales, además del pago del subsidio familiar y las cotizaciones a seguridad social.
- Que la remuneración básica pactada fue el salario mínimo legal más las utilidades sobre el valor del flete en un 7% y bonificación de acuerdo al tipo de vehículo conducido, para un salario promedio de \$1.500.000 y a partir del año 2006 el salario básico se incrementó a \$600.000 hasta 2008 y a partir de 2009 el básico fue de \$750.000, devengado en promedio mensualmente \$2.000.000 a la finalización de la relación laboral teniendo en cuenta los recargos por horas extras, dominicales y festivos.

- Que dado que su labor se desarrollaba entregando mercancías en lugares apartados del territorio nacional e incluso internacional, el horario de trabajo era pactado previamente a fin de que las mercancías llegaran a tiempo a su destino. Sin embargo, nunca se le cancelaron en horas extras, dominicales ni festivos a pesar de que en las colillas de pago se incluían las mismas.
- Que a pesar de que su salario se había pactado con el pago del 7% adicional sobre el valor de viaje y una bonificación dependiendo del vehículo que condujera, lo que hace parte de una política interna de pagos a conductores, estos no fueron pagados durante toda la relación laboral a pesar de que las mismas se consignaban en las colillas de pago.
- Que a la empresa demandada le han sido impuestas varias multas por parte del Ministerio de la Protección Social por el constante incumplimiento de las obligaciones patronales y en la actualidad le adeuda salarios y prestaciones a más de 200 trabajadores
- Que en varias oportunidades solicitó al empleador el reconocimiento del subsidio familiar por su hijo menor, solicitud que fue desatendida dado que no estaba afiliado a Caja de Compensación Familiar.
- Que la empresa demandada le hacía descuentos por concepto de pago a funeraria, pero no realizaba los pagos a la funeraria por lo que hay una retención indebida de dichos dineros.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La empresa demandada representada por curador ad litem dio respuesta a la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones e indicando frente a los hechos que ninguno le consta por lo que deberán ser objeto de debate probatorio.

1.4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 26 de julio de 2019 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, tras **DECLARAR** que entre el señor **JHON JAIRO VERGARA SÁNCHEZ** y la sociedad **AKARGO S.A.** existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 28 de septiembre de 2004 y el 26 de enero de 2010, **CONDENÓ** a la demandada a reconocer y pagar al señor **JHON JAIRO VERGARA SÁNCHEZ**:

- \$1.122.950 por salarios dejados de pagar
- \$1.362.075 por cesantías
- \$158.130 por intereses a las cesantías con su correspondiente sanción por no pago
- \$399.024 por vacaciones
- \$95.391 por prima de servicios
- \$6.820.000 por sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990
- \$31.312 por subsidio familiar por hijo menor.

- Intereses moratorios desde el 27 de enero de 2010 al momento del pago de las prestaciones y salarios adeudados como sanción contemplada en el artículo 65 del CST.
- Costas del proceso, fijando las agencias en derecho en la suma de 4 SMLMV.

De otro lado **ABSOLVIÓ** a la sociedad demandada de las restantes pretensiones formuladas en su contra.

2. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

2.1.ARGUMENTOS DE LA JUEZ

Señaló que conforme a las pruebas obrantes en el plenario se encuentra plenamente demostrado que entre el demandante y la empresa demandada AKARGO SA existió un contrato a término indefinido entre el 28 de septiembre de 2004 y el 26 de enero de 2010, fecha en la que el actor presentó la carta de renuncia ante el empleador.

En cuanto a la pretensión de indemnización por despido injusto aduciendo que se trató de un despido indirecto ante la falta de pago de salarios por parte del empleador, es, cuando estimó la juez que no era posible acceder a dicha pretensión, dado que cuando el demandante presentó su renuncia no manifestó al empleador cuales fueron las razones que lo llevaron a tomar esa decisión, ya que en la carta de renuncia no indicó que la misma obedecía a la causales contenidas en el literal d) del artículo 7 del decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del CST, por tanto no se cumplen los requisitos para considerar que se trató de un despido indirecto.

