

Oficio 220-065557 Del 22 de Agosto de 2012

Referencia: Sucursales extranjeras enajenación y fusión. - 2012-01-155813

Me refiero a su escrito radicado con el número de la referencia, a través del cual consulta algunos procedimientos e integraciones suscitadas frente a sucursales extranjeras. Sobre el particular y antes de entrar a resolver los temas, es importante tener en cuenta que los conceptos que la Superintendencia emite en atención a las consultas formuladas sobre las materias de su competencia, tienen sentido general y abstracto y en esa medida no tiene carácter vinculante, ni comprometen la responsabilidad de la misma.

Aclarado lo anterior, y frente a las hipótesis planteadas se hace necesario responder las inquietudes por temas, para una mayor comprensión y evaluación posterior de las mismas por parte del consultante:

1. ¿Cuál es el procedimiento legal a seguir en Colombia para realizar, registrar y perfeccionar la enajenación de una sucursal extranjera y si es necesario proceder a la liquidación de la sucursal.?

Sobre el particular, esta Entidad se ha pronunciado recientemente, a través de Oficio 220-020495, 02 de Abril de 2012 , en el siguiente sentido:

()

Las consideraciones efectuadas, constituyen el fundamento para formular la conclusión del Despacho, en el sentido de afirmar que la cesión o el traspaso de los activos y pasivos afectos a la sucursal en Colombia por parte de la casa matriz a otra sociedad extranjera, podría constituir un mecanismo viable para obviar la liquidación de la sucursal incorporada en el país, en la medida en que tal decisión se lleve a cabo cumpliendo el procedimiento legal previsto para la venta del establecimiento de comercio, previsto en los artículos 525 y siguientes del Código de Comercio.

Por tanto, tal determinación implica (en Colombia) la realización de una escritura pública o documento privado, instrumento que deberá especificar todas las relaciones patrimoniales tangibles e intangibles de la sociedad en el país, por las que debe responder la sociedad cesionaria; protocolizar en Colombia el documento de fundación de la sociedad matriz cesionaria, sus estatutos, la constancia expedida por el Cónsul de Colombia en ese país en el que se exprese que la sociedad existe y ejerce su objeto conforme a las leyes de ese país; y a su vez, modificar la Resolución de Incorporación, en lo que se refiere al nombre, ítem que no se transfiere a la sociedad adquirente, por virtud de la cesión de activos y pasivos planteada además del evidente cambio en el titular de la inversión (artículo 480, del Código de Comercio) ()

2. ¿Se puede convertir la sociedad de sucursal extranjera en una sucursal y/o establecimiento de comercio de una sociedad nacional?

Frente a la pregunta, indudablemente la sucursal extranjera adquirida por una sociedad nacional, no se denomina sucursal extranjera, y pierde el régimen especial que le era comunicado por tal efecto. Por tanto, si la sucursal es adquirida por una sociedad nacional pierde su calidad de extranjera y deja de aplicarse la regulación especial.

3. ¿Cuál es el procedimiento legal que debe seguir la sucursal extranjera, frente a la fusión entre sociedades extranjeras para realizar, perfeccionar y registrar una fusión?

Como quiera que para la hipótesis planteada la fusión no se realiza en territorio Nacional, la Integración se registrará por las leyes del país correspondiente, respecto a la sucursal extranjera involucrada en el proceso de fusión, deberá modificarse la Resolución o acto que acordó el establecimiento de la sucursal en el territorio Nacional conforme lo establece el artículo 479 del Código de Comercio, aclarando en el ítem correspondiente que la sociedad adquirente en virtud del proceso de fusión es ahora la casa principal de la sucursal extranjera, situación que deberá registrarse en el registro mercantil de la sucursal (Artículo 484 ibídem).

4. ¿Es necesario que la sociedad extranjera absorbente constituya una nueva sucursal?

Salvo que las leyes que regulan el proceso de fusión de las sociedades extranjeras, determinen otra cosa, para nuestra legislación el proceso de fusión Independientemente de la forma jurídica elegida (creación o absorción), desde un punto vista económico, supone la adquisición del patrimonio de la sociedad absorbida, por consiguiente, como se señaló, corresponde a la casa principal absorbente actualizar los registros conforme lo determinan los artículo 479 y siguientes del Código de Comercio, para que se establezca con claridad el origen y la vinculación de la sucursal extranjera con esta última.

5. ¿El proceso de fusión entre sociedades extranjeras conlleva la liquidación de la sucursal extranjera?

Esta situación depende de las estipulaciones acordadas por las partes según las leyes que regulan los procesos de fusión en un determinado país, en nuestra legislación la cesión o el traspaso de los activos y pasivos afectos a la sucursal en Colombia por parte de la casa matriz a otra sociedad extranjera, podría constituir un mecanismo viable para obviar la liquidación de la sucursal incorporada en el país, en la medida en que tal decisión se lleve a cabo cumpliendo el procedimiento legal previsto para la venta del establecimiento de comercio, previsto en los artículos 525 y siguientes del Código de comercio.

6. ¿Cuál es el procedimiento legal que debe realizar la sucursal extranjera y la sociedad Colombiana para legalizar y perfeccionar la fusión efectuada de esta última Con la sociedad extranjera?

A. Respecto a la fusión planteada en la hipótesis, es importante traer a colación el oficio 220-16478 del 30 de agosto de 1994, mediante el cual este Despacho resolvió las dudas planteadas en torno a la fusión entre una sociedad extranjera y una sociedad colombiana, concluyendo que a la luz del ordenamiento jurídico colombiano dicha operación es perfectamente viable, siempre que entre otros se cumplan en Colombia los requisitos previstos en los artículos 172 y siguientes del Código de Comercio, sobre el particular esta Entidad señaló:

Y es que pese a su antagonismo con la fusión, tiene con ella notorias similitudes, en tanto ambas pertenecen al género de las reformas estatutarias de reorganización empresarial y como tal, presentan un evidente paralelismo, según la forma como se concibió la figura en ley 222 de 1995, que si bien no la creó ni la introdujo al país, sí hizo de ella un expreso reconocimiento normativo, el cual comprende una regulación completa y detallada que define las modalidades concretas, a la vez que establece de manera análoga el procedimiento para llevarlas a cabo y las correspondientes garantías.

En primer lugar, no se conoce en nuestro sistema legal positivo, disposición o principio que prescriba la reforma en comento cuando el acuerdo o compromiso de fusión haya de celebrarse por sociedades colombianas con extranjeras, coligiéndose, por ende, su permisividad en ausencia de la correlativa prohibición.

En segundo lugar, el ámbito de aplicación del régimen mercantil, particularmente el relativo a las normas sobre fusión, no se circunscribe únicamente a las sociedades comerciales colombianas, habida cuenta que el legislador, (artículo 1, 172 y siguientes del Código de Comercio), no limita el alcance de la misma en razón de la nacionalidad de los sujetos; mal podría el intérprete (artículo 27 del Código Civil), entonces, restringir su órbita de injerencia respecto de las extranjeras.

Por el contrario, el estatuto mercantil, lejos de discriminar o descartar en su reglamentación a las sociedades extranjeras, establece en el Título VIII de su Libro Segundo normas claras que regulan y determinan la forma como ellas pueden actuar en nuestro país, señalando además el artículo 497 ídem que en lo no previsto en dicho título, tales sociedades deberán sujetarse a las reglas generales aplicables a las compañías colombianas, salvo en cuanto estuvieren sometidas a normas especiales.

Por otra parte, a fin de determinar la normatividad aplicable al asunto en estudio y en atención a los postulados insertos en los artículos 18, 20 y 21 del Código Civil y en los Tratados Internacionales de Derecho Civil y Comercial firmados en Montevideo en 1.889 aprobados por la ley 33 de 1.992, en términos generales, resulta claro que: la existencia y capacidad de las personas jurídicas, la forma y las relaciones del contrato social y, por ende, las reformas al mismo, sujetarán a la ley vigente de lugar donde hayan sido reconocidas como tales o tengan sus domicilios comerciales.

Siendo ello así y como quiera que la fusión constituye no sólo una reforma al contrato social, según lo preceptúa el artículo 162 del Código de Comercio, sino que también implica la terminación de la existencia de la persona jurídica absorbida (artículo 172 ídem), deberán observarse, de preferencia e indefectiblemente, en toda su extensión, las normas consagradas en nuestra legislación mercantil sobre la materia, habida cuenta que el domicilio de la absorbida se encuentra ubicado en Colombia, sin perjuicio que la sociedad extranjera haya de cumplir, además, con las reglas correspondientes del país de su domicilio comercial, en lo que sea pertinente .

(...).

B. Respecto a la sucursal extranjera, como se manifestó, supone para los efectos legales que al tratarse de un conjunto de bienes organizados y al pertenecer a una persona jurídica es un establecimiento de comercio o sucursal dependiendo la denominación y el alcance que quiera dársele de manera privada por quienes intervienen en el acta de adquisición. (Artículos 263, 515 y siguientes del Código de Comercio), situación que debe aclararse en el certificado de existencia y representación legal.

7. ¿Cuál es el procedimiento legal que debe realizar la sucursal extranjera y la sociedad Colombiana para legalizar y perfeccionar la escisión efectuada de esta última Con la sociedad extranjera?

Sobre el particular es importante traer nuevamente a colación el Oficio 220-020495 02 de Abril de 2012

De lo expuesto se desprende que si bien en el caso objeto de estudio, la sociedad escíndete debe adelantar el correspondiente proceso de conformidad con la ley que rija en el país donde tenga su domicilio, la participación de la sociedad colombiana en su carácter de beneficiaria, impone igualmente para que la operación cumpla la finalidad y surta los efectos que la legislación nacional prevé en los términos de los artículos 3º. y 55 de la citada Ley 222 de 1995, el cumplimiento de los requisitos y formalidades consagrados en relación con éstas.

Para ese fin ha de tenerse en cuenta que aún cuando la escisión en el escenario de la regulación colombiana, no fue expresamente definida, exige para ostentar tal carácter la presencia de dos elementos básicos como son, primero, la transferencia en bloque de una o varias partes del patrimonio de la escíndete

y segundo, la participación proporcional de los socios de la sociedad escindida, en el capital de la beneficiaria, salvo determinación unánime en contrario (Ver Oficio 100-73105, nov 19 de 1.995)

Ahora bien, aunque contrario a la fusión, la escisión supone una separación o división patrimonial que de por sí implica un efecto opuesto a la consolidación o integración, puede también comportar un fenómeno de integración patrimonial, como en efecto se presenta en la modalidad de la **escisión parcial** que se lleva a cabo con una sociedad beneficiaria preexistente al proceso, la que en particular se caracteriza por lo siguiente:

a) No hay disolución de la sociedad escidente.

b) Deriva una disminución del capital o de otras cuentas patrimoniales de la escidente, equivalente a la parte transferida.

c) Se surte un traspaso en bloque a favor de la beneficiaria, cuyo capital o patrimonio se incrementa proporcionalmente, y d) Los socios de la escidente adquieren acciones, cuotas o partes de interés en la sociedad beneficiaria.

Consecuente con lo anterior, se reitera entonces que en el régimen legal colombiano es viable la escisión en los términos propuestos, siempre que las sociedades participantes se sujeten en lo pertinente al procedimiento y respeten las garantías para acreedores y socios al efecto establecidas en los artículos 3º. Y siguientes de la Ley 222 de 1995 y demás normas concordantes, que en general comportan las siguientes fases:

1. Proyecto. Supone la elaboración del compromiso de escisión por parte de las sociedades participantes y consiguiente aprobación de los respectivos órganos sociales (art. 4º.)

2. Publicidad. Se surte mediante la publicación que los representantes legales de dichas sociedades efectúen en la forma indicada en el artículo 5 ídem, del aviso que contenga los requerimientos previstos en el artículo 174 del Código de Comercio; adicionalmente los representantes legales comunicarán el acuerdo a los acreedores sociales, bien mediante telegrama o cualquier otro medio idóneo.

3. Información a terceros acreedores. Con el fin de que los acreedores puedan exigir las garantías a que haya lugar, durante el término que señala el artículo 6 de la referida Ley, los administradores de las sociedades respectivas tendrán a su disposición en las oficinas donde este ubicado el domicilio principal, el proyecto de escisión.

4. Formalización. El acuerdo de escisión después de obtenidas la o las autorizaciones gubernamentales pertinentes, debe elevarse a escritura pública en la forma y términos indicados en el artículo 8 ídem.

Ahora, si con ocasión de la operación que se efectúe se deriva una inversión colombiana en el exterior o viceversa, será necesario dar cumplimiento a las normas pertinentes del régimen cambiario. □

Respecto a la sucursal extranjera y para hacer claridad frente a los temas relativos a la fusión y escisión, es importante señalar que estos procesos de integración se producen respecto de personas jurídicas, sin que esa medida sea extensiva a las sucursales extranjeras, entes que pueden ser objeto de cesión o aporte.

Para una información completa sobre el trámite y los requisitos que proceden frente a esta Superintendencia, tratándose de los procesos de fusión o escisión en las que participen sociedades sujetas a su vigilancia o control, hay que estarse a lo dispuesto en la Circular Externa No. 07 del 19 de diciembre de 2001, así como a la Circular 001 de 2007, por la que establece el Régimen de Autorización General, la cual en su numeral 3., Punto 3., dispone que se deberá solicitar autorización previa cuando □ □La sociedad absorbente o la resultante de la escisión sea una sociedad extranjera□.

Para mayor información e ilustración sobre éste y otros temas societarios, se sugiere consultar la página de Internet (www.supersociedades.gov.co) o examinar los libros de Doctrinas y Conceptos Jurídicos y Contables publicados por la Entidad.

En los anteriores términos ha sido resuelta su consulta, no sin antes manifestarle que la misma fue tramitada dentro del plazo legal y con los efectos contemplados en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.