OFICIO 220-134252 DEL 30 DE AGOSTO DE 2018

REF: NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA.- ARBITRAJE INTERNACIONAL.

Me refiero a su comunicación radicada con el número 2018-01-324621, mediante la cual expone una serie de consideraciones previas relativas a la naturaleza jurídica de las sucursal de sociedad extranjera en el marco de la normatividad nacional y las reglas que sobre arbitraje internacional establecidas por el Estatuto Arbitral, para luego a partir de la hipótesis que al efecto plantea, formular las siguientes preguntas:

En virtud de lo establecido en literal (a) del artículo 62 de la Ley 1563 de 2012, de la definición legal y jurisprudencial de la sucursal y de los atributos de la personalidad:

- (i) ¿Es la sucursal de una sociedad extranjera un sujeto de derechos?
¿Posee personería jurídica propia y diferente a la de su matriz en el exterior?
- (ji) ¿Qué implica la representación legal de las sucursales de sociedades extranjeras? ¿Obliga a la sucursal o a la matriz en el exterior?
- (ii) ¿El trámite del arbitraje iniciado por A contra B deberá ser internacional?

Aunque es sabido, debe reiterarse que de acuerdo con las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el derecho de petición en la modalidad de consulta, tiene por objeto conocer un concepto u opinión general de la Entidad sobre las materias a su cargo, sin que las respuestas en esta instancia se dirijan a resolver situaciones de carácter particular y concreto, menos a implementar soluciones o prestar asesoría para los conflictos jurídicos que ventilen los profesionales en el manejo de los asuntos a su cargo, como quiera que se trata de una labor eminentemente pedagógica que busca proporcionar una ilustración general.

En esa medida y teniendo en cuenta que esta Superintendencia se ha pronunciado en extenso sobre el concepto de la sucursal de sociedad extranjera y su tratamiento a la luz de la ley colombiana, antes que una respuesta puntual a sus interrogantes, procede remitirse a algunos de los conceptos que ilustran sobre la doctrina de la Entidad en torno al tema el tema.

A propósito de los alcances de artículos 469 y SS del Código de Comercio, el oficio 220-51034 del 11 de agosto de 2003, expresó lo siguiente:

"Al respecto, es preciso observar que conforme con lo dispuesto por el artículo 471 del Código de Comercio, para que una sociedad extranjera pueda emprender

negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional, para lo cual deberá protocolizar en una notaría del lugar elegido para su domicilio en el país, copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, la Resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes”

A su vez, el artículo 486 ibídem dispone que la existencia de las sociedades domiciliadas en el exterior y de las cláusulas de los estatutos, así como la personería de sus representantes, se probarán mediante certificado de la Cámara de Comercio.

Las normas citadas permiten colegir que la primera obligación de las sociedades con domicilio principal en el exterior que realicen actividades permanentes en Colombia, es incorporar una sucursal en el país, exigencia que confirma el artículo 474 ibídem, cuando en forma ilustrativa señala algunos supuestos que determinan la realización de actividades permanentes en el país, entre los que prevé el de abrir dentro del territorio de la República establecimientos mercantiles u oficinas de negocios aunque éstas solamente tengan un carácter técnico o de asesoría.

En este orden de ideas, se tiene que aún en los casos en que las oficinas de negocios o los establecimientos de comercio abiertos por la sociedad extranjera sean varios y/o se encuentren en distintos lugares del país, su deber es abrir solo una sucursal a la que se le fijará como domicilio un lugar dentro del territorio nacional”(la negrilla no es del texto).

Analizando la imposibilidad de establecer más de una sucursal en el territorio nacional, se tuvo en cuenta lo siguiente:

“5. El criterio de la especialidad: Tal como se indicó en el punto III del presente oficio, el ordenamiento jurídico colombiano consagró en el Título VIII del Libro II del Código de Comercio un régimen especial para las sociedades extranjeras y por ende para las sucursales a través de las cuales aquellas emprenden negocios permanentes en el territorio nacional. De allí que si bien la sucursal reciba el tratamiento de un establecimiento de comercio, se ha de indicar que es un establecimiento de comercio que reviste ciertas particularidades que lo diferencian de la simple noción de establecimiento de comercio contenida en el artículo 515 del Estatuto Mercantil. Prueba de ello es que el legislador hubiere consagrado como causal de terminación de los negocios en el país, el hecho de que el capital asignado a la sucursal disminuya en un cincuenta por ciento (50%) o más (artículo 490 C.Co), así como la circunstancia de que las sucursales de compañías extranjeras puedan acudir al trámite de procesos concursales, hoy en día al régimen de insolvencia (artículos 492 C.Co y 2º Ley 1116 de 2006).

