

Saldarriaga Londoño, Juan Diego

Sucursales de sociedades extranjeras en Colombia. Análisis desde el derecho corporativo, cambiario y tributario

Revista de Derecho Privado, núm. 48, julio-diciembre, 2012, pp. 1-25

Universidad de Los Andes

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033219006>



Revista de Derecho Privado,
ISSN (Versión electrónica): 1909-7794
mv.pena235@uniandes.edu.co
Universidad de Los Andes
Colombia



**SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS EN
COLOMBIA. ANÁLISIS DESDE EL DERECHO
CORPORATIVO, CAMBIARIO Y TRIBUTARIO**

JUAN DIEGO SALDARRIAGA LONDOÑO

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Privado N.º 48

Julio - Diciembre de 2012. ISSN 1909-7794

Sucursales de sociedades extranjeras en Colombia. Análisis desde el derecho corporativo, cambiario y tributario

Juan Diego Saldarriaga Londoño*

RESUMEN

El presente artículo es producto de una investigación sobre el estado actual normativo de las sucursales de sociedades extranjeras en Colombia en tres áreas del derecho: corporativo, cambiario y tributario. Para cada una de las áreas se analiza la normatividad vigente teniendo en consideración aspectos históricos y jurisprudenciales. En razón de lo anterior se presenta un resumen de las características más importantes de las sucursales de sociedades extranjeras en Colombia.

PALABRAS CLAVES: Sucursal de sociedad extranjera, derecho societario, derecho tributario, derecho cambiario, vehículos de inversión, casa matriz, renta de fuente nacional, renta de fuente extranjera, residente, transferencia de capital asignado, personalidad jurídica.

ABSTRACT

This article develops an investigation regarding the normative aspects of the branch office of a foreign company in Colombia in three law areas: corporate law, foreign exchange law and tax law. For each one of these areas the actual normative features are analyzed taking into account historical and jurisprudential aspects. The key elements of the branch office of a foreign company in Colombia are explained and developed in this document.

KEYWORDS: Branch office of a foreign company, Corporate Law, Tax Law, Foreign Exchange Law, Investment vehicle, Head Office, National source income, Foreign source income, Resident, Assigned capital transference, Legal entity.

* Abogado Universidad de los Andes. Specialization in Advanced Economical Political Studies, University of Notre Dame. Abogado junior en Lewin y Wills Abogados. Correos: salda88@gmail.com - jd.saldarriaga245@uniandes.edu.co

SUMARIO

Introducción - I. CONCEPTO DE SUCURSAL - II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS - A. *Antecedentes globales* - B. *Antecedentes nacionales* - III. ANÁLISIS CORPORATIVO DE LAS SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS EN COLOMBIA - A. *Noción comercial de sucursales* - B. *Regulación comercial* - C. *Obligaciones de las sucursales de sociedades extranjeras* - IV. ANÁLISIS CAMBIARIO DE LAS SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS EN COLOMBIA - A. *Antecedentes y fundamentos constitucionales y legales del régimen cambiario y de inversiones internacionales en Colombia* - B. *Régimen cambiario de las sucursales de sociedades extranjeras* - C. *Régimen de inversión extranjera aplicable a las sucursales de sociedades extranjeras* - D. *Régimen cambiario especial* - V. ANÁLISIS TRIBUTARIO DE LAS SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS EN COLOMBIA - A. *Régimen tributario nacional* - VI. CONCLUSIONES - Bibliografía.

Introducción

Este trabajo presenta la tesis desarrollada dentro de una investigación sobre el estado actual normativo de las sucursales de sociedades extranjeras en Colombia en tres áreas del derecho: corporativo, cambiario y tributario.

En razón de lo anterior, se iniciará con la presentación del concepto de sucursal, su historia y el desarrollo legislativo a nivel nacional. En segundo lugar se hará un análisis corporativo de las sucursales, buscando abarcar de manera completa el concepto establecido dentro del Código de Comercio y el desarrollo que se ha generado a su alrededor en temas como responsabilidad y capacidad contractual. En tercer lugar se hará un análisis de las implicaciones cambiarias de las sucursales, cómo se han establecido a nivel regulatorio, las condiciones especiales de estas y la relación con su casa matriz. En cuarto lugar se analizarán las obligaciones tributarias generales de las sucursales. Por último, y a modo de conclusión, se hará un análisis de las características encontradas a través de esta investigación.

I. CONCEPTO DE SUCURSAL

Las sucursales son definidas por el artículo 263 del Código de Comercio como

los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar la sociedad. Cuando en los estatutos no se determinen las

facultades de los administradores de las sucursales, deberá otorgárseles un poder por escritura pública o documento legalmente reconocido, que se inscribirá en el registro mercantil. A falta de dicho poder, se presumirá que tendrán las mismas atribuciones de los administradores de la principal.

Para entender mejor el concepto de sucursal es esencial definir qué es un establecimiento de comercio. Conforme al artículo 515 del Código de Comercio un establecimiento de comercio es “un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá tener a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales.”

Teniendo en cuenta que la presente investigación hace referencia a las sucursales de sociedades extranjeras es importante definir el concepto de sociedad extranjera conforme a la normatividad nacional: son sociedades extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior. La legislación nacional establece que todas las sucursales de sociedades extranjeras que desarrollen actividades permanentes en Colombia estarán sometidas a la vigilancia del Estado, que se ejercerá por la Superintendencia Bancaria (Financiera) o de Sociedades, según su objeto social. El vínculo entre el desarrollo de las actividades y su carácter de permanente será analizado con posterioridad en el análisis corporativo de las sucursales.

Las sociedades extranjeras con participación dentro del país a través de las sucursales tienen un marco normativo específico que se expondrá a lo largo del presente trabajo. Es esencial mencionar que esta investigación se limita a las sucursales de las sociedades extranjeras sin entrar en el análisis de los regímenes especiales que las caracteriza.

Es mi interés exponer el estado del arte normativo actual de un vehículo de inversión de alta importancia en el país. Para esto se presenta a continuación el análisis histórico de las sucursales de sociedades extranjeras.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El desarrollo legislativo de incorporación del concepto de sociedades extranjeras y su relación con las sucursales se analizará en el marco de su historia y la perspectiva nacional desde los antecedentes legislativos del Código de Comercio de Colombia.

A. Antecedentes globales

El concepto de nacionalidad, según Rovira¹ (1985), está concebido sobre la base de una relación existente entre el Estado y un individuo. En Colombia, la Constitución de 1886 en su artículo 14 dispuso que “las sociedades o corporaciones que sean en Colombia reconocidas como personas jurídicas, no tendrán otros derechos que los correspondientes a personas colombianas”. Como establece Narváez García (1987: 45), en

las leyes nunca se definió lo que debía entenderse por compañías extranjeras, pues casi siempre el legislador mencionó “las domiciliadas fuera del país, que tengan negocios de carácter permanente en el territorio de la República” (decretos legislativos 2 y 37 de 1906).²

Dicha concepción a través de la historia fue afianzando la posibilidad de incluir la nacionalidad a las sociedades, posición establecida posteriormente a la Primera Guerra Mundial cuando se rechazó por completo. Terminadas las guerras se revaluaron las actividades económicas de los extranjeros, permitiendo un crecimiento económico más amplio, que evitara efectos no deseados como la escasez de inversión en tiempos de recuperación económica³ así como las sociedades transnacionales y multinacionales a nivel internacional.

B. Antecedentes nacionales

En Colombia su incorporación se encuentra dispersa en la legislación. En la Constitución Política de 1886 se estableció que “las sociedades o corporaciones que sean en Colombia reconocidas como personas jurídicas, no tendrán otros derechos que los correspondientes a personas colombianas.” Como menciona Gabino Pinzón (1983: 420), “de manera, pues, que el reconocimiento de las sociedades extranjeras, paralelamente a las nacionales, estaba incorporado en la propia Constitución Nacional, como ma-

1 ROVIRA, Alfredo L. *Sociedades extranjeras. Análisis del régimen legal argentino*. Abeledo Perrot. 1985. Pág. 17.

2 NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. *Teoría general de las sociedades*. Quinta Edición. Librería Jurídica Wilches. 1987. Pág. 45.

3 ROVIRA, Alfredo L. *Sociedades extranjeras. Análisis del régimen legal argentino*. Abeledo Perrot. 1985. Pág. 34.

nifestación o expresión por excelencia de una tendencia bastante arraigada en la conciencia jurídica del país.”⁴ Así mismo agrega que se empezaba a desarrollar la igualdad de derechos civiles entre nacionales y extranjeros.

Según Benetti Salgar (1980), la primera aproximación al concepto actual la encontramos en el Código de Comercio de 1887, que en el artículo 593 estableció que las compañías extranjeras dedicadas al negocio de seguros terrestres o marítimos, requerían de previa autorización del poder Ejecutivo para establecer agentes en el país que celebraran tales negocios. Un año más tarde, la Ley 27 de 1888 ordenó a las sociedades anónimas domiciliadas fuera del país, cumplir una serie de requisitos en orden a su establecimiento dentro del territorio nacional, cuando se propongan realizar negocios o empresas de carácter permanente.⁵

Como bien anota Benetti Salgar (1980), al igual que hoy, los decretos número 2 y 36 de 1906 exigían a las sociedades o compañías de cualquier clase o tipo legal domiciliadas fuera del país, la obligación de establecerse en él cuando fueran a realizar negocios de carácter permanente. Estos requisitos contaban con la supervisión y posterior revisión por parte del Ejecutivo. Estos decretos dejaron de regir el mismo año que fueron expedidos pero nos dejan concluir que las intenciones consagradas posteriormente datan de muchos años atrás.

Así pues, no existía una legislación exclusivamente dirigida a regular las sucursales de sociedades extranjeras; las iniciativas planteadas reflejan un especial énfasis en las sociedades anónimas y de algunas sociedades extranjeras del régimen especial de bancos.⁶ El establecimiento de estas normas reflejó la situación global y la participación de multinacionales en países extranjeros.

Años más tarde, la Ley 58 de 1931 estableció el control y vigilancia, similar al actual, para las sociedades anónimas que estuvieran domiciliadas fuera del país. Al igual que hoy este poder le fue otorgado a la Superintendencia de Sociedades “Anónimas” en ese entonces. Utilizó la expresión “negocios permanentes” con el mismo fin que el decreto número 2 de 1906, asimilándolo a la noción de empresa consagrada en el artículo 25 del Código de Comercio. Como bien anota Gabino Pinzón (1983: 428), “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.”⁷

Así mismo, aquellas sociedades que estuvieran ejerciendo actividades relacionadas con el sector financiero o bancario ya estaban vigiladas por la Superintendencia Bancaria. Dichos acer-

4 PINZÓN, Gabino. *Sociedades comerciales. Tipos o formas de sociedad*. Volumen II. Temis. Bogotá. 1983. Pág. 420.

5 BENETTI SALGAR, Julio. *La sociedad comercial*. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Ediciones Rosaristas. 1980. Págs. 364 - 365.

6 *Ibid.* Óp. cit. Pág. 365.

7 PINZÓN, Gabino. *Sociedades comerciales. Tipos o formas de sociedad*. Volumen II. Temis. Bogotá. 1983. Pág. 428.

camientos reflejan el avance hacia la concepción que hoy en día tenemos de las sucursales de sociedades extranjeras.

Bajo el criterio de Narváez García (1987), el Código de Comercio de Colombia de 1971 tomó el criterio de sociedad donde se combina la ley del país que rige la constitución de la sociedad y el domicilio en el exterior para así poder identificar como extranjera una sociedad.⁸ La anterior inclusión inició con el artículo 469 del Código de Comercio ya mencionado. Para entender la incorporación en el Código de Comercio de los artículos relacionados con las sociedades extranjeras y las sucursales es pertinente hacer una mención especial al Comité Asesor para la revisión del Código de Comercio, en donde el doctor Finkelztein y el doctor Narváez, en el Acta n° 250⁹ consignaron las discusiones que dieron como fruto los artículos de las sociedades extranjeras y que en su gran mayoría mantienen la redacción inicial pues las modificaciones de redacción que se han hecho no son sustanciales.

La investigación en las áreas del derecho propuestas se iniciará con la presentación de los aspectos más relevantes del derecho corporativo.

III. ANÁLISIS CORPORATIVO DE LAS SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS EN COLOMBIA

A continuación se presenta un análisis teórico y práctico de las sucursales de sociedades extranjeras en el país desde el punto de vista del derecho corporativo.

A. Noción comercial de las sucursales

Para entender con claridad el régimen corporativo de las sucursales de sociedades extranjeras es pertinente mencionar que se deben tener en consideración las condiciones y formalidades establecidas en los artículos 469 y subsiguientes del Código de Comercio. En este análisis se presentarán los aspectos de mayor importancia y los elementos generales y especiales.

Según Narváez García (1987), la apertura de toda sucursal implica la creación de un domicilio secundario de la sociedad en determinado ámbito espacial, para realizar total o parcialmente las actividades que constituyen el objeto de la compañía. Establece a su vez que se suma la existencia de un órgano de administración y representación, llámese gerente o factor, al cual se le otorgan facultades suficientes para comprometer la responsabilidad de la compañía. Concluye que si el establecimiento está administrado por una persona facultada para obrar en su nombre, habrá una sucursal.¹⁰

8 NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. *Teoría general de las sociedades*. Quinta Edición. Librería Jurídica Wilches. 1987. Pág. 47.

9 Comité Asesor para la revisión del Código de Comercio. Año 1969.

10 NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. *Op. cit.* Pág. 652

La sucursal no es una sociedad distinta a la principal, a diferencia de las filiales, subsidiarias o subordinadas, figuras jurídicas que no serán analizadas en la presente tesis. La sucursal está constituida con dependencia económica y jurídica de la sociedad principal, tiene unidad de empresa, nombre, responsabilidad compartida, dependencia para su constitución, supresión o variación del máximo órgano social de la principal.¹¹ Así mismo lleva contabilidad especial, siendo la matriz y su sucursal una sola sociedad. Originalmente presenta un solo estado de resultados pero a nivel local se presenta el de la sucursal de manera independiente para analizar las implicaciones corporativas y tributarias de los negocios que celebre en Colombia. Como bien menciona Narváez García (1987: 432), “la sucursal es una simple desmembración de la casa principal”.¹² Dicho de otra manera, “confluyen simultáneamente la coordinación y la dependencia económicas y la coordinación y la dependencia jurídicas.”¹³

Como cualquier activo, las sucursales son susceptibles de ser enajenadas, gravadas y pueden ser objeto de cualquier negocio jurídico tal como ser aportado a una sociedad en forma parcial o en su conjunto como sucursal. La sucursal puede ser objeto de transacciones.

Como bien expresa la Superintendencia de Sociedades en uno de sus conceptos, “los socios, de acuerdo con el régimen legal establecido

*para cada tipo de sociedad, podrán directamente o por conducto de sus administradores determinar acerca de la administración de sus establecimientos de comercio, los que como se determinó anteriormente son de dos clases: sucursales o agencias, según que su administrador tenga o no facultades para representar legalmente a la sociedad.”*¹⁴ Así pues, se puede establecer una diferencia sustancial en cuanto a la capacidad de obligarse del administrador respecto a la agencia o a una sucursal. Estas dos figuras tienen grandes diferencias que no serán analizadas aquí.

En concepto de Lisandro Peña Nossa (2009: 317), “*Para instalar una sucursal, en el mismo domicilio de la sociedad o en otro lugar, se requiere que se establezca en el mismo acto de constitución de la sociedad, pues en caso contrario, para su creación se exige que los socios mediante asamblea extraordinaria establezcan su creación y, por ser una reforma, debe registrarse en la cámara de comercio.*”¹⁵

De esta manera, se encuentra un requisito estatutario específico en razón de la capacidad facultativa que tiene el administrador de la sucursal. Estos requisitos se guían por la ley del país del domicilio, una vez tomada la decisión y respecto a su formalización y registro se aplica lo establecido por la ley colombiana. Para las sucursales debe haber un mandatario facultado para representar a la sociedad, que la

11 *Ibid. Op. cit.* Pág. 652.

12 NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. *Derecho mercantil colombiano. Tipos de sociedad*. Volumen IV. Legis Editores S.A. Colombia. Pág. 431.

13 *Ibid. Op. cit.* Pág. 432.

14 Superintendencia de Sociedades, concepto 76149 de 14 noviembre 2003.

15 PEÑA NOSSA, Lisandro. *De las sociedades comerciales*. Quinta edición. 2009. Ediciones Uniandes. Editorial Temis. Bogotá. Pág. 317.

haga vivir jurídicamente y le permita adquirir y contraer obligaciones. En razón de lo anterior las reformas estatutarias de la principal deben protocolizarse en una notaría del domicilio, así como la resolución de apertura de la sucursal en Colombia.

Es de anotar igualmente que “El mandato del que está revestido el administrador de la sucursal se encuentra sujeto a la normatividad existente para la forma de mandato comercial llamada “preposición”, definida por el Código como “una forma de mandato por la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo. En este caso, al mandatario se le llamará factor.”¹⁶ (Peña, 2009: 317).

B. Regulación comercial

Refiriéndose nuevamente a los elementos de la constitución de la sucursal es pertinente nombrar los requisitos del artículo 471 del Código de Comercio que establece que, para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional, para lo cual cumplirá los siguientes requisitos:

1. Protocolizar en una notaría del lugar elegido para su domicilio en el país, copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes y,

2. Obtener de la Superintendencia Financiera de Colombia, según el caso, permiso para funcionar en el país.

En cuanto a los requisitos esenciales de existencia no se considera el registro del contrato social en la Cámara de Comercio del lugar de la sucursal y el nombramiento de un mandatario como uno de estos, ya que como se puede ver en la doctrina “el deber de inscripción es para darle publicidad frente a terceros, para que conozcan las facultades o atribuciones que la sociedad le ha conferido a los administradores de estas sucursales.”¹⁷

Así mismo, la Superintendencia de Sociedades ha establecido que:

A falta de una norma legal que así lo expresa, en concepto de este despacho la inscripción a que se alude no constituye una solemnidad sustancial para la existencia de una sucursal. Por tanto, debe entenderse que ella es apenas una obligación consagrada en interés de los terceros, quienes deben estar en condiciones de conocer no sólo la existencia de las mismas sociedades, sino también las cláusulas esenciales de los estatutos que incidan o puedan incidir en sus relaciones con ellas y, por la misma razón, las atribuciones de que se haya investido a los administradores de las sucursales.¹⁸

17 Ibid. Pág. 316.

18 Concepto de la Superintendencia de Sociedades. Oficio OA02885 de 28 de febrero 1972. “La omisión de la inscripción en el registro de los documentos relativos a la apertura de sucursales, pues, no incide en la existencia y en el funcionamiento de estas. De ahí que las sociedades, que no llenan este requisito no pueden escudarse en la falta del mismo para eludir el cumplimiento de las obligaciones contraídas a través de ellas, ni por los términos del art. 1335 del Código de Comercio, podrán oponerse a terceros las limitaciones hechas a las facultades otorgadas a sus administradores, sin perjuicios de las demás sanciones que fueran del caso, como la pecuniaria de que habla el art. 37 del Código, y de las que pudiera imponer esta superintendencia a aquellas que están some-

16 PEÑA NOSSA, Lisandro. Ibid. Pág. 317.

Respecto al traspaso de activos y pasivos afectos a la sucursal a favor de otra sociedad extranjera, dentro del régimen legal colombiano, la Superintendencia de Sociedades ha estatuido:

Por tanto, de la misma manera en que al producirse la fusión de sociedades extranjeras con negocios permanentes en el país, las sucursales deben cumplir los requisitos previstos en el artículo 172 y siguientes del Código de Comercio; en el caso que se plantea, la sociedad extranjera cedente, debe cumplir las normas previstas en la ley comercial para la venta del establecimiento de comercio y en especial, los requisitos previstos en el artículo 528 ibídem, sin cuyo cumplimiento, el negocio realizado no produce efectos frente a terceros en Colombia.”¹⁹

Así mismo es importante agregar que no hay fusión entre una sociedad y una sucursal ni entre sucursales por carecer de personería jurídica. Respecto a esto es relevante entender que hay negocios jurídicos de los cuales las sucursales son objeto y no sujetos como es el caso del aporte que hace una sociedad extranjera de su sucursal a una sociedad nacional desapareciendo la sucursal de sociedad extranjera y convirtiéndose en una sucursal de sociedad nacional. Esta figura puede remplazar de manera teórica la fusión entre una sociedad colombiana y una sucursal, sin perjuicio de los efectos tributarios

que se generen cuando se aportan, diferentes a los efectos que habría tenido si se fusionan.

La responsabilidad derivada de las actuaciones de la sucursal respecto a su matriz es ilimitada ya que es una misma sociedad. Conforme al artículo 482 del Código de Comercio, quienes actúen a nombre y representación de personas extranjeras, omitiendo los requisitos señalados, responderán solidariamente de las obligaciones que contraigan en Colombia. El administrador, al no cumplir con sus obligaciones legales, responderá solidariamente por las actuaciones y consecuencias derivadas de su gestión. Como menciona Lisandro Peña (2009), “*la ley faculta a la Superintendencia de Sociedades para que obligue a la sociedad infractora en primer término a que cumpla con los requisitos para su constitución y, si no lo hace, puede ser suspendida y liquidada, ya que a esta entidad la ley le confiere las mismas facultades que tiene respecto de las sociedades nacionales, al tenor del artículo 483.*”²⁰

C. Obligaciones de las sucursales de sociedades extranjeras

Resumiendo, las obligaciones que tienen las sucursales de sociedades extranjeras al incorporarse al país atienden los siguientes parámetros:

1. Para proceder a establecer la sucursal, la sociedad extranjera acreditará ante la Superintendencia respectiva que el capital asignado por la principal, ha sido cubierto (artículo 475 del Código de Comercio);

tidas a su vigilancia.

Lo que si no es viable para este despacho es el que pueda considerarse como sucursal un establecimiento de comercio de una sociedad administrada por mandatario sin facultades para representarla, puesto que en tal evento se estaría en presencia de un establecimiento diferente, como la agencia, conforme a lo expuesto.”

19 Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-43517 del 22 de agosto de 2002.

20 PEÑA NOSSA, Lisandro. *Op. cit.* Pág. 320.

2. Constituir las reservas y provisiones que la ley exige para las sociedades anónimas nacionales (artículo 476 del Código de Comercio);

3. Llevar la contabilidad de los negocios que celebren en el país en libros registrados en la Cámara de Comercio de su domicilio, con sujeción a las leyes nacionales (artículo 488 del Código de Comercio) y remitir a este organismo periódicamente los estados financieros de fin de ejercicio social.

4. Enviar a la Superintendencia a la cual esté adscrita su vigilancia y a la Cámara de Comercio de su domicilio copia del balance general, por lo menos al final de cada año;

5. Las sucursales vigiladas deberán pagar una contribución establecida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 222 de 1995.

6. En el evento en que los estatutos de la casa matriz o la resolución de incorporación de la sucursal en el país sean modificados, el representante legal deberá allegar a esta Entidad copia de la Escritura Pública respectiva con constancia de su inscripción en el registro mercantil.

7. Constituir e incrementar la reserva legal, que deberá ascender por lo menos al cincuenta por ciento del capital asignado y efectivamente cubierto a la sucursal, formada con el diez por ciento de las utilidades líquidas de cada ejercicio.

Es labor de la Superintendencia de Sociedades, conforme a la Ley 222 de 1995 (artículos 83, 84, 85, 86) y al Decreto 1080 de 1996 (artículo 2), solicitar, confirmar y analizar la información

sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad, salvo las que están vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

Respecto a la liquidación de sus negocios en el país, la sucursal debe atenerse a lo dispuesto por las normas de la liquidación de las sociedades, en función del artículo 492 del Código de Comercio. Se ha establecido que las sucursales pueden acceder al proceso concursal o acogerse a un acuerdo de restructuración, dependiendo de su situación, conforme a lo establecido por la Ley 550 de 1999 en su primer artículo y lo modificado por la Ley 1116 de 2006.

A su vez, la Ley 1116 de 2006 en su artículo 105 establece que el reconocimiento del proceso de insolvencia extranjero del propietario de una sucursal extranjera en Colombia dará lugar a la apertura del proceso de insolvencia de la misma conforme a las normas colombianas de insolvencia. En conclusión, tienen acceso a procesos de reorganización y liquidación judicial.

Teniendo en consideración que la incorporación de la sucursal se genera cuando se pretendan realizar actividades calificadas como permanentes, a continuación se presentan las actividades que son catalogadas como tales por el artículo 474 del Código de Comercio:

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.

Si bien en los numerales anteriores no se encuentra una definición específica de lo que es una actividad permanente, sí **brindan elementos** que pueden guiar a catalogar una actividad bajo esta categoría.

En cuanto al capital de las sucursales de sociedades extranjeras es pertinente mencionar que dicho monto determina una especie de afectación especial dirigida únicamente a los negocios en el país, sin existir la posibilidad de que sea destinado a una actividad distinta a la establecida para la sucursal. Este capital, asignado específicamente a la sucursal, tiene el fin de que la sociedad cuente con recursos disponibles para que quienes contraten con ella puedan tener un recurso de donde hacer valer sus derechos en el país de su inclusión. El Código establece en el artículo 491 multas sucesivas hasta de cincuenta mil pesos al representante legal cuando la sociedad extranjera no invierta el capital asignado a las actividades propias del objeto de la sucursal.

No obstante lo anterior, el capital de la casa principal en el exterior no es inaccesible en términos de responsabilidad hacia terceros. Los acreedores pueden respaldar sus derechos sin limitación al capital asignado a la sucursal en cuanto son una misma sociedad. Como anota Gabino Pinzón (1983: 444),

Las acciones de los acreedores contra la compañía extranjera por obligaciones contraídas en desarrollo de sus negocios en el país deben entenderse sometidas a las mismas prescripciones que rigen respecto de las obligaciones de las compañías nacionales. En otras palabras, tales acciones se extinguen al cabo de cinco años, contados desde la fecha en la cual se apruebe la liquidación del patrimonio formado en desarrollo de los negocios en el territorio nacional.²¹

El patrimonio se descentraliza y se vincula a las actividades que la sociedad desarrolla, como ejemplo, a través de sus sucursales.

En cuanto a la designación del representante legal de la sociedad extranjera se debe cumplir, en el fondo, con los mismos requisitos de una sociedad nacional. A partir de la figura del mandatario general se busca que tenga las facultades suficientes para desarrollar el objeto social. En función de lo anterior, el artículo 472 de Código de Comercio establece la “*designación del mandatario general, con uno o más suplentes, que represente a la sociedad en todos los negocios que se proponga desarrollar en el país*”. Como sociedad extranjera debe dar cumplimiento a las obligaciones que se les asignan

21 PINZÓN, Gabino. *Op. cit.* Pág. 444.

a los administradores de las sociedades anónimas nacionales. Un ejemplo de estas obligaciones está consagrado en el artículo 496 del Código, donde se establece que se debe enviar copia de los balances de fin de ejercicio a la Superintendencia antes de hacer cualquier giro a la principal como utilidades del ejercicio.

Más allá de las obligaciones generales derivadas de lo establecido para las sociedades anónimas en general, se ha de considerar el siguiente parámetro especial para las sucursales de sociedades extranjeras. El Código de Comercio en su artículo 473 establece que *“cuando la sociedad tuviere por objeto explotar, dirigir o administrar un servicio público o una actividad declarada por el Estado de interés para la seguridad nacional, el representante y los suplentes de que trata el ordinal del artículo anterior (472) serán ciudadanos colombianos”*. Así pues, el representante tiene que ser ciudadano colombiano cuando lleve a cabo estas actividades preestablecidas, en los demás casos no existe una limitación legal en cuanto a la nacionalidad del mandatario, representante legal.

Los elementos de la terminación, al igual que el plazo de duración de la sucursal deben ser definidos. Las causales de terminación son equivalentes a las de una sociedad nacional, como bien anota Gabino Pinzón (1983).²² Entre las causales de terminación de los negocios de la sucursal tenemos las siguientes:

- a. Vencimiento del término de duración previsto para la sucursal, siempre y cuando no haya

sido prorrogado por la sociedad conforme a lo establecido en los estatutos.

- b. La terminación o clausura de la sucursal, en razón de lo establecido por el artículo 275 del Código. Dicha decisión debe ser registrada en la Cámara de Comercio con fines de publicidad y de producción de los efectos deseados.

- c. Si la duración está subordinada o condicionada a una causal expresamente prevista, el acontecimiento de dichas causales genera la terminación de la sucursal.

Una vez se genera la terminación de los negocios de la sucursal se deben cumplir todas las reglas establecidas por la legislación nacional en cuanto a la liquidación, siguiendo los requisitos que rigen para la sociedad anónima.

Para finalizar el análisis de los elementos corporativos más importantes es esencial mencionar que se prohíbe la existencia de más de una sucursal de una sociedad extranjera en Colombia. Se puede establecer otros establecimientos de comercio pero no bajo la figura de la sucursal. Dicha conclusión se analiza en el Oficio 220-037204 de 28 de mayo de 2008 de la Superintendencia de Sociedades, en donde se prohíbe la existencia de más de una sucursal de sociedad extranjera por las siguientes razones:

- El criterio de la capacidad jurídica: quien detenta la capacidad es la sociedad extranjera como persona jurídica que es y no su sucursal, se ha de señalar que el permitir que se establezca más de una sucursal en el territorio nacional sería como admitir que la persona jurídica cuenta con más de una capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones,

22 PINZÓN, Gabino. *Ibid.* Pág. 441.

cuando en realidad dicho atributo de la personalidad es único e intransferible.

- El criterio del patrimonio social: al no constituir una sucursal de sociedad extranjera una persona jurídica distinta a la de su matriz con un patrimonio autónomo e independiente, tampoco sería posible la incorporación de más de una sucursal, ya que sencillamente no se configuraría una separación de patrimonios entre las distintas sucursales coexistentes, pues en todo caso se trataría de un único patrimonio, cual es el de la sociedad extranjera, el que constituiría la prenda común de todos y cada uno de los acreedores localizados en Colombia.

- El criterio del nombre social: la sucursal por no detentar la calidad de persona jurídica simplemente adopta el nombre de la sociedad extranjera, no resulta factible establecer más de una sucursal en la geografía nacional, ya que simple y llanamente todas las sucursales tendrían el mismo nombre sin que se pudiera identificar a cada una de ellas en el tráfico mercantil, con la incertidumbre e inseguridad que frente a terceros este hecho generaría.

- El criterio de la obligación de llevarse una sola e integral contabilidad: por razón de que la sociedad extranjera debe llevar su contabilidad en libros debidamente inscritos ante la cámara de comercio, y de forma tal que todos sus negocios y operaciones se registren en una única contabilidad, se ha de concluir que no resulta posible crear más de una sucursal en Colombia, ya que si así se admitiere en todo caso no se podrían abrir contabilidades independientes como número de sucursales existieren.

