

OFICIO 220-182547 DEL 23 DE NOVIEMBRE DE 2021

ASUNTO: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS PROCESOS CONCURSALES.

Me refiero a su comunicación radicada con el número de la referencia, mediante la cual, previas las consideraciones allí expuestas, formula una consulta en los siguientes términos:

1. “¿Cuáles son las garantías que tienen las empresas acreedoras en este tipo de situaciones, para evitar que entidades como la DIAN inicien procesos de cobro coactivo y estas se vean obligadas a solicitar préstamos a terceros, teniendo que asumir intereses para evitar el embargo de sus cuentas bancarias y otros bienes?
2. ¿Desde los procesos de reorganización, se tienen estrategias para priorizar el pago obligaciones de mayor cuantía, para evitar que las empresas acreedoras se vean perjudicadas y pongan en riesgo la continuidad de sus negocios?, en caso de existir ¿cómo es esa priorización y cuáles son los beneficios fiscales y financieros de la misma?
3. ¿Desde lo establecido en el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia, el Estado como garantiza la continuidad, la integridad y la igualdad de condiciones, tanto para la empresa que está en Ley de reorganización, ¿cómo para los acreedores y demás?
4. ¿Cuál es el mecanismo de freno o de solución que el estado proporciona al crecimiento masivo de las empresas que se ven afectadas por sus deficiencias financieras en consecuencia de aquellas empresas que se acogen al beneficio establecido en la Ley 1116 de 2006 y/o decreto 560 de 2020, en virtud de su afectación fiscal, financiera, laboral, económica, moral y de credibilidad, para la continuidad de su negocio en marcha?
5. ¿Se puede configurar una desigualdad constitucional, con ocasión de lo establecido en la Ley 1116 de 2006 y demás normas concordantes, en el caso particular planteado en el presente escrito?”

En primer lugar, es preciso señalar que la competencia de esta Entidad es eminentemente reglada y sus atribuciones están enmarcadas en los términos del numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 82, 83, 84, 85 y 86 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1736 de 2020.



Así, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1736 de 2020, es función de la Oficina Asesora Jurídica de esta Entidad absolver las consultas jurídicas externas en los temas de competencia de la Superintendencia de Sociedades, salvo las que correspondan a actuaciones específicas adelantadas por las dependencias de la Entidad y, en esa medida, emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto que no es vinculante ni compromete su responsabilidad.

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 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.

En relación con el tema mencionado en el primer punto, este Despacho se pronunció mediante oficio 220-232147 del 4 de diciembre de 2020, en el que, entre otros, manifestó lo siguiente:

“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 a retención o autor retención 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 parágrafo 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 parágrafo 2º del artículo 40 de la Ley 1116 de 2006...”

Al margen de lo anterior y sin perjuicio de lo que señale la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, autoridad en materia de tributos nacionales, es preciso señalar que en el caso objeto de consulta, no existe norma que consagre que la empresa acreedora no pueda ser objeto de procedimientos fiscales, tributarios, o cambiarios, por presentar una situación de afectación en razón a la crisis económica de sus deudores. Esto debido a que hace parte de las contingencias presentes en las relaciones económicas.

Sin embargo, es preciso anotar que en caso de que el acreedor se vea en la imposibilidad de continuar con sus pagos y operaciones económicas por situaciones coyunturales, éste se podría acoger, si cumple con los requisitos señalados en las normas legales, al proceso de Reorganización regulado en la Ley 1116 de 2006 o a los mecanismos extraordinarios de salvamento y recuperación establecidos en el Decreto Legislativo 560 de 2020, cuya finalidad es la de crear un ecosistema de recuperación empresarial, amplio e incluyente, que facilite la preservación de la empresa y el empleo sin descuidar el crédito, y que abarca a todos los actores de la economía proporcionando soluciones efectivas y ágiles, con el fin de afrontar eficazmente la crisis empresarial generada por el Coronavirus COVID-19.

En lo referente a la segunda pregunta, vale la pena informar que se han creado mecanismos extraordinarios de salvamento para proteger la empresa, el empleo y el crédito. El referido Decreto 560, consagra las siguientes herramientas:

- a) Reducción de requisitos formales para poder contar con una admisión más ágil y pronta de las empresas afectadas por la crisis derivada de la Emergencia, Social y Ecológica causada por el Covid-19 a reorganización y a las nuevas herramientas.
- b) Eliminación de la autorización del juez del concurso para que el deudor pueda durante la negociación del acuerdo de reorganización, efectuar pagos de pequeñas acreencias hasta el cinco por ciento (5%) del pasivo y venta de bienes no afectos a la operación por ese mismo monto.
- c) Creación de mecanismos destinados a facilitar la aprobación de acuerdos de reorganización, mediante el mejoramiento del flujo de caja de los deudores a través de capitalización de acreencias, descarga de deudas y pactos de deuda sostenible, así:

i. Capitalización de acreencias: Permite la capitalización de acreencias mediante suscripción de acciones y bonos con preferencias. Así, el pasivo se convierte en patrimonio y se lleva a la estructura de capital.



