

ESTUDIO DE VIABILIDAD JURÍDICA DE LA EMPRESA

SÍNTESIS DEL CASO

El cliente es una persona que desea emprender en Colombia un modelo de negocio basado en una Start-up tecnológica en el campo de las finanzas y las inversiones asociadas con los criptoactivos, por lo que podría encuadrarse dentro de las denominadas -Fintech- consistente en el desarrollo de una aplicación digital que permita realizar operaciones con criptomonedas en una plataforma de fácil uso y dotada de altos estándares de seguridad y con un servicio adicional de comunidad en línea con un entorno cómodo para los usuarios.

SGX cuenta con un plan de negocios que requiere una evaluación desde el punto jurídico tendiente a su registro y formalización conforme a las leyes de la república de Colombia, que le permitan iniciar sus operaciones y facilitando la toma de decisiones de los directivos de esta start-up bajo las recomendaciones que se emitirán en esta primera fase de consultoría.

MARCO JURÍDICO APLICABLE A SGX

El marco jurídico aplicable a SGX desde la constitución y las leyes de la república de Colombia constituye el principal insumo mediante el cual deberán planificarse las operaciones de la empresa. Por esta razón se realizó un análisis que tiene origen en los artículos 333 y 335 de la constitución política de 1991 contentivos del principio de libertad económica y de la intervención del Estado en la economía en las actividades financieras, bursátiles y aseguradoras al tratarse de asuntos de interés público tal como también lo consagra el numeral 19 del art. 150 de esta norma jurídica.

A pesar de lo anterior, Colombia no cuenta con una regulación Fintech específica. Las empresas Fintech deben cumplir distintas disposiciones, las cuales se encuentran en diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico colombiano dependiendo del origen del financiamiento y de otras características particulares de cada una de estas empresas.

No obstante, un marco general aplicable a SGX, es el siguiente:

- Ley 527 de 1999 (Ley de Comercio Electrónico): constituye el marco jurídico integral y general que autoriza el uso de los mensajes de datos en todas las actividades de los sectores público y privado. Es una ley de carácter probatorio, que permite aplicar las mismas consecuencias jurídicas que ostentaban los medios físicos o tradicionales a la utilización de medios electrónicos. Ésta recoge los diferentes principios jurídicos de los medios electrónicos, el principio de equivalencia funcional, la neutralidad tecnológica, la inalterabilidad del derecho sustancial preexistente y la internacionalidad.
- Ley 1266 de 2008 (Ley de Hábeas data financiero y manejo de información en bases de datos personales): desarrolla el derecho que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos con la que se conforma la

historia crediticia, así como los demás derechos, libertades y garantías constitucionales relacionadas con la recolección, tratamiento y circulación de datos personales.

- Ley 1328 de 2009 (Ley de Protección al consumidor financiero): Establece principios en la relación de los vigilados con los consumidores financieros en lo referente a debida diligencia, libertad de elección, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, responsabilidad de las entidades vigiladas en el trámite de quejas, manejo adecuado de los conflictos de interés y educación para el consumidor financiero.

- Ley 1273 de 2009 (La Ley de delitos Informáticos): crea nuevos tipos penales relacionados con delitos informáticos y la protección de la información y de los datos.

- Ley 1480 del 2011 (Estatuto del Consumidor): estipula las obligaciones de las operaciones de crédito otorgadas por personas naturales o jurídicas cuyo control y vigilancia sobre su actividad crediticia no haya sido asignada a alguna autoridad administrativa en particular.

- Ley 1581 de 2012 (Ley de Protección de datos personales): recoge disposiciones generales en materia de protección de datos personales y lineamientos respecto a la recolección, manejo y circulación de los datos personales. Aplica a los datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento en territorio colombiano por entidades de naturaleza pública o privada.

- Ley 1735 de 2014 (Ley de Inclusión Financiera): dicta medidas tendientes a promover el acceso a los servicios financieros transaccionales al crear las Sociedades Especializadas en Depósitos y Pagos Electrónicos – SEDPES, cuyo objeto exclusivo es: i) Captar recursos a través de depósitos electrónicos; ii) Hacer pagos y traspasos; iii) Tomar préstamos dentro y fuera del país destinados específicamente a la financiación de su operación; y iv) Enviar y recibir giros financieros.

- Ley 1955 de 2019 (Espacio controlado de prueba -sandbox regulatorio-): el Plan Nacional de Desarrollo (artículo 166) permitió la regulación de desarrollos tecnológicos para la realización de las actividades propias de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera sin requerir una licencia previa.

- Ley 2009 de 2019 (Ley de Gratuidad de Servicios Financieros): Las entidades autorizadas para captar recursos del público que cobren cuotas de manejo por las cuentas de ahorros, las tarjetas débito y las tarjetas crédito, deberán garantizar mensualmente a sus usuarios el acceso a un paquete mínimo de productos y/o servicios sin costo adicional.

- Ley 2069 de 2020, por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia.

- CONPES 3920 de 2018 (Política nacional de explotación de datos -big data-): política que tiene por objetivo aumentar el aprovechamiento de datos, mediante el desarrollo de las condiciones para que sean gestionados como activos para generar valor social y económico. En lo que se refiere a las actividades de las entidades públicas, esta generación de valor es entendida como la provisión de bienes públicos para brindar respuestas efectivas y útiles frente a las necesidades sociales.

- CONPES 3956 de 2019 (Política de formalización empresarial). Por medio de la cual se busca promover mayores niveles de formalidad empresarial en la economía a través de una mejor información para la toma de decisiones de política pública y acciones que mejoren la relación beneficio-costeo de la formalidad para las empresas. Se propone una agenda para la experimentación, reglamentación y promoción de nuevos canales y proyectos Fintech que promuevan nuevas figuras de financiamiento como el crowdfunding.
- CONPES 3975 de 2019 (Política nacional para la transformación digital e inteligencia artificial): Aumenta la generación de valor social y económico a través de la transformación digital del sector público y del sector privado, mediante la disminución de barreras, el fortalecimiento del capital humano.
- CONPES 4005 de 2020. (Política nacional de inclusión y educación económica y financiera). Integra los servicios financieros a las actividades cotidianas de los ciudadanos y de las micro, pequeñas y medianas empresas, atendiendo sus necesidades y generando oportunidades económicas para contribuir al crecimiento e inclusión financiera del país.
- CONPES 4011 de 2020 (Política nacional de emprendimiento). Genera condiciones habilitantes en el ecosistema emprendedor para la creación, sostenibilidad y crecimiento de emprendimientos que contribuyan a la generación de ingresos, riqueza y aumentos en la productividad e internacionalización de las empresas del país.
- CONPES 4012 (Política nacional de Comercio electrónico). Generar las capacidades técnicas y económicas para el uso y apropiación del comercio electrónico en el sector empresarial y en el resto de la sociedad; aumenta la eficiencia y participación de los operadores postales y logísticos en este ecosistema, desarrolla acuerdos institucionales y actualización normativa para habilitar las innovaciones en el comercio electrónico.
- Decreto 2555 de 2010 (Régimen general del sector financiero, asegurador y del mercado de valores): agrupa y reexpide las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores.
- Decreto 1377 de 2013 (Protección de datos personales): reglamenta la Ley 1581 de 2012 regulando así la protección de datos en Colombia.
- Decreto 1368 de 2014 (Crédito no vigilado): reglamenta el artículo 45 de la Ley 1480 de 2011 definiendo conceptos clave en los sistemas de información de crédito no vigilado como tasas de interés, plazos y deberes de información.
- Decreto 2654 de 2014 (Crédito de Bajo Monto): define el crédito de consumo de bajo monto con el fin de promover la inclusión financiera, atendiendo en todo caso los diferentes riesgos y mecanismos de control necesarios.
- Decreto 1702 de 2015 (Crédito no vigilado): incorpora a la reglamentación la tasa de interés bancario aplicable a las operaciones de crédito otorgadas por personas naturales o jurídicas cuyo

control y vigilancia sobre su actividad crediticia no haya sido asignada a alguna autoridad administrativa en particular y sobre los contratos de adquisición de bienes o prestación de servicios en los que el productor o proveedor otorgue de forma directa financiación según la modalidad de crédito de que se trate.

- Decreto 1074 de 2015 (Crédito no vigilado): expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo con disposiciones para crédito no vigilado, operaciones de libranzas, entre otras).

- Decreto 1491 de 2015 (Regulación de SEDPES). Modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con la reglamentación aplicable a las SEDPES, en lo particular a las Condiciones mínimas del Depósito Electrónico, trámite simplificado de apertura para personas naturales, trámite ordinario y requerimiento mínimo de apalancamiento, manejo de efectivo y administración de riesgos.

- Decreto 661 de 2018 (Asesoría): establece la definición, el alcance y las reglas generales de la actividad de asesoría, además de definir los perfiles y calidades del cliente y del producto, regular los conflictos de interés y regular la función que cumplen los organismos de autorregulación cuando los intermediarios de valores prestan asesoría a sus clientes.

- Decreto 1357 de 2018 (Crowdfunding): regula la actividad de financiación colaborativa a través de la emisión de valores representativos de deuda o de capital social; y establece los parámetros para firmas intermediarias, aportantes y receptores, frente a los requerimientos de información y herramientas que permitan concretar el proyecto y lograr su materialización.

- Decreto 2443 de 2018 (Inversiones en Fintech por parte de entidades vigiladas por la SFC): permite la inversión de los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros y las sociedades de capitalización, en el capital de sociedades de innovación y tecnología financiera.

- Decreto 222 de 2020 (Productos financieros y corresponsales móviles y digitales): Provee instrucciones relacionadas con los corresponsales, las cuentas de ahorro electrónicas, los depósitos electrónicos y las entidades que pueden proveer el crédito de bajo monto, entre otras características.

- Decreto 620 de 2020 (Servicios ciudadanos digitales): se promueve la digitalización y automatización masiva de trámites, a través de la implementación e integración de los servicios ciudadanos digitales (carpeta ciudadana, autenticación electrónica e interoperabilidad de los sistemas del Estado), la definición y adopción de estándares tecnológicos.

- Decreto 1154 de 2020 (Factura electrónica): reglamenta la circulación de la factura electrónica como título valor y las condiciones generales de su registro y contempla todos los requerimientos técnicos y tecnológicos necesarios en la plataforma de la DIAN, que permitirán su consulta y trazabilidad.

- Decreto 1234 de 2020 (Espacio controlado de prueba -sandbox regulatorio-): define el conjunto de normas, procedimientos, planes, condiciones, requisitos y requerimientos prudenciales que permite

probar desarrollos tecnológicos innovadores en la prestación de actividades propias de las entidades vigiladas por la SFC.

- Decreto 1235 de 2020 (Emisión en el mercado de valores y financiación colaborativa de inversión) Adoptar medidas para garantizar la continuidad y la regularidad de los mecanismos y dispositivos implementados para llevar a cabo la financiación colaborativa. Para el efecto, la sociedad deberá desarrollar y mantener sistemas, recursos y procedimientos adecuados y proporcionales al tamaño, frecuencia y complejidad de las emisiones que a través de dichos sistemas se realicen.

- Decreto 1692 de 2020 (Sistemas de pago de bajo valor): promueve la actividad de adquirencia, permitiendo que sea ofrecida por nuevos actores no vigilados por la SFC que complementen los esquemas tradicionales con modelos de negocio disruptivos basados en tecnología.

- Decreto 1732 de 2021 el cual reglamenta el art. 5 de la ley de emprendimiento relacionado con la aprobación de los mecanismos Sandbox en el país

- Decreto 253 de 2022 (Competencia): modifica la reglamentación del Programa de Beneficios por Colaboración de la SIC por conductas contrarias a la libre competencia.

- Circular Única SIC (Crédito no vigilado). Recopila, revisa, modifica y actualiza todos los actos administrativos de carácter general expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio.

- Carta Circular SFC 029 de 2014 (Criptoactivos). Informa sobre los riesgos de las operaciones realizadas con “Monedas Virtuales”.

- Circular Externa SFC 050 de 2016 (SEDPE). Imparte instrucciones relacionadas con este tipo de entidades.

- Carta Circular SFC 078 de 2016 (Criptoactivos). Informa aspectos relacionados con las operaciones realizadas con “Monedas Virtuales”

- Carta Circular SFC 052 de 2017 (Criptoactivos). Informa aspectos relacionados con los riesgos potenciales asociados a las operaciones realizadas con “Monedas Electrónicas- Criptomonedas o Monedas Virtuales”.

- Circular Externa SFC 007 de 2018 (Ciberseguridad) Imparte instrucciones relacionadas con los requerimientos mínimos para la gestión del riesgo de ciberseguridad.

- Circular Externa SFC 008 de 2018 (Pasarelas de pago) Imparte instrucciones en materia de requerimientos mínimos de seguridad y calidad para facilitar la realización de operaciones en las pasarelas de pago.

- Circular Externa SFC 005 de 2019 (Nube). Imparte instrucciones relacionadas con el uso de servicios de computación en la nube.

- Circular Externa SFC 006 de 2019 (Códigos QR). Imparte instrucciones relacionadas con la seguridad y calidad para la realización de operaciones mediante códigos QR.

- Circular Externa SFC 026 de 2019 (Dispositivos móviles en sucursales). Imparte instrucciones relacionadas con el uso de dispositivos móviles y otras medidas de seguridad en oficinas de atención al consumidor financiero.
- Circular Externa SFC 029 de 2019 (Biometría). Modifica la Circular Básica Jurídica en materia de requerimientos mínimos de seguridad y calidad para la realización de operaciones y acceso e información al consumidor financiero y uso de factores biométricos.
- Circular Externa SuperSolidaria 020 de 2020 (Circular Básica Jurídica). Reúne instrucciones para las organizaciones de la economía solidaria, ejerzan o no actividades financieras.
- Circular Externa SuperSolidaria 22 de 2020 (Circular Básica Contable y Financiera). Normativas generales para organizaciones de la economía solidaria sujetas a supervisión.
- Circular Externa SFC 027 de 2020 (SARLAFT 4.0). Imparte instrucciones relativas a la administración del riesgo de lavado de activos y de financiación del terrorismo.
- Circular Externa SFC 033 de 2020 (Ciberseguridad). Imparte instrucciones relacionadas con la Taxonomía Única de Incidentes Cibernéticos – TUIC, el formato para el reporte de métricas de seguridad de la información y ciberseguridad y el protocolo de etiquetado para el intercambio de información Traffic Light Protocol (TLP).
- Circular Externa SFC 042 de 2020 (Depósitos ordinarios, depósitos y crédito de consumo de Bajo Monto). Imparte instrucciones relacionadas con los depósitos de bajo monto, depósitos ordinarios y crédito de consumo de bajo monto.
- Circular Externa SFC 002 de 2021 (Corresponsales móviles y digitales). Imparte instrucciones relacionadas con el régimen de oficinas y la prestación de servicios financieros a través de corresponsales.
- Circular Externa SFC 005 de 2021 (Actividad de adquirencia). Imparte instrucciones relacionadas con el Registro de Adquirentes No Vigilados- RANV.
- Circular Externa SFC 014 de 2021 (Crowdfunding a través de valores). Imparte instrucciones especiales aplicables a la actividad de financiación colaborativa a través de valores.
- Circular Externa SFC 016 de 2021 (Sandbox regulatorio y certificado de operación temporal). Instrucciones relacionadas con el espacio controlado de prueba para actividades de innovación financiera.
- Finalmente, se hace referencia al oficio del Ministerio de Hacienda de 14 de octubre de 2022 Rad. 100192467-2847 mediante el cual se compila la doctrina oficial de la DIAN sobre el tratamiento tributario de los criptoactivos en Colombia.

REQUISITOS A CUMPLIR ANTE LAS AUTORIDADES

El proyecto de creación de SGX como una empresa legalmente constituida en Colombia primeramente requiere de su constitución ante la cámara de comercio del domicilio de los socios que conformarán esta empresa dándole vida a la persona jurídica que surgirá a través del modelo societario más conveniente para la empresa.

En este sentido, se aconseja la constitución de una sociedad por acciones simplificada S.A.S que permita darle vida jurídica a la empresa mediante el registro que le permite probar su existencia ante terceros, proveedores, consumidores, etc.

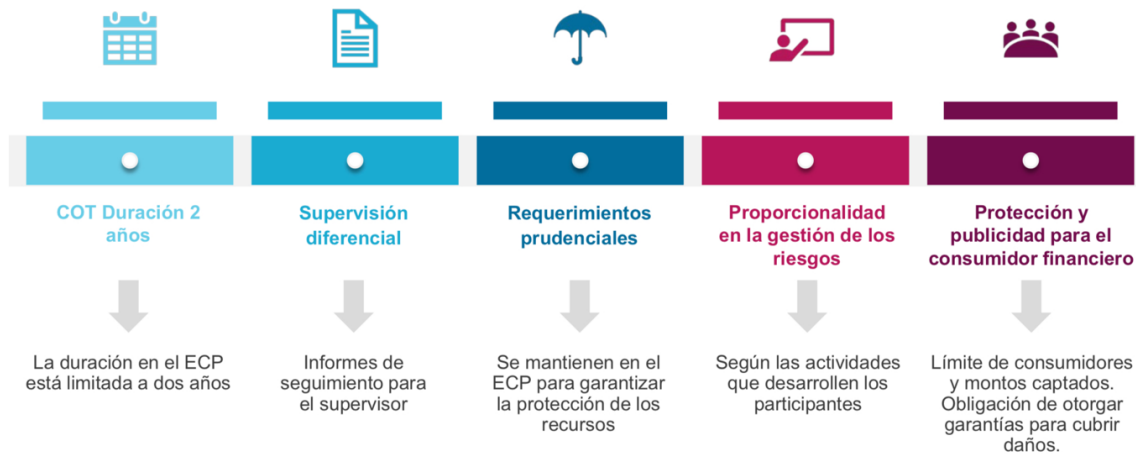
Posteriormente, al tratarse de una nueva empresa en el sector financiero bajo la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, actualmente este importante sector de la economía se encuentra impulsando un Sandbox o arena regulatoria que contempla un espacio de prueba controlada para las nuevas empresas que deseen iniciar operaciones en el país, mediante la solicitud de un COT (certificado de operación temporal válido hasta por 2 años) con el previo cumplimiento de los requisitos que esta entidad de inspección, vigilancia y control ha establecido.

Estos requisitos son los siguientes:



Fuente: (superintendencia Financiera de Colombia)

Así mismo, la obtención de este certificado de operaciones temporales conlleva las siguientes responsabilidades ante la SFC:



Fuente: (superintendencia Financiera de Colombia)

Por otra parte, existe la posibilidad de realizar directamente operaciones por fuera del espacio de prueba controlada -Sandbox- de la SFC, agotando el trámite ordinario de solicitud de certificado de funcionamiento con el previo cumplimiento de los requisitos que se enlistan a continuación:

- Carta de solicitud: Debe estar suscrita por cada uno de los accionistas, (en caso de ser persona jurídica, por su representante legal), o por su apoderado. En todos los casos en que se actúe con apoderado debe acreditarse el poder correspondiente conforme a la Ley. En esta carta se deben informar los datos relacionados con la dirección, ciudad, teléfono, fax y dirección de la página web de la entidad constituida.

- Certificado de existencia y representación legal expedido por la cámara de comercio.

- Certificado bancario del pago del capital social de la empresa

- Acta de constitución de la empresa y estatutos

- Infraestructura técnica y tecnológica:

a. Plataforma tecnológica sobre la cual operará la entidad, considerando elementos tales como:

1. Equipos centrales. Sistemas operativos. Sistema de administración de bases de datos. Red de comunicaciones. Canales mediante los cuales se prestarán los servicios indicando si serán propios o se contratarán con un tercero. Instrumentos que se utilizarán para la realización de las operaciones (tarjetas débito, tarjetas de crédito, dispositivos móviles, órdenes electrónicas para transferencias de fondos, entre otros), cuando aplique. Centro de cómputo principal y de contingencia indicando

los controles de seguridad física y de ambiente. Controles de seguridad lógica a nivel de sistema operativo y base de datos.

2. Descripción de las aplicaciones que soportarán los procesos misionales indicando el esquema de seguridad de los aplicativos.

3. Plan de conservación, custodia y seguridad de la información tanto documental como electrónica.

4. Plan de continuidad del negocio y planes de contingencia con los cuales iniciaría operaciones la entidad.

5. Plan de seguimiento que adelantarán los órganos de control societario, para monitorear la puesta en marcha de la nueva entidad.

6. Estado de la implementación de los requerimientos mínimos de seguridad y calidad para la realización de operaciones.

- Manual de operaciones

- Actividades contratadas con terceros: Remitir información de aquellas actividades de los procesos misionales que serán contratadas con terceros, indicando el objeto de la respectiva contratación, los requisitos a exigir a la firma a contratar, el detalle de las funciones que se contratarán externamente, los controles y áreas encargadas del seguimiento a dichos contratos, así como la descripción de la plataforma tecnológica que soportará esas actividades y los principales aspectos del Plan de Continuidad del Negocio

- Cronograma de implementación de sistemas de implementación de riesgos: se deben enviar los cronogramas de implementación de cada uno de los sistemas de administración de riesgos de la entidad, dichos cronogramas deberán contener como mínimo las actividades, responsables y tiempos de ejecución.

LISTADO DE DOCUMENTACIÓN NECESARIA PARA REGISTRO DE LA EMPRESA

- ACTA DE CONSTITUCIÓN

- ESTATUTOS

- PRE-RUT

- PAGO DE IMPUESTOS DE REGISTRO

ANÁLISIS JURÍDICO DEL MODELO DE NEGOCIO Y SU VIABILIDAD

El modelo de negocio es viable desde el punto de vista jurídico, toda vez que no existe prohibición legal sobre el desarrollo de actividades económicas y empresariales asociadas las criptomonedas en Colombia.

Actualmente, se encuentra radicado un proyecto de ley ante el Congreso de la República que tiende a regular las actividades comerciales con criptomonedas con deberes y cargas que deben evaluarse debido a su significativo costo administrativo y jurídico que permitirán evitar sanciones.

Además debe contemplarse un análisis desde el punto de vista tecnológico y económico del negocio los cuales requieren de la debida protección de propiedad intelectual ante la Superintendencia de Industria y Comercio, la planeación tributaria del negocio para obtener el tratamiento fiscal más beneficioso, los beneficios en materia de emprendimiento, el diseño de políticas de protección de datos personales y de protección al consumidor y la adopción de un sistema preventivo de riesgos SARLAFT.

Desde el punto de vista jurídico la empresa SGX requiere de una consultoría especializada en varias fases, las cuales se enlistan a continuación:

- Primera fase creación: consistente en darle vida jurídica a la empresa radicando los documentos de constitución y estatutos ante la cámara de comercio. Es de mencionar al respecto que para menores de 28 años existen descuentos en el pago de impuestos de registro para la constitución de empresas y renovación de matrícula mercantil durante el primer año de operaciones.
- Segunda fase protección de propiedad intelectual: consistente en el registro de marcas, patentes, licencias entre otras, necesarias para proteger el patrimonio intangible de la empresa, frente a este punto también es posible acceder a descuentos que reduzcan el coste de registro de propiedad intelectual.
- Tercera fase certificado de operaciones: deberá tramitarse el certificado de funcionamiento o el certificado de operaciones temporales dependiendo la decisión de los directivos de la empresa conforme a sus necesidades, requisitos y obligaciones a cumplir.
- Cuarta fase Implementación de políticas de protección de datos y privacidad: consistente en el diseño de las medidas y procedimientos en materia de protección de datos personales que se deberá analizar conforme al tamaño, magnitud y sensibilidad de los datos que se administrarán.
- Quinta fase implementación de políticas de protección al consumidor: consistente en el diseño de medidas y procedimientos de la empresa que garanticen la calidad del servicio y los derechos de los consumidores en materia comercial y financiera.
- Sexta fase implementación de sistemas de prevención de riesgos SAGRILAF: Debido al alto riesgo de la actividad que desarrolla la empresa asociada al lavado de activos, la financiación del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva, debe implementarse el sistema SAGRILAF conforme a las directrices que imparta la SuperSociedades.

- Séptima fase planificación tributaria: consistente en la elección de los regímenes tributarios y estrategias de planificación patrimonial de la empresa para obtener el tratamiento mas favorable al momento de cumplir las obligaciones tributarias nacionales y territoriales.
- Octava fase seguimiento y correcciones: Consistente en el seguimiento de las fases anteriores de forma periódica para adaptarlas conforme a la evolución de la empresa desde un enfoque preventivo.

RECOMENDACIONES EN ESTA PRIMERA FASE

- La constitución de SGX es viable, por lo que en caso de decidir formalizar su creación deberán diseñarse los estatutos, recomendando la forma asociativa de la sociedad por acciones simplificada por su facilidad de manejo en cuanto a los requisitos de conformación.
- Se anexa un proyecto de estatutos que deberá complementarse con los datos del capital social, información sobre los socios, y nombramientos de los miembros necesarios para su creación.
- Se recomienda iniciar paralelamente los trámites necesarios para dar protección a la propiedad intelectual de la empresa especialmente de su marca, sus prototipos y demás desarrollos tecnológicos y de innovación para obtener los correspondientes registros que permitan su explotación económica con plena libertad dentro del país.