

Enviado, 21 de febrero de 2023

Señor

**JUEZ TERCERO (3) CIVIL DEL CIRCUITO
DE ENVIGADO**

j03cctoenvigado@cendoj.ramajudicial.gov.co

memorialesenv@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ciudad

Referencia: Ejecutivo con base en sentencia.
Ejecutante: NÉSTOR HORACIO GIL FRANCO
Ejecutada: INVERSIONES BALSORA S.A Y OTRA
Radicado: 2022-00243-00 conexo al 2013-00025-00
Asunto: Recurso de reposición parcial y en subsidio de apelación, contra el auto de sustanciación No. 223 de 15 de febrero de 2023.

FRANCISCO BRAVO MÚNERA, abogado, apoderado especial de INVERSIONES BALSORA S.A., en oportunidad idónea para ello, interpongo recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el numeral primero del auto de sustanciación No. 223 de fecha 15 de febrero de 2023, por el cual el despacho dispuso:

“Primero: Ejecutoriado este auto poner a disposición de la parte demandante el dinero retenido (\$90.904.769,16), en el numeral quinto del auto de fecha 15 de diciembre de 2022, el cual dio por terminado el proceso de la referencia”

Son motivos de la reposición del numeral primero del auto de fecha 15 de febrero anterior, impugnado, los siguientes:

- 1) Por auto del 15 de diciembre de 2022, el despacho dio por terminado el proceso ejecutivo con base en sentencia por pago total de la obligación, ordenó levantar las medidas cautelares de embargo a cuentas bancarias y de los bienes inmuebles.
- 2) Igualmente ordenó la entrega de dineros depositados en el Banco Agrario a favor de la parte demandante, por valor de \$1.086.181.276 y requirió a la parte demandada para que aclarara la retención en la fuente practicada sobre el capital e intereses por la suma de \$90.904.769,16; por ser la sociedad INVERSIONES BALSORA S.A. fiscalmente agente responsable de retención en la fuente, como consta en su Registro Único Tributario (RUT), valor que se encuentra consignado en el banco Agrario.
- 3) El 17 de enero de 2023, se le envió al despacho la aclaración de la retención en la fuente efectuada sobre el capital e intereses ordenada por el auto previamente mencionado, reiterándole al despacho que la sociedad que represento es fiscalmente responsable de dicha retención, como consta en el RUT que se anexó en aquella oportunidad.

4) Por auto No. 223 del 15 de febrero de 2023, el despacho resolvió la aclaración realizada a la retención en la fuente practicada sobre el capital e intereses, disponiendo en su parte resolutive:

RESUELVE

Primero: Ejecutoriado este auto ordena poner a disposición de la parte demandante el dinero retenido (\$90.904.769,16), en el numeral quinto del auto de fecha 15 de diciembre de 2022, el cual dio por terminado el proceso de la referencia.

Segundo: Ejecutoriado este auto ordena poner a disposición de la parte demandada el remanente del dinero que se encuentre depositado en la cuenta del Banco Agrario, teniendo en cuenta la deducción del dinero del numeral anterior.

5) La anterior decisión la fundamentó el despacho en los siguientes términos:

5.1. *“Ahora bien, la sociedad Inversiones Balsora S.A., demandada en el presente proceso, presentó solicitud de terminación por pago total de la obligación la cual fue coadyuvada por la parte demandante -folios 46 al 49 del expediente digital-, presentando liquidación del crédito donde se incluyó el pago del capital, intereses y costas procesales.*

En el mismo escrito la sociedad demanda aduce que por ser agente retenedor, debe descontar del pago del capital y de los intereses un 11% y 7% respectivamente; y la parte demandada se opone y solicita pronunciamiento del Despacho.

Al respecto, se tiene que el proceso de la referencia tiene sustento en la ejecución del pago de las sumas de dinero ordenadas en sentencia del 28 de julio de 2020 dentro del proceso 05266310300220130002500 la cual fue confirmada por sentencia del 13 de julio de 2022 del Tribunal Superior De Medellín.

*Sobre el pago total de la obligación expresa el Código Civil en el artículo 1625 que se constituye como una forma de extinción de las obligaciones, a su vez en el artículo 1626 de la misma norma indica que el pago debe ser efectivo y, por ende, debe corresponder a la prestación de lo que se debe. Aunado a lo anterior, resalta el artículo 1649 ibíd.“(...) El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales. **El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban.**” Subrayas por fuera del texto.”*

5.1.1. Incurrir en un grave error el despacho al determinar el alcance en este último inciso transcrito, del artículo 1649 del Código Civil, que es el eje fundamental de la decisión que adopta; ya que la sociedad deudora no está obligando al acreedor a recibir parcialmente lo que se le debe, la retención en la fuente practicada sobre el pago que se hace por la deudora se hace por mandato de la ley y es un anticipo del acreedor al estado sobre las futuras obligaciones a su cargo. El valor de la retención es parte del pago efectuado al acreedor; pero por mandato de la ley se debe consignar, en su nombre, ante la DIAN. Es dinero del acreedor que el estado toma como anticipo a sus eventuales obligaciones tributarias futuras, de forma

tal que si en el correspondiente período fiscal el acreedor no debe pagar impuestos, la DIAN debe hacerle la devolución de su dinero retenido.

En tal sentido, el artículo 373 del Estatuto Tributario dispone:

ARTICULO 373. LOS VALORES RETENIDOS SE IMPUTAN EN LA LIQUIDACIÓN PRIVADA. En las respectivas liquidaciones privadas los contribuyentes deducirán del total del impuesto sobre la renta y complementarios el valor del impuesto que les haya sido retenido. La diferencia que resulte será pagada en la proporción y dentro de los términos ordinarios señalados para el pago de la liquidación privada.

5.1.2. La anterior interpretación dada al artículo 1649 llevaría al absurdo de considerar que todas las personas naturales y jurídicas que, en cumplimiento de las normas tributarias, efectúan retención en la fuente sobre sus pagos, están violando el artículo 1649 del Código Civil, al obligar a sus acreedores a recibir parcialmente sus pagos. (Este rubro sumó mas de 78 billones de pesos en los recaudos de la DIAN en el año 2022 (fuente: <https://www.dian.gov.co/dian/cifras/Paginas/EstadisticasRecaudo.aspx>).

5.1.3. Como indica el artículo 1649, ibidem, la prohibición de pagos parciales es “*sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales*”.

El Estatuto Tributario, contenido en el Decreto Extraordinario 624 de 1989 contiene las normas que regulan los aspectos formales y sustanciales del recaudo de impuestos en Colombia, tales como impuestos a cargo de los contribuyentes, sujetos pasivos, causación, base gravable, tarifas, etc., mediante normas de obligatorio cumplimiento, de orden público.

Entre sus normas, encontramos las siguientes, referentes a la figura tributaria de la retención en la fuente, que son absolutamente desconocidas en la decisión adoptada por el despacho, no se da aplicación a las mismas – no obstante explicarse en el documento presentado por la deudora sobre la obligatoriedad de las estas - en detrimento del actuar legal y juicioso de la sociedad que represento:

- En el artículo 365 se establece su origen, así:

“ARTICULO 365. FACULTAD PARA ESTABLECERLAS. El Gobierno nacional podrá establecer retenciones en la fuente con el fin de facilitar, acelerar y asegurar el recaudo del impuesto sobre la renta y sus complementarios, y determinará los porcentajes tomando en cuenta la cuantía de los pagos o abonos y las tarifas del impuesto vigentes, así como los cambios legislativos que tengan incidencia en dichas tarifas, las cuales serán tenidas como buena cuenta o anticipo. (...)”

- En el artículo 368 define quienes son agentes retenedores, así:

“ARTICULO 368. QUIENES SON AGENTES DE RETENCIÓN. Son agentes de retención o de percepción, las entidades de derecho público, los fondos de inversión, los fondos de valores, los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, los consorcios, las comunidades organizadas, {las uniones temporales} y las demás personas naturales o jurídicas, sucesiones ilíquidas y sociedades

de hecho, que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente.”

- En los artículos 375 y 376 establece las obligaciones del agente retenedor, así:

“ARTICULO 375. EFECTUAR LA RETENCIÓN. Están obligados a efectuar la retención o percepción del tributo, los agentes de retención que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar dicha retención o percepción.”

“ARTICULO 376. CONSIGNAR LO RETENIDO. Las personas o entidades obligadas a hacer la retención, deberán consignar el valor retenido en los lugares y dentro de los plazos que para tal efecto señale el Gobierno Nacional.”

-
- En el artículo 370 establece la responsabilidad de los agentes en caso de no practicar la retención en la fuente correspondiente, así:

*“ARTICULO 370. LOS AGENTES QUE NO EFECTUEN LA RETENCION, SON RESPONSABLES CON EL CONTRIBUYENTE. **No realizada la retención o percepción, el agente responderá por la suma que está obligado a retener o percibir, sin perjuicio de su derecho de reembolso contra el contribuyente, cuando aquél satisfaga la obligación. Las sanciones o multas impuestas al agente por el incumplimiento de sus deberes serán de su exclusiva responsabilidad**”*

“ARTICULO 392. SE EFECTUA SOBRE LOS PAGOS O ABONOS EN CUENTA. Están sujetos a retención en la fuente los pagos o abonos en cuenta que hagan las personas jurídicas y sociedades de hecho por concepto de honorarios, comisiones, servicios y arrendamientos.”

5.2. Continúa el despacho su motivación en los siguientes términos:

*“De otro lado, el Código General del Proceso en el artículo 461 inciso primero, determina que: “(...) Si antes de iniciada la audiencia de remate, **se presentare escrito proveniente del ejecutante o de su apoderado con facultad para recibir, que acredite el pago de la obligación demandada y las costas, el juez declarará terminado el proceso** y dispondrá la cancelación de los embargos y secuestros, si no estuviere embargado el remanente.”.*

Razón por la cual, ha de entenderse que si la intención de las partes fue la de terminar el proceso por pago, no es dable que se acepte que dicho importe se realice de forma parcial.”

5.2.1. La obligación demandada fue completamente cubierta por la sociedad INVERSIONES BALSORA S.A., prueba de ello es el documento aportado al despacho en el cual esta explica que se efectuó la retención en la ley legalmente exigible.

Circunstancia diferente es que la parte acreedora considere que no debía practicarse retención en la fuente, lo cual puso en conocimiento y consideración del despacho.

Al desconocer el despacho, por no darle aplicación, las normas del estatuto tributario antes citadas y disposiciones concordantes, que el valor de la retención en la fuente hace legalmente parte del valor cubierto

de la obligación, se crea la ficción de hacerse un pago parcial, lo cual es erróneo por las razones antes indicadas, entre las cuales destaco los siguientes mandatos legales de imperativo cumplimiento para la sociedad deudora:

“ARTICULO 375. EFECTUAR LA RETENCIÓN. Están obligados a efectuar la retención o percepción del tributo, los agentes de retención que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar dicha retención o percepción.”

“ARTICULO 392. SE EFECTUA SOBRE LOS PAGOS O ABONOS EN CUENTA. Están sujetos a retención en la fuente los pagos o abonos en cuenta que hagan las personas jurídicas y sociedades de hecho por concepto de honorarios, comisiones, servicios y arrendamientos.”

5.2.2. Igualmente, recuerdo que la sociedad deudora incurriría en una grave sanción fiscal si, acogiendo la tesis del juzgado, no efectuare retención en la fuente sobre los pagos efectuados a favor del demandante NESTOR GIL FRANCO, así:

*“ARTICULO 370. LOS AGENTES QUE NO EFECTUEN LA RETENCION, SON RESPONSABLES CON EL CONTRIBUYENTE. **No realizada la retención o percepción, el agente responderá por la suma que está obligado a retener o percibir, sin perjuicio de su derecho de reembolso contra el contribuyente, cuando aquél satisfaga la obligación. Las sanciones o multas impuestas al agente por el incumplimiento de sus deberes serán de su exclusiva responsabilidad**”* (Destaco con negrilla)

5.3. Sobre los restantes argumentos del despacho anoto que, al contrario de lo que se afirma, no constituyen fundamentos razonables de la decisión adoptada en el sentido de desconocer la exigibilidad y validez de la retención en la fuente practicada.

5.3.1. Incurrir en una errónea interpretación del Concepto de la DIAN contenido en el Oficio No. 032914, ya que claramente se explica en el mismo que cuando el juzgado efectúa el pago, este obrará como agente retenedor. Se pretendía al citar este concepto que el despacho comprendiera que en los pagos efectuados en procesos ejecutivos sí había lugar a retención en la fuente y que si el pago no lo efectúa el juzgado “(...) *corresponderá al interesado, en cada caso concreto, analizar y determinar si la operación económica realizada se encuentra sujeta o no a retención en la fuente a título del impuesto sobre la renta y complementarios y si quien realiza el pago tiene la calidad de agente de retención de conformidad con los artículos 368, 368-2 y 369 del Estatuto Tributario.*”

5.3.2. La referencia y transcripción de los artículos 392 y 395 del Estatuto Tributario corroboran los múltiples argumentos expuestos por la sociedad que represento sobre la existencia de una obligación ineludible a su cargo de efectuar retención en la fuente sobre los pagos efectuados por orden judicial a favor del señor NESTOR GIL FRANCO.

5.3.3. En cuanto al artículo 401 del estatuto tributario igualmente transcrito, corrobora la facultad del gobierno para establecer las retenciones en la fuente, como las que se practicaron en el asunto en análisis por expreso mandato legal.

6) Los argumentos del juzgado que desconocen la obligatoriedad de la práctica de retención en la fuente practicada por INVERSIONES BALSORA S.A., de una parte, permiten que el demandante NESTOR GIL FRANCO (hoy su heredero MICHAEL GIL) eluda como sujeto pasivo la aplicación de la herramienta de recaudo anticipado que utiliza el estado para el impuesto de renta a cargo del citado causante, que le permite al estado contar anticipadamente con los dineros de obligaciones eventualmente a su cargo y tener mayor certeza sobre el pago de dicho impuesto, y por otra parte, origina un enriquecimiento sin causa del demandante, ya que este recibiría un mayor pago por \$ 90.904.769,16; ya que la sociedad deudora en estricto acatamiento de las normas legales sobre la materia antes explicadas, retuvo y consignó esta suma de dinero a nombre del acreedor ante la DIAN, tal como está debidamente acreditado en el proceso.

SOLICITUD

Por las razones de hecho y de derecho antes expuestas, respetuosamente solicito la reposición del numeral primero del auto proferido por el despacho el pasado 15 de febrero de 2023, antes transcrito y que, en su lugar, el despacho reconozca la procedibilidad y validez de la retención en la fuente que sobre los valores a su cargo efectuó la sociedad INVERSIONES BALSORA S.A., en cumplimiento de claras normas tributarias imperativas sobre la materia.

En subsidio de la reposición, interpongo recurso de apelación ante el H. Tribunal Superior de Medellín.

Cordialmente,

FRANCISCO BRAVO MÚNERA

T.P 128.028