OFICIO 220-089420 DEL 1° JULIO DE 2021

ASUNTO: ACTOS DE COMERCIO - SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA.

Me refiero a su escrito radicado en ésta superintendencia con el número de la referencia, mediante el cual formula la siguiente consulta:

"(…)

II. HECHOS Y CONSIDERACIONES

2.1. Una sociedad extranjera (constituida y existente bajo las leyes de otro país) realiza inversión extranjera directa en inmuebles en Colombia. Dichas inversiones no implican una actividad permanente, sino que corresponden a operaciones particulares y concretas.
2.2. La normatividad colombiana no exige a las sociedades extranjeras la constitución de sucursal para poder realizar inversiones en inmuebles. Para ello cual basta cumplir con las disposiciones cambiarias sobre la materia para el registro de la inversión extranjera ante el Banco de la República.

2.3. El arrendamiento de bienes inmuebles propios no se considera como un acto de comercio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Código de Comercio, así como por la doctrina y la jurisprudencia (a la cual nos referiremos más adelante).

2.4. La sociedad extranjera crea un establecimiento permanente en Colombia para realizar actividades de gestión del arrendamiento de bienes inmuebles de los cuales es titular en el país, razón por la cual:

a) Incorpora un establecimiento de comercio (agencia) en Colombia.

b) Se inscribe en el Registro Único Tributario (RUT) y obtiene un NIT para cumplir con sus obligaciones tributarias como contribuyente de impuesto sobre la renta en Colombia, de conformidad con el artículo 20-2 del Estatuto Tributario.

c) Lleva contabilidad para poder cumplir con sus obligaciones tributarias como contribuyente de impuesto sobre la renta en Colombia, según lo dispuesto en el artículo 21- 1 del Estatuto Tributario.

IV. CONSULTA

(…)"

"4.1. ¿El arrendamiento de bienes inmuebles propios es un acto de comercio?"

"4.2. ¿El arrendamiento de bienes inmuebles propios por parte de una sociedad extranjera es una actividad permanente, que obliga a la sociedad extranjera a establecer una sucursal en Colombia?"

"4.3. ¿Un establecimiento permanente de una sociedad extranjera (diferente a una sucursal de sociedad extranjera) el cual se incorpora en Colombia a través de establecimiento de comercio (agencia) está obligado a llevar contabilidad financiera?"

"4.4. ¿Un establecimiento permanente de una sociedad extranjera (diferente a una sucursal de sociedad extranjera) el cual se incorpora en Colombia a través de establecimiento de comercio (agencia) está obligado a presentar ante la Superintendencia de Sociedades Estados Financieros?"

"4.5. ¿Un establecimiento permanente de una sociedad extranjera (diferente a una sucursal de sociedad extranjera) el cual se incorpora en Colombia a través de establecimiento de comercio (agencia) está obligado a pagar contribución a favor de la Superintendencia de Sociedades?"

En primer lugar, y previamente a responder sus inquietudes, debe señalarse que, en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ésta Superintendencia emite conceptos de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, y sus respuestas a las consultas no son vinculantes ni comprometen su responsabilidad.

También es procedente informarle, para efectos del conteo de términos en la atención de su consulta, que mediante el artículo 5º del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, expedido con ocasión de la emergencia sanitaria derivada del Coronavirus COVID-19 y mientras ésta se mantiene, el Gobierno Nacional amplió los términos para que entidades como esta superintendencia atiendan peticiones de consulta a treinta y cinco (35) días.

El caso a que se refiere su consulta es particular, por lo que esta Oficina no se referirá específicamente al mismo; no obstante, atendiendo el derecho del consultante a ser orientado sobre el tema que le resulta de interés, se expondrán algunas consideraciones generales sobre el asunto.

Sea lo primero determinar que las funciones que le fueron legalmente asignadas a ésta Superintendencia, se limitan a ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las sociedades comerciales en los términos establecidos en las normas vigentes, así como la inspección y vigilancia de otras entidades que ha determinado la ley y del cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera, inversión colombiana en el exterior y endeudamiento externo.

Conforme a lo expresado, en cuanto a la pregunta que corresponde al punto 4.1. de su consulta, esto es, si el acto de arrendamiento de bienes inmuebles sería de los considerados como mercantil por el artículo 20 del Código de Comercio, encuentra ésta Oficina que, si bien éste no aparece en los allí enlistados, lo cierto es que tampoco está contemplado dentro de los actos no mercantiles citados en el artículo 23 ídem.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 24 del referido estatuto mercantil, lo enlistado tanto el artículo 20 respecto de los actos mercantiles, como en el artículo 23 sobre actos no mercantiles tiene un carácter declarativo, por lo que en forma alguna estas normas limitarían la determinación de la naturaleza comercial o no comercial de un acto distinto de los enunciados. Al respecto, parte de la jurisprudencia y la doctrina, han reconocido la naturaleza civil del arrendamiento de inmuebles propios, justificándola en la omisión de su mención en el artículo 20 anotado, ausencia que bien se habría podido deber, no precisamente a resultar justificada su distinción de los fines lucrativos perseguidos en el arrendamiento de bienes muebles, actividad expresamente determinada por la norma como acto de comercio, sino más bien por la percepción de la escasa vocación comercial de los bienes inmuebles para la época de la expedición del Código de Comercio, lo que solo ha venido a revaluarse en tiempos más recientes, principalmente, a propósito del desarrollo jurisprudencial constitucional del concepto de la propiedad raíz devenido del espíritu de la nueva Constitución Política, que ha permitido mejores condiciones de acceso al crédito hipotecario.