Por otra parte, consideró que no era posible reconocer las bonificaciones y porcentajes sobre viajes solicitados, pues si bien a folio 62 reposa parte de un documento denominado “política de pagos para conductores colombianos” donde se estipula un salario básico y unas participaciones adicionales según determinadas variables, dicho documento se encuentra de manera parcial, no está suscrito por ninguna persona, no va dirigido a ninguna persona ni se indica a que empresa es que corresponde tal documento y en gracia de discusión aunque se llegase a aceptar que esas eran las políticas de pago en la empresa demandante, el demandante era quien tenía la carga probatoria de demostrar que cumplió los kilómetros recorridos exigidos para entrar a disfrutar de esas bonificaciones, cuales son los viajes hechos y el valor de los fletes para que se pudieran realizar los cálculos pertinentes, pero en el plenario no hay ninguna prueba de estos aspectos por lo que absolvió de dicha pretensión y en consecuencia estimó que tampoco procede la pretensión de reajuste de pago de salarios y prestaciones con base en el promedio realmente devengado incluyendo el valor de estas bonificaciones y porcentajes sobre viajes, dado que no se probó el valor de los mismos.

De otro lado en cuanto a la pretensión de reliquidar el salario, con el argumento que al actor no le pagaban todos los conceptos que aparecían en las colillas de pago, consideró la juez que tampoco era posible reconocer dicho reajuste dado que dentro del proceso no se probó cual era el real salario pagado al demandante y cuál era el salario sobre el cual se pretendía la reliquidación ni cuáles eran los valores que fueron omitidos por el empleador al hacer el pago, por lo que no es posible calcular ningún reajuste de salario y por tanto absolvió de esta pretensión. En el mismo sentido indicó que tampoco era posible reajustar el salario teniendo en cuenta horas extras, dominicales y festivos, pues para poder acceder a esta pretensión estos conceptos deben estar plenamente acreditados y si bien los testigos indicaron que los conductores tenían una disponibilidad de 24 horas, no hay forma de reliquidar ese salario porque no se probó cuanto recibió el demandante por este concepto.

En el mismo sentido, consideró que tampoco es posible reliquidar las prestaciones sociales, pues se desconoce cuáles fueron los dineros efectivamente pagados al demandante y aquello que debió ser pagado, ni tampoco se probó cuáles eran los porcentajes sobre viajes o bonificaciones que debían incluirse, por lo que no puede determinarse si hay lugar a pagar un mayor valor por este concepto.

De otro lado frente a la pretensión de pago de 8 ultimas quincenas, las cuales corresponden a las quincenas de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2009 y las de enero de 2010, manifestó que en el plenario obran colillas de pago de las quincenas de octubre de 2009 y la primera quincena de noviembre de 2009, sin embargo no hay prueba de las demás quincenas que se aducen como adeudadas, por lo que ante la afirmación de falta de pago debía ser el empleador quien demostrara que efectivamente pagó estos salarios, sin que la demandada hubiera desplegado alguna actividad probatoria ya que no fue compareció al proceso y estuvo representada por curador, por tanto condenó a la demandada a pagar las quincenas causadas con posterioridad al 5 de diciembre de 2009, toda vez que las anteriores se encuentran prescritas.

En cuanto al pago de prestaciones sociales por todo el tiempo laborando, señaló que si bien en la demanda se piden por todo el tiempo laborado, el demandante en el interrogatorio manifestó que en los últimos 2 años no se le hizo pago por concepto de prestaciones sociales, incluidas cesantías, confesando que las prestaciones sociales si se las pagaron durante los primeros años de la relación laboral, por lo que tuvo como confesado el pago de prestaciones sociales entre los años 2004 y 2007, por consiguiente como no existe prueba del pago de cesantías e intereses a las cesantías entre 2008 y 2010 condenó al pago de las mismas en estos años, dado que ninguna se vio afectada de prescripción ya que su exigibilidad es a partir de la finalización de la relación laboral. Así mismo condenó al pago de vacaciones a partir del 5 de diciembre de 2008 dado que las anteriores se encuentran prescritas. Las primas de servicio a partir del 5 de diciembre de 2009 y al pago doble de los intereses a las cesantías como sanción por su no pago oportuno.

