

Bogotá D.C., febrero de 2022

Señores

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

SECCIÓN CUARTA – SUBSECCIÓN A

M.P. Dra. Amparo Navarro López

Ciudad

Expediente:	25000-23-37-000-2019-00089-00
Demandante:	CENCOSUD COLOMBIA S.A. - CENCOSUD
Demandados:	CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM -CAFAM-
Asunto:	CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

JUAN CAMILO MORALES TRUJILLO, mayor de edad, vecino de Bogotá, identificado como aparece al pie de mi firma, en calidad de apoderado especial (Principal) de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM conforme el poder que me ha sido conferido y que anexo a la presente junto con sus soportes, estando dentro del término previsto en el art. 172 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA), procedo a CONTESTAR LA DEMANDA interpuesta por la parte actora dentro del proceso de la referencia, en los siguientes términos:

1. RESPECTO DE LAS PRETENSIONES

Me opongo a que prosperen, toda vez que las actuaciones demandadas, a más de no ser susceptibles de control, no se encuentran viciados de nulidad, de conformidad con las excepciones que se expondrán y sustentarán más adelante.

2. RESPECTO DE LOS HECHOS

Primero: Es cierto que Easy Colombia S.A. se encontraba afiliada a la Caja de Compensación Familiar CAFAM y que dicha sociedad fue absorbida por la sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A. La afiliación de Grandes Superficies de Colombia S.A. a COMPENSAR no me consta, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

Segundo: Es cierto.

Tercero: Es cierto.

Cuarto: Es cierto.

Quinto: Es cierto que el 21 de diciembre de 2015 funcionarias comisionadas por CAFAM visitaron las instalaciones de CENCOSUD. Sin embargo, no es cierto que en esta misma fecha CENCOSUD entregó la totalidad de la información solicitada para que CAFAM expidiera el paz y salvo; tal como quedó registrado en el Acta de Visita¹ suscrita por funcionarios de ambas entidades, lo que denota que una serie

¹ Prueba 01.

de información quedó pendiente y se solicitó para que fuera entregada con posterioridad.

Sexto: Es cierto. Vale la pena precisar que la diferencia de valores identificada por CAFAM hacía referencia a aportes parafiscales que habían sido pagados por CENCOSUD con destino al Régimen de Subsidio Familiar (4%) de los períodos de enero de 2011 a diciembre de 2015, de conformidad con la información que había sido suministrada por la compañía².

Séptimo: Es cierto que CENCOSUD dio respuesta al comunicado de CAFAM el 11 de agosto de 2016. No me consta que éste haya sido remitido con copia a la Superintendencia de Subsidio Familiar y a la Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

Octavo: Es cierto. En todo caso, se precisa que el objeto de esta comunicación fue atender cordialmente las solicitudes y planteamientos hechos por CENCOSUD, razón por la cual su contenido no se limitó a informar que se estaba a la espera del concepto de la UGPP, sino que también se expresaron las razones de fondo que sustentaban la negativa a la expedición del paz y salvo, desde la perspectiva jurídica de CAFAM³.

Noveno: Es cierto que CAFAM y CENCOSUD se reunieron el 21 de junio de 2017. Sin embargo, no es cierto que en esta reunión CAFAM se comprometiera *“a liquidar nuevamente y de forma detallada, los aportes que bajo su criterio, CENCOSUD debió haber realizado por cada uno de sus empleados”* por dos razones:

- i. CAFAM no se encontraba efectuando el trámite de determinación y liquidación de aportes parafiscales al que se refiere el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 y que, como ampliamente lo desarrolla la accionante en su escrito de demanda, fue asignado por la Ley a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-. En el presente caso, el objetivo de las comunicaciones intercambiadas y reuniones sostenidas entre ambas partes era determinar las cifras exactas por concepto de contribuciones parafiscales de la Protección Social, que debían ser pagadas por CENCOSUD para que CAFAM expidiera el paz y salvo que se le había solicitado. En otras palabras, CAFAM no pretendía encontrar inexactitudes en las declaraciones con el propósito de liquidar y determinar los valores que, en su concepto, debían haber sido consignados; lo que pretendía era identificar los valores efectivamente adeudados por la demandante por estos conceptos y cuyo pago era requerido para la expedición del paz y salvo en cuestión.
- ii. El acuerdo final de esta reunión no fue que CAFAM “liquidaría” nuevamente los aportes, sino que se fijó un plan de trabajo encaminado a determinar las cifras exactas adeudadas por CENCOSUD, para lo cual se requería la participación de ambas partes; en el acta de reunión elevada en esta fecha quedaron plasmados los compromisos asumidos por cada una⁴.

² Prueba 02.

³ Prueba 03.

⁴ Prueba 04.

Décimo: No es cierto. En el escrito de la demanda se hizo referencia a la “determinación” de las sumas de dinero pendientes de pago y en el contenido de la comunicación solicitó la “liquidación” de las mismas, cuando la atención de CAFAM a dicha solicitud consistió, en todo caso, en establecer las sumas adeudadas para poder proceder con la expedición del paz y salvo solicitado.

Décimo primero. Es cierto que el 28 de febrero de 2018 CAFAM remitió un comunicado a CENCOSUD en respuesta a su comunicación radicada el 1 de febrero de 2018 y que en dicho comunicado se le informó que *“este resultado no es definitivo teniendo en cuenta que es necesario aclarar por parte de ustedes los conceptos de convención y otros pagos (...)”*.

Ahora bien, el contenido de este documento no constituía una *“liquidación parcial de las obligaciones de CENCOSUD”* como lo afirma la demandante, sino que se trató del resultado parcial de los valores que adeudaba CENCOSUD por concepto de contribuciones parafiscales de la Protección Social, de conformidad con la información que había sido allegada por la compañía hasta la fecha; su carácter parcial se debía a que aun no se contaba con toda la información que debía ser analizada por CAFAM para estos efectos. En todo caso, se reitera, la pretensión de estas labores mancomunadas era cumplir con todos los requisitos para la expedición del paz y salvo que se venía solicitando a mi representada.

Décimo segundo. Es cierto.

Décimo tercero. Es cierto.

Décimo cuarto. Es cierto. La razón por la cual en el documento en cuestión no se incluyó una liquidación detallada es que esta ya había sido remitida y reiterada con anterioridad a CENCOSUD, e incluso tratada en la reunión que sostuvieron las partes el 21 de junio de 2017⁵.

Décimo quinto. No me consta, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

Décimo sexto. No me consta, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

Décimo séptimo. Es cierto. En primer lugar, es preciso aclarar que las entidades públicas no se encuentran facultadas para resolver casos particulares a través del ejercicio de su función de respuesta a consultas relacionadas con los asuntos a su cargo, razón por la cual el concepto emitido por la UGPP en relación con la prima de rendimiento y su naturaleza salarial no podía versar sobre el caso CENCOSUD. En todo caso, aun cuando la respuesta no estuvo enfocada en el presente caso, CAFAM aplicó dicho planteamiento jurídico para establecer que la prima de rendimiento otorgada por la demandante a sus trabajadores efectivamente constituía factor salarial y debía hacer parte del ingreso base de liquidación, sólo con el propósito de establecer si se podía o no expedir el paz y salvo, asunto que será tratado con detalle más adelante.

Décimo octavo. Es cierto.

⁵ Prueba 04.

Décimo noveno. Es cierto. Téngase en cuenta que la acción de tutela en cuestión amparaba el derecho fundamental de petición de CENCOSUD, comoquiera que todo el trámite de expedición de paz y salvo se había surtido a partir de peticiones elevadas por la demandante y comunicaciones intercambiadas entre ambas partes. Ahora bien, de cualquier manera, CAFAM llegó al cabal cumplimiento de las órdenes judiciales en sede de tutela y prueba de ello son las mismas comunicaciones objeto de la presente demanda.

