



Recomendaciones
para su constitución

Asociaciones para el Comercio Exterior



Camilo Fernández de Soto Camacho
PRESIDENTE COLOMBIA PRODUCTIVA

Elaborado por:

Gerencia de Asuntos Legales y Regulatorios de Colombia Productiva.

Con la asistencia jurídica de:

Brigard Urrutia.

Coordinación editorial

Sonia López Ortiz
Giovanny Serrano Montaña

Colaboradores

Equipo Colombia Productiva

Diseño editorial e infografía

Leonardo Pérez M.

Fotografía

Depositphotos
IstockPhotos

Para obtener una
versión digital de esta
publicación puede visitar:

www.colombiaproductiva.com

© Colombia Productiva.

Calle 28 # 13a - 15. Piso 21
Bogotá: (+571) 749 1000 Colombia.

Abril de 2022

Colombia Productiva, Patrimonio Autonomo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.
TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS.

Bajo sanciones establecidas en las leyes, queda rigurosamente prohibida, sin autorización escrita de los titulares del Copyright, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, así como la distribución de ejemplares mediante alquiler o préstamo público.

Prólogo

Colombia Productiva tiene a su cargo la promoción de estrategias para mejorar la productividad de las empresas y fomentar su oferta de bienes y servicios con el valor agregado y la calidad que exigen los mercados.

En este marco se han identificado algunas necesidades a las que se enfrentan las empresas al momento de exportar sus productos, que implican esfuerzos y recursos financieros significativos y que suelen superar su capacidad individual.

En ese orden de ideas, las Asociaciones para el Comercio Exterior -ACE- (antes Consorcios de Exportación) ofrecen un mecanismo para solucionar estos obstáculos y fortalecer la capacidad exportadora de la industria nacional.

En efecto, tomando como base la metodología para la implementación de estos esquemas de asociación, que fue desarrollada por La Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (Onudi), proponemos un ejercicio de cooperación conjunta entre las empresas que implica la transferencia de conocimiento, generación de confianza y articulación jurídica y financiera, con el objetivo de reducir los costos y riesgos propios asociados a los procesos de comercio exterior.

Esta metodología, que contempla seis módulos, incluye, entre otros, la consolidación de las ACE; sin embargo, no contiene un análisis jurídico enfocado en la legislación aplicable en Colombia, ni una hoja de ruta que permitiera identificar los pasos que los interesados podían agotar para la consolidación de la figura.



Por lo anterior, en su esfuerzo por apoyar a las empresas colombianas, Colombia Productiva, contrató a la firma de abogados Brigard & Urrutia, para que analizará la realidad jurídica aplicable para el caso y propusiera el vehículo jurídico idóneo para materializar los esfuerzos de asociación que habían sido trabajados de manera articulada con el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Procolombia y Onudi.

“La internacionalización de las mipymes es otro desafío que enfrentamos en el país. Por eso, en Colombia Productiva brindamos acompañamiento para alistarlas en el cumplimiento de requisitos de acceso a mercados internacionales”.

De esta manera, las empresas podrán tomar como base las recomendaciones aquí contenidas para la selección e implementación de la figura, previo agotamiento de las consultas que considere necesarias para cada caso en particular.

Desde Colombia Productiva queremos invitar a todos los interesados en las Asociaciones de Comercio Exterior a consultar y hacer uso de esta cartilla para continuar con el fortalecimiento de las exportaciones de la industria nacional y prepararse para hacer uso de la oferta institucional del Sector Comercio, Industria y Turismo.

Por Camilo Fernández de Soto Camacho,
PRESIDENTE DE COLOMBIA PRODUCTIVA.

Contenido

Prólogo	3
Introducción	4
1. Por qué formalizar las ACE	6
Problemas identificados	6
2. Camino a la formalización de las ACE	9
Alternativas para la formalización	9
Cuadro comparativo	10
Resultados del ejercicio comparativo	13
3. Sociedades por Acciones Simplificadas como vehículo para la formalización de las ACE	14
Estructura flexible	14
Proceso de Constitución	14
Número de accionistas	15
Derechos y obligaciones de los accionistas	15
Aportes de los accionistas	16
Responsabilidad de accionistas	17
Capital	17
Repartición de ganancias	18
Órganos sociales	18
Administración	19
Revisor Fiscal	19
Liquidación	19
4. Implementación en dos Fases según el nivel de madurez de la ACE	20
Análisis de temas jurídicos	21
Análisis de temas tributarios	32
Análisis de temas de Comercio Exterior	41
Análisis de temas de libre competencia	50
5. Cómo usar los Documentos Tipo	59
Documentos disponibles	59

Introducción

La Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial –Onudi–, junto con los Gobiernos de las Repúblicas de Colombia (en cabeza del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo) y Corea (a través de su Agencia de Cooperación Internacional de Corea -KOICA-) desarrollaron un proyecto piloto para la generación de capacidades para promover consorcios de exportación, en adelante, Asociaciones para el Comercio Exterior -ACE-. A través de este proyecto, además de acompañar la creación de ACE en los sectores agroindustria y cosméticos en el Valle del Cauca, la Onudi realizó una transferencia de conocimiento a Colombia Productiva y a Procolombia de su metodología implementada en muchos países del mundo.

Las ACE, como una “agrupación de empresas que se unen para crear sinergias y aumentar la competitividad, disminuir los riesgos, y los costos de la internacionalización”¹ de acuerdo con el modelo de Onudi requieren ser constituidas jurídicamente. Colombia Productiva, con el objetivo de promover y facilitar la formalización de las Asociaciones para el Comercio Exterior prevista en el cuarto módulo de la metodología Onudi, pone a consideración de los empresarios colombianos el presente análisis que además de proponer un modelo jurídico, incluye una hoja de ruta y los documentos necesarios para su implementación.

Así, encontrará la identificación y definición del vehículo jurídico más adecuado para la formalización de las ACE en Colombia, de tal forma

1 Onudi. Los Consorcios de Exportación de Agroindustria y Cosméticos en el Valle del Cauca. Manual de Transferencia de metodología. 2017. Pág. 12.

que las compañías o individuos que las conforman hagan parte de un proceso de desarrollo empresarial enfocado en el crecimiento, cumplimiento legal y formalización de la actividad productiva nacional con vocación exportadora. Este análisis concluirá que la mejor alternativa para la formalización de las ACE es la constitución de una Sociedad por Acciones Simplificadas –SAS–, junto con la celebración de un acuerdo de colaboración empresarial o la calificación de la SAS como una Comercializadora Internacional.

La implementación de esta alternativa debería ser ejecutada en dos fases. En la primera fase, se constituirá la SAS la cual tendrá un objeto social reducido, únicamente para la promoción, logística y mercadeo de los bienes en el exterior; y, se celebrará un acuerdo de colaboración empresarial entre los miembros de la ACE y la SAS.

En la segunda fase, se buscará centralizar las actividades necesarias para la efectiva producción, elaboración y exportación de los bienes en las SAS, la cual tendrá un objeto social amplio, unificando el proyecto exportador (ventas conjuntas) y apoyando el proceso de internacionalización de las empresas, ahora socias de un vehículo jurídico.

Así, a pesar de que a simple vista no pareciera adecuada la constitución de una nueva empresa, de acuerdo con el análisis realizado es la opción más eficiente para continuar con el proyecto exportador de los integrantes de las Asociaciones de Comercio Exterior, pues tiene en cuenta las posibles implicaciones jurídicas, tributarias, de comercio exterior y en materia de protección a la competencia.

Por último, tenga en cuenta que este documento complementa la metodología Onudi y está en constante evolución, razón por la cual se recomienda preferir su consulta en línea en la página web de Colombia Productiva.

1

Por qué formalizar las ACE

En la presente sección, el empresario podrá identificar los principales hallazgos identificados en el proceso de formalización de las ACE, de acuerdo con los cuales es recomendable la creación de una nueva persona jurídica.

Problemas identificados

Las empresas encuentran diversos obstáculos a la hora de exportar sus productos desde Colombia, en la medida en que la exportación de productos supone inversiones, conocimientos y riesgos.

Más aún, para las pequeñas y medianas empresas –pymes–, es muy difícil acceder a mercados internacionales, generalmente tecnificados y con amplias barreras paraarancelarias.

Para promover la exportación de productos por parte de las pymes, en Colombia se han conformado entre otras iniciativas, las ACE, cuyo objetivo es la unión de empresas para promocionar los bienes de sus miembros en el extranjero y facilitar su exportación, así como la importación de materias primas e insumos necesarios para el desarrollo de su actividad.

Mediante la conformación de ACE, las pymes conservan su autonomía financiera, jurídica y de gestión, afrontando

de manera conjunta la barrera del conocimiento y los costos que supone exportar productos.

Así, las ACE prestan a sus miembros entre otros, los siguientes servicios:

- ▶ Identificación de nuevos mercados y oportunidades que permitan desarrollar estrategias conjuntas de mercadeo.
- ▶ Identificación de clientes potenciales en el mercado destino, para aumentar la competitividad de cada una de las empresas.
- ▶ Creación de una red de distribución común para minimizar riesgos de comercialización de productos.
- ▶ Capacitación en las condiciones básicas para la exportación de productos.
- ▶ Compartir gastos de la cadena logística y de participación en ferias nacionales e internacionales.
- ▶ Identificación de oportunidades de participación conjunta en proyectos o procesos de compra de entidades públicas o privadas.



- ▶ Las demás que crean valor agregado y son beneficiosas para las empresas integrantes de la ACE.
- ▶ La ausencia de gerencia.
- ▶ Las posibles pérdidas económicas.

Sin embargo, la figura de las ACE ha generado retos, en la medida en que se requiere de su formalización jurídica a fin de reducir los eventuales costos generados en el proceso de exportación.

Igualmente, y según destaca la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial –Onudi–², es necesario contar con una institucionalidad adecuada en cada ACE que permita administrar los riesgos de articulación y gerencia, mitigando así los posibles riesgos de:

- ▶ La ausencia de un articulador.
- ▶ La ausencia de guías para el funcionamiento de la ACE.
- ▶ El oportunismo de los miembros de estas asociaciones.

Tras una revisión de la estructura y operación actual de algunas ACE, es posible señalar que han consistido en alianzas voluntarias, documentadas o mediante acuerdos verbales, que están encaminados a fomentar la cooperación entre varias empresas para la efectiva exportación de sus productos.

Algunas de estas ACE crearon contratos de consorcios, muy similares a los utilizados en el Sistema de Compra Pública, los cuales les permiten disminuir los diferentes riesgos asociados a la cadena de comercio exterior (ej. contratación de transporte, almacenamiento, seguros, etc.), aumentar el acceso a diferentes mercados internacionales y generar conocimiento y destrezas en la exportación de productos, ventajas que individualmente no tendrían o llevaría largo tiempo obtener. De igual forma, los consorcios permiten a las empresas involucradas mantener su autonomía financiera, jurídica y comercial. En consecuencia, las empresas por regla general participan en el consorcio para

² Onudi. Los Consorcios de Exportación de Agroindustria y Cosméticos en el Valle del Cauca. Manual de Transferencia de metodología. 2017.

compartir gastos y contar con un “departamento de exportación compartido”.

Sin embargo, al momento de formalizar la ACE en términos corporativos fueron identificados los siguientes hallazgos.

- ▶ Falta de estabilidad.
- ▶ Dificultad en el establecimiento de una participación equitativa.
- ▶ Necesidad de formalización de la relación.
- ▶ Falta de definición de roles entre los miembros del ACE, no se tienen objetivos, metas o metodología unificada.
- ▶ Ausencia de gerencia y dirección.
- ▶ Flexibilidad en la entrada y salida de miembros del ACE.
- ▶ Ausencia de Personería Jurídica.
- ▶ No existe obligación de mantener contabilidad de sus asuntos, según estándares contables que promuevan seguridad sobre los negocios desarrollados.

En términos de estabilidad, destacamos que las ACE no establecen términos mínimos de estadía para sus miembros, lo cual puede representar una falta de compromiso en relación con el funcionamiento de estas, en la medida en que en cualquier momento los miembros podrían terminar el contrato, generando falta de estabilidad de la relación “contractual” y de los proyectos a largo plazo. De igual forma, puede que quienes participan en las ACE no lo hagan de manera equitativa

en cuanto a sus aportes finales para el desarrollo del objeto principal de cada asociación.

En cuanto a la formalización de las asociaciones, se destaca la inexistencia de un registro para este tipo de vehículos legales, la ausencia de personalidad jurídica, así como la no obligación de mantener contabilidad. Específicamente, la ausencia de personalidad jurídica no permite que haya una efectiva separación entre los miembros de la ACE y la asociación como tal. De esta forma, en caso de que haya algún tipo de responsabilidad a raíz de las actuaciones de la asociación, sus miembros se verán obligados a responder solidariamente.

Lo anterior implica que cada uno de los miembros de la ACE responden por la totalidad de las obligaciones que adquiriera el consorcio. En este sentido, ante un incumplimiento de la ACE, el acreedor podría exigir el cumplimiento de la totalidad de la obligación a cualquier de los miembros.

Adicionalmente, varias empresas realizaban ventas entre sí, para que posteriormente uno de los integrantes de la ACE realizara el proceso de exportación. Generando así costos tributarios y administrativos al tener en la mayoría de los casos una doble facturación.

Teniendo en cuenta estos inconvenientes, Colombia Productiva realizó un análisis de las principales alternativas previstas en la normativa para la formalización de las ACE, bajo el supuesto de que es necesario contar con una persona jurídica distinta para solucionar estos inconvenientes, así como proteger el patrimonio de cada uno de los integrantes de la ACE.

Camino a la formalización de las ACE

En la presente sección, Colombia Productiva presenta el análisis realizado, en el cual se analizan varias características de las formas societarias más utilizadas en el país, con el fin de identificar el vehículo jurídico más eficiente para la formalización de las ACE.

Alternativas para la formalización

En la regulación comercial colombiana existen varias alternativas para la formalización de una ACE, cada una con características particulares en aspectos organizacionales, responsabilidades de sus accionistas o socios, su forma de constitución, transformación y disolución, entre otras.

A continuación, presentamos los resultados del análisis para las Sociedades de Responsabilidad Limitada, las Sociedades Anónimas y las Sociedades por Acciones Simplificada, las cuales son los tipos societarios de uso más común en Colombia, resaltando como cada una de estas cuentan con ventajas y desventajas, identificando a la Sociedad por Acciones Simplificada como el vehículo societario ideal para promover y formalizar jurídicamente la ACE.

Colombia Productiva analizó entre otros temas, las formalidades y las tarifas asociadas a la constitución de las empresas; su duración y objeto social; el número de socios o accionistas; el capital social; la responsabilidad de los socios; la duración de la sociedad y temas asociados al objeto de la empresa; el pago de los aportes; el aumento de capital; la transferencia de las cuotas o acciones; algunos asuntos corporativos; la necesidad o no de tener revisor fiscal y temas relacionados con la liquidación.

La Sociedad por Acciones Simplificada como el vehículo societario ideal para promover y formalizar jurídicamente la ACE.

En todo caso, el análisis excluyó la posibilidad de formalizar la ACE mediante vehículos jurídicos que no formaran una persona jurídica distinta a los integrantes de la ACE en atención a que podrían entrar a responder con el patrimonio propio de los integrantes de la ACE (como sería el caso de un consorcio o la asunción de estas actividades por medio de una persona natural); y tampoco incluyó a las organizaciones civiles, corporaciones y fundaciones en atención al ánimo de lucro que tienen las ACE.

