

## **OFICIO 220-124869 DEL 08 DE AGOSTO DE 2014**

### **ASUNTO: LA SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA NO TIENE CAPACIDAD PARA SER SOCIA DE SOCIEDADES COLOMBIANAS, LA PARTICIPACIÓN PERTENECE A SU MATRIZ.**

Me refiero a su comunicación radicada con el número 2014-01-294590, mediante la cual previa la relación de algunos hechos, expone una consulta:

#### 1. Hechos

1. El artículo 471 del Código de Comercio establece para las sociedades extranjeras que quieran realizar actividades permanentes en Colombia, la obligación de abrir una sucursal en el territorio colombiano.

2. La Superintendencia de Sociedades ha interpretado en diversos conceptos, como lo son el 220-085115 del 16 de septiembre de 2010 y el oficio 220-45979 del 18 de agosto de 2006 que las sociedades de sucursales extranjeras no tienen la capacidad de adquirir acciones o cuotas en sociedades colombianas o extranjeras.

3. No obstante lo anterior, la Superintendencia de Sociedades en diversos conceptos ha reconocido la capacidad de las sucursales extranjeras para adquirir activos.

4. Por su parte, el Estatuto Tributario en su artículo 246 prevé una tarifa especial para los dividendos o participaciones que se entreguen a las sucursales de sociedades extranjeras.

. Teniendo en cuenta lo anterior, existe una inconsistencia en las posiciones descritas y las diferentes facultades de las sucursales de sociedad extranjera, en virtud de las siguientes:

#### II. Consideraciones

##### 1. Capacidad de Sucursales Extranjeras para ser titular de activos.

De conformidad con los artículos 470 y siguientes del Código de Comercio Colombiano, es necesario incorporar una sucursal de sociedad extranjera para que una sociedad constituida conforme a las leyes de otro país y con domicilio en el exterior, pueda ejecutar en Colombia los negocios que conforman su objeto social. Teniendo en cuenta su naturaleza jurídica, en diferentes pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades se ha mantenido la posición que la sucursal extranjera a pesar de su autonomía operativa, no tiene personalidad jurídica. Y en este sentido, argumenta la Superintendencia, que toda vez que las sucursales no tienen personalidad jurídica, no tienen capacidad para adquirir acciones. Al respecto en el Oficio 220-085115 del 16 de septiembre de 2011 expone: “resulta claro que la sucursal de una sociedad extranjera no tiene la capacidad para adquirir a nombre propio acciones o cuotas en una sociedad colombiana o extranjera, por no ser persona jurídica distinta de la casa matriz, jurídicamente investida de la capacidad para llevar a cabo ese negocio.”

No obstante lo anterior, la Superintendencia de Sociedades mediante concepto 220-031783 del 20 de febrero de 2011, admite que las sucursales extranjeras, a pesar de no tener personalidad jurídica, tienen la capacidad para ser titulares de activos pues se les permite repartir utilidades en especie, para esto afirma: “Una vez decretado el dividendo, las sumas que deben ser enviadas a la casa matriz se constituye en un pasivo a favor de la sociedad en el exterior. Por regla, el dividendo debe ser pagado en dinero efectivo (artículo 455), sin embargo, por tratarse de un derecho económico a favor de la sociedad en el exterior o de los partícipes (en el caso de las sociedades domiciliadas en el país), puede ser aceptado que el pago sea hecho en un activo distinto al dinero en efectivo.

En el caso de las sucursales de sociedad extranjera, el pago en especie es aceptado por quien ha incorporado la sucursal u por quien tiene derecho a percibirlo en dinero en efectivo desde luego, esto no significa que la matriz o los administradores no consulten los intereses de la sucursal al momento de determinar cuál activo le va a ser entregado en pago de sus dividendos, previendo en primer término el interés de la sucursal incorporada.” (Subrayado fuera del texto).

De igual manera, en el Oficio 220-43517 23 de agosto de 2002, este Despacho manifestó 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”, con lo que reconoce que la sucursal puede ser titular de activos y pasivos.

De esta forma, según lo expuesto anteriormente, la Superintendencia acepta que la sucursal tiene la capacidad para ser titular de activos, tanto en dinero como en especie, independientemente que no se le reconozca personalidad jurídica, pues su desempeño normal en los negocios le permite tener estas facultades.

Ahora, teniendo en cuenta que una acción es una parte en la que se divide el capital de una sociedad, resulta claro que ésta se considera como un activo. Como consecuencia, si según el concepto mencionado anteriormente las sucursales extranjeras tienen la facultad para adquirir activos, resulta una premisa básica que las sucursales extranjeras también tengan la capacidad para adquirir acciones, al ser éstas un activo.

## 2. Coherencia con el Estatuto Tributario. El Estatuto Tributario.

El Estatuto Tributario en su artículo 246 prevé: “TARIFA ESPECIAL PARA DIVIDENDOS Y PARTICIPACIONES RECIBIDOS POR SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS. La tarifa del impuesto sobre la renta aplicable a los dividendos y participaciones que se paguen o abonen en cuenta a sucursales en Colombia de sociedades extranjeras, provenientes de utilidades generadas a partir del año gravable de 1988 por la entidad que las distribuye, será la siguiente: (....)”