Ratifica lo antes señalado el hecho de que el artículo 497 del Código de Comercio, determine que a las sucursales de sociedades extranjeras se les apliquen sin perjuicio de lo pactado en tratados o convenios internacionales, las disposiciones

del Título VIII del Libro II del mencionado Código, y ante la falta de previsión en dicho Título las normas sobre sociedades comerciales, lo que denota el carácter subsidiario y supletivo de estas previsiones legales en lo que a sucursales de compañías extranjeras se refiere. Las razones precedentes llevan de una parte a la conclusión de que fue la propia ley la que estableció las diferencias entre sucursales de sociedades extranjeras y sucursales como simples establecimientos de comercio.”

Así pues, del hecho que las disposiciones legales previstas para las sociedades colombianas se apliquen a las sucursales de sociedades extranjeras en forma subsidiaria y supletiva, se infiere claramente que la SUCURSAL NO ES UN MERO ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO, en los términos del artículo 263 del Código de Comercio, pues a diferencia de éstos, la sucursal de sociedad extranjera que efectivamente carece de personería jurídica, como atributo autónomo, es la misma persona jurídica matriz, lo que explica que los actos que ella desarrolla son ejecutados en nombre de la matriz respectiva.

De ahí que los derechos y obligaciones de la sucursal, derivados de las relaciones jurídicas que establezca, son los mismos de la sociedad domiciliada en el exterior, cuyo administrador como se ha dicho, tiene facultades para representarla legalmente.

En ese orden de ideas es dable inferir en concepto de este Despacho, que si bien es cierto, cuando la sociedad extranjera acuerde incorporar en Colombia una sucursal, debe fijar en el territorio nacional un lugar de domicilio donde haya de desarrollar sus actividades y negocios en los términos del numeral 2º, Artículo 472 del Código de Comercio, que necesariamente corresponda al lugar que se determine en la Resolución respectiva, el domicilio, entendido como atributo de la personalidad jurídica, se reputa es de la sociedad extranjera, distinto al domicilio de la sucursal, que para los efectos referidos a la ley colombiana representaría en lo pertinente “el lugar en que funciona la sede oficial de una sociedad a la que se envían los documentos comerciales u oficiales y en la que se reciben las notificaciones legales y en la que, en interpretación del artículo 127 del Decreto 2649 de 1993, deben exhibirse los libros de comercio...” (Oficio 220-065565 del 22 de agosto de 2012).

Sobre el particular ilustra la cita que efectúa el concepto emitido mediante Oficio 100-141640 del 14 de Julio de 2016, sobre la figura de la Redomiciliación de Sociedades Extranjeras (3 José Gabino Pinzón, Sociedades Comerciales, Bogotá, Editorial Temis, 1997, pág. 24)

“Por lo demás, como se explicará en detalle más adelante, las sociedades cuentan con el atributo de la nacionalidad, cuya determinación depende de diversos factores, sobre los cuales se ha pronunciado la doctrina. Sobre este particular expresa el tratadista Gabino Pinzón que, “según el lugar de origen, la sociedad comercial puede ser nacional o puede ser extranjera; de acuerdo con su domicilio principal y con la ley de su formación, al tenor del artículo 469 del Código. De esta

manera, con el título VII del libro segundo del Código ha quedado resuelta en forma favorable la discusión sobre la nacionalidad de las sociedades comerciales. Porque estas, como personas jurídicas, pueden tener una nacionalidad por la razón misma de que pueden o deben tener un domicilio. Así es como, al vincular una sociedad a un territorio determinado y someterla a las leyes que rigen en él, se dispone de un criterio cierto y obligatorio para juzgar de la validez de su constitución y para conocer su régimen legal de funcionamiento... “ .

Las consideraciones anteriores, amén de la doctrina expuesta entre otros en los conceptos citados, cuyo texto completo puede consultar en la Página web, www.supersociedades.gov.co, le proporcionaran elementos importantes para absolver las dos primeras inquietudes, al paso que la tercera, que no es del resorte de esta Entidad, habrá de ser resuelta con la autoridad privativa que le asiste, al mismo tribunal arbitral que sea convocado para conocer de la controversia motivo de su interés, en atención a las circunstancias de orden particular, y con sujeción a las reglas imperativas que de manera expresa establece la Ley 1563 de 2012, en particular las que señala el artículo 62 ibidem, en concordancia con las disposiciones del Código General del Proceso.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con los alcances de los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes reiterar que en la P. Web puede acceder a la normatividad, la doctrina y la jurisprudencia entre otros.