Por tanto, aunque la posición predominante en la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha sido la de reconocer el arrendamiento de bienes inmuebles propios como un acto civil independientemente de la calidad de las partes, para ésta Entidad los análisis e interpretaciones relacionados con la naturaleza jurídica de la actividad de arrendamiento de inmuebles serán del resorte individual de cada operador jurídico en el caso concreto, dentro del contexto y marco de aplicación respectivo.

Respecto del punto 4.2, es del caso indicar que no es dable pronunciarnos sobre hechos concretos que eventualmente pueden ser objeto de investigación por parte de la Entidad, así que el pronunciamiento que éste Despacho realiza tiene carácter general, abstracto y no vinculante, en la medida en que se emite en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el hecho determinante de la obligación de incorporar una sucursal en el país **está directamente relacionado con el desarrollo de una**

actividad permanente, debe tenerse en cuenta que el legislador no definió la noción de permanencia, sino que se limitó, en el artículo 474 del Código de Comercio, a hacer una enunciación de los eventos dentro de los cuales se cumple éste presupuesto.

Es preciso señalar que deberán existir elementos de juicio suficientes para determinar en cada caso, los factores de permanencia que imponen la incorporación de una sucursal al país, pues en manera alguna, el análisis a realizar puede concretarse en dilucidar si la naturaleza de los actos a realizar en el país es de carácter civil o mercantil. En todo caso, es necesario insistir en que el artículo 474 del Código de Comercio, señala como **actividad de carácter permanente, la de abrir establecimientos mercantiles u oficinas de negocios dentro del territorio de la República**, aunque éstas solamente tengan un carácter técnico o de asesoría. En tal sentido, independientemente de la actividad que estos desarrollen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 470 del referido código, correspondería a la sociedad extranjera que desarrolle dicha actividad el establecimiento de una sucursal para emprender negocios permanentes en Colombia.

Consecuente con lo expresado, en respuesta a los puntos 4.3 y 4.4, y de acuerdo con lo manifestado por el doctrinante Gustavo Pardo, por usted citado en su escrito de consulta, si un establecimiento permanente opera bajo la modalidad de sucursal, tendrá de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 488 del Código de Comercio, la obligación de llevar en libros registrados en la misma cámara de comercio de su domicilio, en el idioma español, la contabilidad de los negocios que celebre en el país, con sujeción a las leyes nacionales.

Así mismo, enviará a la correspondiente superintendencia y a la misma cámara de comercio copia de un balance general, por lo menos al final de cada ejercicio. (artículo 34 de la Ley 222 de 1995).

La obligatoriedad de enviar información financiera a ésta Superintendencia, está sujeta al grado de supervisión en el que se encuentre la respectiva sucursal de la sociedad extranjera, teniendo en cuenta lo dispuesto por el Decreto 2300 del 5 de junio de 2008, por el cual se reglamenta el artículo 124 de la Ley 1116 de 2006, *sobre la vigilancia de las sucursales de sociedades extranjeras y la aprobación del inventario del patrimonio social, y se dictan otras disposiciones,* cuyos artículos 3 y 4 señalan lo siguiente:

> ***Artículo 3º.*** *Las sucursales de sociedades extranjeras se sujetarán a los niveles de inspección, vigilancia o control, en los términos de los artículos 83, 84 y 85 de la Ley 222 de 1995, en armonía con el artículo 497 del Código de Comercio, según el cual a aquellas les serán aplicadas las reglas de las sociedades colombianas.*
>
> ***Artículo 4º.*** *Las sucursales de sociedades extranjeras inspeccionadas, de la misma manera que las vigiladas y controladas, deberán desarrollar su actividad conforme a las exigencias previstas en el Título VIII, del Libro Segundo del Código de Comercio.*

A su vez, la obligación de pagar contribución a ésta Superintendencia, cuestión a que se refiere el punto 4.5 de su consulta, está prevista para las sociedades comerciales, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras **vigiladas o controladas,** conforme lo determina el artículo 121 de la Ley 1116 de 2006, modificado por el artículo 44 de la Ley 1429 de 2010 que a su tenor reza:

> ***"ARTÍCULO 121. CONTRIBUCIONES.*** *Los recursos necesarios para cubrir los gastos de funcionamiento e inversión que requiera la Superintendencia de Sociedades provendrán de la* ***contribución a cargo de las Sociedades sometidas a su vigilancia o control****, así como de las tasas de que trata el presente artículo. (…)"* (Subrayado y destacado fuera de texto).

En cuanto al grado de supervisión de **vigilancia**, éste se encuentra desarrollado en el artículo 84 de la Ley 222 de 1995, se ejerce sobre las sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras incursas en alguna de las causales de vigilancia establecidas en el Decreto 1074 de 2015 (siempre que no estén sometidas a la vigilancia de otras superintendencias) y consiste en la facultad de velar porque en su formación, funcionamiento y desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. En igual situación se encontrarán aquellas sociedades que determine el Superintendente de Sociedades por acto administrativo particular, cuando del análisis de la información requerida en virtud de la facultad de inspección, encuentre méritos para tal efecto.

Las mencionadas sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras vigiladas, como se expuso, deben pagar contribución a esta entidad.

Por otra parte, la supervisión en grado de **control**, es la atribución que tiene esta Entidad para ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situación crítica (jurídica, contable, económica o administrativa) de cualquier sociedad comercial, empresa unipersonal o sucursal de sociedad extranjera no vigilada por otra superintendencia, cuando así lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular. Al igual que las vigiladas, los sujetos sometidos a control de esta entidad, también deben cancelar anualmente la contribución a esta entidad.

De conformidad con lo expuesto, se respondió de manera cabal su consulta. Se reitera que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y que en la Página WEB de esta entidad puede consultar directamente la normatividad, así como los conceptos que la misma ha emitido sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros documentos de consulta.