En el mismo sentido, consideró la juez que era procedente condenar a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, dado que en el presente caso se probó el incumplimiento del empleador en el pago de salarios y prestaciones a la finalización del vínculo laboral y no existen pruebas que permitan avizorar la buena fe por parte del empleador que justifiquen el incumplimiento en el pago de sus obligaciones laborales, por lo que condenó a la demandada al pago de dicha sanción, sin embargo, como la demanda se presentó después de dos años de finalizada la relación laboral, la misma consistirá en el pago de intereses moratorios sobre las prestaciones y salarios objeto de condena a partir del 26 de enero de 2010 y hasta la fecha del pago efectivo.

De otro lado consideró que también era procedente condenar a la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no consignación de las cesantías en un fondo, condenando al pago de la misma por las cesantías de 2008 partir del 15 de febrero de 2009 y hasta la fecha de finalización del vínculo laboral, empero no accedió a la sanción por el no pago de cesantías por 2009, toda vez que la obligación de consignar las mismas finalizaba para el empleador el 15 de febrero de 2010, pero como el contrato finalizó el 26 de enero de ese año, el empleador no debía consignar las cesantías en un fondo sino pagarlas al trabajador, por tanto no puede aplicarse la sanción del artículo 99 de la Ley 50/90 pues esta solo procede hasta la finalización del vínculo laboral y a partir de allí procede es la sanción del artículo 65 del CST sin que puedan correr simultáneamente a ambas sanciones.

Respecto a los subsidios familiares y afiliación a caja de compensación familiar, consideró la a quo, que es procedente el pago del subsidio familiar pues se acreditan los requisitos del numeral 1º parágrafo 1 del artículo 3º de la Ley 789 de 2002 a partir del 5 de diciembre de 2009, dado que los anteriores están prescritos. De otro lado negó el pago de cotizaciones a la caja de compensación familiar dado que esta afiliación opera cuando se encuentra vigente el vínculo contractual y en el caso de autos ya finalizó.

En cuanto a las cotizaciones a pensión, estimó que si bien se encuentra acreditada la relación laboral, también lo es que tanto los testigos como el demandante en su interrogatorio indicaron que la empresa sí realizó los pagos en los primeros años y que luego dejó de pagar, sin hacer claridad en que periodos se omitió el pago, aunado al hecho que tampoco se allegó historia laboral que diera cuenta del incumplimiento del empleador para poder determinar si había dejado o no de pagar las cotizaciones a seguridad social en pensiones, por lo que ante la falta de prueba absolvió de dicha pretensión.

En lo que tiene que ver con la devolución de aportes descontados a funeraria, absolvió de la misma porque conforme a las colillas de pago se observa que al demandante se le hacían los descuentos por dicho concepto, pero el demandante no demostró que ese dinero que le estaban descontando no hubiera sido pagado a la funeraria, ya que no obra prueba alguna de que la funeraria estaba afiliado, por lo que no se probó la retención indebida de dichos dineros.

Finalmente estimó que no era procedente acceder a la indexación de las condenas, pues esta no procede de forma simultanea cuando se ordena el reconocimiento de la indemnización moratoria y adicional a esto, en las pretensiones de la demanda solo se solicitó la indexación sobre la indemnización por despido indirecto, la cual no se ordenó.

2.2.APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

El apoderado del demandante señaló que no está de acuerdo con la consideración que hace el despacho con respecto a la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dado que el despacho se equivocó al liquidar la sanción por no pago de las cesantías de 2008 cuantificándola solo entre el 14 de febrero de 2009 y la fecha de desvinculación del demandante, y de ahí en adelante no liquidó sanción, desconociendo que esa sanción debe seguir corriendo en lo sucesivo después de la finalización del vínculo, pues si bien es cierto que frente a las cesantías de 2009 y 2010 se alcanzó a causar, porque el vínculo laboral finalizó antes del límite temporal, también lo es que la empresa nunca pagó ni la de 2008, 2009 ni 2010 y no debe suspenderse la sanción en enero 26 de 2010, pues realmente la empresa nunca hizo ese pago, pues la filosofía de la norma sancionadora, es que la sanción se liquide y corra hasta que haya un pago, además porque el despacho no ordenó la indexación a partir del 26 de enero de 2010.