Posteriormente, se busca que esos papeles puedan ser enajenados con el fin que los titulares de los mismos obtengan liquidez en el mercado, al igual que inversionistas asuman posición como acreedores. Así se preserva la empresa y el empleo.

ii. Descarga de deudas: Permite que la empresa se libere de aquella parte del pasivo que exceda su valoración como unidad económica. Lo anterior, con el fin de que la empresa no asuma un pasivo más allá de su valor. Para mantener el equilibrio económico, se dispone que los accionistas pierdan, sin contraprestación, su participación en el patrimonio de la sociedad, pues la empresa en marcha vale menos que pasivo. Así se preserva la empresa y el empleo.

iii. Pactos de deuda sostenible: Permite la reestructuración o reperfilamiento de la deuda con emisión de bonos o papeles, de manera que los acreedores, que estén de acuerdo, reciben su pago con los bonos o papeles, lo cual queda por fuera de acuerdo. En estos casos, el acuerdo no incluye la solución de todo el pasivo, por lo que no se extingue todo el pasivo del deudor en cumplimiento del acuerdo de reorganización. Con esto se da la opción a los acreedores, que lo prefieran, de una remuneración conforme los términos del bono o papel. Así, se preserva la empresa y el empleo.

d) Generación de incentivos a través de prelación y garantías para los acreedores que otorguen nuevos créditos a las empresas que se encuentren negociando un acuerdo de reorganización con el fin de hacer viable la empresa y preservar los empleos.

e) Creación de un mecanismo de salvamento para que los acreedores puedan evitar la liquidación de una empresa a través de la compra de la empresa en marcha, deduciendo los gastos de liquidación, de manera que se garantice la continuidad de la empresa en marcha y la preservación del empleo.

Para continuar con el desarrollo de las inquietudes formuladas en la consulta, es preciso tener en cuenta que, para el tercer punto, no es dable hacer una comparación de las condiciones de las empresas que se encuentran bajo el Régimen de Insolvencia Empresarial (Reorganización) como para las que no, todo ello en razón a que las primeras se encuentran en un contexto totalmente diferente a las demás. De ahí que la finalidad de dicho régimen sea la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor.

El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos.

Tan es así, que uno de los principios del Régimen de Insolvencia es el de la igualdad, el cual busca un tratamiento equitativo a todos los acreedores que concurran al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos y preferencias.

Por último, en lo que respecta a las preguntas 4 y 5, estas fueron respondidas en el punto anterior, teniendo en cuenta que el contenido se refiere a la misma situación de hecho y de derecho.

Es indudable que la crisis sanitaria mundial ocasionada por el Coronavirus COVID-19 trajo consigo grandes repercusiones económicas para el país, motivo por el cual el Gobierno Nacional no ha escatimado esfuerzos para lograr salir adelante de la crisis, mediante la expedición de una serie de decretos, entre los cuales, se resaltan los siguientes:

- Decreto Legislativo 560 de 15 de abril de 2020:

Expidió este Decreto con el fin de crear un sistema de recuperación empresarial, amplio e incluyente, que facilite la preservación de la empresa y el empleo, sin descuidar el crédito, y que abarque a todos los actores de la economía proporcionando soluciones efectivas y ágiles, para afrontar eficazmente la crisis empresarial generada por el Covid-19.

- Decreto Legislativo 772 del 3 de junio de 2020:

Con este Decreto se hace énfasis en procesos de insolvencia para pequeñas empresas, cuyos activos sean inferiores o iguales a cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000 SMMLV), con el fin de contar con un proceso de reorganización abreviado y un proceso de liquidación simplificado, que atienda las necesidades de las micro y pequeñas empresas, para lo cual se hace énfasis en la resolución de conflictos a través de la conciliación, para la pronta recuperación de la empresa y el empleo.

- Decreto 842 de 13 de junio de 2020:

Por medio de este Decreto, se reglamentan los mecanismos extraordinarios de salvamento para proteger la empresa, el empleo y el crédito establecidos en el Decreto Legislativo 560 de 2020, con la finalidad de mitigar la extensión de los efectos sobre las empresas afectadas como consecuencia de la emergencia producida por el Covid-19.

- Decreto 1332 del 6 de octubre de 2020:

Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 772 de 2020, sobre medidas especiales en materia de procesos de insolvencia.



- Decreto 890 del 10 de agosto de 2021:

Reglamenta el régimen propio de los bonos de riesgo, los cuales fueron establecidos como una medida especial en el Decreto Legislativo 560 de 2020. Los bonos de riesgo son un mecanismo para la reorganización y reactivación empresarial de las sociedades que estén en un proceso de insolvencia por causa del impacto del Covid-19.

- Decreto 939 de 19 de agosto de 2021:

El Gobierno Nacional determina rebajas fiscales para empresas en procesos de insolvencia. Esta nueva normativa permite a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN- realizar rebajas de sanciones, intereses y capital, sobre aquellas obligaciones por concepto de impuestos administrados por la entidad, a cargo de empresas que se vieron afectadas 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 de 2020 y que se encuentren inmersos en un proceso de naturaleza concursal, bajo el régimen de insolvencia.

En los anteriores términos se han atendido sus inquietudes, no sin antes manifestarle que el presente oficio tiene los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.