Vigésimo. No me consta, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

Vigésimo primero. No me consta, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

Vigésimo segundo. Es cierto.

Vigésimo tercero. No es cierto, si bien, mediante radicado del 11 de octubre de 2018 CAFAM dio respuesta a la comunicación de CENCOSUD del 18 de septiembre de 2018, en este documento no se afirmó que mi prohijada fuera competente para *“adelantar el proceso de fiscalización, liquidación y cobro”*. En efecto, en dicha comunicación, la Caja de Compensación fue enfática al señalar que la actividad que desplegó a raíz de la solicitud de paz y salvo por parte de CENCOSUD, se limitó a ejercer el legítimo cobro de los valores de contribución parafiscal a cargo de esta compañía y de los cuales mi representada es acreedora. No se lee ni se interpreta de forma alguna que CAFAM haya pretendido declararse competente para efectuar la fiscalización, determinación ni liquidación sobre dichos valores; por el contrario, reconoce que dichas actividades son competencia de la UGPP e indica las razones por las cuales el cobro continúa siendo un acto de su entera competencia.

Vigésimo cuarto. Es cierto.

Vigésimo quinto. Es cierto.

3. FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA DE LA DEFENSA Y EXCEPCIONES DE FONDO.

A efectos de solventar la posición jurídica de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM tendiente a que se denieguen las pretensiones de la demanda, conviene desvirtuar las acusaciones elevadas en la demanda mediante las excepciones de mérito que se plantean a continuación.

1. CAFAM no adelantó el procedimiento administrativo de determinación de contribuciones parafiscales de la Protección Social de que trata el numeral ii) del artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, sino que ejerció su legítima facultad de cobro de estos mismos conceptos; en consecuencia, no se puede predicar que actuó sin competencia, ni que vulneró el debido proceso de CENCOSUD.

i. CAFAM actuó con competencia.

Según el planteamiento de la demandante, CAFAM adelantó el procedimiento administrativo de determinación de contribuciones parafiscales en contra de

CENCOSUD y con ello violó los artículos 156 de la Ley 1152 de 2007, 178 de la Ley 1607 de 2012 y 2 – Parágrafo del Decreto 3033 de 2013, comoquiera que dicha normativa dispone que la Caja de Compensación no tiene competencia para fiscalizar inexactos ni liquidar obligaciones para fiscales. En consecuencia, CAFAM actuó sin competencia.

Pues bien, sobre el particular es preciso señalar que CAFAM no adelantó el procedimiento de determinación de contribuciones parafiscales de la Protección Social de que trata el numeral ii) del artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, sino que ejerció su legítima facultad de cobro de estos mismos conceptos; en consecuencia, no se puede predicar que actuó sin competencia, como se explica a continuación.

Al tenor del artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, “[l]as tareas de seguimiento, colaboración, y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social” son competencia de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-. En concordancia con esta norma, el artículo 178 de la Ley 1607 de 2012 estableció que “[l]a UGPP será la entidad competente para adelantar las acciones de determinación y cobro de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, respecto de los omisos e inexactos”.

Ahora bien, el Parágrafo 1° de esta última disposición establece que “[l]as administradoras del Sistema de la Protección Social seguirán adelantando las acciones de cobro de la mora registrada de sus afiliados” y que “[l]a UGPP conserva la facultad de adelantar el cobro sobre aquellos casos que considere conveniente adelantarlos directamente y de forma preferente, sin que esto implique que las administradoras se eximan de las responsabilidades fijadas legalmente por la omisión en el cobro de los aportes”.

De la lectura conjunta de las anteriores disposiciones, se concluye que el cobro de la mora en que incurran los aportantes de la contribución parafiscal a la Protección Social es, por regla general, competencia de las Cajas de Compensación a las cuales aquellos se encuentren afiliados; solamente será competencia de la UGPP, de forma excepcional, cuando la entidad lo considere conveniente.