De otro lado, indica que no está de acuerdo con la absolución al pago de cotizaciones a seguridad social en pensiones y a funeraria con el argumento que no hay prueba de que se adeuden, por cuanto a quien corresponde demostrar el pago es al empleador, dado que cuando se afirma un hecho negativo se invierte la carga de la prueba, por lo que se debió oficiar a la funeraria y al fondo de pensiones donde se encuentra afiliado el demandante que se hiciera el cálculo de deuda por el empleador AKARGO SA a fin de que no se afecte el derecho fundamental a la seguridad social ni su eventual derecho a una pensión.

Respecto a la indexación, indica que en el numeral 15 de la pretensión segunda se solicita "*indexación de las sumas reconocidas desde la fecha del despido indirecto e injusto hasta el pago de las mismas*", por lo que no le asiste razón al despacho cuando dice que la indexación se pidió sobre la indemnización por despido indirecto, sino que lo que se dijo es que fuera sobre las sumas reconocidas y que comenzara a correr desde el despido indirecto. Por tanto, si bien la indexación no procede al tiempo que la sanción moratoria, si debe condenarse a la indexación sobre sumas que no sean prestaciones sociales, como las vacaciones, pues frente a estas no hay condena a la moratoria, además en el caso de autos se deben indexar todas las sumas, pues la incompatibilidad se presenta cuando hay moratoria del artículo 65 y como aquí no se condenó a dicha sanción si procede la indexación.

Finalmente indica que la liquidación de costas procesales, en cuanto a las agencias en derecho que se hizo en 4 SMLMV, si bien el despacho no indicó a que corresponde, podría entenderse que se refiere a la obligación de hacer, por lo que no se incluyeron las condenas de dar.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

Conforme los argumentos expuestos por el apoderado del demandante en el recurso de apelación, el problema jurídico consiste en determinar:

- Si el despacho se equivocó al liquidar la sanción consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 analizando si dicha sanción debe extenderse más allá de la terminación del vínculo laboral
- Si hay lugar a ordenar el pago de aportes a pensión y la devolución de los dineros descontados por funeraria que se aducen como no cancelados.
- Si hay lugar a la indexación de las sumas adeudadas.
- Si debe modificar la tasación de las costas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar, no comporta objeto de controversia la existencia de la relación laboral que existió entre el señor JHON JAIRO VERGARASÁNCHEZ y la sociedad AKARGO SA entre el 28 de septiembre de 2004 y el 26 de enero de 2010 y que durante dicho vínculo laboral el empleador omitió consignarle al demandante las cesantías en fondo, así como tampoco le canceló las prestaciones sociales y salarios que adeudaba, tal y como lo declaró la a quo, sin que ninguna de las partes presentara oposición al respecto.

Así las cosas, tenemos que el demandante centra su inconformidad en la liquidación de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual concedió la a quo por las cesantías de 2008 liquidándola entre el 15 de febrero de 2009, cuando finalizó el plazo para consignar las cesantías en un fondo y el 26 de enero de 2010 cuando feneció la relación laboral y se abstuvo de reconocer dicha sanción por las cesantías de 2009 y la proporción de 2010 pues cuando el demandante renunció, esto es 26 de enero de 2010, aun el empleador no está en mora de consignar dichos periodos. Y por su parte la demandada no presentó ningún reparto frente a la concesión de la referida sanción por lo que no se hace necesario entrar a analizar su procedencia.