Cuadro comparativo

ASUNTO	SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA	SOCIEDAD ANÓNIMA	SAS
Formalidades para su creación 	DESVENTAJA <ul style="list-style-type: none"> ▶ Por escritura pública en la cual se incluyen los estatutos de la sociedad. ▶ Adicionalmente, se debe registrar la escritura pública en la Cámara de Comercio y solicitar el Registro Único Tributario –RUT– ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN– para obtener el Número de Identificación Tributaria –NIT–. 		VENTAJA <ul style="list-style-type: none"> ▶ Por documento privado en el cual se incluyen los estatutos de la sociedad. ▶ No obstante, es necesario constituir la SAS mediante escritura pública cuando el traspaso de los aportes a dicha sociedad requiere esta formalidad (e.g. aporte de inmuebles). ▶ Adicionalmente, se debe registrar el documento privado en la Cámara de Comercio y solicitar el RUT ante la DIAN para obtener el NIT.
Tarifas aplicables a la constitución ⁽⁴⁾ 	DESVENTAJA <ul style="list-style-type: none"> ▶ Derechos notariales. ▶ Impuesto de registro correspondiente, más una tarifa, dependiendo del valor de los activos de la sociedad. 		VENTAJA <ul style="list-style-type: none"> ▶ No aplican derechos notariales. ▶ Impuesto de registro, más una tarifa, dependiendo del valor de los activos de la sociedad.
Duración y objeto social 	DESVENTAJA <ul style="list-style-type: none"> ▶ Término de duración determinado, el cual puede ser prorrogado por decisión de los socios. ▶ Objeto social determinado, el cual debe constar en los estatutos. 		VENTAJA <ul style="list-style-type: none"> ▶ La duración y el objeto social pueden ser indeterminados e indefinidos. El objeto social puede consistir en la realización de cualquier actividad lícita.
Número de socios / accionistas. 	DESVENTAJA <ul style="list-style-type: none"> ▶ Mínimo 2 y máximo 25 socios. No aplican restricciones con relación al porcentaje de participación de cada socio, siempre y cuando se cumpla con el número mínimo de socios requerido por la ley. 	DESVENTAJA <ul style="list-style-type: none"> ▶ Mínimo 5 accionistas. No se establece un límite en cuanto al número máximo de accionistas. ▶ Ninguno de los accionistas puede ser propietario del 95% o más del capital suscrito. 	VENTAJA <ul style="list-style-type: none"> ▶ Puede tener un accionista único. No se establece un límite en cuanto al número máximo de accionistas.
Capital 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Dividido en cuotas sociales. ▶ El valor se determina según las necesidades del negocio. 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Dividido en acciones. ▶ El valor se determina según las necesidades del negocio. 	

ASUNTO	SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA	SOCIEDAD ANÓNIMA	SAS
Responsabilidad de los socios / accionistas. 	DESVENTAJA <ul style="list-style-type: none"> ▶ Está limitada al monto de los aportes, con excepción de las obligaciones tributarias y laborales, frente a las cuales cada socio es solidariamente responsable. 	VENTAJA <ul style="list-style-type: none"> ▶ Responsabilidad limitada al monto de los aportes, excepto en casos de fraude y levantamiento del velo corporativo. 	
Pago de los aportes 	DESVENTAJA <ul style="list-style-type: none"> ▶ El valor total del capital debe ser pagado al momento de la constitución de la sociedad. 	DESVENTAJA <ul style="list-style-type: none"> ▶ El capital se encuentra dividido en capital autorizado, suscrito y pagado. En el momento de la constitución, los accionistas deben suscribir mínimo el 50% del capital autorizado y pagar mínimo 1/3 del capital suscrito. ▶ La totalidad del valor del capital suscrito debe ser pagado dentro del año siguiente a la constitución. 	VENTAJA <ul style="list-style-type: none"> ▶ El capital se encuentra dividido en capital autorizado, suscrito y pagado. La ley no exige que exista alguna proporción entre ellos. ▶ Los accionistas cuentan con dos años para pagar la totalidad del valor del capital suscrito.
Aumento del capital 	DESVENTAJA <ul style="list-style-type: none"> ▶ Implica una reforma a los estatutos. La reforma se debe elevar a escritura pública, la cual debe ser posteriormente registrada en la Cámara de Comercio. 	DESVENTAJA <ul style="list-style-type: none"> ▶ El aumento en el capital autorizado implica una reforma a los estatutos. La reforma se debe elevar a escritura pública, la cual debe ser posteriormente registrada en la Cámara de Comercio. 	VENTAJA <ul style="list-style-type: none"> ▶ El aumento en el capital autorizado implica una reforma a los estatutos, la cual debe ser posteriormente registrada en la Cámara de Comercio. ▶ El aumento en el capital suscrito y pagado debe ser notificado a la Cámara de Comercio mediante certificación expedida por el Contador o el Revisor Fiscal, en caso de que la sociedad requiera de uno.
Transferencia de cuotas / acciones 	DESVENTAJA <ul style="list-style-type: none"> ▶ Implica una reforma a los estatutos. Salvo disposición en contrario, los socios gozan del derecho de preferencia en la negociación de cuotas sociales. 	VENTAJA <ul style="list-style-type: none"> ▶ La transferencia de acciones se realiza mediante el endoso del título de acciones y su posterior registro en el libro de accionistas, de conformidad con el procedimiento establecido en los estatutos. ▶ Los accionistas gozan del derecho de preferencia, siempre y cuando éste haya sido pactado en los estatutos. 	

ASUNTO	SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA	SOCIEDAD ANÓNIMA	SAS
Órganos Corporativos / Representantes legales 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ La Junta de Socios es el máximo órgano corporativo. ▶ La existencia de una Junta Directiva no es obligatoria. Sin embargo, puede existir por voluntad de la Junta de Socios. ▶ El representante legal es designado por quien tenga dicha función según los estatutos y desarrolla las funciones que se le hayan asignado en los estatutos. 	DESVENTAJA <ul style="list-style-type: none"> ▶ La Asamblea General de Accionistas es el máximo órgano corporativo. ▶ La Junta Directiva es de carácter obligatorio y debe estar conformada por mínimo tres miembros y sus respectivos suplentes. Los miembros de la Junta Directiva son nombrados por la Asamblea General de Accionistas. ▶ El representante legal es designado por quien tenga dicha función según los estatutos y desarrolla las funciones que se le hayan asignado en los estatutos. 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ La Asamblea General de Accionistas es el máximo órgano corporativo. ▶ La existencia de una Junta Directiva no es obligatoria. Sin embargo, puede existir por voluntad de la Asamblea General de Accionistas. ▶ El representante legal es designado por quien tenga dicha función según los estatutos y desarrolla las funciones que se le hayan asignado en los estatutos.
Revisor Fiscal 	VENTAJA <ul style="list-style-type: none"> ▶ Es de carácter obligatorio cuando los ingresos o activos de la sociedad durante el año fiscal exceden el monto establecido por la ley⁽⁵⁾. 	DESVENTAJA <ul style="list-style-type: none"> ▶ Es obligatorio. 	VENTAJA <ul style="list-style-type: none"> ▶ Es de carácter obligatorio cuando los ingresos o activos de la sociedad durante el año fiscal exceden el monto establecido por la ley⁽⁶⁾.
Liquidación 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ La sociedad se disolverá por la expiración del término de duración pactado en los estatutos, cuando ocurra alguna de las causales de disolución establecidas en la ley o en los estatutos, o por decisión de los socios. ▶ La liquidación de la sociedad le corresponde al liquidador nombrado por la Junta de Socios. 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ La sociedad se disolverá por la expiración del término de duración pactado en los estatutos, cuando ocurra alguna de las causales de disolución establecidas en la ley o en los estatutos, o por decisión de la Asamblea General de Accionistas. ▶ La liquidación de la sociedad le corresponde al liquidador nombrado por la Asamblea General de Accionistas. 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ La sociedad se disolverá por la expiración del término de duración pactado en los estatutos, en caso de que el término no sea indefinido, cuando ocurra alguna de las causales de disolución establecidas en la ley o en los estatutos, o por decisión de la Asamblea General de Accionistas. ▶ La liquidación de la sociedad le corresponde al liquidador nombrado por la Asamblea General de Accionistas.

4. Estas tarifas están sujetas a variaciones implementadas anualmente por la Superintendencia de Notariado y Registro.

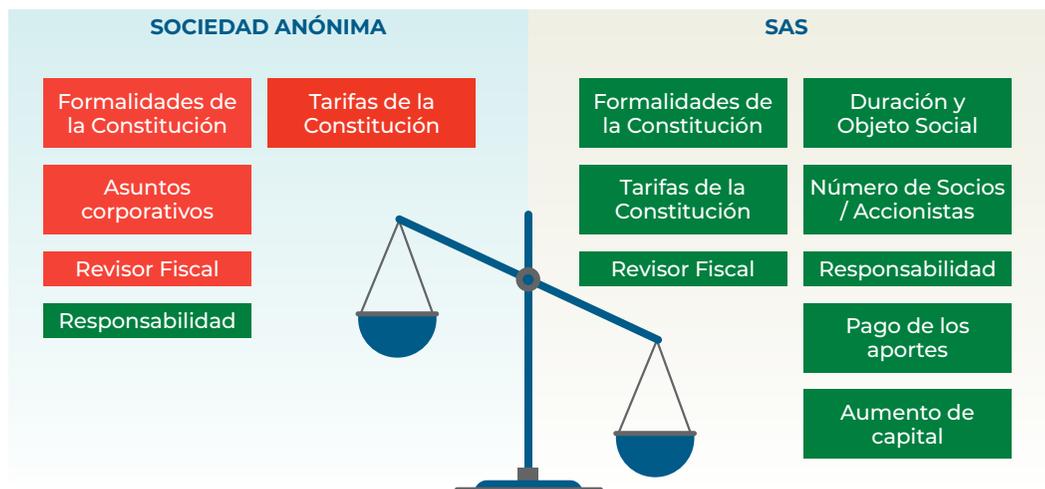
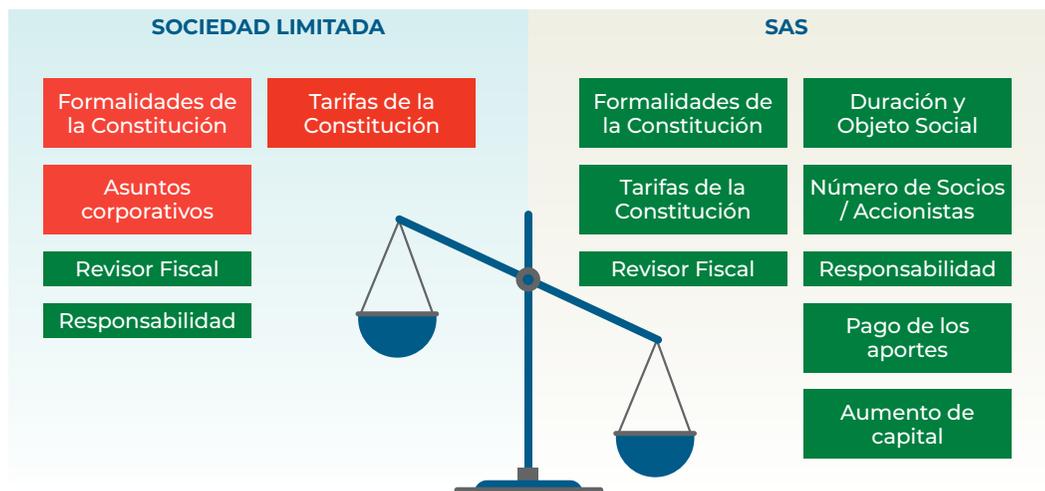
5 y 6. Según la Ley Colombiana, será obligatorio nombrar un revisor fiscal cuando (i) los activos brutos de la sociedad al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior alcancen o excedan el equivalente a 5.000 salarios mínimos legal mensuales vigentes; y/o (ii) los ingresos brutos durante el año inmediatamente anterior sean o excedan el equivalente a 3.000 salarios mínimos legal mensuales vigentes.

Resultados del ejercicio comparativo

Así, una vez identificadas las ventajas y desventajas de los temas definidos para el análisis, y suponiendo que cada uno de los mismos tiene el mismo peso, sería indiferentes crear una sociedad limitada que una sociedad anónima.



Sin embargo, la conclusión es distinta al comprar una sociedad limitada y una SAS; o una sociedad anónima y una SAS.



De esta forma, teniendo en cuenta las ventajas y desventajas de los principales tipos societarios, y con el fin de proteger el patrimonio y la responsabilidad de los integrantes de las ACE, identificar una estructura tributaria costo eficiente, entre otros objetivos, Colombia Productiva considera que la creación de una SAS es el vehículo jurídico más adecuado para la formalización de las ACE.

Sociedades por Acciones Simplificadas como vehículo para la formalización de las ACE

Una vez identificadas las SAS como el vehículo jurídico más adecuado para la formalización de las ACE, la presente sección describe sus principales características.

En este sentido, se analiza su proceso de constitución; el número mínimo de accionistas; los derechos y obligaciones de éstos, sus aportes y su responsabilidad; su capital; su repartición de ganancias; sus órganos sociales; su administración; la necesidad de tener un revisor fiscal; y, algunas notas frente a su liquidación.

Estructura flexible

La estructura de la SAS es bastante flexible. La Ley 1258 permite a los accionistas definir la estructura orgánica según sus necesidades. Se entiende por estructura orgánica el esquema de órganos corporativos (como la Asamblea General) que se crean dentro de la sociedad y las funciones que son asignadas a cada uno de estos.

Proceso de Constitución

La constitución de la SAS es un proceso simple, mediante la inscripción en el registro mercantil (ante las Cámaras de Co-

mercio) del contrato o acto privado en el que celebre el contrato de sociedad.

El acto constitutivo debe siempre indicar (i) la identificación de los accionistas; (ii) su razón social o denominación acompañado de la sigla SAS; (iii) el domicilio de la sociedad y de sus sucursales; (iv) el término de duración de la misma que podrá ser indefinido; (v) el objeto social considerando que es posible establecer el desarrollo de cualquier actividad lícita como tal; (vi) los valores que serán asignados al capital autorizado, suscrito y pagado, así como el tipo y valor nominal de las acciones; (vii) las facultades de administración y el nombramiento de al menos un representante legal

Para la constitución de una Sociedad, generalmente se deben pagar los impuestos de registro cuya tarifa será definida por las cámaras de comercio al momento de la constitución y a la hora presentar los documentos respectivos; y, el pago de una tarifa aplicable a la matrícula en el registro público, calculada con base en los activos de la sociedad.

La estructura de la SAS es bastante flexible. La Ley 1258 permite a los accionistas definir la estructura orgánica según sus necesidades.

No obstante, cuando la transferencia de bienes que sean aportados a la sociedad requiera la suscripción de una escritura pública, el acto constitutivo de la S.A.S deberá ser elevado también a escritura pública; hecho que generará, además de los costos de registro, gastos notariales adicionales.

Número de accionistas

La SAS puede ser conformada por uno o más accionistas, ya sean personas jurídicas o naturales. No existe requisito alguno en relación con un máximo de accionistas. Lo anterior permite la entrada de accionistas sin ninguna limitación en cuanto a un número máximo.

Derechos y obligaciones de los accionistas

De acuerdo con el artículo 379 del Código de Comercio, cada acción confiere a su propietario (el accionista correspondiente), los siguientes derechos:

- ▶ Participar y votar en las deliberaciones de la asamblea de accionistas. Esto le permite hacer parte de las discusiones que se lleven a cabo y ejercer sus derechos políticos (voto) para decidir sobre los asuntos que le correspondan a la asamblea de accionistas decidir de acuerdo con lo pactado en los estatutos sociales.
- ▶ Recibir una parte proporcional de los beneficios sociales establecidos por los balances de fin de ejercicio, con sujeción a lo dispuesto en la ley o en los estatutos. Este derecho se materializa en la distribución de las utilidades a la que tiene derecho cada accionista según el porcentaje de acciones de las que sea propietario.
- ▶ Negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos, según se explicó anteriormente.
- ▶ Inspeccionar, libremente, los libros y papeles sociales dentro de los quince días hábiles anteriores a las reuniones de la asamblea general en que se sometan a consideración los balances de fin de ejercicio.
- ▶ Recibir una parte proporcional de los activos sociales al momento de la liquidación y una vez pagado el pasivo externo de la sociedad.





