

OFICIO 220-144806 DEL 26 DE SEPTIEMBRE DE 2018

REF: SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA EN COLOMBIA.

Aviso recibo de la comunicación radicada bajo el No. citado, mediante la cual la Dra. Claudia E. Guerrero Sánchez, Secretaria General E, de esa institución, solicita el concepto de esta Entidad en torno a la constitución de una sucursal de sociedad extranjera en Colombia.

La referida consulta plantea siguientes presupuestos:

Según documentos apostillados, existe una sociedad extranjera con domicilio en Japón, dedicada a la producción y comercialización de video juegos, principalmente de fútbol.

Esa sociedad pretende suscribir un contrato de licenciamiento de marcas y patrocinio con una entidad sin ánimo de Lucro en Colombia. El término de contrato sería de dos años, aproximadamente.

Como contraprestación del licenciamiento y patrocinio, la entidad sin ánimo de lucro recibiría pago en moneda extranjera (USD).

De conformidad con lo anterior, solicita respuesta a los siguientes interrogantes:

1. ¿El negocio que se pretende emprender en Colombia con la sociedad extranjera señalada puede ser considerado una actividad permanente? y, por tanto, ¿la sociedad extranjera está obligada a lo que se estipula en el artículo 471 del Código de Comercio?
2. En caso de ser afirmativa la pregunta anterior, ¿cuál es el alcance de las obligaciones que debe cumplir la sociedad extranjera japonesa para suscribir un contrato en Colombia con sociedad sin ánimo de lucro?
3. ¿Cuál es el alcance del artículo 58 del Código General del Proceso? Esto es, frente a la representación judicial que debe tener y acreditar una sociedad extranjera en nuestro país ¿Cuándo procede y cuándo no?
4. ¿Qué requisitos debe cumplir? y ¿qué acciones debe adelantar en materia cambiaria la sociedad sin ánimo de lucro, para percibir los dineros en moneda extranjera (USD) como contraprestación?

En primer lugar se debe señalar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta regulado en los Artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo

Contencioso Administrativo, esta Superintendencia emite un concepto de carácter general sobre las materias relativas a su competencia, el cual no es vinculante ni compromete su responsabilidad.

De ahí que sus respuestas en esta instancia no se dirigen a resolver situaciones particulares de una sociedad o entidad concreta, ni a prestar asesoría a los usuarios en el desarrollo de sus negocios.

En segundo lugar se tiene que según Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, no le es dable a la Entidad como autoridad administrativa intervenir en asuntos que haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales o administrativas, en relación con los cuales se debe pronunciar como juez en las instancias procesales a que haya lugar.

Bajo las premisas anteriores y atendiendo los presupuestos descritos en la solicitud, resulta oportuno remitirse a los pronunciamientos reiterados de esta Superintendencia que abordan con suficiencia la materia:

a. Establecimiento de una sucursal extranjera en Colombia.- Actividad Permanente.

“La legislación mercantil establece unos parámetros para diferenciar entre sociedades extranjeras y sucursales de sociedades extranjeras. En efecto, el artículo 419 del Código de Comercio estipula: " Son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior".

“De lo transcrito se desprende que el régimen colombiano, en su interés de ubicar la llamada sociedad extranjera, para efectos de determinación del tratamiento de la inversión extranjera, fundamenta la figura en 2 premisas:

“a. Que se haya constituido bajo las leyes de otro país y

“b. Que tenga domicilio principal en el exterior.

“Así mismo, la ley colombiana no se encarga de definir lo que es una sucursal de sociedad extranjera, tan solo el artículo 471 del Código de Comercio, dispone que si la sociedad foránea va a establecer negocios de carácter permanente en Colombia deberá abrir una sucursal con domicilio en el territorio nacional.

“A su vez el artículo 497 ibídem, por remisión, hace aplicable a la situación de las sociedades extranjeras el régimen de las nacionales, lo cual permite ubicar un concepto de lo que es una sucursal de sociedad extranjera.

“En efecto, el artículo 263 del Código de Comercio, prescribe que:

"Son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de

parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad...".

"Así las cosas, se debe entender por sucursal de sociedad extranjera, el o los establecimientos de comercio abiertos por ésta en el territorio nacional para la ejecución de actividades permanentes en los términos del artículo 474 del Código de Comercio.

"Lo anterior permite precisar que la sucursal nacional o extranjera, no es un ente autónomo distinto de la matriz, por cuanto que no goza de personería jurídica independiente.

"..."

"Es así como las sucursales de sociedades extranjeras, que se incorporen al país para ejercer las actividades previstas en su objeto, por estar sometidas a la vigilancia de este despacho, deberán en su formación y funcionamiento, ajustarse a las leyes y decretos que regulan la actividad comercial.

"Valga anotar que la apertura de una sucursal no se reduce a la simple organización de un establecimiento de comercio, sino que requiere del cumplimiento de las normas señaladas de manera especial en el Título VIII del Libro Segundo del Código de Comercio, entre los cuales podemos indicar:

"a. El cumplimiento de las exigencias determinadas en los artículos 471, 472 y 475;

"b. La responsabilidad solidaria de los administradores y representantes de las sociedades extranjeras, de las obligaciones contraídas en el país, por dar cumplimiento a las normas legales, artículo 482, y

"c. La asimilación, en la práctica, a las compañías anónimas, para efectos del control administrativo, ejercido en este caso por la Superintendencia de Sociedades; de la constitución de las reservas y provisiones (artículo 476) y de la liquidación de los negocios en el país(artículo 495).

"De otra parte, para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, debe incorporar una sucursal con domicilio en el territorio nacional, conforme lo dispone el artículo 471 del Estatuto Mercantil, siendo la Superintendencia respectiva el organismo encargado de autorizarla para que pueda funcionar en el país.

"Es claro entonces que en toda operación debe procederse a examinar si la actividad que va a desarrollar una sociedad extranjera en el país implica una "actividad permanente" que la obligue a la necesidad de incorporar una sucursal.

“El Código no define de manera expresa que es actividad permanente, tan solo el artículo 474 hace una enumeración de actividades muy disímiles que considera permanentes. El citado artículo estipula:

"Se tienen por actividades permanentes para efectos del artículo 471, las siguientes:

“1. Abrir dentro del territorio de la república establecimientos mercantiles u oficinas de negocios aunque estas 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 esta 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”.

“La Superintendencia de Sociedades ha considerado de tiempo atrás que esta disposición no puede aplicarse según su estricto tenor literal, pues semejante aplicación conduciría a excesos no queridos por el legislador, sino que en cada caso concreto deben estudiarse las circunstancias que rodean el desarrollo de las actividades de las sociedades extranjeras, tales como su naturaleza, habitualidad o duración para poder establecer sin lugar a dudas el carácter de permanente o transitorias que tengan.

“De acuerdo al diccionario de la lengua española, el concepto de "actividad" supone un conjunto de operaciones y la "permanencia" implica perseverancia o estabilidad, sin embargo, no toda actividad que en principio parezca permanente lo es, pues debe estudiarse en cada caso en concreto si la actividad en cuestión según su naturaleza, reúne las notas esenciales del concepto de permanencia, esto es, duración, inmutabilidad y las antes mencionadas perseverancia y estabilidad.

“Tenemos entonces que si una sociedad extranjera desea emprender negocios permanentes en Colombia, deberá necesariamente establecer una sucursal en el país, la cual se define teniendo en cuenta el tiempo durante el cual se va a desarrollar la actividad, pues es esta duración lo que determina si la casa matriz se encuentra o no obligada a la apertura de la sucursal respectiva.

“Le corresponde entonces a la matriz correspondiente, ubicarse dentro de los parámetros establecidos por el artículo 474 de la legislación mercantil, que si bien las actividades allí contenidas no son taxativas, si es cierto que brindan un marco para fijar una posición al respecto.

“No menos cierto es que perfectamente puede una sociedad extranjera, desarrollar en el país una actividad que hace que por el tiempo de duración de la misma tenga el carácter de permanente, pero que no se encuentra dentro de las enunciadas en el artículo anteriormente citado.

“De contera tenemos que si la actividad a desarrollar no es de carácter permanente, es obvio que no está obligada la matriz a constituir una sucursal en el país.

“No obstante lo anterior, así se trate de actividades permanentes o transitorias que debe desarrollar en Colombia una persona jurídica extranjera, deben acudir al artículo 48 del Código de Procedimiento Civil que a la letra dice :

"Representación de personas jurídicas extranjeras. Las personas jurídicas extranjeras de derecho privado con domicilio en el exterior, que establezcan negocios permanentes en Colombia, deberán constituir en el lugar donde tengan tales negocios, apoderados con capacidad para representarlas judicialmente.

“Con tal fin se protocolizará en la notaría del respectivo circuito, prueba idónea de la existencia y representación de dichas personas jurídicas y del correspondiente poder.

“Un extracto de los documentos protocolizados se inscribirá en el registro de comercio del lugar, si se tratare de una sociedad, y en los demás casos, en el Ministerio de Justicia.

