

OFICIO 220-232147 DEL 04 DE DICIEMBRE DE 2020

ASUNTO: ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS CON EL DECRETO LEGISLATIVO 560 DE 2020.

Acuso recibo de su escrito citado en la referencia mediante el cual, previas las consideraciones allí expuestas, formula la siguiente consulta:

“1. Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 del art. 8 del Decreto 560 de 2020, si se celebra un acuerdo de reorganización con una categoría y en esta un acreedor detenta la mayoría absoluta de los votos, ¿es aplicable el artículo 32 de la Ley 1116 de 2006? Es decir, ¿se requiere de la mayoría especial con el 25% de los votos restantes de la respectiva categoría?

2. Siguiendo lo anterior, si el acuerdo es celebrado con más de una categoría, y solo en una de ellas el acreedor detenta la mayoría absoluta ¿se requiere de la mayoría especial con el 25% de los votos restantes de esta categoría, así en las otras categorías, el acuerdo es aprobado por la mayoría simple de cada una?

3. Si una sociedad es admitida al NEAR, ¿está sometida a retenciones y autorretenciones?

¿cómo es la aplicación de lo dispuesto en los artículos 12 y 13 del Decreto 560 de 2020?

4. Con la confirmación del acuerdo en el NEAR ¿puede la sociedad deudora solicitar la devolución de la retención en la fuente a título de renta, en los términos del párrafo 2 del art. 40 de la Ley 1116 de 2006?”

Al respecto, me permito manifestarle que al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, es función de la Oficina Asesora Jurídica de esta Entidad absolver las consultas formuladas por los organismos públicos y privados, así como por los usuarios y particulares, de conformidad con las normas que rigen sus servicios y funciones, y en esa medida emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto sobre temas de derecho mercantil a su cargo, cuyo alcance tendrá los efectos previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y no sobre temas contractuales, procedimentales o jurisdiccionales.

De ahí que sus respuestas en esta instancia, no se dirigen a prestar asesoría a los particulares o a sus apoderados sobre temas relacionados con los procesos concursales que se tramitan ante la Entidad o por los despachos judiciales, máxime si se tiene en cuenta que la doctrina constitucional sobre el ejercicio de funciones judiciales por las superintendencias, invariablemente exige que los funcionarios administrativos que ejercen funciones judiciales estén dotados de independencia e imparcialidad, doctrina que reitera la Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la que la H. Corte Constitucional advierte que no le es dable a esta Superintendencia como autoridad administrativa intervenir en asuntos que haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales o administrativas, en relación con los cuales se debe pronunciar como Juez en las instancias procesales a que haya lugar.

Así las cosas, conforme al alcance indicado, este Despacho se permite hacer las siguientes precisiones a la luz de las normas que regulan la materia.

1. De conformidad con lo previsto en el artículo 8 del Decreto Legislativo 560 de 2020, los deudores afectados por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 417 del 17 de marzo del mismo año, destinatarios del régimen de insolvencia empresarial contenido en la Ley 1116 de 2006, podrán celebrar acuerdos de reorganización a través del trámite de negociación de emergencia. Para tal efecto, el deudor deberá presentar un aviso con la intención de iniciar la negociación de emergencia ante el Juez el Concurso y cumplir alguno de los supuestos del artículo 9º ibídem. Una vez verificado que la información presentada este completa, el juez admitirá la solicitud y dará inicio a la negociación de emergencia de un acuerdo de reorganización, para lo cual deberá seguirse el procedimiento allí establecido.

Así mismo, la citada disposición consagra que, a partir de ese momento, la negociación tendrá una duración máxima de tres (3) meses. Durante la negociación, los acreedores deberán presentar sus inconformidades al deudor en relación con la graduación y calificación de créditos y determinación de los derechos de voto, aportando los soportes documentales que sustenten su posición.

Ahora bien, dentro del trámite de negociación de emergencia, **el deudor podrá negociar acuerdos de reorganización con una o varias de las categorías establecidas en el artículo 31 ejusdem, el cual deberá ser aprobado por la mayoría simple de los votos admisibles de la categoría correspondiente.** Para estos efectos, los votos de los acreedores internos y de los vinculados no tendrán valor alguno, aunque hagan parte de la categoría respectiva. En tal evento, los efectos del acuerdo confirmado solamente serán vinculantes para la categoría respectiva y no se extenderá a los demás acreedores, de forma que las

obligaciones con éstos deberán ser atendidas dentro del giro ordinario de los negocios del deudor, durante las negociaciones y con posterioridad a la confirmación del acuerdo.

