

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

220- 46798-05

Bogotá, D.C. 26 de Agosto de 2005

Asunto: Sucursales de Sociedades Extranjeras - Actividades Permanentes.

Me refiero a su comunicación recibida vía correo electrónico, donde hace mención de unos documentos que le han sido remitidos por la doctora Sandra Liliana López, asesora del Despacho del señor Superintendente, relacionados con las sucursales de sociedades extranjeras e indaga sobre lo atinente a las actividades permanentes y lo consagrado en el numeral 2 del artículo 474 del Código de Comercio.

Sobre el particular, me permito mencionar de nuevo la información remitida sobre el tema del asunto, haciendo hincapié respecto de la actividad de carácter permanente y la celebración de contratos.

Marco Histórico de las Sociedades Extranjeras:

Desde la Constitución de 1886 ha sido insistente la preocupación de los legisladores y gobernantes colombianos para regular y vigilar las actividades de las sucursales de sociedades extranjeras en el país.

Las Leyes 124 de 1888 y 42 de 1898, regularon sociedades anónimas domiciliadas fuera del país. Posteriormente el Decreto legislativo número 2 de 1906 y la Ley 40 de 1907, extendieron los requisitos que debían cumplir las sociedades domiciliadas en el exterior y que quisieran realizar negocios permanentes en Colombia.

El actual Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias de que fue revestido por el artículo 20 de la Ley 16 de 1968, reglamenta en el Título VIII, el Capítulo I, lo concerniente a las sociedades extranjeras.

Principios Constitucionales

Conforme el artículo 1 de la Constitución Política, Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República Unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la Ley.

La libre competencia es un derecho de todos, que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones y el Estado estimulará su desarrollo

El Estado, por mandato de la ley, velará porque la no obstrucción o restricción de la libertad económica y evitará y controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La Ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Principios orientadores de la Inversión Extranjera en Colombia.

IGUALDAD: Las inversiones extranjeras reciben igual tratamiento que el dado a las inversiones realizadas por colombianos.

UNIVERSALIDAD: Se autoriza la inversión extranjera en todos los sectores de la economía, salvo algunas excepciones. Estas excepciones son referidas a las inversiones en actividades relacionadas con la defensa y seguridad nacionales; el procesamiento, disposición y desecho de basuras tóxicas, peligrosas o radioactivas no generadas en el país.

PROCEDIMIENTO AUTOMATICO: El país no exige autorización especial para realizar inversiones extranjeras. Solamente exige el registro de la inversión en el Banco de la República, con el fin de obtener los derechos de giro al exterior de los rendimientos de la inversión.

EXCEPCIONES: Excepcionalmente exige autorización previa para las siguientes actividades:

- Procesamiento, disposición y desecho de basuras no tóxicas producidas en el país.- Las que pretendan realizar en el sector de hidrocarburos, minería (exceptuados los proyectos de explotación y exploración de petróleo cuando cumplan algunos requisitos especiales).
- Prestación de Servicios Públicos

Incorporación de una sucursal de sociedad extranjera – Actividades Permanentes - Artículos 470, 471 Y 474 del Código de Comercio.

Establece el artículo 469 del Código de Comercio, que son extranjeras las sociedades constituidas conforme con la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior

De otra parte, el artículo 470 ibídem, consagra que todas las sucursales de sociedades extranjeras que desarrollen actividades permanentes en Colombia, estarán sometidas a la vigilancia del Estado, la cual será ejercida por la Superintendencia Bancaria o de Sociedades según su objeto social. Es así como mediante el Decreto 3100 del 30 de diciembre de 1997, “Por la cual se determinan las personas jurídicas sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades”, en el artículo sexto, literal f, consagra que estarán sometidas a la vigilancia de esta entidad las sucursales de sociedades extranjeras.

A su vez el artículo 471 ídem, indica que para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional, para lo cual habrá que protocolizar en una Notaría del lugar elegido para su domicilio en el país, copias auténticas de determinados documentos. Ahora bien, para los efectos del mencionado artículo, se tienen como actividades permanentes las indicadas en el artículo 474 del estatuto mercantil, entre las cuales encontramos la de **“Intervenir como contratista en la ejecución de obras o en la prestación de servicios** (numeral 2)

Dentro del referido marco legal, no está definido de manera expresa que puede entenderse como actividad PERMANENTE; sin embargo, acorde con las normas de interpretación de la ley, contenidas en el Código Civil y de Comercio, resulta claro que la enumeración realizada en el anterior artículo, es ilustrativa o enunciativa mas no taxativa, así lo ha sostenido esta Superintendencia de Sociedades en reiteradas ocasiones, pues en efecto, no cabe duda alguna que dentro de la dinámica de la actividad comercial y particularmente de los negocios, muchas son las actividades que pueden involucrar la permanencia en su desarrollo.

De acuerdo con la precisión que antecede, en cada caso habrá de procederse a examinar el objeto social a desarrollar por parte de la sociedad extranjera en Colombia. Para el efecto, también la Superintendencia, ha reiterado la necesidad de analizar la actividad en cuanto a su naturaleza, habitualidad, duración etc; circunstancia que impone conjugar elementos como el de la perseverancia, estabilidad, duración e inmutabilidad, propios de la permanencia y necesarios para configurar los presupuestos legales requeridos para incorporar una sucursal al territorio nacional.

Sobre el punto concreto que nos ocupa, cual es la celebración de contratos (artículo 474, numeral 2 mencionado), la Superintendencia de Sociedades ha sostenido lo siguiente:

“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 exegético 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**”(Oficio 220-30783 del 2 de junio de 1998).

Tenemos entonces que para determinar lo que la ley califica como PERMANENTE, deben tenerse en cuenta además del tiempo de duración, otros factores, por ejemplo la infraestructura que deba desplegarse por la sociedad extranjera en el país, la clase de negocios a celebrar; por tanto, el hecho de la suscripción de **uno o varios contratos**, no necesariamente conlleva la obligación de incorporar una sucursal; el presupuesto legal solo se concreta a partir de la **realización de una actividad permanente en el país**, evento que puede justificarse con la existencia de un solo contrato.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, en Sentencia del 22 de agosto de 1979, expreso lo siguiente:

“.....la exigencia de constitución de una sucursal con domicilio en Colombia, o la constitución de un apoderado general, están determinados por el objeto social del contrato, según que este fuere de carácter permanente u ocasional, es decir si el objeto del contrato implica una actividad de carácter permanente por parte de la sociedad extranjera en Colombia, esta se encuentra obligada a constituir una sucursal con domicilio en el territorio nacional. Si por el contrario la actividad por desarrollar proveniente del objeto del contrato, fuere de carácter ocasional, bastará la constitución de un apoderado general.

“.....esta exigencia de ley no obedece a un criterio formalista. Realmente lo que se pretende es vincular la sociedad extranjera a través de la sucursal al régimen legal colombiano, en relación con todos los negocios que desarrolle en el país”.

“No parece de recibo el argumento de que por no haberse definido en el estatuto contractual lo que se entiende por actividad permanente u ocasional para efectos de la constitución de la sucursal o de la designación de un apoderado o representante general, debe comprenderse que es del arbitrio de la sociedad extranjera escoger una de las dos opciones”:

“.....la obligación de la sociedad extranjeras de establecer una sucursal en el país cuando desarrollen actividades permanentes, no tiene otro propósito que el de someter sus actividades a nuestro sistema

jurídico a efecto de que éstas se coloquen en un mismo plano de igualdad respecto de las exigencias y prescripciones de carácter legal que regulan las actividades de las sociedades nacionales.....”(Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Dr. Jaime Paredes Tamayo, 22 de agosto de 1979):.

Es importante en este asunto que nos ocupa, teniendo en cuenta la importancia que puede representar para una sociedad extranjera realizar una inversión en Colombia, que de concretarse bien puede traer no solo beneficios para la compañía sino para el país, hacer referencia al caso de una sociedad extranjera que va a participar en una licitación determinada, En este punto la Superintendencia de Sociedades ha sostenido que “la obligación de la apertura de la sucursal no se concreta ante la pretensión o expectativa que pueda tener una sociedad extranjera para acceder a un contrato mediante la participación en la licitación correspondiente, sino hasta tanto le sea adjudicado, y haya intervenido en su celebración si el objeto del mismo se ubicará dentro de las actividades de carácter permanente, pues solo a partir de ese momento la sociedad extranjera asume las responsabilidades propias del contrato, por lo que resultaría desfasado obligar durante el proceso de licitación a la apertura de una sucursal, como si la sola pretensión implicara, per se, una actividad de carácter permanente.....”.

“Con lo expresado se quiere significar, que la sociedad extranjera podrá intervenir en la presentación de una oferta en interés de que le sea adjudicado un contrato, sin que ello, por si mismo, implique obligación alguna de incorporar sucursal en el territorio nacional, pues como se expresó, ella surge únicamente en el evento de serle adjudicada la licitación(cuyo objetivo implique, necesariamente, una actividad de carácter permanente) y, además, se haya celebrado el contrato, momento a partir del cual se asume el referido compromiso y consecuentes obligaciones.....”(Oficio 220-52645 del 22 de agosto de 2000).

En este orden de ideas, consideramos que es fundamental, en aras de la política de globalización que esta imperando actualmente y con el fin de facilitar una mayor inversión extranjera que implique un beneficio para la economía del país y por ende conlleve a preservar el orden público económico, sin que signifique dejar de lado la normatividad que rige la inversión extranjera en Colombia, contenida no solo en las normas del Código de Comercio, sino también en Decretos expedidos por el Gobierno Nacional, Resoluciones y Circulares emanadas de la Junta Directiva del Banco de la República, que el artículo 474 del Código de Comercio, numeral 2, en relación con la incorporación de una sucursal y el factor permanencia que la caracteriza, debe necesariamente analizarse en cada caso particular y de manera concreta, con el fin de determinar la obligación o no de dicha incorporación.

En los anteriores términos esperamos haber aclarado sus inquietudes, no sin antes anotarle que los efectos del presente pronunciamiento son los contemplados en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.