Para determinar si le asiste razón al demandante es necesario remitirnos a lo dispuesto en los numerales 3º y 4º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que reza:

3º. "El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo

4ª. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

De lo anterior se colige que le legislador estableció una sanción cuando el empleador incumple la obligación de consignar las cesantías en un fondo o no lo hace dentro del plazo establecido que es el 15 de febrero del año subsiguiente a la causación del auxilio de cesantías, caso en el cual habrá lugar a la sanción de un día de salario por cada día de retardo, la cual va hasta la finalización del vínculo, que es cuando termina la obligación de consignación en un fondo, toda vez que cuando termina la relación laboral el empleador debe entregar los saldos pendientes de cesantías directamente al trabajador, como lo establece el numeral 4º de la norma en cita. Así lo analizó recientemente la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL417 de 2021 radicado 71672 cuando indicó:

“(…)Así, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en la interpretación errónea del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 al afirmar que la indemnización moratoria por no consignación de las cesantías se causa durante la vigencia del vínculo laboral y no más allá de la terminación del contrato de trabajo, pues a partir de este momento comienza a correr la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Pues bien, en relación con este asunto, la Corte advierte de entrada que el juez plural no incurrió en el error hermenéutico que le endilga la censura, toda vez que tal razonamiento está acorde con lo previsto en la legislación y lo adocinado por esta Sala a través de su jurisprudencia.

En efecto, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 contempla la sanción moratoria por no consignación de cesantías, consistente en un (1) día de salario por cada día de retardo cuando el empleador incumple el plazo legal para la consignación de este concepto en el fondo de cesantías seleccionado por el trabajador, esto es, desde el 15 de febrero del año siguiente al que se causa el auxilio. Asimismo, dicha disposición señala en el numeral 4.º que si a la terminación del contrato existieren saldos de cesantías a favor del trabajador que no hayan sido entregados al fondo respectivo, el empleador los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

De modo que estas reglas deben ser interpretadas y armonizadas con el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de conformidad con el cual si un empleador adeuda al trabajador salarios y prestaciones, como lo es el auxilio a la cesantía, deberá pagar al asalariado una indemnización igual a un salario diario por cada día de retardo hasta por veinticuatro (24) meses y, a partir del mes veinticinco (25) cancelará los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria hasta que se efectúe el pago.

En este punto es oportuno señalar que dichas indemnizaciones no son concurrentes, puesto que no fue la intención del legislador imponer una doble sanción ante el incumplimiento de una misma acreencia laboral, de modo que lo pertinente es entender que la indemnización por no pago oportuno de cesantías corre hasta la finalización del contrato de trabajo y, de persistir esa deuda, a partir de ese momento comienza a generarse la moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

En otros términos, la indemnización por no consignación de cesantías tiene su fundamento en el incumplimiento del empleador de no pagar tal derecho laboral en el término legal y solo puede generarse durante la vigencia del contrato de trabajo y cesa en el momento en que este termina. Desde este momento, la legislación permite que se genere la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo cuando el empleador mantiene deudas por salarios y prestaciones con el trabajador, como lo es el auxilio a la cesantía, y siempre que aquel no haya tenido un actuar revestido de buena fe.(…)”

Posición reiterada en sentencias con radicado SL859-2021 y SL2443-2021.

Por consiguiente es claro que no se equivocó la a quo cuando estableció que la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de las cesantías del año 2008, debía liquidarse entre el 15 de febrero de 2009 y el 26 de enero de 2010, cuando feneció el vínculo laboral y por tanto se extinguió la obligación de consignación y a partir de esa fecha lo que procede es el pago de la sanción del artículo 65 del CST, la cual fue concedida por la a quo, solo que como la demanda se presentó después de 24 meses de la terminación de la relación laboral, la misma no consiste en un día de trabajo por cada día de retardo sino en el pago de intereses moratorios a la tasa más alta de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, calculados sobre los salarios y prestaciones adeudados, entre los cuales se encuentra las cesantías a que fue condenada la parte actora por valor de \$1.362.075, tal y como lo indicó la a quo, por lo que no le asiste razón al recurrente cuando afirma que después del 26 de enero de 2010 la condena se quedará sin mecanismo de actualización, debiéndose entonces CONFIRMAR la decisión de primera instancia en este punto.

