

220-13403, febrero 26 de 2003

Asunto: Sucursal de sociedad extranjera- Establecimiento de Comercio - Constitución de una nueva sociedad con aporte de una sucursal- transmisión de la experiencia.

Me refiero a su comunicación radicada con el número 2003-01-004585, por medio de la cual realiza una consulta, previa las siguientes consideraciones de hecho y de derecho que plantea:

Consideraciones de hecho.

- 1) Una sociedad extranjera X tiene una sucursal en Colombia (en adelante "la Sucursal"). La sociedad X constituirá con varios accionistas una sociedad colombiana Y, siendo X el accionista mayoritario con el 94.99% del capital y aportando en especie un establecimiento de comercio correspondiente a la Sucursal como pago del aporte de capital. Los otros accionistas serán simplemente aportantes de capital para cumplir con el requisito de ley respecto del número de accionistas.
- 2) El objeto de la operación es cambiar el tipo societario de la sucursal, es decir, de sucursal de sociedad extranjera a sociedad colombiana, filial de una sociedad extranjera. Para ello, se dará aplicación a los conceptos de la Superintendencia de Sociedades y la ley respecto de realizar el aporte en especie como un aporte de establecimiento de comercio.
- 3) La sucursal Y tendrá el mismo objeto social que actualmente tiene la Sucursal.
- 4) La Sucursal lleva operando varios años en Colombia, y ha participado en varias licitaciones con entidades gubernamentales colombianas, resultando adjudicadas en la mayoría de los casos".

Consideraciones de derecho:

Para efectos de licitaciones públicas es importante acreditar experiencia previa como requisito para presentarse a una licitación con entidades gubernamentales, y no existe en Colombia regulación expresa respecto del tema. Sin embargo, la Superintendencia de Sociedades aún cuando no se ha pronunciado sobre el tema específico de la enajenación de establecimiento de comercio y si la experiencia anterior puede ser acreditada por el adquirente, si lo ha hecho en cuanto a fusiones se refiere. Efectivamente, los lineamientos que la Superintendencia de Sociedades ha dado sobre este tema en el caso de fusiones, ha sido:

"(□.) este Despacho es del criterio que si a través de la fusión se integran el patrimonio y las empresas en las sociedades participantes, le es dable a la absorbente invocar como suya la experiencia de la sociedad absorbida ya que ésta también entra a formar parte del patrimonio de la absorbente o nueva sociedad (□..) Sin embargo, será discrecional de las entidades contratantes, aceptar o no, respecto de una sociedad que se ha fusionado la experiencia de las absorbidas para acreditarla como suya, como igual lo será de la Cámara de Comercio para su inscripción en el registro de proponentes teniendo en cuenta las condiciones que al efecto establece el Decreto 92 de 1998, por el cual se reglamenta la clasificación en el Registro Único de proponentes"

Con base en los anteriores planteamientos pregunta:

"Con base en el anterior concepto, podría aplicarse para el caso del aporte en especie de la Sucursal a la sociedad Y el criterio de la Superintendencia de Sociedades expuesto en el concepto 220-4026 del 15 de febrero de 2001 y el 220-1043 del 3 de marzo de 2001, para que así la sociedad Y pueda invocar como propia la experiencia de la Sucursal, sin perjuicio de la discrecionalidad de la entidad contratante de aceptarla o no?"

Sobre el particular, partiendo de la base que se tiene pleno conocimiento del tema que se trata a continuación, pero en aras de un orden necesario para emitir un pronunciamiento al respecto, es pertinente realizar las siguientes consideraciones de orden temático y jurídico:

I SUCURSAL

La sucursal de una sociedad, nacional o extranjera, es un **establecimiento de comercio perteneciente a una sociedad que solo desarrolla actividades encomendadas por la matriz**, conformada por un conjunto de bienes corporales e incorporeales, **carente de personería jurídica, valga decir que la matriz y la sucursal tienen una sola personalidad jurídica, la sucursal es una prolongación de la matriz y forma parte de su mismo patrimonio y tiene como fin esencial realizar actividades propias del objeto social de la principal en donde esta última se beneficia o se perjudica por los actos realizados por la sucursal**. Igualmente, es la matriz quien adquiere los derechos que de su personalidad se derivan.