Por su parte, es importante mencionar que los accionistas no pueden ser obligados a aumentar sus aportes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123 del Código de Comercio, salvo que dicha obligación se estipule expresamente en los estatutos o en el acuerdo de accionistas. En este sentido, salvo por las obligaciones establecidas en los estatutos y en el acuerdo de accionistas, los accionistas solo estarán obligados a realizar el aporte inicial en los términos establecidos en el acto de constitución de la sociedad.

Cualquier aporte adicional que se dé con posterioridad a la fecha de constitución, deberá ser aprobado por la asamblea de accionistas, y en este caso, cada accionista tendrá derecho a un número de acciones proporcional a las acciones de las cuales sea propietario al momento de la emisión (capitalización).

Aportes de los accionistas

Los accionistas pagan el valor de sus acciones mediante los aportes, los cuales definen de forma general la participación de determinado accionista en una sociedad.

Los aportes pueden ser en dinero o en especie. De conformidad con el artículo 126 del Código de Comercio, dentro de los aportes en especie se incluyen todos los bienes corporales o incorporeales diferentes del dinero, a los cuales se les pueda asignar un valor comercial determinado.

Las normas del Código de Comercio se refieren a una gran cantidad de modalidades de aportes en especie. Dentro de ellas se mencionan los créditos, los contratos, los establecimientos de comercio, las participaciones en una sociedad y los derechos sobre propiedad industrial, entre otros.



En este sentido, los accionistas pueden acordar en el acto constitutivo aportes distintos a dinero, en cuyo caso, es necesario determinar el valor comercial de dichos aportes para establecer el número de acciones a emitir a su favor.

Finalmente, es importante mencionar que el artículo 397 del Código de Comercio establece que, cuando un accionista esté en mora de pagar las cuotas de las acciones que haya suscrito, no podrá ejercer los derechos inherentes a ellas. Los derechos inherentes a las acciones, como ya lo mencionamos, son económicos y políticos, a saber, la percepción de utilidades después de cada ejercicio y la participación y el derecho a voto en las reuniones de la asamblea de accionistas.

De la misma forma, la sociedad podrá acudir a elección de la junta directiva (o de la asamblea de accionistas en caso de que no haya junta directiva) al cobro judicial, o a vender por cuenta y riesgo del accionista que no haya pagado su capital las acciones del accionista en mora, previa deducción de un veinte por ciento a título de indemnización de perjuicios, que se presumirán causados.

Responsabilidad de accionistas

La responsabilidad de los accionistas de la SAS está limitada al monto de sus aportes.

A diferencia de lo que ocurre en las ACE que son formalizadas mediante asocia-

ciones (generalmente consorcios), en los que sus miembros son solidariamente responsables ante el cumplimiento de las obligaciones del consorcio, en la SAS, la responsabilidad de los accionistas está limitada al monto de sus aportes, salvo en los casos de fraude a la ley y levantamiento del velo corporativo. Así, aún ante el incumplimiento de la SAS de sus obligaciones, los accionistas no verían comprometido su patrimonio.

Capital

El capital de la SAS se divide en acciones que generalmente son libremente negociables salvo que en los estatutos sociales se pacte el derecho de preferencia en la negociación de las acciones a favor de los accionistas y/o de la sociedad. Así las cosas, si bien, en principio, los accionistas podrían vender libremente sus acciones a terceros, la SAS admite limitar dicho derecho permitiendo a los demás accionistas e incluso a la sociedad, adquirir dichas acciones preferentemente para evitar que terceros puedan llegar a ser accionistas.

Adicionalmente, por decisión unánime de la totalidad de los accionistas, podrán restringir la negociabilidad de las acciones siempre que la vigencia de la restricción no exceda del término de diez (10) años, prorrogables por periodos adicionales no mayores a diez (10) años. Este mecanismo podría aportar una solución a la falta de regulación de entrada y salida de los miembros del CE y a la estabilidad para el desarrollo del proyecto conjunto a largo plazo. Mediante esta prohibición podría limitarse la negociación de acciones con el fin de garantizar que quien sea propietario de dichas acciones permanezca como accionista por un periodo mínimo en la SAS.

No existe un mínimo de capital y los accionistas cuentan con un plazo de hasta dos (2) años para pagar el capital que suscribieron al momento de la constitución de la sociedad. Lo anterior, salvo que en el acto constitutivo de la sociedad se pacte un plazo diferente para el pago de las acciones suscritas inicialmente. Así las cosas, los miembros de la ACE podrían hacer aportes de capital mínimos y equivalentes que garanticen el funcionamiento general de la sociedad en su etapa inicial. De esta forma, podría garantizarse que los accionistas compartan los gastos de administración estableciéndose un límite claro en cuanto a los aportes de los accionistas y, en consecuencia, las obligaciones que cada uno tendría.



Repartición de ganancias

La repartición de ganancias se hace en proporción a la participación de los accionistas en la sociedad. Al final del ejercicio se pueden repartir las utilidades generadas con base en estados financieros que deben ser elaborados al final de cada año o ejercicio. Es igualmente viable, y podría considerarse una ventaja, la no repartición de utilidades que podría ir acompañada de la creación de reservas estatutarias, por decisión de la asamblea de accionistas, en caso de que en algún ejercicio de la sociedad no resulte conveniente la distribución de utilidades.

Órganos sociales

La Asamblea de Accionistas es el máximo órgano social. La asamblea puede adoptar la estructura administrativa que le resulte más conveniente.

Si bien no es obligatorio, es posible establecer una junta directiva o cualquier otro órgano o cargo. La junta directiva podrá estar compuesta por cualquier número de miembros, con o sin suplentes personales, designados por la asamblea de accionistas. La asamblea de accionistas deberá establecer las facultades delegadas en la junta directiva en los estatutos de la sociedad. De igual forma, es posible establecer determinados parámetros o calidades con las que tendrían que cumplir quienes fueran nombrados como miembros de la junta directiva.

De igual forma, con el fin de mitigar los riesgos identificados de las ACE, la SAS podría contar con la asamblea general de accionistas o la junta directiva como órganos designados para la toma de ciertas decisiones. La existencia de estos



dos órganos permite establecer los parámetros de administración de la SAS, según las funciones que se le asignen a cada uno de estos.

Administración

La administración de la sociedad estará conformada según lo resuelva la asamblea de accionistas. La sociedad debe tener por lo menos un representante legal que comúnmente es el gerente general. Sus funciones, facultades y restricciones son igualmente determinadas por la asamblea general de accionistas.

Específicamente, ante la ausencia de un articulador, las SAS permiten contar con la figura del gerente general quien podría tener como función principal la coordinación de las actividades necesarias para la efectiva exportación de los productos.

Consideramos sería viable asimilar la figura del promotor actualmente existente en las ACE a la del gerente en la SAS. Así las cosas, es factible asignar al gerente todas las funciones actuales del promotor, así como establecer facultades o limitaciones específicas en relación con sus facultades, según sea conveniente para el desarrollo de los negocios por parte de la SAS.

Revisor Fiscal

La sociedad deberá tener revisor fiscal únicamente cuando los ingresos o activos de la sociedad al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior excedan el equivalente a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y/o cuyos ingresos brutos durante el año inmediatamente anterior sean o excedan el equivalente de tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Mientras no cumpla con estos requisitos, la sociedad estaría obligada simplemente a contar con un contador.

Liquidación

La ley define como causales de liquidación de la SAS (i) el cumplimiento del término asignado a su duración; (ii) la imposibilidad de desarrollar su objeto social; (iii) ante un trámite de liquidación judicial; (iv) por voluntad de los accionistas; (v) por incurrir en cualquier causal de liquidación estipulada en los estatutos; (vi) por orden de cualquier autoridad competente o; (vii) el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha al cierre del ejercicio .

En caso de que sea necesaria la liquidación, las S.A.S deberán seguir el procedimiento estipulado para la liquidación de las sociedades de responsabilidad limitada.

Implementación en dos Fases según el nivel de madurez de la ACE

Una vez definida la formalización de las ACE mediante una SAS y descritas sus principales características, en esta sección Colombia Productiva propone la formalización de las ACE en dos fases de acuerdo con su madurez. Asimismo, propone algunas herramientas jurídicas para la optimización de sus costos.

Las dos fases propuestas en el modelo de formalización buscan lograr la mayor

eficiencia posible, destinando la menor cantidad de recursos en cada una de ellas. La primera fase, asociada con las actividades de promoción, logística y mercadeo de los bienes y servicios de los socios de la SAS; y la segunda, con el fin de centralizar las actividades de producción, elaboración y exportación de los bienes y servicios directamente por la SAS.

De acuerdo con las circunstancias de mercado y con los factores económicos y financieros de las ACE, podrán optar por continuar o no con la formalización a través de la centralización de las actividades en la SAS.

Asimismo, es necesario tener en cuenta que para que las ACE puedan realizar sus actividades de importación y exportación dependiendo de sus productos o mercancías, pueden llegar a requerir licencias, permisos, registros y autorizaciones por parte de diferentes entidades gubernamentales (como ICA e INVIMA para productos agropecuarios). Sin embargo, encontramos que puede existir dificultades para la transferencia de estos permisos de los miembros de la ACE a la SAS.

De igual forma, la SAS y los miembros de la ACE deberán adoptar los sistemas



de facturación que les permitan cumplir con su obligación de facturar electrónicamente las operaciones que realicen. Para esos efectos, la DIAN ha puesto a disposición de los contribuyentes un sistema de facturación electrónico gratuito.

En esta sección Colombia Productiva analiza de manera separada los temas jurídicos, tributarios, de comercio exterior y aquellos relacionados con la protección de la libre competencia, los cuales Colombia Productiva considera relevantes para los empresarios, su responsabilidad y su patrimonio.

En todo caso, para ambas fases, se deben elaborar y revisar los documentos relevantes de constitución de la SAS con anterioridad a su constitución y puesta en marcha, incluyendo la delimitación del objeto social de acuerdo con su estructura; y, la creación de controles para mitigar los riesgos de competencia derivados de los intercambios de información entre competidores.

Análisis de temas jurídicos

FASE 1: Constitución de una SAS y celebración de un acuerdo de colaboración empresarial entre los miembros del ACE y la SAS

Durante esta fase de la formalización, las ACE seguirían existiendo y sus miembros continuarían exportando directamente sus productos. Sin embargo, los miembros de los ACE constituirían una SAS, de la cual serían accionistas.

El objeto social de la SAS sería reducido y consistiría principalmente en la prestación de los servicios de promoción para la comercialización de los productos en el

exterior, incluyendo la realización de los estudios de mercado, la coordinación y ejecución de las actividades de promoción y mercadeo de los productos, la contratación del personal y la logística necesaria para coordinar la efectiva exportación de los productos correspondientes, así como cualquier otra requerida por los accionistas para estos efectos.



Escanee este código para acceder a el Documento Tipo de Estatutos

ESTATUTOS:
Encuentre aquí una propuesta de Estatutos para su conformación.

En términos generales, en los estatutos de la sociedad se regularía la forma de realizar los aportes por parte de cada uno de los accionistas, el objeto social de la misma, su estructura, en cuanto a la existencia de órganos corporativos como la asamblea general de accionistas o la junta directiva, y las funciones correspondientes a cada uno de estos y a los representantes legales, entre otros.



Escanee este código para acceder a Documento Tipo del Acuerdo de Accionistas

ACUERDOS DE ACCIONISTAS
Encuentre aquí una propuesta de Acuerdo de Accionistas.

Adicionalmente, se proponen que los accionistas celebren un acuerdo “de accionistas” en el que se establecerían algunos acuerdos de voto para el nombramiento de los miembros de la junta directiva y los representantes legales de la sociedad, derechos de arrastre, derechos de adhesión, restricciones a la venta de las acciones, situaciones de bloqueo y salidas a dichos eventos de bloqueo, entre otros.



Escanee este código para acceder al Documento Tipo del Acuerdo de Colaboración Empresarial

ACUERDOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL **Encuentre aquí una propuesta de Acuerdo de Colaboración Empresarial**

Finalmente, entre los miembros de la ACE y la SAS se celebraría conjuntamente un acuerdo de colaboración empresarial en virtud del cual, los primeros entregarían sus productos y la SAS prestaría los servicios anteriormente mencionados. Así, en virtud del acuerdo, se obtendría un producto que cumpla con los requisitos para ser exportado y los ingresos derivados de la venta del producto en el exterior se repartirían entre cada uno de las ACE y la SAS

ASPECTOS PARA REGULAR EN LOS ESTATUTOS

Participación equitativa de los accionistas en la SAS

En primer lugar, resulta necesario indicar en el acto constitutivo de la SAS, el capital a suscribir para el inicio de la operación y la forma en que distribuirán los aportes entre los accionistas, es decir, el porcentaje que cada uno tendrá en la sociedad. De esta forma, se distribuiría de manera equitativa entre los accionistas los aportes requeridos para la operación inicial.

Adicionalmente, en la medida en que la sociedad requiera recursos de capital por diferentes motivos en etapas posteriores a la constitución, en los estatutos de la SAS se regularía el derecho de preferencia en la emisión de acciones. De esta manera, cada accionista tendría la opción, más no la obligación –ya que es un derecho al que pueden renunciar–,

de suscribir en cada emisión de acciones posterior (capitalización), un número de acciones proporcional a las acciones de las cuales sea propietario al momento de la emisión, por supuesto, pagando como contraprestación el valor correspondiente de las acciones. Esto con el fin de prevenir que los accionistas sean diluidos en su participación.

Asamblea de accionistas

El artículo 17 de la Ley 1258 les da a los accionistas la posibilidad de determinar libremente la estructura orgánica que tendrá la SAS y las normas que rigen su funcionamiento. De esta forma, se puede determinar con cierta libertad la forma en que los accionistas guiarán el funcionamiento de la sociedad.

En términos generales, el máximo órgano social de la SAS es la asamblea de accionistas conformada por los accionistas quienes tienen derecho a voz y voto. Esta asamblea juega un papel muy importante en la estructura de la SAS, ya que es el órgano a través del cual los accionistas manifiestan su voluntad en relación con ciertos aspectos de vital importancia para el funcionamiento de la sociedad.

En principio, las facultades y competencias de la asamblea general de accionistas se pueden definir libremente. A la Asamblea General usualmente le corresponden las siguientes funciones:

- ▶ Nombrar a los representantes legales, salvo que esta función quiera atribuírsele a la junta directiva.
- ▶ Examinar y aprobar o improbar los estados financieros de fin



de ejercicio, las cuentas e informes de gestión que deban rendir los administradores.

- ▶ Disponer qué reservas deben hacerse. Por ejemplo, en caso de que quiera crearse una reserva de dinero para inversión en activos fijos, esta decisión tendría que someterse a aprobación de la Asamblea de Accionistas.
- ▶ En caso de que haya utilidades, aprobar la distribución de estas y los plazos en que se pagarán.
- ▶ Ordenar la iniciación de las acciones que correspondan contra los administradores de la sociedad. Esto ocurriría en caso de que requiera tomar acciones legales por parte de la sociedad en contra de los representantes legales, miembros de la junta directiva o cualquier otro administrador de la sociedad.
- ▶ Disponer que determinada emisión de acciones sea colocada con sujeción al derecho de preferencia. Lo anterior, con el fin de evitar la dilución de los accionistas en el marco de las capitalizaciones.
- ▶ Emitir y aprobar el reglamento de emisión y colocación de acciones (capitalizaciones).
- ▶ Reformar los estatutos de la sociedad.
- ▶ Decidir sobre la disolución anticipada de la sociedad. Lo anterior, en caso de que la sociedad entre en alguna causa de disolución o los accionistas decidan liquidar la sociedad.
- ▶ Decidir sobre la transferencia a título de venta o cualquier otro título en bloque de los activos y pasivos de la sociedad.
- ▶ Nombrar al revisor fiscal, cuando sea el caso.
- ▶ Decidir sobre las situaciones de conflictos de interés que enfrenten los administradores. Es importante

mencionar que los representantes legales y demás administradores tienen el deber legal de abstenerse de participar directa o indirectamente, en su propio interés o en el de terceros, en actividades que compitan con las de la sociedad, o en actos que originen conflictos de interés, salvo que los actos en cuestión hayan sido autorizados por la asamblea general de accionistas.

- ▶ Adoptar, en general, todas las medidas que reclamen el cumplimiento de los estatutos y el interés común de los asociados.

No obstante, la asamblea de accionistas podrá tener las funciones que los accionistas consideren necesarias para guiar la administración de la sociedad por parte de los representantes legales y la junta directiva.

No obstante, la asamblea de accionistas podrá tener las funciones que los accionistas consideren necesarias para guiar la administración de la sociedad por parte de los representantes legales y la junta directiva.

Así, podría incluirse en los estatutos, por ejemplo, que los representantes legales requerirán autorización de la asamblea de accionistas para celebrar contratos cuyo valor exceda cierta cuantía; celebrar contratos de crédito sin importar su cuantía; garantizar obligaciones de terceros; vender activos de la sociedad; o cualquier otra actividad. De esta forma, los accionistas pueden guiar y ejercer cierto control en relación con las decisiones de los representantes legales y los actos que estos desarrollan en representación de la sociedad.

Mecanismos para la toma de decisiones de la SAS

Generalmente las decisiones de la asamblea de accionistas son tomadas por la “mitad más una” de las acciones suscritas presentes en la reunión correspondiente.

Sin embargo, la ley establece las siguientes mayorías especiales en aras de proteger los intereses de los accionistas:

- ▶ Aprobar que una colocación de acciones sea realizada sin sujeción al derecho de preferencia. En este caso, se requerirá el voto favorable de no menos del 70% de las acciones representadas en la reunión (artículo 420 numeral 5 del Código de Comercio). Esta mayoría especial garantiza que con el voto del 70% de las acciones y, no con 50%+1, se decida que cualquier capitalización sea realizada únicamente en beneficio de uno o algunos de los accionistas. Así se busca imponer una mayoría más alta para evitar que la participación de los demás accionistas sea diluida.
- ▶ Autorizar el pago de utilidades mediante la emisión de acciones de la sociedad. En este caso se requeriría la aprobación del 80% de las acciones representadas (artículo 455 del Código de Comercio).
- ▶ Las reformas de los estatutos que busquen imponer restricciones a la libre negociación de acciones de la sociedad o restricciones que se levantan con la aprobación de la asamblea general de accionistas. En este caso, se requiere aprobación unánime (artículo 41 de la Ley 1258).

- ▶ Las reformas de los estatutos que busquen incluir procedimientos de exclusión de accionistas¹. Esto requiere de aprobación unánime (artículos 39 y 41 de la Ley 1258).
- ▶ Las reformas de los estatutos para incluir o modificar las cláusulas de resolución de conflictos mediante arbitraje o amigable composición para conflictos entre los accionistas, la sociedad y la administración, requieren aprobación unánime (artículo 41 de la Ley 1258).
- ▶ La transformación de la SAS en otro tipo de sociedad, requiere aprobación unánime (artículo 41 de la Ley 1258). Lo anterior, en la medida en que el cambio a otro tipo de sociedad puede implicar mayor responsabilidad para los accionistas.

Adicionalmente, podrán pactarse mayorías diferentes para ciertos asuntos. Por ejemplo, podría pactarse que la autorización a los representantes legales para ciertos actos requiera aprobación unánime de la asamblea de accionistas o de la junta directiva.

Mecanismos de desbloqueo, en el evento de falta de acuerdo

En algunas ocasiones, los órganos sociales no logran ponerse de acuerdo. De forma general, esta situación es denominada “bloqueo”.

¹ La Ley 1258 da a los accionistas la posibilidad de pactar en los estatutos de la SAS Esta herramienta tiene como finalidad que, bajo determinadas circunstancias, la asamblea de accionistas pueda determinar la salida forzada de cualquiera de sus accionistas.



En las situaciones de bloqueo, es importante que los estatutos definan qué se considera por situación de bloqueo. Podría indicarse, por ejemplo, que se considerará situación de bloqueo aquella en que los órganos de la sociedad se vean paralizados por la falta de acuerdo entre los accionistas, durante al menos dos reuniones consecutivas, en relación con un asunto del cual la continuidad de la sociedad depende.

Asimismo, los estatutos podrían definir el tratamiento a implementar ante la situación de bloqueo. Así, ante dicha situación,



la solución plasmada podría sugerir que, por ejemplo, en el plazo de un mes, los accionistas se reúnan en tres ocasiones con el objeto de superar la situación de bloqueo. En caso de no ser posible llegar a un acuerdo, cualquier accionista titular de al menos cierto porcentaje del capital social podría instar el desbloqueo de la sociedad en los siguientes términos²:

- ▶ La masa social quedaría dividida en dos bloques: quienes requieren el desbloqueo y los requeridos.
- ▶ El requirente establecería el precio unitario de cada acción y lo comunicaría a los requeridos, quienes podrían optar entre ad-

quirir sus acciones o vender las de su propiedad a ese precio.

- ▶ Si, transcurrido un mes desde la propuesta del accionista requirente sobre el precio de su participación social, los requeridos no se han pronunciado en ningún sentido, los requeridos estarían obligados a vender su participación y el requirente a adquirir.
- ▶ Si el requerido se niega a vender o comprar las acciones, podría ser requerido para que venda sus acciones al valor de las acciones “en libros”.

Por otra parte, podría pensarse en la inclusión de un mecanismo diferente para hacer frente a las situaciones de bloqueo, que permita su solución sin necesidad

² En los Documentos Tipo encontrará una propuesta de desbloqueo.

de llegar a la venta de la participación de alguno de los accionistas. Resaltamos en este punto la posibilidad de acudir ante la Superintendencia de Sociedades, o inclusive a la justicia arbitral para dirimir los conflictos societarios que se presenten.

Finalmente, podría pensarse incluso en la posibilidad de liquidar la sociedad en caso de que se presente una situación de bloqueo que no sea solucionada luego de que los accionistas se reúnan en tres ocasiones con el objeto de superar la situación de bloqueo.

Rol de la Junta Directiva

La SAS no está obligada a tener una junta directiva en la medida en que la administración es ejercida directamente por los accionistas o por los representantes legales, según se establezca en los estatutos.

Con base en lo anterior, los accionistas podrían optar por crear una junta directiva que sirva de órgano asesor de la administración y que la apoye en la toma de ciertas decisiones. Incluso, sus miembros podrían ser personas con conocimientos técnicos en materia de comercio exterior o personas específicamente escogidas y designadas por los accionistas según sus aptitudes.

En caso de tener junta directiva, el artículo 25 de la Ley 1258 dispone que las normas sobre el funcionamiento de la junta directiva se determinarán libremente en los estatutos. En consecuencia, las juntas directivas de una SAS no tienen un listado de funciones exclusivas atribuidas por la ley, y si nada se dice en los estatutos la totalidad de las decisiones pueden ser tomadas por la asamblea general de accionistas. En este orden de ideas, una junta directiva podría

por ejemplo ser creada con el único fin de ejercer funciones consultivas.

Así mismo, en las SAS es posible establecer libremente las reglas sobre composición y funcionamiento de la junta directiva. De esta forma, dependiendo del número de accionistas, la junta directiva podría estar compuesta por 3 o 5 miembros y, dependiendo del porcentaje de participación, cada accionista nombraría a uno o dos miembros.

De igual forma, es posible implementar reglas sobre el número de integrantes para que pueda sesionar la junta directiva (quórum deliberatorio) y para decidir (quórum decisorio) según el número de miembros nombrados. Así las cosas, en caso de que la junta directiva esté compuesta por 3 miembros, lo ideal sería que el quórum deliberatorio y decisorio sea de 2 de los 3 miembros y, en caso de que la junta directiva esté compuesta por 5 miembros, sería ideal que el quórum sea de 3 de los 5 miembros.

Ausencia de la Gerencia

En la SAS, la administración de la sociedad es ejercida por los representantes legales. De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1258, deberá designarse cuando menos un representante legal. Los representantes legales pueden ser nombrados por la asamblea de accionistas o por la junta directiva. Así mismo, la asamblea de accionistas o la junta directiva podrían establecer las directrices que los representantes legales para el desarrollo del negocio.

En la medida en que el representante legal es quien, en principio, se encuentra

facultado para representar a la sociedad, es aconsejable designar un representante legal principal, y un suplente con las mismas funciones. De esta forma, el representante legal suplente reemplazaría al principal en sus faltas absolutas o temporales.

De acuerdo con el artículo 26 de la Ley 1258, se entenderá que el representante legal podrá celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad salvo que en los estatutos se establezcan restricciones. Esta facultad de establecer restricciones permitirá que los accionistas de la SAS tengan un mayor control sobre las actuaciones de los representantes legales, lo cual permite en parte, controlar los riesgos que se asumen.

Restricciones a la entrada y salida de accionistas

Es aconsejable incluir en los estatutos de la sociedad un periodo mínimo de permanencia de los accionistas. De acuerdo con el artículo 13 de la Ley 1258, en los estatutos puede estipularse la prohibición de negociar las acciones, siempre que dicha restricción solo esté vigente por un término de 10 años, contados a partir de la emisión. Este periodo puede ser prorrogado por periodos adicionales no mayores de 10 años, por voluntad unánime de la totalidad de los accionistas. De esta forma, los accionistas adquirirán un mayor compromiso en relación con la sociedad, en la medida en que su permanencia a largo plazo como accionistas está definida desde un principio, lo cual implica mayor estabilidad para la sociedad.



Es aconsejable también incluir en los estatutos el derecho de preferencia en la negociación de acciones a favor de los accionistas, de tal forma que, en caso de que cualquier accionista quiera vender sus acciones, deba ofrecérselas a los demás accionistas y, si estos no están interesados o no manifiestan su interés de adquirir las acciones en proporción a su participación de la sociedad dentro de un determinado periodo, entonces el accionista vendedor podrá vender las acciones a un tercero en los mismos términos en los que se las ofreció a los demás accionistas. Lo anterior aplicaría también en caso de que haya un cambio de control en un accionista persona jurídica.

Adicionalmente, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 1258, los estatutos podrán someter toda negociación de acciones a la autorización previa de la asamblea de accionistas. Así las cosas, podría establecerse en los estatutos que, en caso cualquiera de los accionistas de la sociedad quiera vender sus acciones, la asamblea de accionistas deberá aprobar dicha transacción



previamente. Para estos efectos, podría establecerse en los estatutos la obligación por parte del accionista de suministrar cierta información sobre el posible adquirente de las acciones (nombre y documento de identidad), de tal forma que la asamblea de accionistas pueda tomar una decisión informada sobre si admitir o no al nuevo accionista.

Así mismo, podrían incluirse en los estatutos ciertos mecanismos de exclusión de accionistas. Por ejemplo, podría pensarse en incluir que en los casos en que alguno de los accionistas sea incluido en una lista restrictiva, los accionistas, o incluso la sociedad, puedan adquirir las acciones mediante el reembolso del valor de las acciones al accionista correspondiente.

Celebración de un acuerdo de accionistas

La normativa permite celebrar acuerdos entre los accionistas con el fin de regular anticipadamente los temas que deseen,

siempre y cuando respeten la ley; y, que los mismos sean depositados en las oficinas de la administración de la sociedad. Estos acuerdos deben tener un término inferior a (10) años y pueden ser prorrogados hasta por un periodo igual.

Típicamente en los acuerdos de accionistas se incluyen aspectos relacionados con el nombramiento de los miembros de la junta directiva, la elección de los representantes legales, derechos de arrastre, derechos de adhesión, restricciones a la venta de las acciones y acuerdos de voto, situaciones de bloqueo y salidas a dichos eventos de bloqueo, entre otros. En este sentido, nuestra sugerencia es que se celebre un acuerdo de accionistas en el que se regulen estos asuntos, y se establezca como obligación de todo accionista de la sociedad, la adhesión al acuerdo de accionistas.

Se debe destacar que las obligaciones de voto establecidas en un acuerdo de accionistas son de obligatorio cumplimiento para los firmantes de dicho acuerdo y se rigen por las normas aplicables a los contratos en Colombia. Adicionalmente, cuando un accionista vote en contra del acuerdo o en incumplimiento de las obligaciones adquiridas en dicho documento, su voto podrá ser excluido y no computado por la asamblea general de la sociedad. Para efectos prácticos, si un accionista no cumple con su obligación de votar según se establece en el acuerdo correspondiente, es como si perdiera su voto o no lo hubiera ejercido. Así mismo, los otros accionistas firmantes pueden promover la ejecución de las obligaciones específicas pactadas en un acuerdo de accionistas mediante el inicio de un proceso verbal sumario ante la Superintendencia de Sociedades.

Finalmente, es importante resaltar que los acuerdos de accionistas deben ser depositados en las oficinas en donde funcione la administración de la sociedad, para que sean oponibles a la misma. La oponibilidad hace referencia a la capacidad de reclamar su cumplimiento.

Específicamente, en la medida en que las ACE al formalizarse podrían permitir el ingreso de nuevos socios, resultaría necesario incluir en el acuerdo de accionistas acuerdos de voto específicos, a saber:

- ▶ La obligación de votar a favor del nombramiento de los miembros de junta directiva que cada uno de los accionistas designe.
- ▶ La obligación de votar en determinado sentido, en caso de que se presente una situación de bloqueo. Por ejemplo, se incluiría en el acuerdo de accionistas la obligación de votar afirmativamente la disolución voluntaria de la sociedad.



Así mismo, con el fin de proteger accionistas minoritarios y mayoritarios, podría pensarse en incluir en el acuerdo de accionistas derechos de adhesión (tag along) y arrastre (drag along), respectivamente. Mediante el derecho de adhesión se busca proteger a los accionistas minoritarios de tal forma que, en caso de que algún accionista mayoritario reciba una oferta de compra, los minoritarios puedan adherirse a dicha compra en los mismos términos. De la misma forma, mediante el derecho de arrastre se busca proteger a los accionistas mayoritarios de tal forma que, en caso de que reciban una oferta de compra del control total de la sociedad, puedan exigir a los accionistas minoritarios la venta de su participación accionaria en la sociedad en los mismos términos.

Celebración de un contrato de colaboración entre los miembros de la ACE y la SAS

En los contratos de colaboración empresarial hay un esfuerzo de las partes involucradas para obtener un fin común. En virtud de lo anterior, los miembros de la ACE y la SAS celebrarían un contrato de colaboración empresarial en virtud del cual, los miembros de la ACE aportarían sus productos y la SAS aportaría su know how para que el producto cumpla con las condiciones para ser exportable. En esta medida, se trata de una mutua actividad para el desarrollo del negocio.

En el contrato se establecerían los aportes y obligaciones que cada una de las partes debe realizar y los beneficios que cada una proyecta recibir.

En este sentido, los miembros del ACE tendrían la obligación de aportar sus pro-

ductos y exportar directamente los productos.

Por su parte, la SAS estaría obligada a aportar los servicios necesarios para que el producto sea exportable.

Dentro de las obligaciones de la SAS estarían las siguientes:

- ▶ Apoyo en la identificación de nuevos mercados y oportunidades;
- ▶ Identificación de clientes potenciales en el mercado destino;
- ▶ Capacitación y apoyo en relación con las condiciones básicas para la exportación de productos;
- ▶ Cadena logística que permita la participación de los miembros de la ACE en ferias nacionales e internacionales;
- ▶ Identificación en el exterior de oportunidades de participación conjunta en proyectos o procesos de compra de entidades públicas o privadas; y
- ▶ Cualquier otro servicio que permita a los miembros de la ACE exportar sus productos.

Con base en lo anterior, los ingresos provenientes de la venta de los productos en el exterior se distribuirían entre el miembro correspondiente y la SAS, en los porcentajes y de acuerdo con los criterios de medición de los aportes que las partes establezcan en el contrato de colaboración.

En la medida en que el producto sigue siendo de propiedad de los miembros de la ACE y será exportado directamente

por ellos, son los miembros de las ACE quienes asumirán los riesgos derivados de la venta de los productos en el exterior. No obstante, y sin perjuicio de los acuerdos privados (i.e. cláusulas de indemnidad) entre las partes del contrato, es importante mencionar que todas las partes son solidariamente responsables ante terceros por los perjuicios causados en desarrollo del contrato.