De otro lado solicita el apelante que se ordene a AKARGO SA el pago de aportes a pensión y la devolución de los dineros descontados por funeraria, aduciendo que si bien estos dineros fueron descontados al señor JHON JAIRO VERGARA nunca fueron pagados a las entidades correspondientes.

Estima la Sala que no es procedente acceder a dichas pretensiones, toda vez que dentro del plenario obra constancia de colillas de pago visibles a folios 27/60 donde se evidencia que al actor se le hacían dichos descuentos los cuales iban dirigidos a unos terceros; sin embargo, el demandante no demostró que efectivamente esos dineros no hubieran sido pagados al fondo de pensiones o la funeraria a la cual estaba afiliado, ya que no se allegó copia de la historia laboral o certificación de la funeraria, que permitiera establecer la omisión en el pago del empleador y en que periodos se dio, aunado al hecho que se desconoce incluso cuales eran estas entidades a las que estaba afiliado el demandante.

Debe indicarse que, si bien es cierto que cuando se afirma la falta de pago respecto de una persona, es a esta a quien corresponde demostrar que efectivamente realizó el pago, pero en este caso se está aduciendo la falta de pago respecto a un tercero que no hace parte del litigio, por tanto sí correspondía a la parte actora probar que los dineros que el empleador aduce como pagados a esos terceros realmente no se destinaron a tal fin, para lo cual el demandante debió haber desplegado algún tipo de actividad probatoria, pues no puede pretender que el juez supla sus obligaciones procesales, más aún cuando siquiera se solicitó en la demanda oficiar a estas entidades ni se demostró a quien debía solicitarse la información requerida.

Por consiguiente, estima la Sala que no es posible con el material probatorio allegado determinar que esos dineros que se reflejan en las colillas como descontados para ser transferidos a terceros efectivamente no fueron pagados a estos, o si efectivamente se dio el incumplimiento durante que periodos ocurrió, por lo que habrá de confirmarse la decisión absolutoria en este punto.

Por otra parte el apoderado del demandante solicita se condene a la indexación de las condenas con el fin de que estas sean actualizadas a la fecha de pago, pues estima que esta solo es incompatible respecto a la sanción moratoria, pero que en el caso de autos no se condenó a dicha sanción.

Según la linera jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en las sentencias 35550 de 2010, 39010 de 2013, 38965 de 2015, entre otras, la indexación es incompatible con la indemnización moratoria, en tanto con esta se satisface la pérdida del valor adquisitivo sufrida por las cantidades insolutas a cargo de la demandada. En sentencia 39010 de 2013 se dijo:

“En tanto que con arreglo a reiterada jurisprudencia de la Sala, la condena a indemnización moratoria es incompatible con la indexación, puesto que la primera incluye los perjuicios concernientes a la devaluación de la moneda que derivan del no pago oportuno de las acreencias laborales que da lugar a ella, y que se corrige con la actualización de la moneda cuando no cabe el resarcimiento integral de perjuicios que deviene del proceder calificado como desprovisto de buena fe por el juzgador,

En el caso de autos, contrario a lo afirmado por el apelante, sí se condenó a la sanción moratoria del artículo 65 del CST por el no pago de prestaciones sociales y salarios, solo que al no haberse radicado la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la terminación de la relación laboral, la misma no consiste en un día de trabajo por cada día de retardo sino en el pago de intereses moratorios a la tasa más alta de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria.

Por tanto, la indexación solo es procedente respecto a las vacaciones, pues la sanción moratoria procede frente al no pago de *salarios y prestaciones sociales*, es decir, prima, cesantías e intereses a las cesantías, pues las vacaciones no son una prestación social sino un descanso remunerado, tal y como lo analizó la Corte Constitucional en sentencia C-892 de 2009, cuando declaró la constitucionalidad de la expresión “*por concepto de salarios y prestaciones en dinero*.” contenida en el inciso segundo del numeral 1º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002 que modificó el artículo 65 del CST y regula la indemnización moratoria. En esta oportunidad dijo la Corte:

“En primer término, debe insistirse que el concepto “salarios y prestaciones en dinero” es lo suficientemente omnicomprendivo de los ingresos que recibe el trabajador como retribución por la actividad laboral. Para el caso particular de las vacaciones, que el actor utiliza como ejemplo para defender la inconstitucionalidad de la expresión acusada, la Corte advierte que, en estricto sentido, no se trata de una retribución en dinero por la labor efectuada, sino un derecho que se perfecciona a través del goce del descanso remunerado(...)

Más adelante indicó:

(...) A partir de las consideraciones expuestas, se tiene que las vacaciones son, ante todo, el disfrute del trabajador de un descanso remunerado, cuya conmutación en dinero es del todo excepcional y está sometida a estrictos controles legales, precisamente porque el goce efectivo de ese derecho se logra a partir de la cesación en la prestación del servicio y no en percibir una determinada suma de dinero.”(...)

Y continuó:

(...) En segundo término, la afectación desproporcionada de los derechos del trabajador por la exclusión de indemnización moratoria o los intereses supletorios para determinadas acreencias laborales es apenas aparente, puesto que esas modalidades de indemnización no son la única vía para garantizar la actualización de las sumas debidas. En efecto, en los casos que no proceda la indemnización moratoria o los citados intereses, bien porque la acreencia debida no se circunscriba al concepto “salarios o prestaciones en dinero” o porque en el caso concreto se haya demostrado que el patrono incumplió de buena fe, esto es, sin tener conciencia de adeudar la suma correspondiente, en cualquier caso procede la indexación o corrección monetaria respecto de los montos adeudados, ello con el fin de evitar que la desactualización de la moneda constituyan una carga irrazonable contra el trabajador demandante(...).”

Por tanto, es claro que como las vacaciones que debieron cancelarse al finiquito de la relación laboral se quedaría sin un sistema de resarcimiento ante su depreciación, por lo que frente a estas es viable ordenar la indexación.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia se **REVOCARÁ** de forma parcial en este punto, ordenando la indexación, respecto al valor adeudado por vacaciones, esto es, **\$399.024** y calculada desde el 26 de enero de 2010 y hasta la fecha de pago efectivo, utilizando la formula $\text{indexación} = \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}} \times \text{capital} - \text{capital}$.

Finalmente en cuanto a la inconformidad relacionada con la **tasación de las agencias en derecho**, considera la Sala que si bien la Ley 1395 de 2010 incluyó la posibilidad de liquidar las agencias en derecho en la sentencia, dicho artículo fue derogado por el artículo 366 del C.G. del P. que estableció que:

“Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior...”,

Y en el numeral 5 de dicho artículo se indica que

“La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”

Lo que significa que la oportunidad para interponer el recurso de apelación contra la liquidación de agencias en derecho no es otra que una vez notificado el auto de aprobación de las mismas

En consecuencia, como este punto del recurso se refiere a asuntos que deben ser tratados en su debida oportunidad procesal, esta Sala **SE ABSTIENE DE CONOCER** sobre la apelación a la liquidación de las costas y agencias en derecho.

En consecuencia la sentencia venida en apelación será **REVOCADA PARCIALMENTE**, de conformidad con lo expuesto.

Sin costas en esta instancia.

4. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en el nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

DECIDE

PRIMERO: REVOCA PARCIALMENTE la sentencia proferida el 26 de julio de 2018 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor **JHON JAIRO VERGARA SÁNCHEZ** identificado con c.c. 16.757.823 contra la sociedad AKARGO S.A., **CONDENANDO** a la demandada a reconocer y pagar al actor la indexación respecto al valor adeudado por vacaciones, esto es, **\$399.024** y calculada desde el 26 de enero de 2010 y hasta la fecha de pago efectivo. En los demás aspectos la sentencia se **CONFIRMA**.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Lo anterior se notificará en **EDICTO**, que se fijará por la secretaría por el término de un día, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los Magistrados

(firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Demandante:	JHON JAIRO VERGARA SÁNCHEZ
Demandado:	AKARGO S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-018-2012-01294-01
Decisión:	REVOCA PARCIALMENTE
Fecha de la sentencia:	27/07/2021

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/100> por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 28/07/2021 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario