

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	EJECUTIVO LABORAL
DEMANDANTE	YAMIL BARJUN PALOMINO
DEMANDADOS	CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA - COMFANDI
PROCEDENCIA	JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-003-2020-00084-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACION EJECUTANTE
TEMAS Y SUBTEMAS	Deducción retención en la fuente conciliación
DECISIÓN	REVOCA

**AUTO INTERLOCUTORIO No. 040
APROBADO POR ACTA No. 008**

Santiago de Cali, treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado judicial de la PARTE EJECUTANTE **YAMIL BARJUN PALOMINO** contra el Auto interlocutorio No. 2889 del 9 de diciembre de 2020, proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, dentro del PROCESO EJECUTIVO LABORAL promovido contra la **CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA - COMFANDI**, a través del cual resolvió declarar probada la excepción de pago propuesta por el ejecutado y dar por terminado el proceso.

ANTECEDENTES

YAMIL BARJUN PALOMINO, adelantó demanda ejecutiva pretendiendo se libraré mandamiento de pago en contra de COMFANDI por la suma de \$84.000.000 correspondiente al saldo adeudado y por intereses moratorios, o en subsidio indexación de las sumas adeudadas (fls. 1 a 3). Lo anterior, basado en el incumplimiento de pagos por parte de la ejecutante del acuerdo de conciliación aprobado por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali mediante Auto Interlocutorio No. 3409 dictado en la diligencia de audiencia pública No. 565 del 25 de noviembre de 2019 dentro del proceso ordinario laboral.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali mediante auto interlocutorio No. 697 del 6 de marzo de 2020 (fl. 9), avocó el conocimiento del proceso ejecutivo laboral y libró mandamiento de pago a favor del señor YAMIL BARJUN PALOMINO y en contra del CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA - COMFANDI por las siguientes sumas de dinero:

- a) \$84.000.000 correspondiente al saldo pendiente del valor conciliado.
- b) Por las costas que se generen en el proceso ejecutivo.

Asimismo, declaró el embargo y secuestro de los dineros que se encontraran depositados en las cuentas de ahorro, corrientes, certificados de depósito a término que llegare a poseer la ejecutada.

A través de escrito remitido vía correo electrónico el 25 de septiembre de 2020 (Pag. 61 carpeta *01Expediente*), se dio contestación a la demanda ejecutiva por parte de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA - COMFANDI (fls. 62 a 79 carpeta *01Expediente*), interponiendo las excepciones de “*pago total de la obligación*”, “*no obligatoriedad de establecerse la procedencia o la no realización de retenciones legales en el acta de conciliación*” – es decir, que no era necesario incluir la retención en la fuente dentro de la conciliación para que la misma procediera-, “*retención en la fuente a favor del señor YAMIL BARJUN PALOMINO para el pago del impuesto de renta 2019 y 2020 con dinero desembolsado por COMFANDI, que implican que del patrimonio de Comfandi salió la totalidad del dinero acordado en el acta de conciliación*”, y “*prescripción*” frente a la obligación. Frente a las cuales el apoderado judicial del señor YAMIL BARJUN PALOMINO dio respuesta mediante oficio del 30 de septiembre de 2020 (pág. 110 a 112 carpeta *01Expediente*).

El 29 de septiembre de 2020, el apoderado de COMFANDI remitió vía correo electrónico (pág. 106 carpeta *01Expediente*), memorial de solicitud de levantamiento de medidas cautelares practicadas (fls. 107 y 108 carpeta *01Expediente*), que fue reiterado en varias oportunidades, y posteriormente se presentó derecho de petición de información (pág. 122 a 127 carpeta *01Expediente*). La anterior solicitud se basó en el hecho que el Banco Itaú había efectuado la consignación en el Banco Agrario a nombre del Juzgado, por el valor fijado en el mandamiento de pago, a saber \$88.200.0000, con el cual se garantizaría el cumplimiento de la obligación alegada en el proceso ejecutivo y el pago de unas eventuales costas y agencias en derecho.

Por Auto Interlocutorio No. 2720 del 20 de noviembre de 2020, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali dispuso correr traslado de las excepciones propuestas por la ejecutada y ordenar el levantamiento de las medidas cautelares decretadas contra la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA – COMFANDI, lo anterior atendiendo que se encuentra perfeccionada la medida de embargo decretada, pues existe un título judicial No. 4690300025555395 de fecha 22 de septiembre de 2020 por valor de \$88.200.000.

El apoderado del señor YAMIL BARJUN PALOMINO recorrió el traslado de las excepciones mediante oficio del 1 de diciembre de 2020 (fls. 144 a 148 carpeta *01Expediente*).

DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA.

Por Auto Interlocutorio No. 2889 dictado dentro de la diligencia de audiencia pública No. 437 del 9 de diciembre de 2020, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali dispuso declarar probada la excepción de pago propuesta por la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA – COMFANDI, dando por terminado el proceso ejecutivo, condenando en costas a la parte ejecutante, fijando como agencias en derecho el equivalente a UN SMLMV y ordenando la devolución del depósito judicial a COMFANDI.

Como argumento de su decisión expuso el *a quo* que, COMFANDI actuó conforme la ley, pues de acuerdo con los artículos 365 a 382 del Estatuto Tributario es un agente retenedor, en consecuencia, tiene la obligación de efectuar la retención en la fuente so pena de recibir sanciones. Expone que de igual manera la parte ejecutante está en la obligación de realizar el pago de esa renta, por lo que no se hacía necesario que esta situación quedase consignada en el acuerdo conciliatorio, en tanto corresponde a un imperativo legal.

Añade que conforme a lo dispuesto en el artículo 401-3 del Estatuto Tributario, el valor deducido al ejecutante por concepto de retención en la fuente se encuentra ajustado a derecho, dado que corresponde al 20% del valor pactado en la conciliación. Por lo anterior, indica que no se adeuda ningún valor al ejecutante.

DEL RECURSO DE APELACION.

Contra la anterior decisión se interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación por la PARTE EJECUTANTE, último que fue concedido por el *a quo* por auto No. 909 del 9 de diciembre de 2020 (carpeta 03AudienciaEjecutivo, Min. 28:10 a 28:47).

Adujo el apoderado del ejecutante que, no se tuvo en consideración el concepto emitido por la DIAN No. 43115 del 2004 en el cual se expuso:

“situación diferente se presenta de la indemnización por retiro definitivo del trabajador ya que estas si bien tienen como referente para su cuantificación los factores salariales en un lapso determinado no corresponden en estricto sentido al reconocimiento de un pago laboral mensual ni a un pago que tenga esa vocación, en efecto las indemnizaciones o bonificaciones por retiro tienen como efecto compensar de alguna manera al trabajador por la cesación del vínculo laboral y retribuir su dedicación a la empresa por todo el tiempo que estuvo vigente el contrato que es objeto de indemnización, por lo tanto estas indemnizaciones o bonificaciones por retiro definitivo de los trabajadores gozan de la exención del 25%, consagrado en el literal e) del artículo 230 del Estatuto Tributario, sin tener en cuenta el límite mensual contemplado en la norma”.

Señala que si se estuviera hablando de una bonificación o indemnización que se le otorga a un trabajador cuyo contrato aún está vigente, tal retención en la fuente sería aplicable, pero resalta que en el presente asunto estamos antes una indemnización definitiva derivada de una situación irregular, que no fue objeto de calificación debido a la conciliación, pero que sin embargo, obedece a que se presenta el retiro del ejecutado y por lo tanto queda con la exención mencionada y no es aplicable la retención en la fuente.

Indica que las conciliaciones tienen las mismas consecuencias de una sentencia, por lo que el demandado está en la obligación de pagar todo el valor al que fue condenado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 8 de abril de 2021, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión. Dentro de la oportunidad procesal, la parte DEMANDADA presentó alegatos, los cuales fueron considerados en esta instancia y pueden ser consultados en el expediente digital.

PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico en el presente asunto se circunscribe a determinar si la retención en la fuente efectuada por parte de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE-COMFANDI al señor YAMIL BARJUN PALOMINO constituye un incumplimiento de lo pactado en la conciliación y por tanto corresponde pagar a aquella el total sin ninguna deducción.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero reseñar que en atención a lo normado en el artículo 66A CPT y SS la decisión de esta instancia se circunscribe a los asuntos materia del recurso de apelación,

restricción a la competencia funcional del fallador de segundo grado, que impone el deber de decidir estrictamente dentro del marco fijado en la alzada (SL 2808-2018)

De ese modo se advierte, a folio 6 del plenario el acta de conciliación judicial, la cual constituye el título ejecutivo de la presente acción. Dicha conciliación fue aprobada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, por Auto Interlocutorio No. 3409 dictado en diligencia de audiencia pública No. 565 del 25 de noviembre de 2019, en los siguientes términos:

- El pago de Cuatrocientos Veinte Millones de pesos M/CTE (\$420.000.000) en dos cuotas, la primera el 10 de diciembre de 2019 por valor de \$210.000.000 y la segunda el 10 de enero de 2020 por el saldo restante.

Aduce la parte ejecutante que el valor pactado en dicha conciliación debió pagarse en su totalidad sin efectuar retención en la fuente, arguyendo por un lado que, no hay lugar a ello en tanto que las sumas reconocidas se equiparan a las indemnizaciones por retiro definitivo del trabajador a las que hace alusión la DIAN en concepto 43115 del 2004, indicando que gozan de la exención del 25%; y por otro lado que, en tanto la conciliación representa la misma consecuencia de las sentencias, el ejecutado está en la obligación de pagar el total del valor pactado.

Pese a que es algo confuso el apelante en su exposición sobre los motivos de inconformidad con la decisión inicial, en aplicación del principio o *beneficio de caridad* se hace el ejercicio de extraer el contenido mas acorde posible a la intención del recurrente, para lo que se advierte:

En punto al primer aspecto, relativo a que las indemnizaciones por retiro gozan de una exención del 25%, se trae a colación el artículo 401-3 ET y el concepto 43115 de 2004 de la DIAN los que explican:

El artículo 401-3 del Estatuto Tributario adicionado por el artículo 92 de la Ley 788 de 2002 establece: «**Retención en la fuente en indemnizaciones derivadas de una relación laboral o legal y reglamentaria.** Las indemnizaciones derivadas de una relación laboral o legal y reglamentaria, estarán sometidas a retención por concepto de impuesto sobre la renta, a una tarifa del veinte por ciento (20%) para trabajadores que devenguen ingresos superiores al equivalente de doscientas cuatro (204) Unidades de Valor Tributario (UVT), sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley 488 de 1998.»

*Adicionado por la ley 788 de 2002
Decreto 379 de 2007 estipula ingresos superiores a 204 UVT*

Sobre esta deducción precisó la DIAN en el concepto que se trae a colación por el accionante - 43115 de 2004 de la DIAN -, lo siguiente:

“Conforme con el artículo citado, la base del cálculo de la retención en la fuente por concepto de una indemnización originada en una relación laboral o legal y reglamentaria comprende la totalidad de los ingresos devengados por el beneficiario de la indemnización.

“Entonces, se tomará como ingreso todo pago o abono en cuenta a favor del beneficiario, susceptible de producir un incremento neto en el patrimonio, independientemente de su denominación o definición por otras regulaciones.

“En el entendido de que los ingresos provienen de una relación de carácter laboral o legal y reglamentaria, hacen parte de la base del cálculo de la retención los ingresos por concepto de salarios, comisiones, prestaciones sociales, viáticos, gastos

de representación, honorarios, y en general, las compensaciones por servicios personales, conforme con lo previsto en el artículo 103 del Estatuto Tributario.

Del total de los ingresos laborales percibidos por el trabajador durante el mes en que éste es retirado de la empresa, deberán restarse aquellos conceptos que por disposición expresa de la ley son considerados ingresos no constitutivos de renta o exentos. La base así determinada será comparada con un tope (más de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes), a efectos de establecer la procedencia de la retención sobre la indemnización, es decir, si la base mensual determinada es superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, habrá lugar a aplicar la retención del 20% sobre la indemnización.

Teniendo en cuenta que la indemnización tiene su origen en la relación laboral, le aplica la exención del numeral 10 del artículo 206 del Estatuto Tributario, por tanto, habrá que restarle el 25%, para establecer la base de retención.”

Es así que acorde con el concepto en cita, si bien era menester que se realizara la deducción de retención en la fuente a los valores pagados por concepto de indemnizaciones por retiro, dado su origen de carácter laboral se tiene que, en los términos del artículo 206-10 del ET tributario, habría que restarle a tal indemnización el 25%, para fijar la base de retención, sobre la que habría que aplicar el respectivo valor de retención en la fuente.

A este respecto se advierte que según lo admite el mismo ejecutado en la contestación, procedió a liquidar el aporte del 20% para retención en la fuente sobre el monto total de la indemnización, como se extrae de lo consignado a folios 66 del expediente digital, así:

“Valor a pagar por Comfandi según acta de conciliación	\$420.000.000
20% retención en la fuente	\$84.000.000
Valor pagado por Comfandi al señor YAMIL BARJUN PALOMINO	\$336.000.000
Valor entregado por Comfandi con recursos de su patrimonio a la DIAN por retención en la fuente y como pago anticipado del impuesto a la renta que debía pagar el señor YAMIL BARJUN PALOMINO	\$84.000.000
Valor total pagado por Comfandi y que salió efectivamente de su patrimonio	\$420,000.000”

En ese orden de ideas, se concluye que le asiste razón al accionante en cuanto a que la retención en la fuente tal como la aplicó el ejecutado, no tuvo en cuenta la exención del 25% a que se refiere el artículo 206-10 ET, que según lo explicó la DIAN en su concepto 43115 de 2004, debía atenderse al realizar el pago de indemnizaciones de carácter laboral.

Acorde con los dispositivos en cita, la base para la liquidación de la retención en la fuente debió ser:

$\$420.000,000 - \$102.500,000.00$ (25% de 420') = $\$307.500,000,00$,
cuyo 20% como valor a descontar por concepto de RETENCIÓN EN LA FUENTE se fijaría en :
 $\$307.500.000 \times 20\% = \$61'500.000,00$,

Siendo así, el descuento por retención en la fuente ha debido ser de $\$61.500.000,00$, y no los $\$84'000.000,00$ que descontó el ejecutado, por lo que le quedó adeudando al accionante la suma de $\$22'500.000,00$.

En línea con lo expuesto se advierte, que el ejecutado le retuvo al accionante un mayor valor al que en realidad debía tributarse por dicho ingreso de carácter laboral, pues según se dejó explicado, la base sobre la cual se calculaba el valor a retener partía de un 25% menos del monto total a reconocer por esta indemnización, procediendo el accionado a calcularlo a partir del 100% de lo adeudado por dicha erogación de carácter laboral, incurriendo así en un mal pago.

Por lo anterior, se hace menester que se disponga a favor del accionante el reconocimiento de la suma que se le descontó indebidamente por el ejecutado, recordando aquí el viejo aforismo según el cual *quien paga mal, paga dos veces*, por lo que no puede oponerse al trabajador que dicho pago ya se cumplió ante la Administración de Impuestos, ello sin perjuicio de las acciones que pueda emprender la entidad ejecutada frente al fisco para efecto de las correcciones o devoluciones a que haya lugar.

Si bien es cierto, los errores en liquidación de impuestos y devoluciones deben solucionarse ante la autoridad competente, en el asunto no se ofrece duda que el EJECUTADO pago mal al actor porque la base de retención la aplicó mal y le quedó adeudando \$22.500,000 que no debió calcular como RETEFUENTE, asunto que no requiere un mayor análisis tributario, sino que se advierte al rompe, con lo expuesto por la parte, y siendo así el ejecutado debe asumir ese mal pago. Ya las devoluciones o reclamaciones por lo pagado ante la DIAN deberán resolverse allí, pero en principio lo que queda dilucidado es que el debió pagar al trabajador correctamente lo que era pertinente.

Finalmente, en cuanto a la afectación de la retención en la fuente a los valores acordados en una conciliación en materia laboral, y si tal deducción representa un incumplimiento a los acuerdos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 11 de abril de 2003, radicado 19780, explicó:

“la inmutabilidad de un acuerdo con efectos de cosa juzgada lógicamente se refiere a que no puede ninguna de las partes, de modo unilateral por su única voluntad, deshacer o modificar los términos de la conciliación, pero ello no implica el incumplimiento de normas o disposiciones como las atinentes a los impuestos o a la retención en la fuente, caso específico como el que se analiza, en el cual la demandada no efectuó una deducción de modo arbitrario, para sí misma, como lo señala la impugnación, sino que lo hizo para dar cumplimiento al Estatuto Tributario (ver art. 375). En esa medida, no demuestra la censura, que se requería de una autorización especial de la beneficiaria del pago, pues queda en firme la conclusión del Tribunal, de que se está en presencia de una obligación legal para el agente retenedor, en este caso el empleador”

Así mismo, explicó el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia SL 2077 de 2018 que:

“dadas las características de las disposiciones tributarias, su aplicación o imposición resultan de obligatorio cumplimiento. Luego, si la decisión que se ataca, tuvo en cuenta los conceptos emitidos por la DIAN -89507 de 22 de diciembre de 2004 y 26979 de 11 de mayo de 2005, se considera que, desde el punto de vista fiscal, su contenido debía aplicarse de manera imperiosa; así lo indicó esta Corporación en la sentencia CSL SL12369-2017”

De conformidad con lo anterior no se deja lugar a dudas, tal como lo concluyó la juez de primer grado, que era procedente efectuar la deducción de la retención en la fuente, dada la calidad de agente retenedor de COMFANDI y el hecho que el acuerdo no podía desconocer aspectos de orden fiscal.

Como se dejó explicado ex ante, la exención que se menciona en el concepto emitido por la DIAN No. 43115 del 2004 no indica la exoneración de la retención en la fuente para los ingresos laborales correspondientes a indemnizaciones, sino que ello se refiere a la forma como se calcula la base para liquidar la retención, de la cual hay lugar a descontar un 25% que queda exento del gravamen: *“teniendo en cuenta que la indemnización tiene su origen en la relación laboral, le aplica la exención del numeral 10 del artículo 206 del Estatuto*

Tributario, por tanto, **habrá que restarle el 25% para establecer la base de retención**”-
negrita de la Sala-

Es preciso igualmente mencionar que la DIAN en concepto 86043 del 8 de septiembre de 2020, defendió la tesis según la cual *los pagos recibidos por un ex trabajador en virtud de una conciliación laboral son gravables y por lo tanto -sometidos a retención en la fuente, precisando que, si la conciliación laboral no se hace a título de indemnización si no en razón a unos pagos dejados de percibir, los cuales son plenamente identificables la retención en la fuente se calculará de acuerdo al procedimiento señalado para los pagos retroactivos.*

Corolario, se REVOCA el Auto interlocutorio No. 2889 del 9 de diciembre de 2020, proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali y en su lugar se ordena seguir adelante con la ejecución por \$22.500,000 que quedó adeudando COMFANDI, en consecuencia, SE DECLARA parcialmente probada la excepción de pago propuesta por la ejecutada. Costas en esta instancia a cargo de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA -COMFANDI, las cuales se liquidarán por el juez de conocimiento, se incluye como agencias en derecho la suma de \$100.000.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

REVOCAR el Auto Interlocutorio No. 2889 del 9 de diciembre de 2020, proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de pago, conforme las consideraciones del presente proveído.

SEGUNDO: ORDENAR que se continúe con el presente proceso ejecutivo laboral propuesto por el señor **YAMIL BARJUN PALOMINO** contra la **CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA-COMFANDI**, por la suma de \$22.500,000, por las razones aquí expuestas.

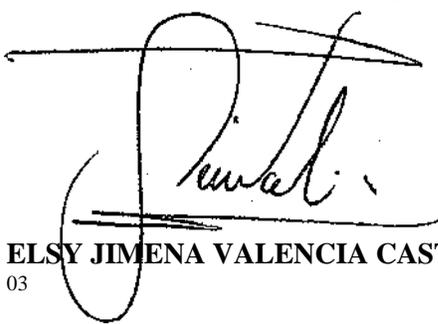
SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA -COMFANDI, se incluye como agencias en derecho la suma de \$100.000.

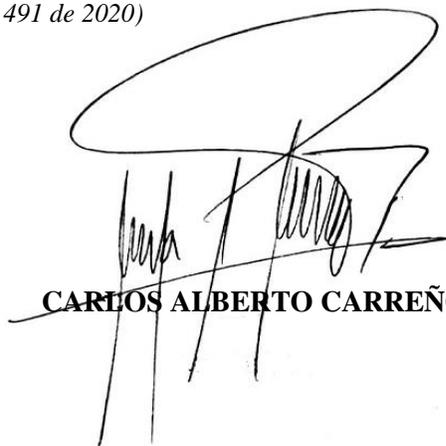
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

Se suscribió con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dec 491 de 2020)


ELSY JIMENA VALENCIA CASTRILLON
03


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA