

OFICIO 220-114329 DEL 27 DE JULIO DE 2018

REF.: ASPECTOS SOBRE LAS SUCURSALES DE SOCIEDAD EXTRANJERA.

Me refiero a la comunicación radicada en esta Superintendencia bajo el No. 2018-01-290752 del 18 de junio de 2018, mediante la cual formula una serie de preguntas relativas a unos hipotéticos hechos concernientes al cumplimiento de los requisitos legales que aplican a las sociedades extranjeras que pretendan desarrollar actividades en Colombia y, la constitución de sucursales de la mismas.

Al respecto, es del caso observar que en ejercicio de la facultad que a esta Entidad le asiste para resolver las consultas en los términos del artículo 28 del C. C. A., no le es dable pronunciarse sobre situaciones de carácter particular y concreto, menos tratándose de sociedades o sujetos cuyos antecedentes se desconoce, pues su propósito, no es otro que dar a conocer una opinión general y abstracta sobre las materias de su competencia, de manera que con los elementos de juicio que se aportan, el interesado pueda tomar las decisiones y/o adelantar las acciones a que hubiere lugar.

Así lo indicado, es de tener en cuenta que esta Superintendencia de tiempo atrás se ha ocupado sobre los temas motivo de su solicitud, así:

También, en cuanto se refiere al concepto de actividades permanentes, ha de estarse a lo previsto por el Código de Comercio, que en su artículo 474 hace la siguiente enumeración para efectos de la obligación de que trata el artículo 471 ibídem:

- "1) Abrir dentro del territorio de la República establecimientos mercantiles u oficinas de negocios aunque éstas solamente tengan un carácter técnico o de asesoría;
- 2) Intervenir como contratista en la ejecución de obras o en la prestación de servicios;
- 3) Participar en cualquier forma en actividades que tengan por objeto el manejo, aprovechamiento o inversión de fondos provenientes del ahorro privado;
- 4) Dedicarse a la industria extractiva en cualquiera de sus ramas o servicios;
- 5) Obtener del Estado colombiano una concesión o que ésta le hubiere sido cedida a cualquier título, o que en alguna forma participe en la explotación de la misma y,

6) El funcionamiento de sus asambleas de asociados, juntas directivas, gerencia o administración en el territorio nacional.”.

No obstante lo expuesto, acorde con las normas de interpretación de la ley, contenidas en el Código Civil y de Comercio, resulta claro que la enumeración realizada en el anterior artículo, es ilustrativa o enunciativa mas no taxativa, así lo ha sostenido esta Superintendencia de Sociedades en reiteradas ocasiones, pues en efecto, no cabe duda alguna que dentro de la dinámica de la actividad comercial y particularmente de los negocios, muchas son las actividades que pueden involucrar la permanencia en su desarrollo.

De acuerdo con la precisión que antecede, en cada caso habrá de procederse a examinar el objeto social a desarrollar por parte de la sociedad extranjera en Colombia.

Para el efecto, también la Superintendencia ha reiterado la necesidad de analizar la actividad en cuanto a su naturaleza, habitualidad, duración etc.; circunstancia que impone conjugar elementos como el de la perseverancia, estabilidad, duración e inmutabilidad, propios de la permanencia y necesarios para configurar los presupuestos legales requeridos para incorporar una sucursal al territorio nacional..”¹(...)

“(...

1 Superintendencia de Sociedades. Oficio No, 220-121536 (24 de Octubre de 2011). Asunto: Actividades permanentes. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/31879.pdf#search=actividad%20permanente%20sucursal%20de%20sociedad%20extranjera

Otra situación que debe dilucidarse para determinar si una actividad tiene el carácter de permanente, es si se adelantará en Colombia a través de mecanismos que permitan la representación directa de la sociedad extranjera en el país, ya que si se adelanta a través de otro tipo de contrato, por poner un ejemplo, a través de la agencia comercial (artículos 1320 y siguientes del Código de Comercio) a través del cual el agente actúa bajo su propia cuenta y riesgo, sin facultad alguna de representación de la sociedad extranjera, no estaremos frente a una actividad permanente, pues ésta no es desarrollada en forma directa por la sociedad foránea.

Para concluir, podemos deducir de lo expuesto que las actividades permanentes implican la asunción directa del desarrollo de la actividad principal de la sociedad extranjera por parte de esta misma, como lo sería a través de un contrato de mandato con representación, caso en el cual ésta se encuentra obligada a

establecer una sucursal en el país en los términos de los artículos 472 y siguientes.(...)”².

En este orden de ideas es claro que en cada caso el interesado debe evaluar si en las circunstancias particulares, la actividad a ejercer por parte de la sociedad extranjera, tiene el componente de actividad permanente, en el entendido que las actividades relacionadas en el artículo 474 del Código de Comercio, como se indicó, son meramente enunciativas, por lo cual se pueden contemplar otras actividades de esa índole.

En cuanto a la segunda inquietud, de la “primera pregunta”, la Entidad ya ha precisado anteriormente que bien puede inferirse que las actividades permanentes implican una asunción directa del desarrollo de la actividad principal de la sociedad extranjera, como el contrato de mandato con representación, razón por la cual se vería obligada a constituir la respectiva sucursal:

“El concepto en mención, responde a la inquietud formulada entonces, frente al hecho, de si suscribir un contrato de mandato para la administración de bienes en Colombia por parte de una empresa extranjera a una nacional, constituye actividad permanente, supuesto a partir del se emite una opinión general, que no compromete la responsabilidad de la Entidad.

² Superintendencia de Sociedades. Oficio No, 220-128669 (23 de junio de 2016). Asunto: Obligatoriedad de incorporar una sucursal cuando la sociedad extranjera se propone realizar negocios permanentes en el país. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-128669.pdf#search=SUCURSAL%20SOCIEDAD%20EXTRANJERA%20ACTIVIDAD%20PERMANENTE

A ese propósito el concepto citado concluyó lo siguiente: “podemos deducir de lo expuesto que las actividades permanentes implican asunción directa del desarrollo de la actividad principal de la sociedad extranjera por parte de esta misma, como lo sería a través de un contrato de mandato con representación, caso en el cual ésta se encuentra obligada a establecer una sucursal en el país en los términos de los artículos 472 y siguientes”.

Así pues, frente a su consulta, es dable afirmar que el oficio al que la misma alude, no ha sido modificado, ni su contenido rectificado, puesto que los lineamientos expuestos, son acordes con las mismas normas vigentes sobre la actividad permanente y la obligación de incorporar sucursal de sociedad extranjera, como lo confirman los oficios y 220-098155 del 7 de junio de 2016, 220-082383 del 20 de abril de 20173.

De otro lado, frente a la segunda inquietud, basta reiterar que el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 469 y siguientes del Código de comercio,

son obligatorios para el establecimiento de sucursales de sociedades extranjeras, sin perjuicio de los requisitos adicionales a que haya lugar como de usos del suelo (Decreto 3600 de 2007 y demás normas concordantes) y/o permisos especiales que se requieran dependiendo del bien o servicio a prestar, los cuales deberán tramitarse ante la entidad competente. De ahí que no sea viable referirse a la "tercera pregunta".-

A la "cuarta pregunta", es pertinente observar que de acuerdo con el numeral 3 del artículo 86 de la Ley 222 de 1995, es función de la Superintendencia de Sociedades, imponer sanciones o multas, sucesivas o no, hasta de doscientos salarios mínimos mensuales legales vigentes, cualquiera que sea el caso, a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos.

En cuanto a la "quinta pregunta", se tiene que el artículo 12 del Código de Comercio establece que toda persona que según las leyes tenga capacidad para contratar y obligarse, es hábil para ejercer el comercio. A su turno el artículo 633 del Código Civil dispone que se denomina persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Colegido de lo anterior, el artículo 469 del Código de Comercio señala que son sociedades extranjeras todas aquellas constituidas, conforme la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior.

3 Superintendencia de Sociedades. Oficio No, 220-202138 (15 de septiembre de 2017). Asunto: Actividad permanente. Sucursal de sociedad extranjera. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-202138%20DEL%2015%20DE%20SEPTIEMBRE%20DE%202017.pdf#search=actividad%20permanente

Es de observar que según la regla general un contrato suscrito con una sociedad extranjera, debidamente constituida con arreglo de las leyes del país determinado será válido, no obstante que la aplicación de las cláusulas contractuales correspondientes deberán definirse de acuerdo con las reglas de aplicación de la ley territorial o extraterritorial, como lo ha mencionado la jurisprudencia en diferentes oportunidades:

“(…)

En relación con el alcance del principio de territorialidad de la ley y sus excepciones, dijo esta Corte en sentencia T-1157 de 2000:

El principio de la territorialidad de la ley es consustancial con la soberanía que ejercen los Estados dentro de su territorio; de este modo cada Estado puede expedir normas y hacerlas aplicar dentro de los confines de su territorio. El mencionado principio se encuentra morigerado con las siguientes excepciones: i)

los colombianos residentes o domiciliados en el extranjero permanecerán sujetos a la ley colombiana, en lo relativo al estado civil, a su capacidad, a la determinación de derechos y obligaciones de familias, en la medida que se trate de ejecutar actos que deban tener efectos en Colombia; ii) todo lo concerniente a los bienes, en razón de que hacen parte del territorio nacional y se vinculan con los derechos de soberanía, se rigen por la ley colombiana, a partir de la norma contenida en el art. 20 del Código Civil, que aun cuando referida a los bienes en cuya propiedad tiene interés o derecho la Nación es aplicable, en general, a toda relación jurídica referida a los bienes ubicados dentro del territorio nacional; iii) la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados.

Así mismo, en sentencia C-395 de 2002 expresó la Corporación:

(...)

Ahora bien, tal como lo observa la doctrina colombiana, el principio de la territorialidad de la ley reviste un sentido absoluto en varios artículos del Código Civil, a saber: (i) por virtud de su artículo 18 la ley colombiana es de obligatoria observancia tanto para los nacionales como para los extranjeros residentes en este país; (ii) conforme al primer inciso del artículo 20 los bienes situados en territorio colombiano (*lex rei sitae*) se sujetan a las disposiciones de este código; (iii) la misma regla opera en relación con los contratos celebrados en país extraño sobre bienes situados en Colombia o que deban ejecutarse o producir efectos en el territorio nacional (*lex loci solutionis*); (iv) igualmente se sujetan a este código los actos jurídicos celebrados en Colombia (*locus regit actum*), en cuanto a sus formalidades, contenido, validez y naturaleza, según el artículo 21 *ibídem*.

(...)

A manera de conclusión se tiene que las reglas de conflicto están contenidas en el ordenamiento nacional en los artículos 18, 19, 20, 21 del Código Civil y 38 de la ley 153 de 1887. En este sentido:

El artículo 18 del Código Civil, con base en el criterio de la residencia, consagra el principio de la territorialidad absoluta de la ley colombiana, como obligatoria para nacionales y extranjeros.

El artículo 19 del Código Civil, con base en el criterio de la nacionalidad, consagra el principio de la extraterritorialidad de la ley colombiana, en relación con los colombianos, residentes o domiciliados, en país extranjero, respecto del estado civil, de la capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en el

territorio colombiano y de obligaciones y derechos provenientes de las relaciones de familia.

El artículo 20 inciso 1º del Código Civil, con base en el criterio del lugar de ubicación (*lex rei sitae*), consagra el principio de la territorialidad absoluta de la ley colombiana en relación con los bienes muebles e inmuebles, sean de propiedad de nacionales o extranjeros y respecto de lo cual tenga interés o derecho la nación.

El artículo 20 inciso 2º del Código Civil, con base en el criterio del lugar de celebración de los contratos (*lex loci contractus*) permite la aplicación de la ley extranjera a los contratos celebrados válidamente en país extraño, en cuanto no versen sobre bienes situados en Colombia.

El artículo 20 inciso 3º del Código Civil, con base en el criterio del lugar de ejecución del contrato (*lex loci solutionis*), señala que si el contrato se debe cumplir en el territorio colombiano o genera efectos que le sean inherentes a los derechos e intereses de la nación, se aplicará la ley colombiana.

El artículo 21 del Código Civil y el artículo 38 de la ley 153 de 1887, con base en el principio del lugar de celebración (*locus regit actum*), remite la solución de fondo respecto de la forma de los instrumentos públicos a la ley del país en los que éstos hayan sido otorgados.

(...)

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

En consonancia con el criterio del lugar de celebración de los contratos (*lex loci contractus*), el inciso se erige sobre el respeto a la aplicación de la norma extranjera en relación con los contratos celebrados en el exterior por representantes del Estado Colombiano, lo cual entraña clara armonía con el principio de soberanía nacional que a cada Estado le corresponde, pues, siendo Colombia un Estado Social de Derecho, lo lógico y jurídico es que la soberanía que legítimamente invoca para expedir y aplicar sus normas de contratación no se la puede negar a otros Estados. Así mismo, con apoyo en el criterio del lugar de ejecución de los contratos (*lex loci solutionis*), la norma deja al arbitrio de las partes la aplicación del régimen extranjero en la ejecución de los contratos suscritos en el exterior, siempre que tal ejecución no se realice en Colombia. Por lo mismo, cuando el contrato suscrito en el extranjero deba ejecutarse en Colombia, forzoso será darle aplicación a la legislación colombiana, de

conformidad con el criterio del lugar de ejecución del contrato. Lo cual no atenta contra ningún canon constitucional, antes bien, reivindica la primacía de la normatividad contractual interna en la ejecución en Colombia de contratos celebrados en el exterior. Por contraposición, la preceptiva extranjera sólo es aplicable en la ejecución que se haga en el exterior de un contrato celebrado también en el exterior.”⁴

Al respecto de la última inquietud, atinente al tema de la representación en Colombia de la sociedad extranjera, es de indicar frente a cada caso particular, deberá cumplirse con la normativa correspondiente tal como la nacionalidad del representante legal, según lo establecen los artículos 472 y 473 del Código de Comercio.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los alcances descritos en los artículos 14 y 28 la Ley 1755 de 2015, no sin antes señalar que en la Página WEB de ésta entidad puede consultar directamente la

⁴ Corte Constitucional. M.P. Doctor Jaime Araujo Rentería. Sentencia C-294 (16 de marzo de 2004). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-249-04.htm>

normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros.