

CIRCULAR EXTRAORDINARIA VM LEGAL NO. 13
MEDIDAS TRANSITORIAS ESPECIALES EN MATERIA DE PROCESOS DE INSOLVENCIA
ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA

1. ALGUNAS DE LAS RAZONES QUE MOTIVARON LA EXPEDICIÓN DE ESTE RÉGIMEN ESPECIAL TRANSITORIO

- Con ocasión de las medidas adoptadas para hacer frente a la emergencia sanitaria causada por la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19 “se anticipa que la economía global entrará en recesión, que un número importante de pequeñas y medianas empresas se encontrarán en cesación de pagos y que se producirá un aumento de desempleo”.
- Según el estudio denominado “Impacto económico COVID-19” del 14 de abril de 2020 de la Superintendencia de Sociedades, se estima que en un escenario de caída del 1,9% del PIB, 2.676 empresas en su mayoría pequeña y mediana, enfrentarán riesgo de insolvencia y deberán acudir a procesos concursales.
- El estatuto concursal vigente (régimen tradicional - Ley 1116 de 2006) es un mecanismo diseñado para tiempos normales, por ende, no es suficiente para contrarrestar el impacto inesperado y profundo que ha sufrido la economía con ocasión del COVID-19. Algunas de las falencias del régimen tradicional son las siguientes:
 - Requiere que el deudor cumpla con una serie de requisitos y documentación, la cual debe ser verificada, por lo cual su admisión suele tardar más de 3 meses.
 - La duración promedio de un proceso de reorganización ordinario es de 20 meses entre la fecha de inicio y la fecha de confirmación del acuerdo de reorganización.
 - Limita de manera sustancial la capacidad del deudor para realizar el pago de acreencias y disposición de activos durante la negociación, lo cual afecta a los acreedores más débiles.
 - Carece de incentivos suficientes para promover el alivio financiero del deudor, y de estímulos suficientes para la financiación del deudor.
 - Carece de herramientas específicas que permitan a los acreedores evitar la liquidación de las empresas a través de la inyección de capital nuevo

Teniendo en cuenta lo anterior, el Gobierno expidió el Decreto 560 de 2020, cuyas características principales se resumen a continuación:

2. FINALIDAD Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

- **Finalidad:** mitigar la extensión de los efectos sobre las empresas afectadas por las causas que motivaron la declaratoria de la Emergencia Económica, Social y Ecológica (la “Emergencia”), y la conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo.
- **Ámbito de aplicación:** aplica a las empresas que se han afectado como consecuencia de la Emergencia y estarán disponibles hasta dos años contados desde la entrada en vigencia del Decreto.

3. FACILIDADES

- **Acceso expedito a mecanismos de reorganización:** se simplifica el proceso de admisión de solicitudes a mecanismos de reorganización presentadas por los deudores afectados por las causas que motivaron la Emergencia, para lo cual dispone que el Juez del Concurso (SuperSociedades) no realizará auditoría sobre el contenido o exactitud de los documentos, información financiera o cumplimiento de las políticas contables, lo cual será responsabilidad del deudor y su contador o revisor fiscal, sin perjuicio de requerir que se certifique que se lleva la contabilidad regular y verificar la completitud de la documentación.
- **Flexibilización en el pago de pequeños acreedores para mitigar su afectación con el proceso de reorganización:** desde la presentación de la solicitud de admisión de un proceso de reorganización de un deudor afectado por las causas que motivaron la Emergencia, el deudor podrá pagar anticipadamente, sin necesidad de autorización del Juez del Concurso, las siguientes acreencias: (i) a los acreedores laborales no vinculados y proveedores no vinculados, (ii) que sean titulares de pequeñas acreencias que no superen el 5% del total del pasivo externo, y para ello, (iii) el deudor debe contar con la recomendación del promotor, de haber sido designado.

Para el pago, el deudor puede vender sin autorización judicial, activos fijos de la empresa, con los siguientes requisitos: (i) que no estén afectos a la operación o giro ordinario del negocio, (ii) que no superen el valor de las acreencias objeto del pago, (iii) que la operación se realice en condiciones de mercado, y (iv) que la venta no desconozca los derechos de los acreedores garantizados.