"Las personas jurídicas extranjeras que no tengan negocios permanentes en Colombia, estarán representadas en los procesos por el apoderado que constituyan con las formalidades prescritas en este Código".

“El último inciso del anterior artículo nos indica que existen actos jurídicos que pueden ser ejecutados por las sociedades extranjeras sin necesidad de que su personalidad sea previamente reconocida por ningún organismo gubernamental y sin que deban para tales efectos establecer sucursal en el país.

“Es así como para intervenir en un proceso judicial les basta cumplir las formalidades de rigor en cuanto a la constitución del apoderado.

“En relación a si la celebración de un contrato que deba ejecutarse en Colombia comporta la calificación de tal actividad permanente, este Despacho se ha pronunciado recientemente en los siguientes términos:

"Finalmente debemos poner de presente el hecho de que si bien la disposición califica como actividad permanente la celebración de un contrato de obra o de prestación de servicios, sin que haya previsto de manera expresa otros requisitos para que tal situación se configure, no es posible con un criterio exegetico deducir de allí que no hayan de considerarse otros factores a fin de determinar la permanencia.

"Interpretando la norma en atención a su finalidad y a la relación que debe guardar con los demás preceptos que integran la institución jurídica, es lógico que deban consultarse las características del contrato a celebrar, como sería por ejemplo el término de su duración, la calidad o tipo de obra o prestación del servicio, es decir que no basta que la sociedad extranjera haya celebrado un contrato de obra o de prestación de servicios para que se configure la situación de hecho que la norma prevé como determinante para que surja la obligación de establecer una sucursal en territorio nacional.

"Resulta de especial importancia en esta parte del estudio, traer a colación lo expresado en la exposición de motivos del Proyecto de Código de Comercio de 1.958 que dio origen al estatuto mercantil hoy vigente, cuando refiriéndose al tratamiento de las sociedades domiciliadas en el exterior se señaló:

"1. Siguiendo el criterio adoptado por las leyes ya mencionadas se hace una distinción entre las sociedades que se vinculan al país con negocios de carácter permanente y las que solo desarrollan negocios ocasionales en el territorio nacional y, para salvar la dificultad creada por la ley de 1.988 y los decretos de 1.906 se precisa cuando debe entenderse que una sociedad desarrolla negocios de carácter permanente en el país (artículo 686). Dentro de las tres hipótesis que se prevén en el proyecto caben normalmente todas las formas de actividad que pueden implicar esa vinculación permanente al país y la consecuente necesidad de un control oficial sobre tales compañías. Porque mantener en el país establecimientos de comercio u oficinas de negocios, agentes, vendedores o intermediarios facultados para colocar o atender pedidos, o intervenir en la celebración de contratos para cuya ejecución deben celebrarse otros contratos en el país, como los de trabajo, suministro, etc, es indudablemente vincularse de una manera relativamente estable en el país." (Ministerio de Justicia, Proyecto de Código de Comercio, Comisión Revisora del Código de Comercio, Tomo II, Bogotá, julio de 1.958, página 195).

"En idéntico sentido el Profesor J. Gabino Pinzón expresa : "La relación hecha en los términos anteriores en el artículo 474 del Código no es, desde luego, ni puede entenderse como taxativa, esto es, pueden darse otras hipótesis o casos de negocios permanentes en el país que deben entenderse en la misma forma que las anteriores, para aplicar las mismas disposiciones legales por vía de analogía, la falta de una relación como lo que se comenta o de un criterio utilizable para determinar el carácter permanente de los negocios desarrollados en el país a fin de dar aplicación

a las disposiciones legales con las cuales se trataba de regular esta cuestión en la legislación anterior al nuevo código de comercio, fue causa permanente de dificultades en el ejercicio del control del estado colombiano respecto de las compañías extranjeras que desarrollan negocios en el territorio nacional. En el decreto legislativo número 2 de 1.906 se utilizaban las expresiones "empresas de carácter permanente"; y en la ley 58 de 1.931 se utilizaron las mismas frases con el mismo fin, es decir, como equivalentes a las locuciones "negocios permanentes". Expresiones que por lo demás eran utilizadas más o menos con el mismo sentido que tiene la noción de "empresa", consagrada en el artículo 25 del Código de Comercio, es decir, con "actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios". Por eso la idea de empresa es útil no solamente para entender mejor el carácter de las actividades indicadas en el artículo 474 del Código, sino también para tratar del mismo modo las actividades que sin corresponder exactamente a la relación del artículo 474 sean semejantes y deban someterse al mismo régimen previsto en el artículo 471 del Código." (Sociedades Comerciales, Volumen II, Editorial Temis, 1983, página 427)". (Oficio 220-19167 del 24 de abril de 1998).

“En este orden de ideas y siendo consecuentes con lo anotado, podemos afirmar que en las disposiciones legales pertinentes no existe un tiempo exacto de duración para determinar la permanencia, la cual está supeditada por ejemplo a la infraestructura que en un momento determinado despliegue la sociedad extranjera en el país, así como la naturaleza del servicio a prestar, circunstancias que deberán ser tenidas en cuenta por usted, pues los elementos de juicio que suministra no resultan suficientes para determinar si hay lugar a establecer una sucursal pues la sola celebración del contrato no comporta necesariamente la condición de permanente.”¹

¹ Oficio 220-30783 del 2 de junio de 1998

b. Actividades Permanentes – Artículo 474 del Código de Comercio

“Bajo ese presupuesto y con el ánimo de proporcionar los elementos de juicio que le permitan adelantar su análisis, encaminado en últimas a determinar qué se entiende por actividades permanente, es preciso en primer lugar remitirse al artículo 474 del Código de Comercio, el cual cataloga como actividades permanentes, entre otras: 2) Intervenir como contratista en la ejecución de obras o en la prestación de servicios.

“A ese propósito este Despacho mediante oficio 220- 026980 del 13 de marzo de 2013, reiteró el criterio que de tiempo atrás ha sostenido en el sentido de observar que “(...) “El Código tampoco no define de manera expresa qué es actividad permanente, tan solo el artículo 474 hace una enumeración enunciativa de actividades muy disímiles que considera permanentes; no obstante, se recaba en el hecho de que si una sociedad extranjera desea emprender negocios

permanentes en el país, deberá necesariamente establecer una sucursal, permanencia que también se define teniendo en cuenta el tiempo durante el cual se va a desarrollar la actividad, pues es esta duración lo que determina si la casa matriz se encuentra o no obligada a la apertura de la sucursal respectiva...”

“Así las cosas, la hipótesis descrita, podría enmarcarse en el supuesto que prevé el numeral 2 del artículo 474 ibidem, el que determina de manera expresa que se entiende como actividad permanente “Intervenir como contratista en la ejecución de obras o en la prestación de servicios”; lo que a su turno implicaría que si la sociedad extranjera ha suscrito más de un contrato en el curso de un mismo año, con la misma entidad y con el mismo objeto, el elemento de la periodicidad, según criterio de esta Entidad sería un factor adicional para evaluar si se configura el elemento de la permanencia en la actividad y por ende, la obligación de incorporar una sucursal en Colombia.

“Como este organismo lo ha repetido, es necesario analizar en cada caso la actividad de que se traten en atención a su naturaleza, habitualidad, duración etc; circunstancia que impone conjugar elementos como el de la perseverancia, estabilidad y duración.”²

2 Oficio 220-098155 del 7 de Junio de 2016

Las consideraciones transcritas son elocuentes en el sentido de reiterar que cuando una sociedad extranjera pretenda realizar negocios permanentes en Colombia, se encuentra en la obligación de establecer una sucursal en el país. Así mismo, resulta claro que la condición de permanencia de la actividad a desarrollar, estará determinada por su naturaleza, por su duración y por su periodicidad.

Sin embargo, es innegable que tales variables en un momento dado pueden resultar ambiguas, relativas e insuficientes para establecer en definitiva si es o no permanente una actividad económica, puesto que queda al criterio subjetivo del inversionista, inicialmente, y luego de las autoridades respectivas, afirmar que tal o cual actividad es permanente u ocasional. Por tanto, es evidente la necesidad de aproximarse a un patrón objetivo que permita una medición más confiable sobre el carácter del negocio.

Frente a ese escenario y consultados los diversos pronunciamientos sobre la materia, bien puede colegirse en concepto de este Despacho, que la condición de permanencia o transitoriedad del negocio no ha de buscarse solamente en los elementos que conforman la actividad económica en sí misma considerada, sino que el enfoque debe dirigirse más allá de sus circunstancias, hasta ubicar las consecuencias que tal actividad pueda ocasionar frente a los actores del mercado nacional.

Es así como surge la premisa de que el impacto del modelo de negocio particular, es un factor que se constituye en criterio objetivo en tanto permite medir con mayor precisión la condición de permanencia o transitoriedad de la actividad

económica determinada, que una sociedad extranjera pretenda desarrollar en el país.

El impacto jurídico, administrativo, económico y financiero, es susceptible de ser apreciado con facilidad en los efectos que puedan producirse en toda la cadena de valor de la compañía: en los proveedores, en los clientes, en los trabajadores, en los acreedores, en el fisco, en la seguridad social, en el medio ambiente, en las garantías de calidad y cumplimiento de los bienes o servicios ofrecidos, en los mantenimientos requeridos, en la posibilidad de acciones de responsabilidad, en la afectación ambiental, en el riesgo de conductas constitutivas de competencia desleal, en la posibilidad de afectación a los derechos de los consumidores, en el riesgo de lavado de activos, entre otras consideraciones.

Así, cuando quiera que tales consecuencias se proyecten en el tiempo, surge con claridad la condición de permanencia de la actividad económica que pretende desarrollar el inversionista extranjero y, es entonces cuando se justifica la exigencia de constituir la sucursal de la sociedad extranjera correspondiente.

Es con la constitución de la sucursal en el país, que los terceros adquieren certeza con respecto a las consecuencias de sus relaciones económicas y jurídicas con un inversionista extranjero que desarrolla negocios permanentes en el país, pues habrá una cara visible de sus apoderados y representantes en el territorio nacional.

Por el contrario, si la actividad económica se consume en un negocio particular y concreto y su impacto en el mercado nacional no tiene mayor incidencia en los terceros que puedan verse afectados, se estaría hablando de una actividad transitoria de una sociedad extranjera, que por ende descartaría la exigencia de la constitución de una sucursal en Colombia.

Con base en los elementos precedentes, procede referirse entonces a las inquietudes motivo de la petición, en los siguientes términos:

1. En la hipótesis descrita, una sociedad extranjera japonesa aspira a celebrar un contrato con una entidad sin ánimo de lucro colombiana, con una duración de dos años, con el propósito de producir y comercializar video juegos de fútbol a partir del licenciamiento y patrocinio de los derechos de la entidad colombiana sin ánimo de lucro, entidad que recibiría a cambio el pago de una suma determinada en moneda extranjera.

Frente a ese supuesto se pregunta si el negocio puede ser considerado como una actividad permanente en cabeza de la sociedad extranjera y si, en consecuencia, la sociedad extranjera quedaría obligada a la constitución de una sociedad extranjera en el país.

A ese propósito es preciso valorar los elementos de juicio aportados, a la luz de las consideraciones expuestas, para concluir de ahí que por la

naturaleza del objeto del contrato a celebrar, el término inicial de dos años de duración y el impacto potencial en el mercado nacional, estarían dados los elementos que estructuran una actividad económica permanente en el país.

Es así como la producción de video juegos de fútbol a partir del licenciamiento de los derechos de la entidad sin ánimo de lucro, en el contexto nacional y en el contexto mundial, en efecto constituye una actividad capaz de impactar el mercado nacional de manera duradera y permanente en materia de derechos de los trabajadores, relaciones con proveedores, relaciones con clientes, derechos de autor, protección al consumidor, prevención de la competencia desleal, derechos deportivos, cumplimiento del régimen de cambios, obligaciones tributarias y garantías frente a los actores del mercado nacional. Por lo demás, se desconocen las responsabilidades en que podría incurrir la entidad sin ánimo de lucro colombiana frente a los clientes y consumidores de tales productos en el contexto nacional e internacional.

Adicionalmente, se aprecia que el contrato aludido, por su naturaleza tiene la vocación de ser prorrogado indefinidamente, mientras así lo convengan las partes interesadas.

En consecuencia, las condiciones generales y abstractas descritas en la consulta, permiten inferir que en la hipotética relación contractual se haría exigible la constitución de una sucursal en Colombia por parte de la sociedad extranjera japonesa.

2. En cuanto hace al alcance de las obligaciones que habría de cumplir la sociedad extranjera interesada en el negocio, el alcance del artículo 58 del Código General del Proceso dadas las circunstancias descritas y el cumplimiento de normas en materia cambiaria, de cara al negocio que se pretende desarrollar, es evidente que se trata de cuestiones de orden particular que suponen el asesoramiento particular del caso concreto, lo cual como fue advertido desborda la función consultiva de esta Superintendencia.

3. A su turno, todo lo concerniente a las normas cambiarias vigentes en materia de inversión de moneda extranjera, puede ser consultada la página Web del Banco de la República www.banrepublica.gov.co.

En los anteriores términos queda atendida la consulta formulada, en el plazo y con los alcances que establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.