

Oficio 220-016477 Del 15 de Marzo de 2012

ASUNTO: ALCANCE Y APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 32 DE LA LEY 1429 DE 2010

Me refiero a su escrito radicado en esta Entidad con el número 2012- 01- 024918, mediante el cual, previa las consideraciones allí expuestas, formula una consulta sobre el alcance y aplicación del artículo 32 de la Ley 1429 de 2010, así:

1) La norma establece la obligación específica de pagar las retenciones de carácter obligatorio, los descuentos a los trabajadores y los aportes al sistema de seguridad social, sin hacer referencia a otras obligaciones conexas como intereses ni a otras eventuales consecuencias como las multas que podrían eventualmente derivarse del no pago oportuno de esos capitales.

a) Por lo anterior, se consulta si el requisito de pago al momento de la audiencia de confirmación se cumple con la presentación de la constancia de cancelación del capital adeudado por retenciones fiscales, descuentos laborales y aportes a la seguridad social, o si, por el contrario, el concursado debe pagar otras obligaciones como los intereses y sanciones, a pesar de no ser propiamente retenciones ni aportes.

b) En caso de que tuvieran que pagarse las multas, en adición a las retenciones y aportes mencionados en la norma, se explicará la razón jurídica para ello, teniendo en cuenta que las multas son prestaciones autónomas derivadas del incumplimiento de un deber formal, pero que no se vinculan ni se derivan del capital adeudado.

c) Esas multas que se derivan de obligaciones formales del contribuyente, específicamente referidas a la declaración, no deben presentarse por el acreedor fiscal para ser atendidas dentro del concurso?

d) Siendo esta obligación de pago anticipado sería una excepción al principio de universalidad concursal, no sería necesaria la realización de una interpretación estricta y literal que lleve a pagar solo los capitales, para no violentar en mayor medida el derecho de la igualdad con los demás acreedores?

2) El inciso segundo del artículo 32 transcrito establece que las referidas obligaciones deben satisfacerse a más tardar al momento de la confirmación del acuerdo de reorganización, sobre lo cual se consulta:

a. El acuerdo de pago logrado con las entidades fiscales, laborales o de seguridad social se entiende como medio de satisfacción de esos créditos, o se requiere obligatoriamente el pago efectivo? Cuál es el fundamento jurídico de la decisión.

b. Teniendo en cuenta el carácter especial de la regulación concursal las entidades fiscales o de la seguridad social podrían hacer acuerdo sobre aportes a pensiones o retenciones en la fuente?

c. Durante el plan de pagos que se establece en ese inciso se causan intereses de plazo teniendo en cuenta que existe un plan de pagos o, por el contrario, se causan intereses de mora a pesar de la autorización legal de someterlo a esa modalidad de extinción.

d. En caso de que los trabajadores hubieran sido desafiliados del sistema de salud en seguridad social, el concursado solo deberá pagar los períodos en mora en los cuales estuvo afiliado, o tiene que pagar incluso aquellos en los que no hubo afiliación y en los cuales no se prestó el servicio por parte del sistema de seguridad social.

e. Una vez admitida la demanda con el plan de pagos, deben las entidades de seguridad social en pensiones, salud y riesgos profesionales, reactivar el recibo de aportes por parte de la empleadora en concurso y, en consecuencia, restablecer los servicios a los trabajadores, o podrían negar estas prestaciones fundamentales a pesar de la autorización legal del plan de pagos?

Al respecto, me permito manifestarle, de una parte, que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 del Código Contencioso Administrativo y 2 numeral 18 del Decreto 1080 de 1996, es función de la Superintendencia de Sociedades la de absolver las consultas de carácter general y abstractas que se le formulen sobre temas de derecho estrictamente societario regulado por la legislación mercantil, y no sobre temas contractuales, procedimentales o jurisdiccionales, y de otra, que según Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, no le es dable a la Entidad como autoridad administrativa intervenir en asuntos de los cuales haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales, en relación con los cuales se debe pronunciar como juez en las instancias procesales a que haya lugar.

No obstante lo anterior, este Despacho se permite, a título simplemente de informativo, hacer las siguientes precisiones de orden legal, a la luz de las Leyes 1116 de 2006 y 1429 de 2010, mediante la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se Dictan otras Disposiciones, y se expide la ley de formalización y generación de empleo, respectivamente:

i) El artículo 10º de la Ley 1116 de 2006, consagra como otros presupuestos de admisión a un proceso de reorganización empresarial, el que la solicitud deberá presentarse acompañada de los documentos

que acrediten, además de los supuestos de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

(□)

4.- No tener a cargo obligaciones vencidas por retenciones de carácter obligatorio, a favor de autoridades fiscales, por descuentos efectuados a los trabajadores, o por aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.

Parágrafo. Las obligaciones por los conceptos indicados en los numerales 3 y 4 del presente artículo, causados durante el proceso, o las facilidades celebradas con las respectivas entidades responsables sobre tales conceptos con anterioridad a la apertura del proceso concursal que haya suscrito el deudor para cumplir con el presupuesto para acceder al mismo, serán pagadas de preferencia, inclusive sobre los demás gastos de administración□. (El llamado es nuestro).

ii) Del estudio de la norma antes transcrita, se desprende, de una parte, que uno de los requisitos para acceder a un proceso de reorganización es que el deudor no tenga obligaciones vencidas por retenciones de carácter obligatorio a favor de autoridades fiscales (retenciones de carácter obligatorio a favor de autoridades fiscales (retenciones por concepto de IVA y en la fuente), por descuentos efectuados a trabajadores o por retenciones al sistema de seguridad social, toda vez que se trata de dineros de terceros, y por ende, no pueden quedar sujetos a las resultas del proceso, y de otra, que así existiera un acuerdo de pago sobre tales obligaciones para acceder al aludido trámite concursal, éstas deben ser atendidas de preferencia, al igual que las causadas con posterioridad a la iniciación del proceso, y por consiguiente, no pueden ser objeto del acuerdo de reorganización que se llegare a celebrar entre la sociedad deudora y sus acreedores.

iii) La anterior disposición fue modificada por el artículo 30 de la Ley 1429 de 2010, en el sentido de suprimir, entre otros, el numeral cuarto ya referenciado, es decir, que para acceder a un proceso de reorganización ya no se requiere acreditar que el deudor no tiene a su cargo obligaciones vencidas por tales conceptos.

iv) Sin embargo, el artículo 32 de la Ley 1429 de 2010 que trata de la formalización y generación de empleo, prevé que □Sin perjuicio de la responsabilidad penal o de cualquiera otra índole a que hubiere lugar, la existencia de pasivos por retenciones de carácter obligatorio a favor de autoridades fiscales, descuentos efectuados a trabajadores o aportes al sistema de seguridad social no impedirá al deudor acceder al proceso de reorganización.

En todo caso, al momento de presentar la solicitud el deudor informará al juez acerca de su existencia y presentará un plan para la atención de dichos pasivos, los cuales deberá, satisfacerse a más tardar al momento de la confirmación del acuerdo de reorganización. Si a esa fecha no se cumpliere dicha condición, el juez no podrá confirmar el acuerdo que le fuere presentado.

Las obligaciones que por estos conceptos se causen con posterioridad al inicio del proceso serán pagadas como gastos de administración". (El llamado es nuestro).

v) De la disposición mencionada, se colige, de un lado, que el legislador para facilitar que el deudor que se encuentre en una situación de crisis económica, y que a pesar de tener obligaciones a su cargo por concepto de retenciones obligatorias a favor de autoridades fiscales o descuentos efectuados a trabajadores o aportes al seguridad social, podieran acceder a un proceso de reorganización, y de otro, que con la solicitud respectiva deberá acompañar un plan de pagos de tales acreencias, las cuales deberán satisfacerse a más tardar hasta el momento de confirmación del acuerdo de reorganización, es decir, que las mismas sean pagadas en su totalidad, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

Así mismo, en la aludida norma, se señala que las obligaciones causadas con posterioridad al inicio del proceso por dichos conceptos, deberá pagarse como gastos de administración, es decir, que tendrán preferencia en su pago sobre aquellas objeto del acuerdo de reorganización, tal como lo dispone el artículo 71 de la Ley 1116 ya citada.

vi) De otra parte, se anota que el legislador omitió hacer referencia a otras obligaciones conexas a las anteriormente citadas, tales como los de intereses causados o de multas por el no pago oportuno de las mismas. En relación con las primeras, se precisa que si bien el deudor debe presentar un plan de pagos, de las obligaciones causadas por concepto de retenciones de carácter obligatorio, descuentos efectuados a los trabajadores o aportes a la seguridad social, no es menos cierto que el mismo debe incluir el pago de los intereses corrientes y moratorios respectivos.

Ahora bien, tratándose de obligaciones tributarias, el artículo 814 del Estatuto Tributario prevé que □El subdirector de Cobranzas y los administradores de impuestos nacionales, podrán mediante resolución conceder facilidades de pago de los impuestos de timbre, de renta y complementarios, sobre las ventas y la retención en la fuente, o de cualquier otro impuesto administrado por la Dirección de Impuestos Nacionales, **así como para la cancelación de intereses y de más sanciones a que haya lugar, siempre que el deudor o un tercero a su nombre, constituya fideicomiso de garantía, ofrezca bienes para su embargo y secuestro, garantías personales, reales, bancarias o de compañías**

de seguros. o cualquiera otra garantía que respalde suficientemente la deuda a satisfacción de la administración □ □ (Se subraya).

En torno a las segundas, es decir, de las multas impuestas por el no pago oportuno de tales obligaciones, se observa que éstas no pueden ser objeto de pago o de un acuerdo de pagos, en los términos del artículo 32 de la Ley 1429 de 2010, toda vez que las mismas no tienen origen en retenciones obligatorias o en un impuesto o aportes, sino en una sanción, y por ende, las mismas deben someterse a las resultas del proceso, y su pago se hará en la forma y términos estipulados en el acuerdo de reorganización que se llegare a celebrar entre la sociedad deudora y sus acreedores.

No obstante, es de advertir que las obligaciones por concepto de intereses o sanciones originadas con posterioridad a la fecha de apertura del proceso de reorganización, tienen el carácter de gastos de administración, y por ende, deben pagarse en la forma prevista en el artículo 71 de la Ley 1116 de 2006, es decir, de preferencia sobre aquellas objeto del acuerdo de reorganización, y podrán exigirse coactivamente su cobro.