

Oficio 220-121670 Del 3 de octubre de 2009

ASUNTO: Sociedad Extranjera - Negocios y actividad permanente.

Me refiero a sus comunicaciones radicadas con los números 2009-01-246937, suscrita por la doctora Torres y 2009-01-267836, suscrita conjuntamente. mediante las cuales formulan las siguientes consultas:

Jurídicamente y teniendo en cuenta lo descrito en la Ley 222 de 1995, se puede afirmar que una sociedad extranjera sin sucursal, ni establecimiento de comercio en el territorio nacional, ejerce actividades y negocios en Colombia a través de sus subsidiarias?

Jurídicamente como se prueba que una sociedad extranjera tiene actividades y negocios en el territorio colombiano, si no realiza actividades de carácter permanente y no tiene sucursales ni establecimientos de comercio?

Como se puede probar que existe la unidad de propósito y dirección a que hace mención la ley 222 de 1995?

Para responder los interrogantes por usted planteados, es preciso tener en cuenta que la expresión **subsidiaria** a que hace referencia el **primer interrogante**, está definida en el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, en los siguientes términos: Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.

La figura objeto de análisis incluye la posibilidad por usted propuesta, en cuanto que una sociedad con domicilio principal en el exterior, sin sucursal ni establecimiento de comercio en Colombia, puede ejercer directamente el control sobre una sociedad en Colombia y a su vez, por conducto de la sociedad filial o con su concurso, la misma sociedad extranjera, podría ejercer control sobre otra sociedad, la que en este caso toma el nombre de subsidiaria de la sociedad extranjera.

Los presupuestos descritos por el artículos 261 del Código de Comercio, modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, constituyen unas pautas que el legislador a título ilustrativo señala como presupuestos para determinar la subordinación, la más común está descrita en el numeral 1º, en el que se establece lo siguiente: cuando más del cincuenta por cincuenta (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas o de las subordinadas de estas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

Así, una sociedad extranjera que tenga más del cincuenta por ciento de las acciones en una sociedad Colombiana, puede ejercer el control sobre otra u otras sociedades en Colombia, con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz. En este caso, la sociedad controlada se denomina subsidiaria.

Luego, en estricto sentido cuando una sociedad extranjera tiene una inversión directa en Colombia, a través de una subsidiaria o filial, no desarrolla por este hecho una actividad permanente, porque quien ejerce el objeto social, igual o similar a su principal inversionista, seguirá siendo la compañía nacional; por lo cual, no es jurídicamente apropiado señalar que la sociedad extranjera realiza una actividad permanente a través de una subsidiaria domiciliada en Colombia.

En cuanto al **segundo punto**, cabe precisar que las negaciones indefinidas no se prueban, por lo cual resultaría un imposible probar que una sociedad extranjera no tiene actividad permanente o establecimiento de comercio en el país, lo que habría que acreditar es justamente lo contrario, esto es, que reúne los requisitos para incorporar una sucursal a la luz del ordenamiento mercantil. Así, si una sociedad extranjera es requerida e indagada sobre si realiza actividades permanentes y responde que no, es al interesado en acreditar lo contrario a quien corresponde probarlo.

Ahora bien, si la pregunta está encaminada simplemente a verificar si la sociedad extranjera tiene inversiones, que no implican el desarrollo propiamente dicho de su objeto social y que por tanto no la obligan a incorporar sucursal y, simplemente, se quieren identificar tales operaciones, sería conveniente acudir al Banco de la República para identificarla por el nombre con el objeto de revisar los dineros que ha enviado al país para la compra de activos tales como inmuebles, participación directa en sociedades colombianas, compra de productos de origen colombiano, etc, operaciones que tuvieron que surtir el régimen propio de inversión extranjera en el país, registrándolas por los conductos para tal efecto establecidos, quedando por tanto en la base de datos de la entidad mencionada.

El análisis del **tercer tema**, relacionado con la unidad de propósito y dirección, debe hacerse desde la perspectiva de todas las entidades ligadas por una situación de vinculación, pues se requiere apreciar el conjunto para comprobar que además del animus societatis que supone la existencia de cada sociedad, existe una intención de los accionistas comunes de proyectar la operación de negocios a través de una pluralidad de

sociedades, en ese sentido es evidente que actúan por medio de un grupo de sociedades, cuyos elementos comunes las ubican en un nivel de control que trasciende la simple vinculación.

En todo caso, de acuerdo con el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, es al controlante, a quien le corresponde registrar la situación de control y/o de grupo empresarial; y en tal virtud, deberá determinar si además de la situación de control, en la proyección de los negocios existe unidad de propósito y dirección; en todo caso, la Superintendencia, en ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia y control, podrá practicar la respectiva investigación administrativa para determinar tal circunstancia, usando para ello todos los medios probatorios establecidos tales como declaraciones de parte, testimonios, inspecciones a los libros y papeles de los comerciantes, revisando las operaciones económicas entre ellas, los contratos, títulos valores; en fin valorando todo el acervo recolectado en el transcurso de la operación.

El examen de las pruebas procesales puede llevar a establecer si todas las compañías conducen su actividad en la búsqueda de una finalidad única determinada por los controlantes.

En los anteriores términos se ha atendido su consulta no sin antes manifestarle que el presente oficio tiene los alcances del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo. t