



DIAZ DAZA Y SOLANO S.A.S
VICTOR JULIO DIAZ DAZA
ABOGADOS

Señor

JUEZ SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE SOLEDAD
ccto02soledad@cendoj.ramajudicial.gov.co
efons123@hotmail.com
Soledad.

Ref.: Proceso ejecutivo laboral

Demandante: Malka Irina Cervantes Peláez

Accionada: Fábrica de Bolsas de Papel SAS "UNIBOL"

Radicado: 2023-0007

VÍCTOR JULIO DÍAZ DAZA, vecino de la ciudad de Barranquilla, identificado con la C. de C. No. 17.844.609 de Maicao, abogado, portador de la Tarjeta Profesional No. 29.569 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado especial de la Fábrica de Bolsas de Papel SAS "UNIBOL", dentro del proceso de la referencia, según poder que reposa en el expediente, manifiesto a Usted que descorro el traslado, dentro del término oportuno, así:

CONSIDERACIONES PRELIMINARES:

La ley tributaria es la que regula la relación jurídica existente entre el Estado y los contribuyentes, para hacer efectiva la satisfacción de los tributos, establece como elementos esenciales constitutivos del tributo, los siguientes: El sujeto pasivo, que es la entidad pública titular del crédito fiscal, el hecho generador, que es el acontecimiento de cuya realización depende el nacimiento de la obligación tributaria; la base gravable, que es un factor variable que determina en cada caso la cuantía que servirá de base en la determinación del impuesto; la tarifa, que es un factor constante para aplicar a la base gravable y liquidar el tributo; el sujeto pasivo, que es la persona natural o jurídica conminada al pago del impuesto, que adquiere esta condición al realizar el hecho generador o imponible del tributo.

Que, las retenciones son porcentajes que se deben aplicar según las disposiciones de la administración tributaria antes de proceder al pago de una obligación dineraria. Es, por tanto, una obligación que tiene el pagador, de no entregar el valor total al receptor del pago, sino de retener un porcentaje que debe ser entregado al Estado a nombre del contribuyente, para quien esta retención le significa un prepago o anticipo de impuestos (Villacreses & Jara, 2011, p.20).



DIAZ DAZA Y SOLANO S.A.S
VICTOR JULIO DIAZ DAZA
ABOGADOS

Que, en el artículo 206 del Estatuto Tributario se establece que, los pagos realizados a un ex- trabajador, originados en una conciliación judicial de naturaleza laboral están sometidos a retención en la fuente a título de renta laboral, conforme el procedimiento de retención aplicable. Es decir, que dichos pagos son gravables y por lo tanto sometidos a retención en la fuente.

Por lo anterior, se deberá concluir que UNIBOL S. A. S., estaba legalmente obligada a practicar la retención en la fuente sobre el valor a pagar al demandante por concepto de conciliación, en su calidad de agente de retención y, que el procedimiento para calcular la tarifa de retención aplicable es el establecido en el artículo 383 y siguientes del Estatuto Tributario de Colombia.

Es necesario tener en cuenta que la omisión del agente retenedor se encuadra en el tipo penal denominado "omisión de agente retenedor", por lo cual UNIBOL en tal calidad mal podría asumir el riesgo de incurrir en una conducta punible de esta categoría.

CASO CONCRETO:

Unibol y una empresa temporal realizaron una conciliación ante el Ministerio de Trabajo con una ex trabajadora de la empresa temporal que se encontraba en misión en Unibol; la conciliación es por indemnización por daño moral debido a una afectación por un accidente ocurrido en las instalaciones de Unibol; la indemnización corre por cuenta de Unibol.

Para el pago de esta indemnización se aplica el artículo 401-2 del Estatuto Tributario debido a que el beneficiario del pago no tenía contrato de trabajo con Unibol y que la retención en la fuente a aplicar es del 20%.

Unibol cumplió con el pago de la indemnización en las fechas indicadas, en el último pago se aplicó la retención en la fuente por valor de \$28.000.000 que corresponde al 20% de la indemnización.

La beneficiaria del pago está indicando que no es procedente aplicar retención en la fuente debido a que la indemnización es laboral y sus ingresos no sobrepasan los montos para aplicar retención en la fuente.

Respuesta: El pago si estaba sujeto a retención en la fuente, de acuerdo con la ley.

Es conveniente aclarar que dicha suma no quedó en poder de Unibol, sino que se depositó en la Dian y la reclamante puede utilizar para el pago de sus impuestos, o pedir la devolución de lo pagado en exceso, si fuere el caso.

SUSTENTO JURÍDICO:

Para abordar el caso, nos permitimos citar los antecedentes que dan lugar a la suscripción del Acta de Conciliación:



“Identificadas las partes el funcionario procede a declarar en audiencia pública el despacho y concede el uso de la palabra a la convocante, señor (a) MALKA IRINA CERVANTES PELAEZ, quien manifiesta:

“Actuando en nombre propio, manifiesta ante esta audiencia conciliar con la empresa SU ALIADO LABORAL SAS, y empresa solidaria FABRICA DE BOLSAS DE PAPEL UNIBOL SAS, que previamente acordamos con las empresas citadas aceptar la suma de \$140.000.000.oo CORRSPONDIENTE (sic) por indemnización plena de daños y perjuicios ocasionados del accidente laboral sufrido el 25 de abril del año 2020, dejando así el problema jurídico superado, y así mismo, una vez recibido la totalidad del acuerdo quedamos Paz y Salvo a las empresas SU ALIADO LABORAL SAS y FABRICAS DE BOLSAS DE PAPEL UNIBOL SAS por Indemnización por daños y perjuicios relacionados con el accidente laboral.” (subrayas fuera de texto).

De las consideraciones del Acta de Conciliación, se desprenden las siguientes conclusiones:

Bajo este contexto se infiere que el pago que realiza UNIBOL se hace como responsable solidario a favor del demandante y por supuesto, en virtud del Acta de Conciliación. En ningún aparte se califica a UNIBOL como empleador.

A pesar de que UNIBOL no tuvo vínculo laboral con el beneficiario del pago, en el acta se le está imputando una responsabilidad solidaria, al ser calificada en ella como “empresa solidaria”.

En virtud de lo anterior, en el Acta de Conciliación se imputa la solidaridad a UNIBOL para el pago del concepto transado, el cual corresponde a “daños y perjuicios” que en nada tienen que ver con remuneraciones, prestaciones, o indemnizaciones laborales dejadas de cancelar.

Para tal efecto, es pertinente tener en consideración el Concepto Nro. 001031 de 2013, en el cual la DIAN reitera lo dicho en Concepto No. 008701 del año 1998 en materia del Contrato de Transacción, en el siguiente sentido:

“(...) en relación con el contrato de transacción como mecanismo alternativo de solución de conflictos, resulta igualmente aplicable lo manifestado por la División de Doctrina en el Concepto No. 008701 del 13 de febrero de 1998:

TESIS JURÍDICA:

El dinero obtenido en conciliaciones, arreglos directos o transacciones prejudiciales está sometido a retención en la fuente, cuando es un ingreso susceptible de producir un incremento neto en el patrimonio del beneficiario en el momento de su percepción.

INTERPRETACIÓN JURÍDICA:



El artículo 26 del Estatuto Tributario que señala la forma en que se deben depurar los ingresos para establecer la renta gravable de un contribuyente, indica que la renta líquida gravable del contribuyente, es la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o periodo gravable que sean susceptibles de producir un incremento del patrimonio en el momento de su percepción, que no hayan sido expresamente exceptuadas, menos los descuentos (sic) señalados en el (sic) misma norma.

Cuando en el acuerdo directo o conciliación se paguen las obligaciones no canceladas en tiempo oportuno, por este hecho, no cambia la naturaleza del ingreso susceptible de producir incremento en el patrimonio del beneficiario, luego se someterá a retención en la fuente, al porcentaje que corresponda el acto, contrato u obligación que generó los ingresos.

Si como resultado de la conciliación se paga una indemnización, ésta comprende el daño emergente y el lucro cesante, de acuerdo al artículo 1613 del Código Civil.

El daño emergente es el resarcimiento por la pérdida o disminución patrimonial y el lucro cesante son los ingresos dejados de percibir.

Según el artículo 17 inciso 2o. del Decreto 187 de 1975, el reembolso de capital por daño emergente no es susceptible de constituir ingreso tributario, y por tanto, no está sometido a retención en la fuente.

Por el contrario, la parte de la indemnización que corresponde a lucro cesante es un ingreso gravable por cuanto son las ganancias ciertas dejadas de percibir y se someten a retención en la fuente al porcentaje que corresponde a la naturaleza jurídica del contrato o acto que lo generó..." (El resaltado no corresponde al texto).

En este orden de ideas, la posición oficial de la DIAN es en el sentido que, si con el contrato de transacción se están acordando obligaciones no pagadas oportunamente, el concepto del pago realizado en virtud de la transacción, corresponderá al de la fuente de tal obligación y la retención en la fuente deberá realizarse por tal concepto.

En el caso puesto a consideración, a pesar de que la responsabilidad solidaria deviene de un contrato laboral, el reconocimiento o pago se materializa en una indemnización por daños y perjuicios que están al margen de contraprestaciones dejadas de cancelar.

En este sentido, la retención en la fuente que se aplique al pago será la correspondiente al concepto que lo origine, según conste en el acta de conciliación que sustenta la obligación de UNIBOL como empresa solidaria.

No cabe duda entonces que no fueron conciliadas prestaciones sociales laborales; a cambio se transó una suma por un concepto distinto a las contraprestaciones de tipo laboral.



Es decir, el hecho que la conciliación tenga origen en la petición de reconocimiento de una relación laboral, que no nace de un contrato de este tipo, no implica que los pagos resultados de la misma sean automáticamente pagos laborales, pues dada la libertad de las partes para llegar a un acuerdo conciliatorio, estas podrán definir que las mismas no den lugar a pagos de esa naturaleza.

En este mismo sentido, es común que se celebren contratos de transacción en los que, existiendo controversias por reconocimientos laborales, las partes deciden transar una cifra determinada cuya finalidad es evitar futuras controversias, y que, a pesar de estar vinculadas a un contrato laboral, la retención se hace a título de otro ingreso tributario, precisamente porque el valor transado no reconoce una contraprestación de tipo laboral.

Para el caso que nos ocupa el pago no está conciliado como alguna indemnización o bonificación por retiro sino por daños y perjuicios, no le es aplicable la retención por estos conceptos y en consecuencia su retención debe atender las indemnizaciones por el artículo 401-2 del Estatuto Tributario, el cual indica:

*“Artículo 401-2. retención en la fuente en indemnizaciones. los pagos o abonos en cuenta por concepto de indemnizaciones diferentes a las indemnizaciones salariales y a las *, si los beneficiarios de la misma son extranjeros sin residencia en el país, sin perjuicio de la retención por remesas**. Si los beneficiarios del pago son residentes en el país, la tarifa de retención por este concepto será del veinte por ciento (20%).*

En conclusión:

- (i) El reconocimiento no corresponde a una obligación laboral dejada de pagar, tal y como lo indica la DIAN en el Concepto transcrito;
- (ii) El pago no es una indemnización laboral por despido y,
- (iii) A pesar de que el valor conciliado deviene de una responsabilidad solidaria, dicha conciliación no reconoce una indemnización laboral.

En virtud de ello, se concluye que mi representada estaba obligada a practicar la retención en la fuente bajo los parámetros del artículo 401-2 del Estatuto Tributario.

Aclarado lo anterior en el sentido de que la indemnización no corresponde a una de las derivadas de una relación laboral, se debe definir si la indemnización por daños y perjuicios es por lucro cesante o daño emergente, de ser un daño emergente (restitución de un capital), no habría retención en la fuente mientras que lo que corresponda a lucro cesante se sometería a la retención del 20% antes mencionada.

I. A LOS HECHOS.

1. Es cierto, dejando constancia que la demandante nunca ha sido trabajadora de UNIBOL.



2. Es cierto, en los términos previstos en el acta de conciliación.

3. Es cierto.

4. Es cierto.

5. Es cierto.

6. Lo cierto es que mi representada efectuó el pago total de la obligación consignada en el acta de conciliación. Pese a que el demandante no haya recibido en su cuenta bancaria el valor total conciliado, el pago se hizo de forma completa, y el ingreso del demandante efectivamente fue de CIENTO CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$140.000.000). La diferencia que hoy es objeto de cobro fue efectivamente consignada y declarada por mi representada ante la DIAN, a nombre del demandante a título de retención en la fuente practicada.

La suma de veintiocho millones de pesos (\$28.000.000), fue consignada a la DIAN a nombre del demandante por concepto de retención en la fuente como mecanismo de recaudo anticipado del impuesto y, por ser un pago anticipado de un impuesto (que en todo caso debe ser pagado por el demandante (al ser contribuyente), se puede descontar de su respectiva declaración de renta.

Mi representada cumplió a cabalidad con su obligación, y en estricto cumplimiento de las normas fiscales aplicables, puso a disposición de la DIAN la referida suma a título de retención en la fuente. De lo contrario UNIBOL habría incurrido en una grave violación de las normas tributarias que a su vez acarrearían serias consecuencias para mi representada como responsable de la retención, tal y como lo plantearé en los “Hechos y Razones de la defensa”.

II. A LAS PRETENSIONES

Me opongo a ellas, así:

1. EN CUANTO AL PAGO DE LA SUMA DE VEINTIOCHO MILLONES DE PESOS (\$28.000.000.) POR CONCEPTO DE LA OBLIGACIÓN CONTENIDA EN EL ACUERDO DE CONCILIACIÓN

Me opongo a ella ya que implicaría que mi representada pague dos veces al demandante las sumas de dinero acordadas mediante Acta de Conciliación, pues no sólo habría cancelado \$140.000.000 a su favor (consignando un porcentaje de dicho pago a la DIAN), sino que, además, tendría que asumir el porcentaje del impuesto de renta, que como contribuyente que percibe un ingreso gravable le corresponde única y exclusivamente al demandante por ministerio de ley. Esta es una obligación inherente a cada sujeto pasivo y no existe norma alguna que permita trasladarla a quien efectúa el pago, siendo que quien percibió el ingreso es el demandante.



Por otro lado, es importante aclarar al despacho que la retención en la fuente es el recaudo anticipado de un impuesto que ocurre en el momento mismo en que ocurre el hecho generador del impuesto retenido, por tanto, siempre que se hable de retención en materia tributaria será anticipada y se deben practicar.

Considerar lo contrario, esto es, que UNIBOL deba asumir la retención por no haberse pactado nada en contrario en el acta de conciliación respectiva, implicaría trasladar la carga al pagador (UNIBOL). Decir que nada se pactó en el acta de conciliación, y que por tanto no procede la retención, es tanto como decir que, en un contrato de trabajo, se debe expresamente indicar la retención aplicable al pago del respectivo salario, so pena de entender que el empleador está efectuando el pago de forma incompleta o, peor aún, deba asumir dicha retención sin practicarla al trabajador.

2. EN CUANTO SOLICITA EL PAGO DE LAS COSTAS Y AGENCIAS DEL PROCESO:

Me opongo a ella, porque ninguna de las pretensiones de la demanda está llamada a prosperar. Será el demandante quien sea llamada a ellas.

III. FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA DEFENSA

Las pretensiones de la demanda no se fundan en una obligación clara, expresa y exigible a UNIBOL, el proceso versa sobre la tarifa de retención aplicable al pago realizado y contenido en el Acta de Conciliación, no sobre la ejecución o no del título.

Se discute en este proceso si la retención en la fuente y procedimiento aplicable de acuerdo con el Estatuto Tributario Nacional, al pago realizado por UNIBOLA a un ex-trabajador de una empresa de servicios temporales, originados en una conciliación judicial de naturaleza laboral. Alegando el demandante que debió aplicarse el artículo 401-3, esto es, como concepto que se asemeja a una indemnización producto de una conciliación laboral por despido sin justa causa, razón por la cual no era objeto de retención anticipada.

La respuesta, de acuerdo con la ley y reiterados oficios de doctrina DIAN es que no, tal como se desarrollará a continuación, razón por la cual las diferentes pretensiones no deben prosperar en contra de mi representada.

En ese orden de ideas, lo que está en discusión no es el carácter ejecutable del Acta de Conciliación, sino que la litis deberá fijarse en determinar la tarifa y procedimiento de retención aplicable para el caso concreto, labor que en todo caso no le compete al Juez Laboral, sino a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Conciliación laboral cuando se hace a título de indemnización, sino en razón a unos pagos dejados de percibir, plenamente identificables.



En consideración a que es evidente que el Acta de Conciliación no establece que mi representada pagará a título de indemnización la suma de (\$140.000.000), la doctrina DIAN mediante Oficio No. 077394 de fecha 03-12-2013, estableció textualmente:

3.1. Pagos plenamente identificables para la DIAN.

“Sobre el particular aclaramos:

La expresión pago plenamente identificable en el contexto del concepto 86043 se refiere a que es necesario establecer sin lugar a dudas si la suma recibida en una conciliación laboral corresponde a una indemnización por retiro definitivo del trabajador, o al reconocimiento de pagos provenientes de una relación laboral dejados de pagar; conceptos diferentes para efectos de aplicar la retención en la fuente. Tal identificación debe desprenderse del texto del acta conciliatoria o acuerdo, que reconoce los valores a pagar y que sirven de pauta al agente retenedor para realizar la retención correspondiente., por cuanto así se trate de pagos provenientes de la relación laboral en ambos casos, la retención para una indemnización por despido injustificado del trabajador se rige por lo dispuesto en el artículo 9° del decreto 400 de 1.987, diferente de la retención que se aplica a los pagos salariales retroactivos que se establece buscando la proporción de pago retroactivo que corresponde a cada mes y la retención del reajuste.”

De lo anterior, podemos concluir que, al no tratarse de indemnización se aplicaría la retención conforme al pago retroactivo, siempre que el concepto sea plenamente identificable, de lo contrario se tendría que aplicar lo establecido en el artículo 206 del Estatuto Tributario, así como el procedimiento de que trata el artículo 383 del citado Estatuto.

En este caso, ni el demandante, ni UNIBOL reconocieron que el concepto del pago de la suma de CIENTO CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$140.000.000) de que trata el Acta de Conciliación suscrita entre las partes, tiene como fundamento el pago de salarios, primas, cesantías, vacaciones, e intereses a las cesantías a cargo de mi representada. Por lo cual es procedente aplicar lo dispuesto en el artículo 206 del Estatuto Tributario.

El dinero obtenido en conciliaciones, arreglos directos o transacciones, están sometidos a retención en la fuente.

En este contexto, en relación con el contrato de transacción como mecanismo alternativo de solución de conflictos, resulta igualmente aplicable lo manifestado por la División de Doctrina en el Concepto No. 008701 del 13 de febrero de 1998:

IV. EXCEPCIONES

1. INEXISTENCIA DE OBLIGACIONES:



Mi representada no reconoce las pretensiones elevadas por la parte actora, quien solicita el reconocimiento y pago de \$28.000.000, pese a que esa suma fue efectivamente consignada y declarada por UNIBOL ante la DIAN, a nombre del demandante, a título de retención en la fuente practicada de conformidad con el procedimiento establecido en la normativa legal vigente en la materia.

En consecuencia, cuando el demandante proceda a presentar su declaración de renta, tendrá una retención ya practicada por valor de \$28.000.000 que podrá descontar del impuesto a pagar.

Por lo anterior, rechazamos la pretensión perseguida por el demandante.

2. PAGO DE LO NO DEBIDO:

Tal como ha indicado a lo largo del presente escrito, mi representada no reconoce las pretensiones elevadas por la parte actora, quien solicita el reconocimiento y pago de \$28.000.000, pese a que esa suma fue efectivamente consignada y declarada por UNIBOL ante la DIAN, a nombre del demandante, a título de retención en la fuente practicada de conformidad con el procedimiento establecido en la normativa legal vigente en la materia. En consecuencia, cuando el demandante proceda a presentar su declaración de renta, tendrá una retención ya practicada por valor de \$28.000.000 que podrá descontar del impuesto a pagar.

3. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA:

Mi representada cumplió con la obligación contenida en el Acta de Conciliación. De tal forma que no es de recibo imponer condenas por incumplimiento de lo dispuesto en el Acta de Conciliación, si lo cierto, es que mi representada le pagó al demandante \$140.000.000., y puso a disposición de la DIAN a nombre del demandante, a título de retención en la fuente practicada de conformidad con el procedimiento establecido en la normativa legal vigente en la materia.

De lo anterior, se advierte al Despacho que, conceder las pretensiones de la demanda constituye un enriquecimiento sin causa a favor del demandante. Lo anterior, sin lugar a dudas, vulnera los derechos de mi representada ocasionándole un perjuicio económico sin justificación.

4. FALTA DE COMPETENCIA DEL JUEZ LABORAL PARA DEFINIR LA TARIFA DE RETENCIÓN APLICABLE:

Es preciso resaltar que esta discusión no es laboral, ni ejecutiva, sino tributaria, con lo cual el despacho carece de competencia para pronunciarse al respecto.

Mi representada en su condición de agente de retención está obligado a practicar las retenciones a las que haya lugar, puesto que esta es una obligación legal de la cual las partes no pueden eximirse y que se debe cumplir independientemente esté o no



DIAZ DAZA Y SOLANO S.A.S
VICTOR JULIO DIAZ DAZA
ABOGADOS

acordado por las partes, al estar la ley por encima de cualquier acuerdo de voluntad. Contrario sensu, las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de UNIBOL como agente retenedor, van desde responder ante el ente fiscalizador (DIAN) por las retenciones no practicadas, hasta encuadrar la conducta en el tipo penal de omisión de agente retenedor.

En consecuencia, al no tratarse de una obligación clara, expresa y exigible, sino de un asunto tributario consistente en determinar la retención en la fuente y procedimiento aplicable de acuerdo con el Estatuto Tributario Nacional al pago realizado por UNIBOL, el despacho carece de competencia para pronunciarse sobre el particular.

V. MEDIOS PROBATORIOS

I. INTERROGATORIO DE PARTE:

Solicito se cite y haga comparecer a su despacho a la demandante para que absuelva el interrogatorio de parte que formularé sobre los hechos de la demanda, las respuestas que se dieron a dichos hechos, sobre los hechos y razones de la defensa y, en general, sobre cualquier circunstancia que interese al proceso. Principalmente lo interrogaré sobre su declaración de renta, certificado en el que conste en que no se ha tomado la retención practicada a su favor y en general cualquier circunstancia que interese al proceso. La dirección del demandante y el correo electrónico aparece en la demanda.

II. DOCUMENTALES

Aporto:

1. Constancia de pago de la obligación por la suma de \$112.000.000
2. Constancia de depósito a la DIAN de los \$28.000.000.

Para un total pagado de \$140.000.000.

VI. NOTIFICACIONES.

Recibo notificaciones en la Carrera 54 No. 91-79 de Barranquilla. Correo electrónico victorjdiaz@hotmail.com; celular 3257248585.

VII. PETICION ESPECIAL.

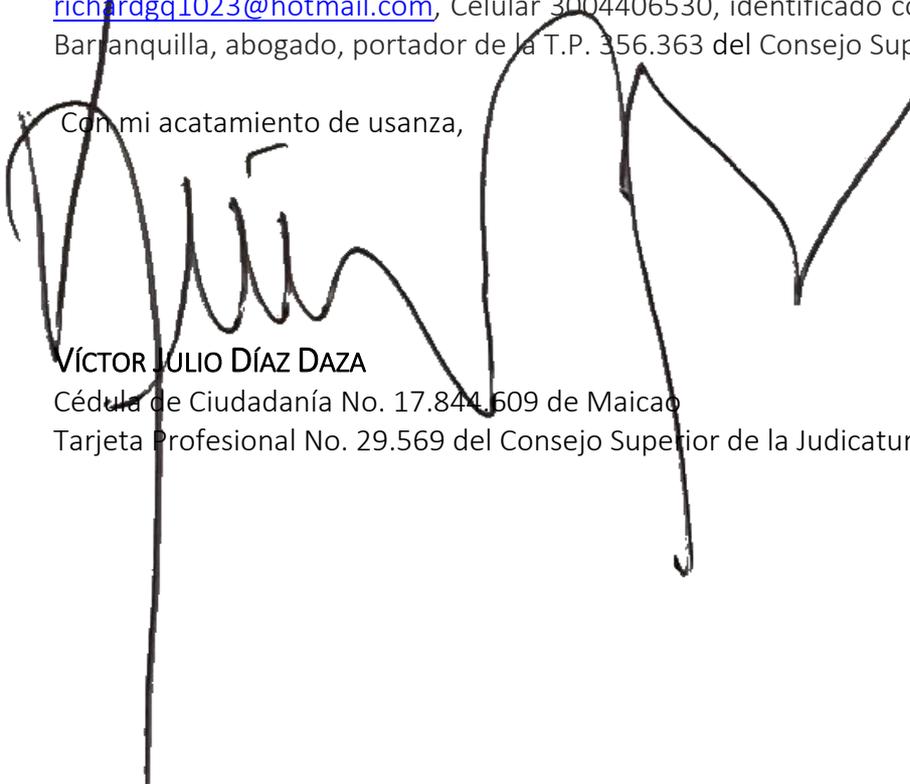
Solicito se abstengan de ordenar el embargo de mi representada mientras se tramita el proceso, y si el señor lo considera, se sirva ordenar la constitución de una caución, de

conformidad con lo permitido por el artículo del Código de procedimiento Laboral y de la Seguridad Social.¹

VIII. SUSTITUCION DE PODER:

Desde ya manifiesto que sustituyo el poder a mi conferido por la parte demandada al doctor al Doctor Ricardo García Quiñones, correo electrónico richardgg1023@hotmail.com, Celular 3004406530, identificado con la CC 8.683.695 de Barranquilla, abogado, portador de la T.P. 356.363 del Consejo Superior de la Judicatura

Con mi acatamiento de usanza,



VÍCTOR JULIO DÍAZ DAZA

Cédula de Ciudadanía No. 17.844.609 de Maicao

Tarjeta Profesional No. 29.569 del Consejo Superior de la Judicatura

¹ **ARTICULO 104. DESEMBARGO Y LEVANTAMIENTO DEL SECUESTRO. REMATE.** Si el deudor pagare inmediatamente o diere caución real que garantice el pago en forma satisfactoria para el Juez, se decretará sin más trámite el desembargo y el levantamiento del secuestro.

Si no se efectuare pago ni se prestare caución, el Juez ordenará el remate de bienes señalando día y hora para que el acto se verifique. Si no fuere el caso de remate, por tratarse de sumas de dinero, ordenará que de ellas se pague al acreedor.