Calificación de la SAS como Comercializadora Internacional –CI–

La calificación de la SAS como CI, se debería considerar en la Fase 1 cuando el contrato de colaboración empresarial no se pueda llevar a cabo, por diferentes razones, entre ellas: cuando no se llegue a un acuerdo entre los miembros de las ACE en relación con, valoración de aportes, funciones asignadas, repartición de beneficios y/o funcionamiento del contrato, así como, cuando los miembros de las ACE tengan aversión al riesgo del funcionamiento de la estructura o se puedan llegar a incrementar los costos relacionados con las operaciones.

Como alternativa a la celebración de los diferentes contratos de colaboración empresarial, sería pertinente evaluar la posibilidad de que cada uno de los miembros de la ACE vendan sus productos a la SAS con la intención de que esta adelante las actividades de exportación. En todo caso, como se expondrá más adelante, definir cuál de los dos modelos es más beneficioso dependerá del caso específico.

Bajo esta alternativa, se requeriría que la SAS se califique como una CI. Estas son sociedades que tienen como objeto social principal la comercialización de y venta

de productos colombianos en el exterior. Dicho objeto social deberá indicar el sector del mercado sobre los cuales desarrollará sus actividades.

FASE 2: Centralización de actividades en la SAS

Una efectiva formalización de las ACE podría trasladar la operación de los integrantes de la ACE a la SAS, incluyendo las ventas de activos, cesión de contratos laborales y otros asuntos.

Para determinar en qué momento será conveniente pasar a la Fase 2, los miembros de las ACE deberán tener en cuenta, entre otras, las siguientes consideraciones:

- ▶ Cuando tengan ordenes de pedido continuas que impliquen Clientes fijos en el extranjero.
- ▶ Cuando las ordenes de pedidos representen una estabilidad para las ACE en términos económicos.
- ▶ Cuando los Clientes en el exterior exijan una formalización de las ACE para negociar los bienes exportados.
- ▶ Cuando las ACE requieran un manejo administrativo que regule aspectos como la responsabilidad de los miembros.

Una efectiva formalización de las ACE podría trasladar la operación de los integrantes de la ACE a la SAS, incluyendo las ventas de activos.



Escanee este código para acceder a el Documento Tipo de Estatutos Fase II

ESTATUTOS:
Encuentre aquí una propuesta de Estatutos para su conformación.

De esta forma, la totalidad de los servicios que prestan las ACE pasarían a ser prestados por la SAS y dicha sociedad tendría un objeto social amplio para unificar el desarrollo de todas las actividades necesarias para la efectiva exportación de los productos con potencial exportador. Para estos efectos, sería necesario llevar a cabo una reunión de la Asamblea de Accionistas en la que se apruebe la reforma a los estatutos (paso de la Fase 1 a la Fase 2) para efectos de ampliar el objeto social, según se requiera.

Adicionalmente, se tendría que incluir en los acuerdos de accionistas la obligación de hacer los aportes a la sociedad que le permitan desarrollar las actividades que antes desarrollaba la ACE. Con base en lo anterior, las partes tendrían que celebrar un otrosí al acuerdo de accionistas con el fin de regular las obligaciones derivadas de la necesidad de capital de la sociedad.

Así mismo, y derivado de lo anterior, la asamblea de accionistas y, la junta directiva, de ser el caso, tendrían que aprobar la emisión de las correspondientes acciones y el plazo otorgado para el pago de estas.

No obstante, la implementación de esta Fase no implica necesariamente una desaparición de las ACE, las cuales podrían seguir siendo utilizadas a fin de avanzar en alianzas estratégicas y la consolidación de actividades complementarias no desarrolladas por la SAS.



Análisis de temas tributarios

El modelo supone la existencia de costos asociados a la creación de una nueva empresa. Por esta razón, se incluyó dentro del análisis la celebración de los contratos de colaboración empresarial y otras figuras que además de reducir esos costos, faciliten la creación de una nueva persona jurídica y el funcionamiento del proyecto exportador.

En efecto, la constitución de una sociedad implica el aporte de bienes a la misma, ya sea en dinero o en especie. A continuación, Colombia Productiva presenta algunos temas tributarios asociados a los aportes que harían los accionistas de la SAS.

FASE 1: ACE y SAS – Contrato de Colaboración Empresarial

RÉGIMEN DE APORTES

Por regla general, la enajenación de cualquier activo constituye un hecho

gravable. Sin embargo, cuando se realizan aportes a sociedades, dichos aportes no constituyen un ingreso gravado para la sociedad receptora ni para el accionista aportante siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

Cualquier aporte de bienes que se haga a la SAS deberá ser recibido por el mismo costo fiscal que tenían en el patrimonio del aportante (i.e., los miembros de la ACE), sin perjuicio de que comercialmente puedan tener un mayor valor.

Los aportantes deberán registrar las acciones de la SAS, por el mismo costo fiscal que tenían en su patrimonio los bienes aportados.

Los bienes aportados deben conservar la misma naturaleza de activos fijos o móviles que tengan para los aportantes en el momento del aporte.

El aporte de activos a una sociedad reinicia el término de tenencia de estos. En ese sentido, para efectos de una futura enajenación, se deberá contar el tiempo de tenencia desde el momento del aporte a la SAS.

Tenga en cuenta que los aportes a sociedades con ocasión de su constitución o de una capitalización causa el impuesto de registro. Así, cualquier aporte de dinero u otro tipo de activo estará gravado con el impuesto de registro. .

También los aportes a sociedades con ocasión de su constitución o de una capitalización causa el impuesto de registro. Así, cualquier aporte de dinero u otro tipo de activo estará gravado con este impuesto.

Ahora bien, el impuesto de registro variará según el tipo de aporte, el cual puede darse como capital social o como prima en colocación de acciones. En

términos generales, a la cuenta del capital social ingresan los aportes que corresponden al valor nominal de las acciones que se emitan, mientras que a la cuenta de prima en la colocación de acciones entrará la diferencia entre el valor nominal de las acciones y el precio que se le asigne a las mismas (el valor de la prima en colocación de acciones se registra contablemente como un superávit de capital).

En virtud de lo anterior, el impuesto de registro variaría dependiendo de la tarifa establecida para estos efectos.

CARGA TRIBUTARIA

Impuesto sobre la renta



Por regla general, los residentes fiscales colombianos están gravados con el impuesto sobre la renta por sus ingresos mundiales, esto es, los ingresos obtenidos tanto en Colombia como en el exterior. Dado que todas las personas jurídicas creadas o domiciliadas en Colombia son consideradas residentes fiscales, la SAS, estará sujeta a las mismas reglas tributarias con respecto a la determinación del impuesto sobre la renta.

Para determinar la base gravable del impuesto de renta, se deben incluir todos los ingresos ordinarios y extraordinarios generados durante el año fiscal, y disminuir este ingreso con los costos y deducciones a que haya lugar.

El impuesto sobre la renta se calcula sobre la tarifa definida para cada año gravable.

La tarifa vigente en cada año se debe aplicar sobre el mayor valor entre la renta ordinaria (ingresos menos costos y deduc-

ciones) y la renta presuntiva. En la medida en que la SAS, no tendrá un patrimonio significativo, esta no debería tributar sobre renta presuntiva. En todo caso, el cálculo deberá realizarse año a año.

Por otro lado, la SAS, estará sometida a un sistema de retenciones, que funcionan como anticipo del impuesto de renta. Estas retenciones son aplicadas en los pagos realizados por sus clientes nacionales y, por lo tanto, la SAS, tendrá derecho a acreditar los importes retenidos en su impuesto sobre la renta liquidado y pagado con la correspondiente declaración de impuesto sobre la renta. Sin perjuicio de lo anterior, no prevemos que la SAS, cuente con clientes independientes durante la primera etapa (i.e., Fase 1) y, por lo tanto, los montos retenidos no serían significativos.

Impuesto sobre las ventas

La Sociedad estará sujeta al impuesto sobre las ventas IVA entre otros, por:

- ▶ La venta de bienes no excluidos;
- ▶ La venta de derechos asociados a la propiedad industrial;
- ▶ La prestación de servicios en Colombia o desde el exterior a favor de un destinatario en el país; y
- ▶ La importación de bienes corporales.

En la medida en que la SAS, no preste servicios ni comercialice productos directamente, no habría lugar a la causación de este impuesto. Sin embargo, por la naturaleza misma de persona jurídica, será responsable del impuesto y, en caso de

ejercer dichas actividades, estará obligada a presentar las respectivas declaraciones bimestralmente.

En dicho escenario, el IVA generado en la venta de productos o servicios se podrá acreditar contra el IVA descontable que se paga por la adquisición de bienes y servicios que se traten como un costo o gasto deducible para efectos del impuesto sobre la renta; y, se utilicen en actividades generadoras de IVA (i.e., las respectivas ventas y prestación de servicios).

Impuesto de Industria y Comercio – ICA

La SAS estará gravada con el Impuesto de Industria y Comercio ICA a la tarifa aplicable según la normativa municipal o distrital vigente en la jurisdicción en la que se desarrolle la actividad comercial, industrial o de servicios. En todo caso, prevemos que la SAS desarrollaría primordialmente actividades de servicios, incluyendo los mencionados anteriormente.

En ese caso, es preciso señalar que las tarifas por las actividades de servicios normalmente varían entre el 2 y el 10 por mil (0,2% al 1%). Sin embargo, se reitera que esto depende del estatuto de rentas vigente en cada municipio o distrito.

La respectiva tarifa se aplicaría sobre la base gravable, la cual corresponde normalmente al valor de los ingresos brutos obtenidos con ocasión del desarrollo de las actividades gravadas. Los ingresos por exportaciones no hacen parte de la base gravable del ICA.

En algunos casos, el impuesto se liquida y se paga con la presentación de una declaración periódica (bimestral o anual, según

sea el caso en cada municipio o distrito), pero en algunos casos existe también un mecanismo de retención según el cual el pagador retiene un valor determinado que usualmente corresponde al valor final del impuesto. En ese orden de ideas, de ser este el caso, la SAS, podría acreditar los valores retenidos contra el impuesto que determine en su respectiva declaración. Una vez más, no prevemos que la SAS, esté sujeta a retenciones significativas.

Finalmente, es importante tener en cuenta que el 100% de este impuesto es deducible para efectos del impuesto sobre la renta.

Distribución de dividendos

En la medida en que la operación de la SAS, genere utilidades, se debe tener en cuenta que la distribución de dividendos con cargo a dichas utilidades está sujeta al impuesto sobre los dividendos.

Así, los dividendos que se distribuyan a las sociedades accionistas (miembros de la ACE) con cargo utilidades ya gravadas en cabeza de la SAS, estarán sujetos al impuesto a los dividendos de la tarifa vigente.

Por el contrario, los dividendos que se distribuyan con cargo utilidades que no fueron gravadas a nivel de la SAS, están sujetos a tributación de la siguiente forma: (i) en primer lugar estarán sujetos a la tarifa general del impuesto sobre la renta (dependiendo del año de distribución); y (ii) al valor del dividendo una vez restado el primer impuesto se le aplicará el 7,5 %³ por concepto de impuesto a los dividendos.

3 En todo caso, la tarifa variara año a año.

Este impuesto solo se causaría en la sociedad que recibe los dividendos por primera vez (i.e., cada uno de los miembros de la ACE). Posteriormente, el monto del impuesto podrá ser utilizado como un crédito a favor que se traslada hasta el beneficiario final (los respectivos accionistas de las sociedades accionistas).

CONTRATOS DE COLABORACIÓN

Teniendo en cuenta que cada uno de los miembros de las ACE individualmente y la SAS, celebrarían un contrato de colaboración empresarial, los principales efectos desde la perspectiva tributaria serían los siguientes:

Las partes del contrato de colaboración no pueden pactar rendimientos garantizados, es decir, montos fijos determinados con anterioridad al inicio de actividades.

Por el contrario, las partes deberán acordar una repartición de los rendimientos generados por el negocio común. En consecuencia, cada parte obtendrá las respectivas ganancias o pérdidas con base en los resultados “incierto” del desarrollo de las actividades.



El contrato de colaboración no es contribuyente del impuesto sobre la renta. Por el contrario, existe una transparencia fiscal que supone que sus miembros deberán registrar, línea por línea, los respectivos ingresos, costos, gastos, etc.

En ese orden de ideas, los contratos de colaboración individualmente deberían contar con una contabilidad que permita llevar control detallado de información relacionada con las operaciones. Lo anterior es especialmente relevante a la luz de la obligación legal que tienen tanto las personas naturales como jurídicas que se dedican al comercio⁴, de llevar contabilidad. Así, para que las partes involucradas en los contratos de colaboración puedan cumplir cabalmente con dicha obligación, será muy importante que el respectivo contrato cuente con su propia contabilidad.

En este sentido, en la medida en que los contratos de colaboración cuenten con su contabilidad propia, será posible identificar de forma clara y detallada toda la información asociada a sus operaciones. Así mismo, se simplificará la tarea de dis-

⁴ Numeral 3 del artículo 19 del Código de Comercio y artículo 654 del Estatuto Tributario.

El contrato de colaboración no es contribuyente del impuesto sobre la renta. Por el contrario, existe una transparencia fiscal que supone que sus miembros deberán registrar, línea por línea, los respectivos ingresos, costos, gastos, etc.

tribuir los ingresos, costos, gastos, entre otros, para efectos de que cada una de sus partes pueda declarar su parte correspondiente. Ahora bien, se debe tener en cuenta que toda la información registrada deberá ser debidamente certificada a los miembros del contrato, es decir, la SAS, y el respectivo miembro de la ACE.

En la práctica, la operación del contrato implicaría que conjuntamente la SAS, y el respectivo miembro de la ACE puedan participar en las utilidades derivadas de las actividades llevadas a cabo por cada asociación. Así, a cambio de utilizar los servicios de apoyo administrativo, logístico, mercadeo, promoción, entre otros, para desarrollar su actividad, los miembros de la ACE entregarían un porcentaje de las utilidades de su negocio a la SAS.

No se debe fijar un rendimiento fijo puesto que, de hacerlo se entendería que la SAS, está prestando servicios al respectivo miembro de la ACE, lo cual estaría gravado con el IVA a la tarifa general y el ICA en el respectivo municipio o distrito donde opere la SAS.

La causación de estos impuestos podría generar sobrecostos indeseados en la medida en que se creará la obligación de facturar, cobrar y declarar un IVA y un ICA que, si no se pacta un rendimiento fijo, no existirían. Por lo anterior, es recomendable no caer en este escenario que impactaría los rendimientos de la operación por la obligación de pagar impuestos adicionales.





Valoración de los aportes

Para determinar la participación en el contrato (i.e., los porcentajes de participación en la utilidad del negocio común), los aportes de las partes deberán ser valorados utilizando algún mecanismo de valoración que técnicamente determine el valor comercial de los aportes. Esta valoración determinaría el porcentaje fijo de participación en el contrato de colaboración y por lo tanto, el porcentaje de participación en las utilidades derivadas del desarrollo de las actividades.

Recomendamos que el método de valoración no genere muchas complejidades, tal como la necesidad de valoración constante de los aportes.

Así, sugerimos que, una vez valorados los aportes, esta valoración solo se actualice ante un cambio sustancial y corroborable en las condiciones económicas o comerciales. Alternativamente, se puede acordar que la valoración será revisada con una periodicidad razonable, con el fin de hacer los ajustes correspondientes hacia adelante.

Operación del Contrato

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, se debe tener en cuenta que cada uno de los miembros de la ACE seguirían teniendo a cargo la respectiva exportación de sus productos.

Al respecto, es preciso señalar que, por regla general, los bienes que se exportan se encuentran exentos del impuesto sobre las ventas. En ese sentido, en la medida en que los miembros de la ACE directamente realizarán las exportaciones de sus productos, estarán cobijados por esta exención.