Así las cosas, se impone afirmar que en el presente caso CAFAM no adelantó el procedimiento de determinación de obligaciones parafiscales que aduce la demandante, sino que simplemente efectuó el cobro de la mora en que CENCOSUD se encuentra inmersa, cuyo pago era requerido para que la Caja de Compensación pudiera efectuar la expedición del certificado de paz y salvo que había sido solicitado por la demandante. Esta actuación no solamente hacía parte de las competencias legítimas asignadas por el ordenamiento jurídico a las entidades de su naturaleza, sino que también constituía una obligación a su cargo, cuyo incumplimiento habría podido significar su responsabilidad en los términos del Parágrafo 1° del artículo 178 de la Ley 1607 de 2012.

En efecto, desde la fecha misma en que CAFAM recibió la solicitud del certificado de paz y salvo por parte de CENCOSUD, inició el trámite correspondiente. Como es apenas natural en este tipo de requerimientos, la entidad tiene la obligación de verificar la posible existencia de saldos en mora y en tal caso efectuar el cobro de los mismos, para posteriormente proceder con la expedición del certificado; siendo esto lo que ocurrió en el presente caso. Así, cuando CAFAM identificó saldos en

mora pendientes de pago, efectuó el respectivo cobro como requisito previo a la expedición del paz y salvo.

Salta a la vista, entonces, que el trámite adelantado por CAFAM no tuvo como origen la inexactitud o inconsistencia en los valores declarados por CENCOSUD que estuvieran llamados a ser corregidos o determinados de conformidad con el numeral ii del artículo 156 de la Ley 1151 de 2007; por el contrario, se trató del trámite ordinario de cobro de valores en mora por parte de la Caja de Compensación, que tuvo lugar en razón a la solicitud del certificado de paz y salvo solicitado por la afiliada.

De esta manera, no es cierto que CAFAM adelantó el procedimiento administrativo de determinación de contribuciones parafiscales que aduce la demandante; en consecuencia, no incurrió en la usurpación de competencias acusada por CENCOSUD al no haber asumido facultades que efectivamente se encuentran legalmente asignadas a la UGPP como entidad competente para estos efectos. Por el contrario, la Caja de Compensación efectuó el cobro de la mora que está bajo su competencia general y que en este caso no llegó a ser asumido por la UGPP bajo el estándar de conveniencia. Adicionalmente, se destaca que dicha facultad de cobro fue ejercida con el propósito final de poder expedir el paz y salvo solicitado por CENCOSUD.

En todo caso, téngase en cuenta que CAFAM informó a la UGPP de la situación que se venía desarrollando con su afiliada CENCOSUD y, aún así, no existió ningún pronunciamiento por parte de dicha entidad encaminado a asumir la competencia del cobro notificado. Bajo este panorama, se reitera que CAFAM era competente para efectuar el cobro de los valores adeudados por CENCOSUD y solo una vez cumplidas tales obligaciones proceder con la expedición del paz y salvo solicitado.

Por último, es preciso referirse a las consideraciones erróneas de la demandante en virtud de las cuales “CENCOSUD no tenía ni tiene una obligación en mora (...) no existe en cabeza de la Compañía, una obligación clara y exigible, que esté a su cargo y que esta se haya abstenido de pagar”. CENCOSUD alega que no se encuentra incurso en mora porque “ha declarado y pagado mensualmente de forma completa y cumplida sus aportes a la caja de compensación familiar CAFAM, motivo por el cual no es posible hablar de la existencia de una obligación morosa.” Como sustento de esta afirmación, tuvo como argumento principal que la definición de “mora” aplicable al presente caso no se ajusta a sus circunstancias particulares.

El artículo 1 del Decreto 3033 de 2013 precitado define la mora así:

“Definiciones: (...)