4. HERRAMIENTAS EXTRA-JUDICIALES EXPEDITAS

El Decreto crea las siguientes herramientas extra-judiciales que permiten agilidad:

- **Negociación de emergencia de acuerdos de reorganización:**
 - Mediante esta herramienta los deudores podrán negociar de forma directa con sus acreedores un acuerdo de reorganización por un término 3 meses.
 - El deudor deberá presentar un aviso de la intención de iniciar la negociación de emergencia ante el Juez del Concurso y deberá cumplir con alguno de los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1116 de 2006, que son:
 - (i) **Cesación de pagos:** esta ocurre cuando:
 - El deudor incumpla el pago por más de 90 días de 2 o más obligaciones a favor de 2 o más acreedores contraídas en desarrollo de su actividad; o
 - El deudor tiene por lo menos 2 demandas de ejecución presentadas por 2 o más acreedores para el pago de las obligaciones.

En cualquiera de estos dos eventos, el valor acumulado de las obligaciones debe representar no menos de 10% del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud.

- (ii) Incapacidad de pago inminente: ocurre cuando el deudor acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de la organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año. Este no aplica a personas naturales comerciantes.
- Verificada la completitud de la información el Juez de Concurso admitirá la solicitud y dará inicio a la negociación.
 - Durante la negociación, los acreedores deberán presentar sus inconformidades con la graduación y calificación de créditos y determinación de los derechos de voto, con los soportes documentales. Adicionalmente, durante la negociación:
 - (i) Se suspenden los procesos de ejecución, cobro coactivo, restitución de tenencia y ejecución de garantías en contra del deudor.
 - (ii) Se podrán aplazar los pagos de obligaciones por concepto de gastos de administración que los deudores estimen necesarios (no aplica para salarios, aportes parafiscales, o seguridad social). El aplazamiento no constituirá mora y no dará lugar a terminación por esta causa. El pago de estas obligaciones se debe realizar dentro del mes siguiente a la conformación del acuerdo o fracaso de la negociación, salvo que el acreedor acepte otorgar un plazo superior.
 - (iii) Se permiten negociaciones parciales, con una o varias de las categorías de acreedores, las cuales sólo serán vinculantes para la categoría o categorías respectivas. Las obligaciones de los otros acreedores deberán ser cumplidas dentro del giro ordinario de los negocios del deudor, durante las negociaciones y con posterioridad a la confirmación del acuerdo.
 - El acuerdo celebrado deberá presentarse al Juez del Concurso para su confirmación antes del vencimiento de término de negociación (3 meses) y deberá cumplir con los mismos requisitos y mayorías de la Ley 1116 de 2006.
 - El Juez del Concurso convocará a una audiencia en la cual se resolverán las inconformidades presentadas por los acreedores en relación con los créditos y el acuerdo.
 - Finalmente, el Juez del Concurso se pronunciará sobre la confirmación o no del acuerdo presentado.
 - El acuerdo tendrá los mismos efectos de un acuerdo de reorganización conforme a la Ley 1116 de 2006 y se impartirán las órdenes de inscripción del acta y levantamiento de las medidas cautelares.
 - Por su parte, operará el fracaso de la negociación cuando: (i) el deudor no responda el requerimiento del Juez del Concurso o no complete la información dentro de los 5 días siguientes (sólo se admite un único requerimiento), (ii) el deudor no presente el acuerdo antes del vencimiento del término de negociación (3 meses), o (iii) el acuerdo no se confirme por el Juez del Concurso.

- **Procedimientos de recuperación empresarial en las cámaras de comercio:**
 - Herramienta complementaria al régimen de reorganización empresarial bajo la cual, con las cámaras de comercio (la cámara de comercio con jurisdicción en el domicilio del deudor) a través de sus centros de conciliación o directamente de mediación, mediante la mediación como mecanismo de resolución de conflictos, con la participación de un mediador, se podrá adelantar el procedimiento de recuperación empresarial para su posterior validación judicial, respecto a los deudores sujetos al régimen de insolvencia previsto en la Ley 1116 de 2006 y las personas excluidas del régimen de insolvencia relacionadas en el artículo 3 de dicha ley.
 - Los deudores que opten por este procedimiento se adherirán al reglamento que establezca la cámara de comercio.
 - El mediador queda facultado para examinar la información contable y financiera, verificar la calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de voto y la propuesta de pago presentada por el deudor.
 - El procedimiento tendrá una duración máxima de 3 meses contados a partir de la comunicación de inicio.
 - El inicio del procedimiento suspenderá los procesos de ejecución, cobro coactivo, restitución de tenencia y ejecución de garantía frente a todos los acreedores.
 - Culminada la mediación con la celebración del acuerdo, este “podrá” ser presentado a una validación ante el Juez del Concurso o ante los jueces civiles del circuito (en el caso de los sujetos de que trata el artículo 3 de la Ley 1116 de 2006). Esta validación tendrá por objeto extender los efectos de acuerdo y decidir sobre objeciones y observaciones de los acreedores.
 - Cabe anotar que según el Decreto el Gobierno reglamentará la materia, a efectos de establecer un trámite expedito de validación.
 - Las objeciones u observaciones podrán ser sometidas a cualquiera de los mecanismos alternativos de solución de controversias.
- **Fracaso de la negociación de emergencia de un acuerdo de reorganización o del procedimiento de recuperación empresarial:** en este evento (i) se dará por terminado, y (ii) el deudor no podrá intentar ninguno de estos trámites o procedimientos dentro del año siguiente a su terminación. Sin embargo, el deudor podrá solicitar admisión de un proceso de insolvencia en los términos de la Ley 1116 de 2006 o el régimen que le aplique.