El artículo mencionado, contempla la posibilidad de entregar dividendos a las sucursales extranjeras directamente (no a la casa matriz). Como es claro, se considera dividendo a la cuota o parte que corresponde a cada acción en las utilidades de la compañía, el Estatuto

Tributario bien lo explica en su artículo 30 como la distribución que existe en una sociedad en dinero o especie a favor de sus respectivos accionistas, socios o suscriptores.

Así las cosas, regular una tarifa para dividendos y participaciones recibidas por sucursales extranjeras supone que dicha sucursal sea titular de acciones, pues es ésta la única posibilidad para que se le puedan distribuir los dividendos que se mencionan. En este sentido, la legislación colombiana reconoce que las sucursales de sociedades extranjeras, a pesar de no tener personalidad jurídica, tienen la capacidad para adquirir acciones.

En conclusión, en términos contables y tributarios se le reconoce a las sucursales la capacidad para ser titular de sus activos y pasivos, que como bien se sabe su diferencia conforman el patrimonio.

### 3. Analogía.

En el Oficio 220-003212 del 10 de enero de 2012, la Superintendencia de Sociedades hizo referencia a la analogía citando la sentencia C-083/95 de 10 de marzo de 1995, M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz, en los siguientes términos: “La Corte en esa ocasión expresó ‘La analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratiojuris o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual...”

Teniendo en cuenta lo anterior, aun cuando la normativa Comercial no lo consagra explícitamente, el Estatuto Tributario sí hace mención a la capacidad que tienen las sucursales para ser titular de activos y pasivos, al contemplar la posibilidad de entregarle dividendos, por lo que en virtud de la analogía, que en repetidas oportunidades ha expresado esta Superintendencia, se sugiere hacer remisión al Estatuto Tributario frente a la capacidad de las sucursales extranjeras para adquirir acciones de sociedades colombianas, toda vez que la operación no está expresamente prohibida.

### 4. Conclusiones.

Con lo expuesto en los puntos 1 y 2, es claro que las sucursales de sociedades extranjeras tienen la capacidad para ser titulares de activos, entre éstos acciones en sociedades. A pesar de compararse, con la figura de establecimiento de comercio y carecer de personalidad jurídica, las sucursales de sociedades extranjeras, no sólo en la práctica comercial sino en las normas se les ha otorgado la facultad para adquirir activos, de los cuales no se puede excluir las acciones en otras sociedades. La posición de la Superintendencia de Sociedades, carece de coherencia pues la carencia de personería jurídica no impide que las sucursales sean titulares de activos, razón por la que no es claro por qué el único activo que no permite son las acciones. De la misma forma, el concepto de la Superintendencia no plantea un vínculo con el Estatuto Tributario ni aplica el criterio de analogía cuando éste de forma clara y expresa le otorga a las sucursales extranjeras la capacidad para ser titular de activos, entre éstos las acciones.

### III. Petición.

Por medio del presente Derecho de Petición, solicito reconsiderar su posición, y en su lugar dar una interpretación diferente reconociendo la capacidad de las sucursales extranjeras para adquirir acciones de sociedades colombianas.

### IV. Fundamentos de Derecho.

Artículos 469 y siguientes del Código de Comercio, Artículos 30, 246 del Estatuto Tributario.

Con el fin de responder los interrogantes por usted planteados, me permito poner de presente lo manifestado por este Despacho en torno a la naturaleza de las sucursales de sociedades extranjeras, en cuanto que ha sido enfática en expresar que estas no son personas jurídicas independientes de la sociedad en el exterior, sino establecimientos de comercio con actividades permanentes, regidos por las normas de las sociedades Colombianas.

Así se pronunció esta entidad, en el oficio 220-58253 del 9 de diciembre de 1996: " Así las cosas, si bien es cierto que nuestro sistema tiende a conferir autonomía operativa a la sucursal y que con el fin de tener mecanismos de control jurídicos, contables y tributarios, ordena que estos establecimientos observen durante su permanencia en el país y en desarrollo de sus actividades permanentes las disposiciones legales por las cuales se rigen las sociedades colombianas, esto no significa que les conceda capacidad jurídica como si se tratase de sociedades . Ello indica que la compañía extranjera no es un tercero absoluto , ni un tercero relativo con respecto a las acciones u omisiones de su representante, toda vez que de conformidad con lo previsto en el artículo 485 idem " La sociedad responderá por los negocios celebrados en el país al tenor de los estatutos que tengan registrados en la cámara de comercio al tiempo de la celebración de cada negocio".

Con fundamento en lo anterior, podemos insistir en que la sucursal, en este caso de sociedad extranjera, no es un ente autónomo distinto de la casa matriz por cuanto no goza de personería jurídica independiente, toda vez que es ésta quien la crea, por decisión del órgano de dirección, otorgándole a la sucursal ciertas facultades para el desempeño de las actividades que le asigna, observando las formalidades exigidas por la ley y sin desbordar el marco de capacidad de la persona jurídica creadora de este instrumento de descentralización e internacionalización del capitalismo". (La negrilla no es del texto).