6. Mora: *Es el incumplimiento que se genera cuando existiendo afiliación no se genera la autoliquidación acompañada del respectivo pago de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social en los plazos establecidos en las disposiciones legales vigentes.”*

La mora en los anteriores términos es entendida como un incumplimiento que configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) existencia de una afiliación; (ii) omisión de la autoliquidación y el pago de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social; (iii) incumplimiento del plazo establecido en la Ley para estos efectos. Pues bien, todos y cada uno de los anteriores elementos tuvieron lugar en el presente caso y por ello es válido afirmar que CENCOSUD se

encuentra inmersa en mora por concepto de contribuciones parafiscales para la protección social a favor de CAFAM, así:

(i) CENCOSUD se encontraba afiliada a la Caja de Compensación Familiar CAFAM.

(ii) CENCOSUD omitió la Contribución Parafiscal de la Protección Social que correspondía ser liquidada y pagada sobre la prima de rendimiento que otorgó a sus trabajadores durante el período mayo de 2012-mayo de 2017.

(iii) A la fecha, CENCOSUD adeuda los valores objeto de cobro, con lo cual incumplió con los plazos que contaba para la autoliquidación y el pago en cuestión.

Con todo, se concluye que CAFAM no adelantó el procedimiento administrativo de determinación de contribuciones parafiscales en contra de CENCOSUD, sino que se limitó a efectuar el cobro legítimo de la mora en la cual dicha afiliada se encuentra inmersa. En consecuencia, no violó los artículos 156 de la Ley 1152 de 2007, 178 de la Ley 1607 de 2012 y 2 – Parágrafo del Decreto 3033 de 2013.

ii. CAFAM no vulneró el derecho al debido proceso de CENCOSUD.

Según la demandante, CAFAM violó el derecho al debido proceso de CENCOSUD contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política, en tanto no aplicó el procedimiento del estatuto tributario, tal y como lo ordena el artículo 156 de la ley 1151 de 2007; así mismo, desconoció las formas propias de cada juicio porque tampoco emitió los actos de que trata la Ley 1607 de 2012 y vulneró el derecho a la defensa de CENCOSUD porque no se le dio la oportunidad para controvertir el requerimiento de corrección ni la liquidación efectuada por CAFAM.

Estas consideraciones de la demandante tienen como premisa el que CAFAM ejerció las facultades de determinación y liquidación, razón por la cual debió haber aplicado las normas procesales de liquidación de revisión que consagran los artículos 702 y ss del Estatuto Tributario, y el artículo 180 de la Ley 1607 de 2012.

Precisamente, la demandante parte de una premisa equivocada para sustentar este cargo de nulidad, ya que, en línea con lo expuesto en el apartado anterior, se reitera que CAFAM no ejerció facultad alguna de determinación y liquidación de aportes parafiscales, procedimiento que es del resorte de la UGPP y al que se aplican las normas que echa de menos CENCOSUD y que no son exigibles a CAFAM.

En efecto, de las pruebas allegadas por la misma demandante se concluye que las múltiples comunicaciones intercambiadas entre CAFAM y CENCOSUD tenían como objeto la expedición del paz y salvo por concepto de aportes parafiscales a la Protección Social solicitado por esta última, para lo cual era imperativo que esta se encontrara al día en pagos.

En el marco de dicho trámite surgió una inconformidad por parte de CENCOSUD en relación con la determinación de la mora en la que se encontraba inmersa, razón por la cual las comunicaciones que se llegaron a intercambiar planteaban argumentos de parte y parte sobre el particular. Luego, este intercambio de peticiones y comunicaciones no pueden llegar a ser entendidas como la ejecución por parte de CAFAM del procedimiento de determinación, toda vez que no existía duda alguna de la existencia de la deuda y la mora en curso.

Fue tan así, que cuando CENCOSUD consideró que CAFAM no atendía sus consideraciones, acudió a la acción de tutela como mecanismo jurídico idóneo para la defensa de sus intereses, alegando que la Caja de Compensación había vulnerado su derecho fundamental de petición. De esta manera, se evidencia que la misma demandante fue consciente durante todo el trámite de expedición del paz y salvo de que no se adelantaba el procedimiento administrativo de determinación, sino que se trataba de una solicitud o petición que se encontraba siendo atendida.

En suma, en ninguna de las comunicaciones intercambiadas las partes hicieron mención de este procedimiento. Por un lado, CAFAM nunca se refirió a las etapas procedimentales, facultades y actuaciones propias de dichos trámites porque no se encontraba ejerciendo tal competencia; y CENCOSUD nunca se refirió a dicho trámite como el aplicable porque la disputa versaba en torno a una mera petición tendiente a certificar si dicha persona jurídica se encontraba a paz y salvo por los aportes parafiscales.

En otras palabras, durante todo el trámite de expedición de paz y salvo, las partes estuvieron de acuerdo con que no se trataba de un procedimiento administrativo de determinación de contribuciones parafiscales de la Protección Social. Pese a ello, CENCOSUD ha asumido una posición que contradice su actuar, al pretender que se declare el incumplimiento de un procedimiento administrativo que, a su parecer, debía habersele aplicado.

Bajo este panorama general, corresponde referirse a las acusaciones particulares elevadas por CENCOSUD en este cargo. Por un lado, aduce la demandante que CAFAM incumplió “las formas propias del proceso” porque: (i) nunca profirió una liquidación que cumpliera con los requisitos del artículo 712 del Estatuto Tributario; (ii) no expidió el acto previo de que trata el artículo 703 del Estatuto Tributario, es decir, nunca profirió un requerimiento especial y/o requerimiento de corrección con anterioridad a la expedición de la liquidación; (iii) no cumplió el artículo 711 del Estatuto Tributario, según el cual debe haber correspondencia entre el requerimiento especial y la liquidación; (iv) nunca otorgó los recursos ni las oportunidades procesales que por ley debía tener CENCOSUD para ejercer su derecho de defensa, solicitar pruebas y debatirlas.

Como se evidencia, en el escrito de la demanda se alegan incumplidas diversas disposiciones del Estatuto Tributario a las cuales remite el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 y que corresponden al procedimiento administrativo que debe ser atendido cuando se pretende la determinación y liquidación de la contribución parafiscales de protección social.

Al respecto, se reitera, CAFAM no ejerció las facultades de determinación y liquidación por dichos conceptos, razón por la cual no le era aplicable el procedimiento administrativo establecido en la Ley para estos efectos. Por el contrario, la Caja de Compensación se limitó a tramitar la solicitud de paz y salvo elevada por la demandante, en virtud de la cual identificó los valores en mora que debían ser pagados previa expedición de la certificación; luego el cobro que efectuó al haber identificado tal deuda, se enmarcó en las facultades legales que ostenta.

Por otro lado, CENCOSUD afirma que CAFAM vulneró su derecho a la defensa al haberle negado la oportunidad de interponer los recursos a los que legalmente tiene derecho y no haberle otorgado la posibilidad de hacer uso de las diferentes instancias procesales a las que debió haber podido recurrir. Señaló, específicamente, que no tuvo la oportunidad de controvertir el requerimiento

especial o el requerimiento para corregir, ni de interponer el recurso de reconsideración en contra de la liquidación.

Pues bien, como se desprende de los artículos 702 y ss del Estatuto Tributario y del artículo 180 de la Ley 1607 de 2012, los actos de requerimiento especial y liquidación constituyen actos administrativos propios del procedimiento administrativo de determinación y liquidación de manera que, tal y como se ha venido sosteniendo, esas decisiones no fueron y no podían ser proferidas por CAFAM dado que no adelantó en ningún momento tal procedimiento administrativo sino que se limitó a realizar las gestiones necesarias para determinar si la demandante se encontraba a paz y salvo. Así las cosas, no es válido afirmar que CAFAM vulneró el derecho al debido proceso de CENCOSUD al negarle la posibilidad de ejercer una defensa en contra de los actos administrativos de requerimiento especial y liquidación cuando estos no se profirieron por las razones expuestas.

Aunado a lo dicho, es necesario señalar que tampoco se aplicó un proceso de cobro coactivo y tampoco se debía adelantar ya que CAFAM no estaba ejerciendo dicha prerrogativa en tanto que, como es sabido, las comunicaciones cruzadas con la demandante tenían por objeto determinar si era o no factible certificar que esta se encontraba a paz y salvo por aportes parafiscales de sus empleados y no, como lo quiere hacer ver, ejecutarla forzosamente.

Conforme lo expuesto, resulta evidente que la supuesta vulneración al debido proceso no tiene vocación de prosperidad, por el contrario, en el marco del trámite de expedición del certificado de paz y salvo, CAFAM se mantuvo atento a los pronunciamientos de CENCOSUD y atenta a dar respuesta; prueba de ello son las múltiples comunicaciones remitidas por parte y parte, encaminadas a superar las diferencias que se habían suscitado, así como las reuniones sostenidas para el efecto. Los documentos que aquí se presentan como actos administrativos, pero que en realidad corresponde a meras comunicaciones, pueden ser leída en conjunto con las demás múltiples comunicaciones intercambiadas entre las partes sobre el asunto para demostrar la completa disposición que siempre tuvo la demandada para atender a los requerimientos por parte CENCOSUD.

2. La prima de rendimiento sí constituye factor salarial y, en consecuencia, debe ser tenida como ingreso base de liquidación para la cuantificación de la Contribución Parafiscal de la Protección Social.

El último de los cargos promovidos por la demandante señala que CAFAM violó el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 porque determinó la obligación parafiscal de CENCOSUD tomando en consideración la prima de rendimiento como factor salarial y base gravable de liquidación de la contribución parafiscal de la protección social a su cargo. Según el escrito de demanda, la aplicación del artículo 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo y la jurisprudencia que desarrolla esta norma sobre el caso particular de CENCOSUD, lleva a concluir que dicha prima de rendimiento no puede tenerse como factor salarial porque:

“(i) Responde aún acto de la mera liberalidad del empleador, que si bien se encuentra sujeto al cumplimiento de unos requisitos, no representa un deber al cual CENCOSUD esté obligada por imposición de la ley o del mismo contrato laboral.

(ii) Representa un pacto de desalarización que los propios empleados han suscrito con la Compañía.”

Al respecto, es lo primero señalar cuáles son los pagos que el ordenamiento jurídico colombiano ha entendido como constitutivos de salario. Para estos efectos, es preciso remitirse al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual:

“Artículo 127. Elementos integrantes. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino 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, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.”

La jurisprudencia laboral y contenciosa administrativa han desarrollado esta norma en el sentido de indicar que:

*“Es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo.”*⁶
(Subrayado propio)

*“1. El IBC de aportes al Sistema de Seguridad Social (subsistemas de pensión, salud y riesgos profesionales) únicamente lo componen los factores constitutivos de salario, en los términos del artículo 127 del CST, estos son, los que por su esencia o naturaleza remuneran el trabajo o servicio prestado al empleador.”*⁷ (Subrayado propio)

Asimismo, el Ministerio del Trabajo ha señalado:

*“Todo lo que se le paga al trabajador como retribución del trabajo y por el desempeño del cargo, hacen parte integrante del salario, así sean reconocidas de forma habitual u ocasional, y por tanto constituyen salario para la liquidación de los aportes parafiscales.”*⁸

De esta manera, en tanto el pago en cuestión corresponda a una retribución por la labor realizada por el trabajador, debe entenderse que se trata de un pago salarial, conforme acontece con la prima por rendimiento, en virtud de la cual el empleador otorga una remuneración adicional en función de las bondades de las labores ejecutadas por el trabajador; máxime cuando dicho otorgamiento no depende de la mera liberalidad del empleador, sino que se encuentra sujeta a una serie de requisitos específicos los cuales basta que sean cumplidos por el trabajador para el reconocimiento de la prima en cuestión y se encuentran relacionados con su rendimiento laboral.

Ahora bien, en cuanto a la exclusión de un pago como factor salarial en los términos del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, vale la pena destacar que dicho pacto no es ilimitado. Aún cuando se pacte la exclusión salarial, será salario si representa una verdadera retribución al ejercicio laboral del trabajador.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 14 de noviembre de 2018, Rad. No. 68303. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 9 de diciembre de 2021, Exp. No. 25185. C.P. Milton Chaves García.

⁸ Ministerio del Trabajo. Circular No. 18 de 2012.

“En esta materia, es necesario recordar que la definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagra o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa a su servicio, sin importar su denominación, el salario. En esta materia, tal como lo establece el artículo 53 de la Constitución, la realidad prima sobre las formalidades pactadas.”⁹

Descendiendo al caso concreto, se puede afirmar que la prima de rendimiento otorgada por CENCOSUD a sus trabajadores es un factor constitutivo de salario por dos razones principales: (i) es otorgada en función del desempeño de los trabajadores en sus labores; (ii) su otorgamiento no depende de la mera liberalidad del empleador, toda vez que está sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos que bastará sean cumplidos para que el trabajador se haga merecedor de dicho pago.

Adicionalmente, como ya fue desarrollado en líneas anteriores, el pacto desalarial no es suficiente para que un factor salarial pierda su carácter de tal porque, se insiste, dicho carácter deviene de las razones por las cuales haya sido otorgado el pago; siendo salario cuando se trate de una contraprestación por las labores ejecutadas, con lo cual se incluyen los pagos como remuneración por el rendimiento.

En todo caso, aun de considerarse que el pacto de exclusión salarial tiene la validez jurídica suficiente para que un pago deje de ser constitutivo de salario, esta prerrogativa no podrá ser aplicada al presente caso porque en la demanda no se allegó prueba alguna de que entre el empleador y sus trabajadores se haya pactado la exclusión salarial de la prima de rendimiento.

Con todo, se impone concluir que CAFAM acertó al tener la prima de rendimiento otorgada por CENCOSUD a sus trabajadores como factor salarial e ingreso base de liquidación de la contribución parafiscal de la protección social y que por esa razón no era dable expedir el certificado de paz y salvo que reclamaba la demandante, lo que es a todas luces dicente en cuanto a que se demuestra la imposibilidad jurídica de acceder a sus pretensiones.

4. PETICIONES

En virtud de los argumentos expuestos, se solicita:

1. Que se nieguen todas y cada una de las pretensiones de la demanda.
2. Que se declaren probadas todas las excepciones propuestas en este escrito.
3. Que se condene en costas a la parte demandante.

⁹ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-710 del 9 de diciembre de 1996. M.P. Jorge Arango Mejía.

5. PRUEBAS

1. Acta de visita realizada por funcionarias de CAFAM a las instalaciones de CENCOSUD el día 21 de diciembre de 2015.
2. Informe de verificación de aportes remitido por CAFAM a CENCOSUD el 29 de junio de 2016.
3. Comunicación del 29 de agosto de 2016 remitida por CAFAM a CENCOSUD.
4. Acta de reunión celebrada entre CAFAM y CENCOSUD el día 21 de junio de 2017.

6. ANEXOS

1. Poder especial otorgado al suscrito por la Caja de Compensación Familiar CAFAM.
2. Certificado de Existencia y Representación Legal de la Caja de Compensación Familiar CAFAM expedido por la Superintendencia de Subsidio Familiar.

7. NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en la carrera 10 # 97^a - 13 Of 704B de Bogotá D.C. y en el correo electrónico: juanc.morales@smmabogados.com.

CAFAM recibirá notificaciones en la carrera 68 # 90 – 88 de Bogotá D.C. y en el correo electrónico: notificacionesjudiciales@cafam.com.co.

Cordialmente,

JUAN CAMILO MORALES TRUJILLO

C.C. 7713719 de Neiva

T.P. 155947 del C.S.J