Sin embargo, es de advertir que cuando uno o varios de los acreedores pertenecientes a una misma organización o grupo empresarial emitan votos en un mismo sentido que equivalgan a la mayoría absoluta o más de los votos admisibles, **es necesario dar aplicación al artículo 32 de la Ley 1116 de 2006, el cual consagra que además de la mayoría exigida para la aprobación del acuerdo, se requerirá, además, del voto emitido en el mismo sentido por un número plural de acreedores de cualquier clase o clases que sea igual o superior al veinticinco por ciento (25%) de los votos restantes admitidos.**

2. Tal como lo prevé el párrafo 3 del artículo 8º del Decreto Legislativo 560 ya citado, el deudor podrá negociar acuerdos de reorganización con una o varias categorías establecidas en el artículo 31 de la Ley 1116 de 2006, el cual debe ser aprobado con la mayoría simple de los votos admisibles de la categoría correspondiente, sin incluir los votos de los acreedores internos y vinculados.

En el segundo caso planteado, si el acreedor mencionado detenta la mayoría absoluta de los créditos que están siendo objeto de la negociación, también deberá cumplir con lo señalado en el artículo 32 de la Ley 1116 de 2006. Sin embargo, en este caso la mayoría absoluta no se determina con fundamento en cada clase, sino al sumar el valor de ambas, es decir teniendo en cuenta cual es pasivo que será objeto del acuerdo colectivo.

3. Como es sabido, el artículo 12 del Decreto Legislativo 560 del 2020, establece tratamientos especiales para las empresas admitidas a un proceso de reorganización o con acuerdos de reorganización en ejecución, en materia de retenciones y autorretenciones a título de impuesto sobre la renta y anticipo de renta de que trata el artículo 807 del Estatuto Tributario.

Por consiguiente, las empresas que se encuentren en cualquiera de los escenarios antes descritos, conforme a lo indicado en la Ley 1116 de 2006, de una parte, no **estarán sometidas** retención o autorretención en la fuente a título del impuesto de renta, y de otra, se encuentran exoneradas de liquidar y pagar el anticipo de renta de que trata el artículo 807 del Estatuto Tributario, a partir de la expedición del Decreto Legislativo 560 de 2020 y hasta el 31 de diciembre del mismo año.

Lo anterior, sin perjuicio del impuesto que resulte a cargo de las empresas en las respectivas liquidaciones privadas u oficiales.

El artículo 13 del Decreto Legislativo 560 de 2020 consagra que *“Las empresas admitidas a un proceso de reorganización empresarial o que hayan celebrado un acuerdo de reorganización y se encuentren ejecutándolo, conforme a lo indicado en la Ley 1116 de 2006, a partir de la expedición del presente Decreto Legislativo, y hasta el 31 de diciembre de 2020, estarán sometidas a retención en la fuente a título del impuesto sobre las ventas IVA del cincuenta por ciento (50%). Dicha retención será practicada por todos los agentes retenedores que adquieran los bienes o servicios de estas empresas. (...)”*.

Es importante precisar que la retención en la fuente a título de impuesto sobre las ventas – IVA, es la anticipación del recaudo de este impuesto a través de los agentes retenedores que adquieran bienes y servicios al momento del pago o abono en cuenta según ocurra, y de manera mensual la retención es trasladada a través de la declaración de retención en la fuente al Tesoro Nacional, a través de estos agentes retenedores.

Realizada esta retención, el agente retenedor le entrega a su proveedor un certificado de retención en donde le acredita el monto de retención en la fuente a título de IVA retenido, independientemente que le haya pagado o no la respectiva factura por el bien y/o servicio prestado.

Por su parte el responsable del impuesto sobre las ventas – IVA cada bimestre o cuatrimestre (art. 600 del Estatuto Tributario) debe presentar y pagar su declaración del impuesto sobre las ventas, en donde registre, el IVA generado, el IVA descontable, las retenciones en la fuente a título de IVA que les practicaron, entre otros factores, dando como resultado el valor a pagar o saldo a favor según corresponda.

De acuerdo a lo anterior, una de las situaciones que se ha generado en el comercio y en especial en estas empresas en insolvencia, es la demora en el pago de las facturas por los bienes y servicios vendidos, en muchas ocasiones entre 3 o 6 meses por parte de sus clientes, pero en todo caso, para efectos tributarios, se debe cumplir con las obligaciones formales y sustanciales por parte de los responsables del impuesto sobre las ventas, como es la presentación y pago de la declaración de IVA dentro de los términos de ley, es decir, las empresas en insolvencia deben pagar el IVA facturado así sus clientes no les hayan pagado sus facturas.

