

OFICIO 220-282481 DEL 07 DE DICIEMBRE DE 2017

ASUNTO: COMPENSACIÓN POR SALDO EN FAVOR EN RENTA O VENTAS-DENTRO DE UN PROCESO DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL

Me refiero a su escrito radicado en esta Entidad con el número 2017-01-546765, mediante el cual, previa las consideraciones allí expuestas, formula una consulta en los siguientes términos:

¿Es posible realizar compensaciones con la DIAN?

¿En estos casos no debe el empresario solicitar autorización a la superintendencia dado que tal actuación implica prepago de las obligaciones, alterando la prelación de pagos y la igualdad entre acreedores de la misma clase?

¿Si ya está en ejecución del acuerdo de reorganización, el empresario debe pedir tal autorización a la Superintendencia de Sociedades? al comité de acreedores? Ó de alguna manera esto implicaría reforma di acuerdo de reorganización?

Al respecto, es preciso señalar que en atención a las consultas formuladas en los términos del numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, esta oficina emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto sobre las materias a cargo de la Entidad, lo que explica que sus pronunciamientos no sean vinculantes ni comprometan su responsabilidad (artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

De ahí que sus respuestas en esta instancia no se dirigen a prestar asesoría a los particulares o sus apoderados sobre temas relacionados con los procesos concursales que se tramitan ante la Entidad, 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 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.

No obstante, es pertinente a título meramente informativo efectuar las siguientes consideraciones jurídicas de carácter general:

A ese propósito procede remitirse al concepto emitido por esta Superintendencia a través del Oficio 220- 084591 del 17 junio de 2009, sobre la prohibición de

efectuar compensaciones de obligaciones causadas antes de la apertura de un proceso de reorganización, aplicable al caso en estudio, cuya parte pertinente se transcribe a continuación:

“1.- PAGO DE LAS OBLIGACIONES CAUSADAS CON ANTERIORIDAD A LA ADMISION DE UN PROCESO DE REORGANIZACION EMPRESARIAL

a) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, adicionado por el artículo 34 de la Ley 1429 de 2010, uno de los efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización con respecto al deudor, es el prohibir a los administradores efectuar en relación con las obligaciones a cargo de éste, compensaciones, pagos, arreglos, descuentos, allanamientos, terminación unilateral o de mutuo acuerdo de procesos en curso, salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso.

b) Por su parte, el párrafo segundo del artículo 17 ibídem, preceptúa que “A partir de la admisión al proceso de insolvencia, de realizarse cualquiera de los actos a que hace referencia el presente artículo sin la respectiva autorización, será ineficaz de pleno derecho, sin perjuicio de las sanciones a los administradores señaladas en el párrafo anterior.

c) A su vez, el inciso segundo del artículo 31 ejusdem, modificado por el artículo 38 de la Ley 1429 de 2010, prevé que dentro del plazo indicado para celebrar el acuerdo, el promotor con fundamento en el plan de reorganización de la empresa y el flujo de caja elaborado para atender el pago de las obligaciones, deberá presentar ante el juez del concurso, según sea el caso, un acuerdo de reorganización debidamente aprobado por el voto favorable de un número plural de acreedores que representen, por lo menos la mayoría absoluta de los votos admitidos, el cual debe consagrar la forma y términos en que se pagarán las obligaciones a cargo del deudor. De acuerdo con las normas antes citadas, el pago de las obligaciones presentadas dentro del referido trámite concursal, deberá someterse a las reglas previstas en el acuerdo que se llegará a celebrar entre la sociedad deudora y sus acreedores, so pena de que por su inobservancia se declare incumplido el mismo y se inicie el proceso de liquidación judicial.

2. PAGO DE LAS OBLIGACIONES CAUSADAS CON POSTERIORIDAD A LA ADMISION DE UN PROCESO DE REORGANIZACION EMPRESARIAL

Al tenor de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 1116 de 2006, Las obligaciones causadas con posterioridad a la fecha de inicio del proceso de insolvencia son gastos de administración y tendrán preferencia en su pago sobre aquellas objeto del acuerdo de reorganización... , y podrá exigirse coactivamente su cobro.

Del estudio de la disposición antes transcrita, se desprende que las obligaciones postacuerdo se deberán pagar inmediatamente y a medida que se vayan causando.

De otra parte, no debe perderse de vista que la ley permite la compensación de obligaciones entre deudores, y por ende, es necesario entrar a analizar si dicha figura es procedente o no tratándose de un proceso concursal, como en el caso que nos ocupa, así:

- LA COMPENSACION COMO MODO DE EXTINGUIR LAS OBLIGACIONES

El artículo 1714 del Código Civil define la compensación en los siguientes términos: “Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”.

De conformidad con las reglas contenidas en el mencionado Código, la compensación opera por el solo ministerio de la ley y aún sin el conocimiento de los deudores, siempre y cuando las obligaciones sobre las cuales se haya de predicar este modo de extinción reúnan los requisitos allí previstos, entre los cuales se encuentra el de que las obligaciones sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.

- LA COMPENSACION EN MATERIA FISCAL

La compensación en materia de obligaciones de carácter fiscal se encuentra regulada por los artículos 815 y 816 del Estatuto Tributario, en los siguientes términos:

“ Artículo 815.- Los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus liquidaciones tributarias podrán: a) Imputarlos dentro de su liquidación privada del mismo impuesto, correspondiente al siguiente período gravable, y b) Solicitar su compensación con deudas por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones que figuren a su cargo” . (El llamado es nuestro).

A su vez, el párrafo del artículo 816 ibídem dispone que “En todos los casos, la compensación se efectuará oficiosamente por la administración cuando se hubiese solicitado la devolución de un saldo y existan deudas fiscales a cargo del solicitante.

- COMPENSACION FRENTE AL PROCESO REORGANIZACION EMPRESARIAL

Sobre este tópico se anota que, si bien los acreedores del deudor no deben hacer parte en el proceso concursal, habida cuenta que los créditos a cargo del mismo

deben ser relacionados precisando quienes son los acreedores titulares y su lugar de notificación, discriminando cual es la cuantía del capital y cuáles son las tasas de interés, expresadas en términos efectivos anuales, correspondientes a todas las acreencias causadas u originadas con posterioridad a la fecha de inicio del proceso, no es menos cierto que tales acreedores no pueden dar aplicación, motu proprio, a la compensación, pues ello implicaría un pago preferente que violaría la “par conditio omnium creditorum”, el cual sólo podría darse en el evento de que el juez lo autorice (inciso primero del artículo 17 ibídem).

Además, no debe de perderse de vista que la apertura del referido trámite concursal, impone reglas distintas a aquellas que serían predicables en circunstancias normales de una empresa en marcha. Cosa distinta es cuando se trate de obligaciones causadas con posterioridad a la fecha de iniciación del proceso de insolvencia, las cuales, se repite, no están sujetas al acuerdo de reorganización que se llegare a celebrar entre la sociedad deudora y sus acreedores, y por tener el carácter de gastos de administración deben pagarse de preferencia sobre cualquier otra obligación objeto de dicho acuerdo, en cuyo caso la DIAN puede, en los términos de los artículos 815 y 816 del Estatuto Tributario compensar las obligaciones a cargo del deudor con los saldos a favor del declarante por impuesto sobre la renta, pagos en exceso o pago de lo no debido.

Así las cosas, la concursada para realizar el pago de obligaciones causadas a favor de la DIAN con posterioridad al inicio de proceso de acuerdo de reorganización, mediante la figura de la compensación, no requiere de autorización previa, expresa y precisa por parte del juez del concurso, sino simplemente atender tales créditos con la preferencia prevista en el artículo 71 de la Ley 1116 de 2006, sin importar el medio utilizado para ello. En los anteriores términos se ha dado contestación a su consulta, no sin antes anotarle que el presente”.

En resumen se tiene lo siguiente: a) que dentro de un proceso de reorganización empresarial, no le es posible al deudor concursado efectuar compensaciones con la DIAN, respecto de obligaciones causadas con anterioridad a la apertura del proceso, toda vez que ello constituirá un pago preferente en detrimento de los demás acreedores reconocidos y admitidos dentro del proceso; b) salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso; c) que solamente podrá pagar obligaciones originadas con posterioridad al inicio del proceso de insolvencia, mediante la figura de la compensación, sin que para tal efecto requiera autorización del juez concursal, y d) que igual circunstancia se predica respecto del pago de obligaciones objeto del acuerdo de reorganización. Sin embargo, es de anotar que se debe revisar las cláusulas del acuerdo para verificar que allí no se haya estipulado ninguna limitante o se haya exigido autorización

alguna por parte del Comité de Vigilancia para el efecto, en cuyo caso deberá procederse de conformidad, sin perjuicio de que las condiciones y pautas de la negociación sean concertadas entre las partes intervinientes en el que se proyecta realizar.

Por último, es necesario advertir que para efectos de la compensación de obligaciones fiscales, se deberá tener en cuenta adicionalmente, de una parte, lo dispuesto al respecto en los artículos 1714 y siguientes del Código Civil, y de otra lo establecido en el Estatuto Tributario y demás normas concordantes, especialmente en el Decreto Único Reglamentario en Materia Tributaria No. 1625 de 2016, así como como la Resolución No. 000151 del 31 de noviembre de 2012, modificada por la Resolución 000057 del 19 de febrero de 2014, expedidas por la DIAN, entidad que publicó en su portal un proyecto de resolución que derogaría dichas resoluciones, las cuales hacen referencia al procedimiento para la presentación de las solicitudes de devolución y/o compensación por saldos a favor generados en declaraciones del impuesto sobre la renta e IVA.

En los anteriores términos, su solicitud ha sido atendida con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.