

220-30783

Ref : Establecimiento de una sucursal extranjera en Colombia.- Actividad Permanente.

Me refiero a su comunicación radicada en esta Entidad con el número 262075, por medio de la cual formula la siguiente consulta :

" Si una sociedad extranjera desea mantener en Colombia veinte (20) funcionarios para efectos de prestar servicios en el territorio nacional por el término de un (1) año, ¿ debe establecer una sucursal con domicilio en Colombia de acuerdo el (SIC) artículo 471 del Código de Comercio ?."

"La anterior actividad se tiene por actividad permanente de acuerdo con el artículo 474 del Código de Comercio ".

Sobre el particular y partiendo de la base que en la consulta no se precisa como prestarían sus servicios los funcionarios ni que actividad desarrollarían, es pertinente realizar las siguientes consideraciones :

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.

Ahora bien, entre las atribuciones conferidas por ley mercantil a la Superintendencia de Sociedades, además de las consagradas en otras disposiciones del Estatuto Mercantil y en leyes especiales, vr.gr, artículo 6, literal f del Decreto 3100 del 30 de Diciembre de 1997, está la de ejercer la inspección y vigilancia "sobre las sucursales de sociedades extranjeras".

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 ejecutadas 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 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.

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 contraltos para cuya ejecución deben celebrarse otros contraltos 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 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.

En los anteriores términos se ha dado contestación a su consulta, no sin antes manifestarle que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.