En ese orden de ideas, dado que los bienes que exporten no tendrán IVA, los montos pagados por este impuesto en la cadena productiva de dichos bienes, podrá ser solicitado en devolución de forma bimestral por parte de los respectivos exportadores.

Por otro lado, es preciso señalar que, mediante este esquema de operación, cada uno de los miembros de la ACE será responsable ante el cliente final frente a reclamos por la calidad de los productos, lo cual evitará la asunción de responsabilidades adicionales en cabeza de la SAS. Esto es trascendental en la medida en que los otros miembros de la ACE no

tendrán que asumir ninguna responsabilidad frente a la falla o mala calidad de los productos de otro miembro de la ACE. Lo mismo resulta aplicable a las eventuales sanciones que se deriven por el incumplimiento del régimen fiscal o aduanero, pues cada miembro de la ACE respondería ante la autoridad en su condición de exportador.

Por último, se debe tener en cuenta que la exportación de bienes no es un hecho gravable con el ICA. En consecuencia, el ingreso distribuido a los partícipes de los contratos de colaboración empresarial no estaría gravado con ICA por tratarse de utilidades derivadas de la exportación de bienes.

La SAS y los miembros de la ACE deberán adoptar los sistemas de facturación que les permitan cumplir con su obligación de facturar electrónicamente las operaciones que realicen. Para esos efectos, la DIAN ha puesto a disposición de los contribuyentes un sistema de facturación electrónico gratuito. Es importante anotar que las operaciones de venta de bienes realizadas conjuntamente por la SAS y los miembros de la ACE podrán ser facturadas por cada uno de ellos en la proporción que les corresponda (alternativa no recomendada) o por uno de ellos actuando por cuenta propia y por cuenta del otro (alternativa recomendada).

ANÁLISIS FRENTE A LA CATALOGACIÓN COMO CI

Las CI tienen un tratamiento preferencial en materia de IVA en la medida en que pueden comprar bienes en el mercado nacional exentos de IVA, con la condición de que sean exportados en los seis meses

siguientes a la respectiva compra. Así mismo, las compras realizadas no estarán sujetas a retención en la fuente.

Para efectos de acceder al beneficio en materia de IVA, las CI deben expedir un Certificado a Proveedores (CP) a cada uno de los miembros de la ACE en el que conste que los bienes y productos adquiridos serán exportados. En esa medida, los productos vendidos por los miembros de la ACE a la SAS quedarían cobijados por la exención de IVA.

Las CI tienen un tratamiento preferencial en materia de IVA en la medida en que pueden comprar bienes en el mercado nacional exentos de IVA, con la condición de que sean exportados en los seis meses siguientes a la respectiva compra.

En consecuencia, todos los montos de IVA pagados en la producción de dichos bienes podrán ser descontados y los saldos a favor podrán ser solicitados en devolución bimestralmente por parte de cada uno de los miembros de la ACE.

Por otra parte, los ingresos obtenidos por los miembros de la ACE por la venta de los productos a la SAS no estarían gravados con ICA, en la medida en que dicha operación se asimila a una exportación. Del mismo modo, los ingresos obtenidos por la SAS por la exportación de los productos tampoco estarían gravados con ICA.

Adicionalmente, se debe señalar que las compras realizadas por las CI no están sujetas a retención en la fuente. Lo anterior, en la medida en que los productos comprados posteriormente serán exportados.

Por último, es importante tener en cuenta que bajo esta alternativa se evitaría la obligación de contar con una

contabilidad independiente como sería el caso de los contratos de colaboración. Sin embargo, cualquier tipo de servicio que preste la SAS a los miembros de la ACE, o viceversa, estarán gravados con IVA.

Con base en lo anterior, no es posible determinar de forma general si debería preferirse la operación mediante una CI sobre los contratos de colaboración –o no–. Por el contrario, la definición del modelo de operación dependerá de las particularidades del proceso productivo, del tipo de productos, del mercado objetivo, de la necesidad de que se presenten servicios conexos, entre otras variables.

FASE 2: Centralización de actividades en la SAS y las ACE prestando servicios de soporte

Sobre esta etapa se deberán tener en cuenta las mismas consideraciones en cuanto al régimen de aportes a la sociedad, es decir, que el acto de aporte no constituirá un ingreso gravado siempre y cuando se cumplan, entre otros, los siguientes requisitos: (i) se debe mantener el costo fiscal de los bienes aportados; (ii) los aportantes al recibir las respectivas acciones deben registrarlas por el mismo costo fiscal que tenían los activos aportados; y (iii) los bienes deben conservar su naturaleza de activos fijos o móviles.

Así mismo, aplicarían las consideraciones en cuanto a la carga tributaria de la operación de la SAS:

- ▶ Impuesto sobre la renta con base en los ingresos de fuente nacional y extranjera a la tarifa corporativa vigente el respectivo año gravable.

- ▶ IVA a la tarifa general. Sin embargo, en la medida en que esta SAS realizaría directamente las exportaciones, tendría derecho a solicitar en devolución el IVA pagado en el proceso de producción.

- ▶ ICA causado por el desarrollo de actividades comerciales, industriales y de servicios. En la medida en que en este caso la SAS no solo prestaría servicios de soporte, sino que, por el contrario, ampliaría la gama de actividades a desarrollar, podría estar sujeta a tributación por actividades industriales y comerciales. Una vez más, las tarifas dependerán del municipio o distrito en que se encuentre la SAS.

Por último, habría lugar al impuesto a los dividendos cuando se hagan distribuciones a los accionistas de la SAS. En todo caso, en la medida en que es probable que, en esta fase, personas naturales terminen siendo accionistas directos de la SAS, se debe tener en cuenta que la tarifa del impuesto a los dividendos es diferente a la aplicable en la distribución a personas jurídicas.

Por otra parte, los ingresos obtenidos por los miembros de la ACE por la venta de los productos a la SAS no estarían gravados con ICA, en la medida en que dicha operación se asimila a una exportación. Del mismo modo, los ingresos obtenidos por la SAS por la exportación de los productos tampoco estarían gravados con ICA.

Análisis de temas de Comercio Exterior

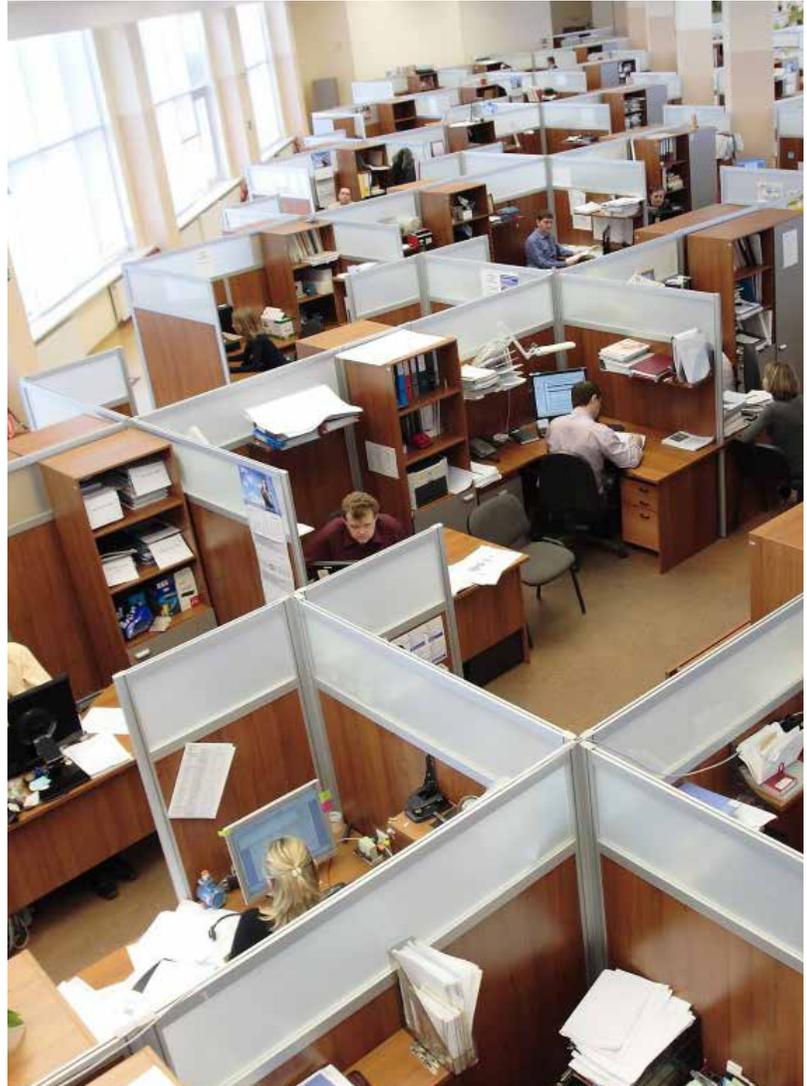
Una de las finalidades de las ACE es la producción o compra para la comercialización

de productos en mercados extranjeros. Por lo que, el Régimen Aduanero Colombiano –RAC– cobra especial relevancia en las actividades que estos realizan en su día a día.

Las ACE principalmente buscan exportar bienes a diferentes mercados extranjeros, sin embargo, estos también pueden actuar como importadores para generar cadenas de suministros que les permitan la realización de productos finales con valor agregado.

Las ACE están sujetas al RAC en sus operaciones de comercio exterior, por consiguiente, independientemente del vehículo jurídico escogido deberán cumplir con los requisitos generales y específicos (dependiendo del bien) descritos anteriormente. En este sentido, el RAC es una norma transversal aplicable a todas las ACE, independiente del sector de la economía en el que operen o del vehículo jurídico escogido para su formalización.

En la normativa aduanera son responsables de las obligaciones aduaneras los importadores, exportadores, los declarantes de un régimen aduanero y los operadores de comercio exterior. En consecuencia, independientemente de la fase de la estructura propuesta, quien actúe como importador y/o exportador (miembros del ACE o SAS) es quien deberá cumplir con las obligaciones aduaneras que se derivan de su calidad; tales como: pago de derechos e impuestos a la importación, obtención y presentación de los permisos, licencias y autorizaciones que correspondan para la importación y/o exportación de la mercancía. Lo anterior, sin perjuicio de la utilización de los mecanismos de optimización de las operaciones de importación y exportación que correspondan.



En lo concerniente a las licencias, permisos, registros y autorizaciones, un punto de especial importancia es la posibilidad de la cesión de estos entre los diferentes importadores. Lo anterior, por cuanto que, es posible que las ACE en la Fase 1 sean quienes actúen como importador y/o exportador, y sea con posterioridad la SAS, quien asuma estas actividades y en consecuencia las obligaciones aduaneras asociadas a la actividad de importación y/o exportación.



Si bien, en algunos casos se permite la cesión de los registros, como es el caso del registro sanitario expedido por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (“INVIMA”), en otros casos, la autorización es otorgada debido a las características particulares del importador y/o exportador como lo es el Certificado de Carencia expedido por el Ministerio de Justicia. Razón por la cual, en cada caso particular se deberá analizar el permiso o autorización aplicable para poder determinar la viabilidad de su cesión de los miembros de la ACE en favor de la SAS.

En todo caso, las ACE podrán hacer uso de los mecanismos de comercio exterior para la optimización de las operaciones de importación y exportación. Dentro de estos mecanismos, destacamos 2 principales aplicables a las S.A.S, Plan Vallejo y las Sociedades de Comercialización Internacional.

El Plan Vallejo, por su flexibilidad, le permitirá a las ACE maximizar sus ingresos y optimizar sus operaciones de comercio exterior, por medio de las exenciones y beneficios tributarios y arancelarios. Asimismo, estos mecanismos permiten

la importación temporal de materia prima e insumos, bienes de capital y repuestos con exenciones totales o parciales de derechos e impuesto a la importación para elaborar productos de exportación.

Por otro lado, las Sociedades de Comercialización Internacional tienen como objeto principal la comercialización y ventas de productos colombianos al exterior, adquiridos en el mercado interno o fabricados por productores socios de estas. Además, estas sociedades cuentan con beneficios como acceder directa o indirectamente a los sistemas especiales de importación–exportación como Plan Vallejo, beneficiarse total o parcialmente del Certificado de Reembolso Tributario y de las líneas de crédito de BANCOLDEX, y obtener la exención del IVA y del impuesto de retención en la fuente por la compra de mercancías destinadas a exportación.

PLAN VALLEJO

Los sistemas especiales de importación y exportación (“Plan Vallejo”) constituyen uno de los más importantes mecanismos para promover las exportaciones, por cuanto permite la importación temporal de materia prima e insumos, bienes de capital y repuestos con exenciones totales

Las ACE podrán hacer uso de los mecanismos de comercio exterior para la optimización de las operaciones de importación y exportación.

o parciales de derechos e impuesto a la importación para elaborar productos de exportación. Como mecanismo de comercio exterior el Plan Vallejo, es un instrumento de estímulo y promoción a las exportaciones.

Acceso al Plan Vallejo

Bajo la estructura del Plan Vallejo, pueden ser autorizados los siguientes:

- ▶ Personas naturales o jurídicas que sean productores, exportadores, o comercializadores.
- ▶ Prestadores de servicios.

- ▶ Entidades sin ánimo de lucro que representen a pequeñas y medianas empresas.
- ▶ Asociaciones Empresariales.

También es requisito no registrar infracciones ni sanciones por incumplimiento en los compromisos adquiridos en los sistemas especiales de importación y exportación, y que actúen o no, como exportadores directos.

Programas bajo el Plan Vallejo⁵

⁵ El número de los artículos hacen referencia al Decreto Ley 444 de 1967

PROGRAMA	BENEFICIOS	TERMINACIÓN DEL RÉGIMEN		
		CUMPLE COMPROMISOS CON DIAN	NO CUMPLE COMPROMISOS	
			CON JUSTIFICACIÓN	SIN JUSTIFICACIÓN
Materias Primas e insumos MP. Art. 172.	No arancel. No causación de IVA.	No paga derechos e impuestos.	Paga derechos e impuestos.	Paga derechos e impuestos más sanción del 100% del gravamen.
Materias primas e insumos MX Sector Editorial 173 lit b.				
Maquila MQ. Art. 172.				
Reposición.		No existe compromiso.		
Bienes de capital y repuestos BR. Art. 173 C.	No arancel. IVA diferido.	Paga IVA al final del contrato.	Paga IVA.	Paga derechos e impuestos más sanción del 100% del gravamen arancelario.
Bienes de capital y repuestos BK Art. 174.	Paga arancel. IVA diferido.			Paga IVA más sanción del 10% del valor en aduanas.
Repuestos para bienes de capital RR. Art. 183 c).	No arancel. IVA diferido.		Paga derechos e Impuestos.	Paga derechos e impuestos más sanción del 100% del gravamen arancelario.
Repuestos para bienes de capital RR. Art. 174.	Paga arancel. IVA diferido.		Paga IVA.	Paga IVA más sanción del 10% del valor en aduanas.
Exportación de servicios SS. Decreto 2331 de 2001; Decretos 2099 y 2100 de 2008.	No arancel. IVA diferido.	Paga IVA al final del contrato.	Paga IVA.	Paga IVA más efectividad de la garantía por 20% del valor FOB incumplido.

TIPO DE OPERACIONES	IMPORTACIONES		COMPROMISO DE EXPORTACIÓN	
	CUPO	PLAZO DE UTILIZACIÓN	MONTO	
Materias primas e insumos MP. Art. 172.	El que autorice Mincomercio con base en la solicitud del usuario.	Dentro del año calendario. Entre el 1 de enero y el 31 de diciembre.	El 100% de las materias primas e insumos importados.	
Materias Primas e Insumos – MX Sector Editorial. Art 173 lit. b.			El 60% producción sin ser inferior al 100% del valor FOB importado. El 40% restante facturas nacionales, solo si el bien final exento de gravamen.	
Maquila MQ. Art. 172.	Según las DIM y los Cuadro Insumo Producto ("CIP").	Dentro del año calendario entre el 1 de enero y el 31 de diciembre.	El 100% de las materias primas e insumos importados.	
Reposición de Materias Primas e Insumos PV Junior. Art. 179.	Igual cantidad de materias primas incorporadas en el producto exportado.	Dos (2) años de las DIM, un (1) año de los DEX y dentro de los 10 meses siguientes a la aprobación.	No hay compromisos	
Bienes de Capital BR. Art. 173 c	El que autorice Mincomercio con base en la solicitud.	El determinado para cada programa.	El 70% del aumento de producción generados por los bienes importados. Tres veces el valor del cupo asignado – Servicios.	
Bienes de Capital BK. Art. 174.			1.5 veces en el valor del cupo de importación autorizado .	
Repuestos para bienes de capital RR Art. 173 c).	El que autorice Mincomercio con base en la solicitud del usuario.	El determinado para cada programa.	El 70% del aumento de producción por los bienes importados.	
Repuestos para bienes de capital RR 174.			1.5 veces en el valor del cupo de importación autorizado.	
Exportación de Servicios SS. Decretos 2331 de 2001, 2099 y 2100 de 2008.	El que se autorice por Mincomercio con base en la solicitud del usuario.	Determinado por Mincomercio.	1.5. veces el valor FOB de los bienes de capital.	

		MODALIDAD	
	PLAZO DE DEMOSTRACIÓN		
	Dentro de los 18 meses siguientes al levante de la 1ª Declaración de Importación ("DIM") del periodo respectivo y en casos especiales se autoriza un plazo mayor (sector agropecuario 24 a 36 meses).	Directa o indirecta.	Reembolsable o no reembolsable.
	Dentro de los 18 meses del levante de la 1ª DIM del periodo respectivo, en casos especiales se autoriza un plazo mayor.	Directa o Indirecta.	No reembolsable .
		Directa o cesión al productor o importador u otra persona.	Reembolsable o no reembolsable.
	El determinado para cada programa – mínimo– en el tiempo que se requiera para producir la cantidad o valor exigido como compromiso.	Directa o indirecta.	Exportación de productos agrícolas capítulo 1 al 25 arancel de aduanas y otras puntal. Sector exportación de servicios. Reembolsable o no reembolsable.
	El determinado para cada programa – mínimo – en el tiempo que se requeriría para producir la cantidad o valor exigido como compromiso .	Directa o Indirecta.	Exportación de productos agrícola del capítulo 1 al 24 del Arancel de Aduanas y otras puntal. Sector de exportación de Servicios. Reembolsable o no reembolsable.
	El determinado por Mincomercio.	Directa o indirecta.	Reembolsable o no reembolsable.

Sociedades de Comercialización Internacional CI

Son sociedades constituidas en cualquiera de las formas establecidas previstas en las normas colombianas, con el objeto principal de efectuar operaciones de comercio exterior y orientar sus actividades hacia la promoción y comercialización de productos colombianos en mercados externos, son autorizadas como tales por el Mincomercio. En todo caso las demás actividades que desarrolle la empresa deberán siempre estar relacionados con la ejecución del objeto social principal y la sostenibilidad económica y financiera de la empresa.

Son sociedades con el objeto principal de efectuar operaciones de comercio exterior y orientar sus actividades hacia la promoción y comercialización de productos colombianos en mercados externos.

Estas sociedades, podrán contemplar entre sus actividades la importación de bienes o insumos para abastecer el mercado interno o para la fabricación de productos exportables y deberán utilizar en su razón social la expresión “Sociedad de Comercialización Internacional” o la sigla “C.I.”, una vez hayan sido autorizadas por Mincomercio y hayan obtenido la correspondiente aprobación y certificación de la garantía ante la mencionada entidad. El objeto social deberá indicar los sectores económicos respecto de los cuales desarrollará su actividad como Sociedad de Comercialización Internacional.

La C.I. deberá exportar las mercancías dentro de los seis (6) meses siguientes la fecha de expedición del correspondiente certificado al proveedor. El Mincomercio determinará la forma, contenido

y términos de envío de los informes relacionados con los certificados al proveedor, compras, importación y exportación a cargo de las CI.

BENEFICIOS DE LAS CI

- ▶ Beneficiarse total o parcialmente del Certificado de Reembolso Tributario (“CERT”), según acuerdo entre el proveedor y la comercializadora.
 - El CERT es una devolución total o parcial de impuestos indirectos u otros impuestos cancelados por los exportadores, dentro del proceso de producción o comercialización de los productos objeto de exportación, cuyo procedimiento se regula en la Resolución 267 de 2008 del Mincomercio.
- ▶ Beneficiarse junto con su proveedor de las líneas de crédito de BANCOLDEX.
- ▶ Acceder directa o indirectamente a los sistemas especiales de importación–exportación Plan Vallejo
- ▶ Obtener la exención del IVA por la compra de mercancías destinadas a exportación. Para acceder a estos beneficios las C.I. deben expedir a sus proveedores el Certificado al Proveedor (“C.P.”)
 - El C.P., es el documento en el que consta que las C.I., reciben de sus proveedores productos colombianos adquiridos a cualquier título en el mercado interno o fabricados por productores socios de estas, y se obligan a exportarlos en su mismo



estado o una vez transformados. Este Documento no es transferible a ningún título.

- El C.P. acredita la compra de la mercancía, obliga a la sociedad a exportarlas y confiere a los productores la presunción de exportación desde el monto en que transfieren los bienes a la comercializadoras a título de venta.

- Así, el mencionado certificado es suficiente para demostrar el cumplimiento de los compromisos de exportación previamente adquiridos por el proveedor, tales como los derivados por la utilización del plan vallejo o las líneas de crédito de Bancóldex.

- ▶ Las C.I. adquieren el compromiso de exportar la totalidad de las mercancías que reciban de sus proveedores y a presentar informe a las siguientes entidades.

- Informar a la DIAN a través de una relación sobre la distribución de los CERT recibidos durante el año calendario.
- Informar cara cuatro meses a la DIAN sobre los C.P. expedidos a sus proveedores.

REQUISITOS ESPECIALES PARA OBTENER LA AUTORIZACIÓN COMO CI

Para que la empresa pueda hacer uso del régimen de las C.I., deben ser autorizados por el Mincomercio.

Las Sociedades de Comercialización Internacional deberán constituir y entregar a la autoridad aduanera, dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria del acto administrativo en que se otorga la autorización, una garantía global, bancaria o de compañía de seguros, en los términos que indique la autoridad aduanera, cuyo objeto será garantizar el pago de los impuestos, gravámenes y sanciones a que haya lugar



por el incumplimiento de las obligaciones y responsabilidades consagradas en el decreto 2685 de 1999 artículo 40–3.

El monto de la garantía será determinado por la DIAN y no podrá ser superior al dos por ciento (2%) del valor FOB de las exportaciones realizadas durante los doce (12) meses inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud de autorización o, cuando no se hubiere realizado operaciones de exportación, su monto será del dos por ciento (2%) de la proyección de exportaciones según el estudio de mercado, sin que en ningún caso sea

inferior a nueve mil (9.000) Unidades de Valor Tributario – UVT.

CI QUE COMERCIALIZEN BIENES DE MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS

Recientemente el Decreto 1451 de 2017, introdujo los requisitos y condiciones para la autorización de C.I. que comercialicen bienes de Micro, Pequeñas y Medianas empresas, con la finalidad de fortalecer la oferta exportadora de estas últimas.

Estas son personas jurídicas autorizadas por el Mincomercio, cuyo objeto social principal es la comercialización y venta de productos colombianos al exterior, adquiridos en el mercado interno a empresas clasificadas por la Ley 590 de 2000¹, como micro, mediana o pequeña empresa o los fabricados por productores socios de estas, siempre y cuando cumplan con este requisito.

Una vez haya sido autorizada, y antes de presentar la garantía, la sociedad agregará a su razón social las expresiones “Sociedad de Comercialización Internacional Mipymes” o la sigla “C.I – Mipymes”.

La persona jurídica que haya obtenido la autorización de que trata el presente decreto, deberá constituir a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales una garantía global, expedida por compañía de seguros o entidad bancaria, cuyo monto será del uno por ciento (1%) del valor FOB de las exportaciones realizadas durante los doce (12) meses inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud de autorización. Cuando no se hubieren realizado

¹ Modificada por la Ley 2069 de 2020, por la Ley 1450 de 2011, por la Ley 1151 de 2007 y por la Ley 905 de 2004.

operaciones de exportación, o cuando la persona jurídica haya sido constituida el mismo año en que presente la solicitud, el monto será del uno por ciento (1%) de la proyección de exportaciones establecida según el estudio de mercado, sin que en ningún caso el valor a asegurar sea inferior a dos mil (2.000) Unidades de Valor Tributario (UVT) o superior a dos mil quinientas (2.500) Unidades de Valor Tributario (UVT).

FASE 1: Constitución de una SAS y celebración de un acuerdo de colaboración empresarial entre los miembros del ACE y la SAS

COMENTARIOS EN RELACIÓN CON EL PLAN VALLEJO

Tal como se describió en la anterior sección, los beneficiarios del Plan Vallejo pueden incluir a los importadores, exportadores y productores, así como, a personas jurídicas y las ACE. Por lo que, el Plan Vallejo podría tener una implementación transversal en todas las industrias en donde se implemente un ACE.

El Plan Vallejo resulta de particular utilidad para la Fase 1, por cuanto que, el mismo puede ser utilizado por todos los actores del acuerdo de colaboración desempeñando los roles especializados correspondientes. Así pues, se podría implementar un Plan Vallejo, de modalidad directa, en donde los miembros del ACE sean importadores y/o productores de acuerdo con su especialidad y compromisos en el acuerdo, y a su vez actúen como exportadores y efectúen directamente el proceso de producción.

La flexibilidad del Plan Vallejo le permitirá a las ACE maximizar sus ingresos

y optimizar sus operaciones de comercio exterior, haciendo uso de la exenciones y beneficios tributarios y arancelarios autorizados bajo el Plan Vallejo. Adicionalmente, al tratarse de una fase de formalización, la SAS puede prestar sus servicios de coordinación, manejo, administración; lo anterior, como parte de su experiencia y enfoque en operaciones de comercio exterior.

COMENTARIOS EN RELACIÓN CON LA C.I.

Las C.I. al exigir que se trate de una persona jurídica quien se autorice como tal, refuerza la necesidad de que las ACE se formalicen. Bajo este escenario, la SAS podría ajustar su objeto social a ser una C.I. quien adquiriría los bienes de las ACE y los exportaría. Lo anterior, sin perjuicio que, las ACE y la C.I. se encuentren autorizados bajo un Plan Vallejo, tal como se describió con anterioridad. Bajo este escenario, los miembros de la ACE venderían sus productos a la SAS, con la intención de que esta adelante las actividades de exportación.

Las C.I. al exigir que se trate de una persona jurídica quien se autorice como tal, refuerza la necesidad de que las ACE se formalicen.

La C.I. tiene un tratamiento preferencial en materia de IVA en la medida en que pueden comprar bienes en el mercado nacional exentos de IVA, con la condición de que sean exportados en los seis meses siguientes a la respectiva compra. Así mismo, las compras realizadas no estarán sujetas a retención en la fuente.

Para efectos de acceder al beneficio en materia de IVA, las C.I. deben expedir

un CP a cada uno de los miembros de la ACE en el que conste que los bienes y productos adquiridos serán exportados. En esa medida, los productos vendidos por los miembros de la ACE a la SAS, quedarían cobijados por la exención de IVA.

En consecuencia, todos los montos de IVA pagados en la producción de dichos bienes podrán ser descontados y los saldos a favor podrán ser solicitados en devo-

lución bimestralmente por parte de cada uno de los miembros de la ACE.

FASE 2: Centralización de actividades en la SAS y las ACE prestando servicios de soporte.

Aunque Plan Vallejo y C.I, no son excluyentes entre sí, para determinar cuál es la mejor opción para la S.A.S, será necesario considerar lo siguiente: (Ver tabla).

ASPECTOS PARA ANALIZAR	COMENTARIOS
<p>Tipos de bienes que se van a exportar.</p>	<p>Las ACE deberán revisar si los bienes a exportar se encuentran contenidos en las subpartidas arancelarias de la Resolución 1054 de 2020, expedida por Mincomercio, las cuales podrían beneficiarse de las ventajas que ofrece el Plan Vallejo.</p> <hr/> <p>Si los bienes no se encuentran en esas subpartidas la mejor opción será C.I.</p>
<p>Uso de materias primas nacionales o importadas.</p>	<p>Si las materias primas utilizadas son importadas, la opción que más se adecua es el Plan Vallejo.</p> <hr/> <p>Si las materias primas son nacionales, la opción adecuada será C.I.</p>
<p>Cadena logística</p>	<p>Las C.I pueden comprar bienes a ACE's diferentes a sus accionistas y venderlos en el mercado extranjero generando beneficios económicos para las ACE miembros de la S.A.S</p>

En esta fase, en relación con el Plan Vallejo, las actividades de importación, producción y exportación quedarían en cabeza de la SAS, quien debería ser autorizado bajo el Plan Vallejo correspondiente.

Por su parte, En esta fase en relación con la CI, la SAS, debería ser autorizada como tal, por cuanto que, únicamente las personas jurídicas pueden ser autorizadas como tales.

Análisis de temas de libre competencia

El respeto de las normas sobre la competencia es esencial para el desarrollo empresarial del país. Por esta razón, es necesario tener en cuenta la incidencia de estas normas en el desarrollo de las ACE, en especial con el fin de no generar efectos anticompetitivos.

Acuerdos de colaboración empresarial

De acuerdo la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC–, los acuerdos de colaboración entre competidores son aquellos en los que, quienes compiten en un mercado determinado “combinan recursos o parte de sus operaciones con el fin de alcanzar determinadas metas comerciales”¹. La SIC ha mencionado que, entre otros, los acuerdos de colaboración más comunes entre competidores son los de:

- ▶ Investigación y desarrollo²;
- ▶ Producción³;
- ▶ Compra⁴;
- ▶ Comercialización⁵;
- ▶ Estandarización⁶.

Generalmente, los acuerdos de colaboración se celebran entre competidores

- 1 Superintendencia de Industria y Comercio, Cartilla sobre la Aplicación de las normas de Competencia a los Acuerdos de Colaboración entre Competidores, p. 3.
- 2 Ibid., se refieren a la mejora en común de “tecnologías existentes o a una cooperación en cuanto a investigación, desarrollo y comercialización de productos completamente nuevos”.
- 3 Ibid., se refiere ya sea a la producción conjunta o a la subcontratación por parte de un competidor a otro competidor para la producción.
- 4 Ibid., compra conjunta a través de un tercero sobre el que los competidores ejerzan control, o cualquier arreglo diferente de compra conjunta.
- 5 Ibid., se refiere a una cooperación entre competidores para la venta, distribución o promoción de productos.
- 6 Ibid., se refiere a la definición, entre competidores, de estándares técnicos que deben satisfacer los productos, procedimientos o sistemas de un mercado determinado.



para producir eficiencias en un mercado determinado. Es por esto que, este tipo de acuerdos no son considerados en sí mismos anticompetitivos.

Sin embargo, existen ocasiones en las que tales acuerdos de colaboración generan o tienden a generar efectos anticompetitivos. Entre los efectos anticompetitivos que ha destacado la SIC como resultado de la celebración de acuerdos de colaboración entre competidores, se encuentran la pérdida de la autonomía para la toma de decisiones independientes por parte de cada competidor; la pérdida de incentivos para competir entre sí; la creación de restricciones al derecho de competir entre sí, generadas por los acuerdos de colaboración; la facilitación de un escenario colusorio entre competidores (v.gr. intercambio de información estratégica o sensible); o, la exclusión de competidores⁷.

⁷ Ibid., p. 5.



Es por esta razón que los acuerdos de colaboración entre competidores en Colombia están sujetos al control posterior (ex post) de la SIC. Es decir que, una vez materializados estos acuerdos, la SIC es competente para investigar si tales acuerdos generan o tienden a generar restricciones a la competencia, en cualquiera de las modalidades atrás mencionadas.

Bajo la opinión de la SIC, los acuerdos de colaboración entre competidores que conjuntamente no superen el 20% de participación en el mercado relevante, no tienden a generar efectos anticompetitivos. Especialmente, los acuerdos de colaboración de comercialización.

Finalmente se debe indicar que, aun cuando los acuerdos de colaboración entre competidores generen o tiendan a generar efectos restrictivos de la competencia, estos efectos pueden ser con-

trarrestados por que estos produzcan mejoras de eficiencias, sea indispensable para lograr estas mejoras de eficiencias o generen beneficios a los consumidores.

Integraciones empresariales

Con ocasión de las ACE, las empresas deciden unir sus esfuerzos y como en el caso propuesto para la formalización mediante la creación de una SAS, puede haber lugar a una integración empresarial.

A diferencia de los acuerdos de colaboración, las concentraciones empresariales no están sujetas a control posterior (ex post) de la SIC. Estas concentraciones están sujetas a un control previo (ex ante), a través del cual la SIC es competente para autorizar, condicionar u objetar ciertos tipos de transacciones entre competidores, entre otras operaciones.

Los acuerdos entre competidores que cumplan con ciertas características deben ser considerados como concentraciones empresariales, en lugar de simples acuerdos de colaboración. Estas características son:

- ▶ El acuerdo debe tener vocación de permanencia y debe eliminar a un competidor de forma definitiva o por lo menos por un período de tiempo sustancial: para que se cumpla este requisito, la operación no debe consistir en la unificación de una función concreta (v.gr. la compra, la producción o la venta como en los acuerdos de colaboración entre competidores), sino en la unificación de toda una línea de negocio, de tal manera que se modifique la estructura del mercado y que a través de tal unificación de la línea de negocio, sea posible ofrecer productos y servicios a cualquier persona que los demande; y
- ▶ El negocio que resulte del acuerdo debe contar con recursos suficientes (financieros, humanos, administrativos, etc.) para participar en el mercado de manera autónoma – así sea potencialmente – y como un negocio separado de los competidores que crearon la operación.
- ▶ De esta manera, si una operación cumple con estas características, un acuerdo entre competidores pasará de ser un simple acuerdo de colaboración, a ser una concentración empresarial sujeta al control previo de la SIC.

En todo caso, no todas las concentraciones empresariales están sujetas a este control previo. Por el contrario, para que

se active este control es necesario que las empresas intervinientes – además de participar en la misma actividad económica – cumplan con un supuesto objetivo de monto de activos o ingresos operacionales, correspondientes al año fiscal inmediatamente anterior a la materialización de la transacción⁸. Además de esto es pertinente indicar que, dependiendo de la participación de mercado de las empresas intervinientes en la transacción o acuerdo, el procedimiento ante la SIC será uno u otro⁹.

Con ocasión de las ACE, las empresas deciden unir sus esfuerzos y como en el caso propuesto para la formalización mediante la creación de una SAS, puede haber lugar a una integración empresarial.

En caso de que para la Fase 2 se deba agotar el procedimiento de integraciones empresariales, éste se debe llevar a cabo con anterioridad de la constitución de la SAS y su puesta en funcionamiento.

Asimismo, para la Fase 2, se debe determinar si los competidores constituyentes de la SAS cumplen con el requisito de ingresos operacionales y/o activos para informar de la transacción a la SIC. Si efectivamente se cumple con este supuesto, se debe determinar la participación de

8 Que las empresas intervinientes tuvieran individual o conjuntamente consideradas, para el año inmediatamente anterior a la transacción, activos o ingresos operacionales superiores a 60.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

9 Si las empresas intervinientes tienen, individual o conjuntamente consideradas, una participación en el mercado relevante inferior al 20%, el trámite correspondiente es el de la notificación, en los términos de la Resolución 10930 de 2015. Por el contrario, si la participación de mercado individual o conjuntamente considerada de las empresas intervinientes, es igual o superior al 20%, el trámite correspondiente es el de la preevaluación en los términos de la Resolución 10930 de 2015.

mercado de cada competidor, con el fin de definir cuál es el procedimiento de integraciones empresariales aplicable (el de notificación o preevaluación).

De esta manera y de acuerdo con la descripción de la estructura jurídica propuesta para cada una de las Fases 1 y 2 del proyecto, es importante tener en cuenta la implementación de cada una de ellas desde la perspectiva del Derecho de la Competencia en los siguientes términos:

- ▶ Se debe determinar si la implementación de las Fases 1 y 2 del proyecto son acuerdos de colaboración entre competidores; o
- ▶ Se debe determinar si en lugar de simples acuerdos de colaboración, la implementación de estas fases puede constituir una integración empresarial;
- ▶ En cualquier caso, se deben determinar riesgos e implementar controles respecto de los intercambios de información estratégica o sensible, que afecten la participación de los competidores integrantes del CE en el mercado colombiano.

Intercambios de información entre competidores

Independientemente de si una determinada transacción es un acuerdo de colaboración o una integración empresarial, se debe tener en cuenta que cualquiera de estos dos escenarios podría ser propicio para el intercambio de información estratégica o sensible entre competidores. Este intercambio ciertamente genera un riesgo en materia de competencia, en el

sentido que el intercambio de información estratégica genera un escenario facilitador de la cartelización o del monitoreo de un cartel; y el intercambio de información sensible es, en sí mismo, una práctica anti-competitiva en la modalidad de un cartel.

FASE 1: Constitución de una SAS y celebración de un acuerdo de colaboración empresarial entre los miembros del ACE y la SAS

De acuerdo con la forma en que está planteada la estructura de la Fase 1, las ACE consistirían en acuerdos de colaboración entre competidores.

Particularmente teniendo en cuenta que, aun cuando la implementación de esta fase tiende a tener una vocación de permanencia en el tiempo por la constitución de una nueva sociedad, a través de la nueva sociedad que se constituiría SAS se prestaría para cada uno de los exportadores servicios para la comercialización de sus productos en el exterior, mientras que cada compañía exportaría sus productos de manera independiente.

Mediante este acuerdo, las compañías estarían reuniendo esfuerzos para la logística y promoción de sus productos a exportar, pero seguirían compitiendo en el mercado de exportación y en el mercado nacional de manera independiente.

De esta manera, el acuerdo de colaboración que existiría en esta fase sería el de comercialización, en tanto que se están unificando unas tareas puntuales para la promoción y comercialización de los productos, pero no se está unificando una línea entera de negocios ni se está modificando la estructura actual del mercado.

Ahora, teniendo en cuenta que el objeto de la SAS se limitaría a adelantar servicios de comercialización exclusivamente para las compañías accionistas – sea o no sea CI – ésta no tendría en principio, la autonomía financiera o la capacidad de prestar servicios en el mercado independientemente de sus miembros y a terceros. Lo anterior, teniendo en cuenta el esquema de aportes y el contrato de asociación que se llevaría a cabo entre la SAS y los integrantes del ACE.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que cada una de las compañías integrantes del ACE son principalmente PYMES con una baja participación en el mercado, la implementación de esta fase como un acuerdo de colaboración de comercialización entre competidores no tendería a generar efectos anticompetitivos. Y, en cualquier caso, se considera que preliminarmente, se podrían cumplir con los siguientes criterios que contrarrestan los efectos anticompetitivos que se pudieran llegar a generar por tal acuerdo de colaboración:

Mediante este acuerdo, las compañías estarían reuniendo esfuerzos para la logística y promoción de sus productos a exportar, pero seguirían compitiendo en el mercado de exportación y en el mercado nacional de manera independiente.

De esta manera, mediante la implementación de la estructura planteada para la Fase 1 del proyecto, se materializaría un acuerdo de colaboración de comercialización entre competidores; puntualmente para los servicios de comercialización para la exportación – de manera independiente por parte de cada competidor – de sus productos.

En todo caso, al momento de implementar la SAS tenga en cuenta:

- ▶ Que mediante la SAS los competidores únicamente unificarán los servicios de comercialización para la exportación independiente de sus productos;
- ▶ Que mediante la SAS no se unificarán funciones adicionales relacionadas

1	El acuerdo produce mejoras de eficiencias.	Este acuerdo de colaboración produciría mejoras de eficiencias, toda vez que las ventajas de este acuerdo consisten, entre otras, en la reducción del riesgo y los costos de exportación, el acceso a nuevos mercados y a pedidos más importantes y la acumulación de conocimientos con el fin de adquirir experiencias en materia de exportación ¹ .
2	El acuerdo es indispensable para lograr estas eficiencias.	Según el análisis de la información suministrada por diferentes actores, permite comprobar que es muy costoso, riesgoso e incluso, en algunas ocasiones, es imposible para las PYMES realizar exportaciones de manera independiente; de esta manera, este acuerdo resultaría indispensable para lograr las eficiencias atrás mencionadas en materia de exportaciones ² .
3	El acuerdo genera beneficios a los consumidores.	Este acuerdo podría no solo beneficiar a los clientes en el exterior (pues al reducir costos, se reducen los precios de los productos); también, el aumento en las exportaciones y el crecimiento de las PYMES sería beneficioso para la economía del país, situación que, en últimas, sería beneficiosa para los consumidores en el mercado nacional.

1 Ver Socialización Consorcios PTP.

2 Ibid.

con la participación de los competidores en el mercado de exportación ni en el mercado nacional; y

- ▶ Que se establezcan controles para mitigar el riesgo derivado del intercambio de información entre competidores.
- ▶ Que durante la puesta en funcionamiento de la SAS se realice bajo los estrictos parámetros contenidos en los documentos relevantes.



FASE 2: Centralización de actividades en la SAS

Para la implementación de la estructura de la Fase 2, se entiende que a través de la SAS las compañías unificarían toda una línea de negocios (es decir, desde la producción de los productos hasta su comercialización y posterior exportación). Esto quiere decir que a través de la creación de la SAS se modificaría la estructura del mercado, en el sentido que cada uno de los accionistas de la SAS ya no produciría, comercializaría ni exportaría sus productos de manera independiente. Por el contrario, todas estas funciones se integrarían en la nueva sociedad, y no existiría independencia alguna de sus miembros respecto de su participación en el mercado para la exportación de estos productos.

Adicionalmente, a través de la implementación de esta fase las compañías accionistas no aportarían a la SAS sus propios productos a través del contrato de asociación. Por el contrario, la SAS de manera independiente a sus miembros y de manera autónoma se encargaría de la producción, comercialización y exportación. Esto quiere decir que la SAS participaría en el mercado de manera autónoma e independiente de sus miembros, y tendría la independencia y la capacidad financiera, administrativa y de recursos humanos para operar de manera independiente (v.gr. sin requerir del aporte de los productos de las compañías que la integran).

Finalmente, se considera que la implementación de esta fase también cumple con el requisito de vocación en el tiempo, teniendo en cuenta la constitución de una SAS con un término de duración ilimitado.

En este sentido, se podría considerar que la implementación de la Fase 2 del Proyecto constituiría, en lugar de un simple acuerdo de colaboración entre competidores, una integración empresarial sujeta al control ex ante de la SIC.

Cumpliendo entonces la implementación de esta fase con los requisitos para que ésta se considere una integración empresarial, se debe proceder a determinar si tal integración está sujeta al control previo de la SIC.

Para esto, se debe determinar en primer lugar si entre los competidores que constituirían la SAS obtuvieron, individual o conjuntamente considerados, para el año anterior a la constitución de la sociedad, ingresos operacionales o activos iguales o superiores a 60.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes. En caso de que se cumpla con este requisito, se debe proceder a informar a la SIC sobre esta integración empresarial. El trámite por seguir para agotar este procedimiento dependerá del porcentaje de participación de mercado de las empresas competidoras, de manera que si su participación de mercado es inferior al 20% en cada mercado relevante afectado¹⁰, el trámite a seguir será el de la notificación. Por el contrario, si su participación individual o conjunta en al menos uno de los mercados relevantes es igual o superior al 20%¹¹, el trámite a seguir será el de la preevaluación.

En todo caso, al momento de implementar la SAS tenga en cuenta:

- ▶ En la creación de la SAS y la elaboración de los demás documentos re-

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

La implementación de la Fase 2 del Proyecto constituiría, en lugar de un simple acuerdo de colaboración entre competidores, una integración empresarial sujeta al control ex ante de la SIC.

levantes se garantice que mediante la SAS los competidores únicamente unificarán la línea de negocios para la exportación de los productos; y, que se establezcan controles para mitigar el riesgo derivado del intercambio de información entre competidores.

- ▶ Que en caso en que sea aplicable, se haya realizado el agotamiento del procedimiento de control previo de integraciones empresariales.
- ▶ Que la constitución y puesta en marcha de la SAS sea realizada bajo los estrictos parámetros contenidos en los documentos relevantes.

Actuaciones para mitigar riesgos de competencia en las Fases 1 y 2, derivados de los intercambios de información entre competidores

La información que se considera relevante es aquella relacionada con la participación de los competidores partícipes del consorcio en el mercado nacional, o con cualquier actividad que pueda tener alguna incidencia o efectos en el mercado nacional (v.gr. la producción conjunta de nuevos productos, no solo para el mercado de exportación sino también para el mercado nacional).

Teniendo en cuenta estos riesgos que se generan relacionados con los intercambios de información a través de la constitución de la SAS y puesta en fun-



cionamiento de la misma a través de las Fases 1 y 2, resulta de especial relevancia que mediante los documentos relevantes se definan de manera expresa, controles para garantizar que no se realizarán intercambios de información entre los competidores partícipes del consorcio de exportación, que pudieran llegar a afectar sus conductas en los mercados nacionales.

A manera de ejemplo, se deben establecer controles para que:

- ▶ La información que se intercambie entre competidores únicamente sea aquella relacionada con la exportación de los productos, es decir, conocimientos sobre exportación;
- ▶ La información que se intercambie nunca puede versar sobre variables competitivas que afecten el mercado nacional como precios actuales o

futuros, cantidades, clientes nacionales o estrategias de comercialización en el mercado nacional; y

- ▶ Exista una clara división al interior de cada una de las empresas competidoras, para que cualquier información que se llegue a conocer en virtud del funcionamiento del consorcio (v.gr. para efectos de la compra o producción conjunta), no sea conocida por las áreas o departamentos encargadas de determinar condiciones de precios, cantidades o estrategias comerciales para la participación de estas empresas en el mercado nacional.
- ▶ Estos controles, tal y como se puede evidenciar de los flujogramas anteriores, deben ser dispuestos en los documentos relevantes de la SAS para cada una de las dos fases.

5 Cómo usar los Documentos Tipo

En esta sección, Colombia Productiva le recuerda que tiene a su disposición los principales documentos necesarios para la formalización de las ACE y le indica algunas instrucciones.

Documentos disponibles

Colombia Productiva pone a su disposición una Propuesta de Estatutos, del Acuerdo de Accionistas y del Acuerdo de Colaboración Empresarial, así como las principales modificaciones previstas a los mismos de acuerdo a las dos etapas de implementación propuestas.

Podrá acceder a los archivos en formato Word haciendo click en el ícono de cada

documento, o desde la página web de Colombia Productiva.

Colombia Productiva le recomienda consultar frecuentemente las versiones de cada uno de los documentos, pues los mismos son actualizados de acuerdo a los cambios previstos en la normativa.

Estos archivos contienen espacios en blanco, los cuales usted debe diligenciar de acuerdo a las particularidades de las empresas que conformen la ACE. Asimismo, en algunos casos incluye algunas recomendaciones para que de acuerdo a la situación concreta, tome la que considere la mejor decisión.



**Estatutos
Fase I**



**Acuerdo de
accionistas**



**Acuerdo de
colaboración
empresarial**



**Modificación
Estatutos**



**Estatutos
Fase II**



Somos su aliado para producir más,
con mejor calidad y mayor valor agregado.

www.colombiaproductiva.com

  @ColombiaProductiva  @Col_Productiva  Colombia Productiva



Escanee este código para acceder a
www.colombiaproductiva.com/ptp-capacita/publicaciones



~ 2 0 2 2 ~