Acorde con lo expresado, la Superintendencia, se manifestó acerca de la imposibilidad legal que tiene una sucursal de sociedad extranjera para ser socia, cuando mediante oficio 220-014509 del 28 de marzo de 2005, al responder una consulta relacionada con el deber de reporte al Banco de la república, expresó lo siguiente: "... deber de reporte frente al Banco de la República a la luz del régimen cambiario, en el evento en que la sucursal de sociedad extranjera con recursos generados en Colombia efectúe inversiones en activos sociales ubicados en el país, tales como acciones, cuotas en sociedades

colombianas?” ... “resulta claro que aunque las sucursales de sociedades extranjeras a la luz del régimen cambiario de acuerdo con el artículo 2 del Decreto 1735 de 1993, se consideren residentes, ello no les da la condición de personas jurídicas y por ende no pueden ser socios o accionistas de sociedades comerciales o civiles (artículo 2079 del Código de Comercio).”

Efectuada la precisión que antecede, resulta claro que adquisición de acciones por parte de la sucursal ya establecida en Colombia, **si constituye inversión extranjera de la casa matriz, bajo la modalidad de compra de acciones, cuotas sociales, aportes representativos del capital de una empresa**, operación que desde luego está sujeta a registro por parte del Banco de la República, en los términos del Decreto 2080 de 2000, modificado por el Decreto 1844 del 2 de julio de 2003.<sup>1</sup> “

Ahora bien, en lo que corresponde a las consideraciones por usted expuestas, se hace necesario poner en contexto el tema relacionado con la posibilidad legal de las sucursales para tener activos, con fundamento en las conclusiones presentadas en el escrito objeto de análisis, en contraposición a lo dicho por esta Superintendencia:

Manifiesta en su escrito lo siguiente: “teniendo en cuenta que una acción es una parte en la que se divide el capital de una sociedad, resulta claro que ésta se considera como un activo. Como consecuencia, si según el concepto mencionado anteriormente las sucursales extranjeras tienen la facultad para adquirir activos, resulta una premisa básica que las sucursales extranjeras tengan la capacidad para adquirir acciones, al ser estas un activo”

Sobre el particular, si bien es cierto que la sucursal de sociedad extranjera puede registrar en su estado financiero inversiones constituidas por alícuotas de capital, no es menos cierto que el hecho de ser registrado como activo de la sucursal no significa que no sea de la sociedad extranjera o que se pueda distinguir entre activos de la sucursal de los activos de la sociedad extranjera que la incorpora.

La sucursal de sociedad extranjera por ser un establecimiento de comercio de una sociedad extranjera que debe cumplir con el régimen propio de las sociedades domiciliadas en el país, está obligada a llevar estados financieros individuales, pero esta circunstancia no implica una personificación independiente de su casa matriz.

En consecuencia, esta entidad reitera su doctrina en el sentido de afirmar que por ser la sucursal un establecimiento de comercio no tiene capacidad para adquirir por sí misma participaciones, en el entendido que si bien pueden hacerse uso de recursos generados por la sucursal para adquirir acciones, siempre se identificará como accionista a la sociedad extranjera.

1 Desde el punto de vista cambiario, y si dada la concordancia con los negocios permanentes del caso concreto, es posible llevar a cabo la inversión a través de una sucursal ya establecida en Colombia por una sociedad extranjera, hay que tener en cuenta que dicha inversión no revestiría la forma de una inversión extranjera directa en acciones, que es una de las modalidades de las mismas prevista en el artículo 3-a-i del

Decreto 2080 de 2000. Para todos los efectos cambiarios el inversionista es un residente nacional, dado que en los términos del artículo 2 del decreto 1735 de 1993, las sucursales de sociedades extranjeras tienen dicho carácter.

Todos los activos que aparezcan en su información financiera pertenecen a la sociedad extranjera incluidos las participaciones. Igual situación ocurre con las obligaciones, las cuales si bien están respaldadas por el patrimonio incorporado, ante su incumplimiento nada obsta para que sea reclamado respecto de activos de la sociedad extranjera por ejemplo inversiones en otras sociedades comerciales o en otros países.

En lo que corresponde a las reglas de carácter tributario con las que el peticionario pretende sustentar su posición, es preciso observar que el manejo de las dividendos y participaciones recibidas por las sucursal de sociedad extranjera, es acorde con el tratamiento común aplicable a las sociedades Colombianas, de acuerdo con el Título VIII del Libro segundo, artículo 497 del Código de Comercio, por lo que se reitera lo dicho por esta Superintendencia en cuanto que la sucursal no tiene **capacidad para adquirir acciones de sociedades colombianas.**

En los anteriores términos se ha dado respuesta a su inquietud, no sin antes manifestarle que el presente oficio tiene los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.