Dado lo anterior, y considerando que el mecanismo de retención en la fuente es un pago anticipado del impuesto y teniendo en cuenta que el agente retenedor debe practicar la retención en la fuente en el momento del pago o abono en cuenta, lo que ocurra primero, al incrementar la retención en la fuente que estaba en el 15%

al 50% sobre el valor del IVA generado (facturado), conlleva a que el responsable del impuesto (empresa en insolvencia), al momento de presentar su declaración bimestral o cuatrimestral de IVA, pueda restar el monto retenido de IVA por parte del agente retenedor, conllevando a un menor de pago del impuesto en su declaración, independiente de que su cliente le haya o no pagado su factura, lo cual alivia el flujo de caja de estas empresas en insolvencia.

En conclusión, esta medida incrementa el porcentaje de retención en la fuente a título de impuesto sobre las ventas - IVA, pasándola del 15% al 50% del IVA facturado, permitiéndole a la empresa en reorganización aliviar sus obligaciones tributarias, en caso de que sus clientes no le paguen sus facturas antes del plazo para presentar y pagar su declaración bimestral o cuatrimestral de IVA. A continuación, mediante un sencillo ejemplo se explica la situación:

Concepto	Situación antes del D.L. 560/2020	Situación después del D.L. 560/2020
IVA generado	1.000.000	1.000.000
IVA descontable	400.000	400.000
Retención en IVA Certificado por el cliente	150.000	500.000
Valor a pagar	450.000	100.000

Como se observa en el ejemplo, al incrementar el valor de retención en la fuente a título de IVA, así no le hayan pagado la factura a la empresa en reorganización, ella podrá disminuir del valor a pagar la retención certificada, lo cual le genera una menor salida de recursos, caso contrario ocurre en la situación antes de la expedición del Decreto Legislativo 560 de 2020.

Por otra parte, los destinatarios de la aplicación y de los beneficios de los artículos 12, 13 y 14 del Decreto 560 de 2020 son: i) *“las empresas admitidas a un proceso de reorganización empresarial”* y ii) aquellas que *“hayan celebrado un acuerdo de reorganización y se encuentren ejecutándolo”*.

Lo anterior significa que durante el trámite de la Negociación de Emergencia de Acuerdos de Reorganización y de los Procedimientos de Recuperación Empresarial en las Cámaras de Comercio, no se aplican las reglas de los artículos 12, 13 y 14 del Decreto Legislativo 560 de 2020, como quiera que no se trata de procesos de reorganización empresarial tramitados bajo la ley 1116 de 2006.

No obstante, en el evento en que posteriormente en cada uno de los procedimientos previstos en el Decreto Legislativo 560 de 2020, se acuda al Juez para la validación

del acuerdo y este lo confirme, se extenderán sus efectos a los mismos previstos para el acuerdo de reorganización en los términos de la Ley 1116 de 2006 y, en consecuencia, entrarían a la fase de ejecución de acuerdo, quedando de esta manera cobijados bajo el supuesto de los artículos 12, 13 y 14 del Decreto Legislativo 560 de 2020.

4. Los destinatarios del beneficio consagrado en el párrafo 2º del artículo 40 de la Ley 1116 de 2006, **son las empresas que hayan celebrado acuerdo de reorganización y lo estén ejecutando, en los términos previstos en dicha ley,** las cuales tendrán derecho a solicitar la devolución de la retención en la fuente del impuesto sobre la renta que se les hubiere practicado por cualquier concepto, desde el mes calendario siguiente a la fecha de confirmación del acuerdo y durante un máximo de tres años contados a partir de la misma fecha, para lo cual se deberá seguir el procedimiento allí señalado.

Teniendo claro lo anterior, es preciso señalar que, con la confirmación del acuerdo en el trámite de la Negociación de Emergencia de Acuerdos de Reorganización - NEAR, este tendrá los mismos efectos de un acuerdo de reorganización conforme a la Ley 1116 de 2006 y, en consecuencia, se podrá aplicar la regla prevista en el párrafo 2º del artículo 40 de la Ley 1116 de 2006.

En los anteriores términos, se da respuesta a su consulta, no sin antes advertir que la misma tendrá el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.