5. MECANISMOS DE ALIVIO FINANCIERO Y REACTIVACIÓN EMPRESARIAL

En los acuerdos de reorganización bajo este régimen transitorio se podrán incluir disposiciones que flexibilicen los plazos de pago de las obligaciones, pagos a los acreedores de distintas clases de forma simultánea o sucesiva y mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial, tales como:

- **Capitalización de pasivos:**
 - Consiste en la capitalización de pasivos mediante la suscripción voluntaria por parte de cada acreedor interesado, de acciones o la participación que corresponda según el tipo societario, bonos de riesgo y demás mecanismos de subordinación de deudas que lleguen a convenirse.

- Las acciones y bonos de riesgo generados por la capitalización de pasivos podrán conferir a sus titulares toda clase de privilegios económicos, derechos de voto especiales y/o derecho a un dividendo o remuneración mínima y preferencial, siempre que estas prerrogativas sean aprobadas por el máximo órgano social del deudor, según la ley y los estatutos.
 - La enajenación de participaciones sociales provenientes de la capitalización estará sujeta a una oferta preferencial a socios o accionistas.
 - Las acciones o bonos de riesgo provenientes de acreencias capitalizadas por los establecimientos de crédito se contabilizarán como inversiones negociables y deberán venderse dentro del plazo de vigencia de acuerdo.
 - Los bonos de riesgo que se suscriban dentro del acuerdo se computarán como una cuenta patrimonial, y en caso de liquidación de la empresa reorganizada, se pagarán con posterioridad a los pasivos externos y anterior a cualquier reembolso a favor de los accionistas (especie de deuda Mezzanine). Cabe resaltar que, de acuerdo con el Decreto, el Gobierno reglamentará el régimen propio de los bonos de riesgo.
- **Descarga de pasivos:**
 - Cuando el pasivo del deudor sea superior a su valoración como empresa en marcha, el acuerdo de reorganización podrá disponer de la descarga de aquella parte del pasivo que exceda la valoración, para lo cual el acuerdo requiere:
 - (i) Estar acompañado de una valoración elaborada mediante una metodología generalmente aceptada y cumpla con los requisitos de la prueba pericial.
 - (ii) Ser aprobada por una mayoría de acreedores externos que represente por lo menos el 60% de aquellos con vocación de pago. La mayoría se calculará excluyendo votos de acreedores internos y vinculados.
 - (iii) No afectar derechos de los acreedores laborales, pensionados, alimentos de menores o acreedores garantizados.
 - (iv) De aprobarse, la descarga implica la cancelación sin contraprestación de los derechos de los accionistas o socios.
 - (v) Señalar la nueva estructura del capital social del deudor, indicando qué acreedores hacen parte de pasivo interno, el valor nominal y número de sus participaciones.
- **Pactos de deuda sostenible:**
 - Con el fin de reducir los términos de pago de las obligaciones, en los acuerdos de reorganización se podrán incluir pactos de deuda sostenible bajo los cuales no se contemple un cronograma de pago y extinción total de las obligaciones a favor de las entidades financieras sino su reestructuración o reperfilamiento.
 - Debe ser aprobada por el 60% de la categoría de acreedores financieros.
 - En este caso, los términos del acuerdo se entenderán cumplidos cuando el deudor emita y entregue a estos acreedores los títulos que contengan las obligaciones respectivas.

6. ESTÍMULOS Y SALVAMENTOS

- **Estímulos a la financiación del deudor durante la negociación de un acuerdo de reorganización:**
 - Entre el inicio del proceso de reorganización y la confirmación del acuerdo el concursado podrá obtener crédito para el desarrollo del giro ordinario de los negocios durante la negociación, el cual tendrá preferencia sobre aquellas que son objeto del acuerdo (preferencia prevista en el art. 71, Ley 1116 de 2006). No se requiere autorización del Juez del Concurso.
 - Adicionalmente, en el evento que el deudor demuestre que no logró obtener la financiación para el desarrollo de giro ordinario de sus negocios, podrá solicitar autorización al Juez de Concurso para: (i) respaldar el crédito con garantías de sus propios activos que no estén gravados a favor de otros acreedores, o sobre nuevos activos, (ii) otorgar gravamen de segundo grado sobre los activos previamente gravados con garantía, u (iii) otorgar garantía de primer grado sobre bienes gravados, con el consentimiento previo del acreedor garantizado que será subordinado.
 - La DIAN y entidades del Estado podrán rebajar sanciones, intereses y capital. Las acreencias de primera clase a favor de estas entidades públicas quedarán subordinadas en el pago dentro de dicha clase, respecto de las acreencias que mejoren su prelación por la financiación a la empresa en reorganización por parte de los titulares de acreencias afectas al concurso.

- **Salvamento de empresas en estado de liquidación inminente:**
 - Para rescatar la empresa y conservar la unidad productiva, cualquier acreedor podrá evitar la liquidación judicial de un deudor afectado por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia, manifestando su interés de aportar nuevo capital, siempre que se demuestre que el patrimonio de la concursada es negativo.
 - El interés se deberá manifestar luego de proferido el auto que declara la terminación del proceso y ordena el inicio del proceso de liquidación.
 - La oferta económica deberá corresponder como mínimo al valor a pagar por la totalidad de los créditos de primera clase, indemnizaciones laborales por terminación anticipada sin justa causa, normalización de pasivos pensionales, gastos de administración de la reorganización y los créditos a favor de los acreedores garantizados y los demás créditos con vocación de pago, de acuerdo con el inventario de activos. De no realizarse el depósito del valor completo aplicará una sanción (50% del valor ofertado), que será un ingreso no gravado para la masa de la liquidación.

7. AUXILIOS TRIBUTARIOS

- **Retención en la fuente de empresas admitidas en reorganización o con acuerdos de reorganización en ejecución:**
 - A partir de la expedición del Decreto (15 de abril de 2020) y hasta el 31 de diciembre de 2020 no estarán sometidas a retención o autorretención en la fuente a título del impuesto sobre la renta, sin perjuicio del impuesto de renta que resulte a cargo de la empresa.

- **Anticipo de renta de empresas admitidas en reorganización o con acuerdos de reorganización en ejecución:**
 - Estas empresas quedan exoneradas de liquidar y pagar el anticipo por el año gravable 2020.
- **Renta presuntiva de empresas admitidas en reorganización o con acuerdos de reorganización en ejecución:**
 - Estas empresas quedan exoneradas de liquidar renta presuntiva por el año gravable 2020.

Finalmente, de acuerdo con este Decreto, las empresas admitidas a un proceso de reorganización empresarial o que hayan celebrado un acuerdo de reorganización y estén ejecutándolo, a partir de la expedición del Decreto (15 de abril de 2020) y hasta el 31 de diciembre de 2020 estarán sometidas a retención en la fuente a título de IVA del 50%.

8. SUSPENSIÓN TEMPORAL

- **Suspensión temporal a partir de la expedición del Decreto (15 de abril de 2020) y por un período de 24 meses:**
 - El supuesto de incapacidad de pago inminente (art. 9, Ley 1116 de 2006) para el proceso de reorganización. Esta suspensión no es aplicable frente a los procesos de negociaciones de emergencia de acuerdos de reorganización y procedimientos de recuperación empresarial (aquí expuestos).
 - Los artículos 37 y 38 de la Ley 1116 de 2006, relativos al trámite de procesos de liquidación por adjudicación. Esta suspensión no aplica a los procesos de esta naturaleza que estén en trámite.
 - La configuración de la causal de disolución por pérdidas (art. 457 de Código de Comercio y 35 de la Ley 1258 de 2008).
- **Suspensión temporal a partir de la expedición del Decreto (15 de abril de 2020) y hasta el 31 de diciembre de 2020:**
 - La obligación de denunciar la cesación de pagos, cuando haya sido causada por las causas que motivaron la Emergencia.

Esperamos sea de utilidad,

VM LEGAL S.A.S.