La voluntad social de la sucursal esta compenetrada de manera total a lo que decida la matriz, es decir **carece en un todo de independencia, no es autónoma** o de criterio propio para adelantar sus objetivos y por tanto, en el evento de darse una circunstancia que conllevara a la desaparición de la matriz, irremediamente deberá desaparecer la sucursal procediéndose a su liquidación correspondiente.

El profesor José Ignacio Narváez expresa que "□□el concepto de sucursal supone dependencia económica y jurídica de la principal, y existe titularidad de una misma persona jurídica de la principal con tratamiento legal unitario. Ostenta el mismo nombre, **mantiene la unidad de empresa**, no tiene capital propio ni responsabilidad separada, aunque dentro de las relaciones internas esté investida de una relativa autonomía administrativa□□(Teoría General de Sociedades, séptima Edición actualizada, pagina 389, transcrito por Doctrinas y Conceptos Jurídicos 2000, Superintendencia de Sociedades, pagina 664 y 665) (el subrayado es nuestro).

II EL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

Es claro que las sucursales son **establecimientos de comercio** abiertos por una sociedad para que adelanten operaciones **en desarrollo del objeto social de la sociedad principal, denominada matriz**.

Ahora bien, conforme lo consagrado en el artículo 515 de la legislación mercantil, **un establecimiento de comercio es "un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa□□"**, en donde la sociedad matriz a través de la sucursal, conformada por un establecimiento de comercio, expande su radio de acción, amplía el espectro de su actuación a un escenario más amplio, con el fin de poder desarrollar de la mejor manera los fines de la empresa y buscar conseguir así mejores resultados.

III APORTE DE UNA SUCURSAL EXTRANJERA POR PARTE DE LA MATRIZ A LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD COLOMBIANA

Es claro que la sucursal, en nuestro caso, de sociedad extranjera, a través del establecimiento de comercio que constituye, es solo la prolongación de la sociedad matriz, en donde adelanta actividades que tiene ver directamente con el objeto social de la sociedad principal y conforma un único e integro patrimonio **que la hace indefectiblemente unida en un todo, en sus obligaciones, experiencias y consecuencias a la matriz**.

Tenemos entonces que siendo un **solo patrimonio**, el de la sociedad matriz y la sucursal de la misma, por disposición del órgano social pertinente, puede disponerse de parte del mismo y darle una destinación previamente determinada, en donde el establecimiento de comercio, como parte de ese patrimonio, **bien puede ser objeto de diversas operaciones que necesariamente involucran a la sociedad principal, entre las cuales encontramos el aporte que puede realizarse de una sucursal extranjera (establecimiento de comercio) al capital de otra sociedad**.

Sobre este punto en concreto, la Superintendencia de Sociedades, mediante oficios 100-13568 del 14 de febrero y 220-12041 del 28 de junio, ambos del año 2000, se pronunció al respecto, por lo cual me permito transcribir las partes pertinentes:

" □□.el establecimiento de comercio puede ser objeto de cualquier contrato en cuya virtud se transfiera, modifique o limite su propiedad o su administración (artículo 533 del Código de Comercio), lo que significa que puede ser objeto de enajenación, compraventa, prenda, preposición, arrendamiento y de aporte a sociedad entre otros.

I.A.1 Esta última operación merece particular atención por encontrarse directamente relacionada con la consulta de la referencia. Efectivamente, el aporte de un establecimiento de comercio por disposición del artículo 136 del código de comercio se considere como aporte en especie.

I.A.2 Respecto de las sociedades extranjeras, la ley establece ciertas normas para su establecimiento en el país, sentando como principio general el desarrollo de actividades de carácter permanente y fijando requisitos de imperativo cumplimiento para protección de los terceros que de cualquier forma interactuen con ella.

II Consecuentes con lo anterior y en vista de que en el estatuto mercantil la sucursal es una de las especies de establecimiento de comercio, forzoso es aceptar que sobre una de ellas se puedan realizar todos los actos y contratos previstos por la ley colombiana sin ninguna limitación. Así las cosas, son entonces susceptibles de ser transferidos todos los bienes que lo integran o parte de ellos a título de aporte en especie a una sociedad, pudiendo desprenderse de dicha transferencia los siguientes eventos:

1. Que en virtud de dicha enajenación, se produzca la terminación del objeto que desarrolla la sucursal de la sociedad extranjera (aquel que se encuentra previsto en la resolución de incorporación al país) y deba proceder a liquidarse. En este caso, la sociedad extranjera quedará como socio de la sociedad a la cual aportó el establecimiento.
2. Puede así mismo surgir una imposibilidad para la sociedad extranjera de seguir realizando el objeto de su sucursal, en cuyo caso también deba esta última procederse a liquidarse.
3. Que no necesariamente deba liquidarse por el acaecimiento de la terminación o la imposibilidad sobreviniente de seguir adelantando el objeto social, en virtud de una decisión de la casa matriz que apunte a restablecer y a reorganizar los bienes necesarios dentro de la misma sucursal.

III Así las cosas, resulta jurídicamente viable que los bienes que integran el establecimiento de comercio (sucursal) a través del cual una sociedad extranjera desarrolla su empresa social en Colombia, sean objeto de aporte al capital de una sociedad colombiana y que incluso pueda serlo el mismo establecimiento considerando su valor patrimonial bruto□□□."(Oficio 100-13568 del 14 de febrero de 2000).

A su vez, teniendo en cuenta el contenido del oficio anterior, la entidad expuso lo siguiente:

"□□□(El establecimiento de Comercio), es susceptible de ser enajenado, cedido, gravado y en general objeto de cualquier negocio jurídico como el ser aportado a una sociedad en forma parcial o en su conjunto como sucursal; si aportó solo una parte de los bienes afectos al establecimiento de comercio, la sociedad extranjera puede liquidar la sucursal o continuar la actividad a la que se dedica, inyectando mayor capital asignado, si así lo estima pertinente.

Si la sucursal fue aportada en bloque como establecimiento de comercio con todos los bienes que lo conforman (artículo 516 C. Co.) el panorama entonces es sustancialmente diferente por sus efectos; el primero de ellos es que al cambiar el titular de la sucursal (de persona jurídica domiciliada en el extranjero a una domiciliada en Colombia), se modifica el régimen aplicable, es decir, el previsto en el Título VIII del Libro Segundo del Código de Comercio y las normas aplicables a las sociedades comerciales para entrar a ser reguladas en su totalidad por el título I del Libro Tercero del mismo ordenamiento; y el segundo, la modificación del registro respecto de la titularidad del establecimiento de comercio, en los términos del numeral 6 del artículo 28 del Código de Comercio.

La sociedad Colombiana que adquiere el establecimiento de comercio de una sociedad extranjera puede continuar con la unidad económica; o clausurar el establecimiento; o integrarlo a otra; en fin decide en la amplia esfera de la autonomía de la voluntad privada la conducción de esa organización de bienes y la actividad en la cual desea ocuparlo.

Así que no es conducción sine qua non para la aportación de una sucursal de sociedad extranjera, que ésta se liquide, pues la sucursal puede seguir funcionando con todas las características de establecimiento de comercio e incluso sin que se perciba la mutación de titular.

En consecuencia, tal como fue expuesto en el oficio a que se hace referencia (100-13568 del 14 de febrero de 2000), una sociedad extranjera puede aportar su sucursal a una sociedad comercial sin necesidad de liquidarla□□□□."(Oficio 220-42041 del 28 de junio de 2000).

IV CASO CONSULTADO

En este orden de ideas y ubicados dentro del escenario adecuado, tenemos como es incuestionable que toda actividad que realiza la sucursal equivale a efectuarla la matriz e igualmente vemos que la sociedad principal, se beneficia o perjudica por los actos realizados por la sucursal, y por ende, es claro pues no puede entenderse en otro sentido, en que la experiencia adquirida por la sucursal equivale a que halla sido adquirida por la principal, pues sencillamente basta tener en cuenta que se trata de una sola persona jurídica, es un solo patrimonio, es un todo. Por tanto al aportar la sucursal se busca fundamentalmente unir fuerzas para desarrollar de mejor manera las actividades del objeto social y como consecuencia lograr un robustecimiento económico.

Es así como, en relación con la consulta que nos ocupa, que esta entidad considera, máxime que no existe norma legal que lo impida ni disposición alguna que lo prohíba, que **es viable** que al aportar una sociedad extranjera para la constitución de una sociedad colombiana, un establecimiento de comercio, (la sucursal) de la primera, en donde el porcentaje de participación dentro del capital de la nueva compañía supera el 90% del mismo, **dentro de un proceso de licitación, invoque como propia de la nueva sociedad constituida, la experiencia adquirida con anterioridad por la sucursal, sin perjuicio valga recalcarlo, de lo que al respecto se establezca en los pliegos respectivos y decida (n) la (s) entidades contratante (s).**