- El criterio de la especialidad: el ordenamiento jurídico colombiano consagró en el título VIII del Libro II del Código de Comercio un régimen

especial para las sociedades extranjeras, y por ende para las sucursales a través de las cuales aquellas emprenden negocios permanentes en el territorio nacional. De allí que si bien la sucursal recibe el tratamiento de un establecimiento de comercio, se ha de indicar que es un establecimiento de comercio que reviste ciertas particularidades que lo diferencian de la simple noción de establecimiento de comercio contenida en el artículo 515 del Estatuto Mercantil.

Una vez establecido el análisis general desde el derecho corporativo se procederá a analizar las características de las sucursales de sociedades extranjeras desde el derecho cambiario.

IV. ANÁLISIS CAMBIARIO DE LAS SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS EN COLOMBIA

A. Antecedentes y fundamentos constitucionales y legales del régimen cambiario y de inversiones internacionales en Colombia

El régimen cambiario surge, como en los demás países latinoamericanos, en respuesta a la aguda escasez de divisas y a la crisis económica mundial de 1930.²³ Para contener la crisis económica generada en ese entonces, el Congreso dotó al Gobierno de facultades extraordinarias para restablecer el orden económico. Un ejemplo de estas medidas fue el Decreto 1683 del 24 de septiembre de 1931, con el cual se implan-

²³ LUGARI, María. *Régimen cambiario colombiano. Derecho de la moneda extranjera*. Legis. Colombia. 1998. Pág. 17.

tó, por primera vez en el país, un severo control al comercio del oro, al comercio exterior y a los cambios internacionales.²⁴ Desde ese entonces se ha desarrollado un sistema con normatividad cambiaria.

A continuación se hará un breve recuento del sistema actual y se relacionará con el régimen de inversión extranjera y sus implicaciones en las sucursales de sociedades extranjeras en Colombia.

El régimen de cambios internacionales, de acuerdo con el artículo 150, numerales 19, 371 y 372 de la Constitución Política de Colombia, es dictado por la Junta Directiva del Banco de la República. Este régimen, de conformidad con la Ley Marco de Cambios Internacionales (Ley 9 de 1991), está regido por los principios que se incluyen a continuación, los cuales se encuentran en el artículo 2 de la Ley 9 de 1991:

El Régimen cambiario tiene por objeto promover el desarrollo económico y social y el equilibrio cambiario, con base en los siguientes objetivos que deberán orientar las regulaciones que se expiden en desarrollo de la presente ley.

- a. Propiciar la internacionalización de la economía colombiana con el fin de aumentar su competitividad en los mercados externos.
- b. Promover, fomentar y estimular el comercio exterior de bienes y servicios, en particular las exportaciones y la mayor libertad en la actuación de los agentes económicos en esas transacciones.

- c. Facilitar el desarrollo de las transacciones corrientes con el exterior y establecer los mecanismos de control y supervisión adecuados.
- d. Estimular la inversión de capitales del exterior en el país.
- e. Aplicar controles adecuados a los movimientos de capital.
- f. Propender por un nivel de reservas internacionales suficiente para permitir el curso normal de las transacciones en el exterior.
- g. Coordinar las políticas y regulaciones cambiarias con las demás políticas macroeconómicas.

Por su parte, el régimen de inversiones internacionales está regulado por el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta la delegación dispuesta por el Congreso en el artículo 15 de la Ley 9 de 1991. Los principios y procedimientos aplicables a las inversiones internacionales son de gran importancia para el tema que nos ocupa, habida cuenta de que la casa matriz de la sucursal colombiana está sometida al régimen de inversiones internacionales en Colombia.

A continuación analizaremos más detalladamente la aplicación del régimen de cambios internacionales y de inversiones internacionales a las sucursales de sociedades extranjeras establecidas en Colombia.

B. Régimen cambiario de las sucursales de sociedades extranjeras

Las sucursales de sociedades extranjeras son consideradas por el régimen cambiario como residentes en Colombia. Es así como el artículo

24 *Ibid.* Pág. 18.

2 del Decreto 1735 de 1993 establece que “se consideran residentes las entidades de derecho público, las personas jurídicas, incluidas las entidades sin ánimo de lucro, que tengan domicilio en Colombia y las sucursales establecidas en el país de sociedades extranjeras”.

Esta definición, específicamente para efectos del régimen cambiario, permite entender que existe una ficción, en virtud de la cual si bien la sucursal no tiene autonomía jurídica y comparte su personería con su matriz, se entiende que es un residente en el país. Con base en esta definición, las sucursales de sociedades extranjeras quedan sometidas al régimen cambiario general aplicable en Colombia y obligadas a cumplir con los procedimientos hoy en día exigibles a los demás residentes en el país.

Es importante precisar que de acuerdo con el artículo 48 de la Resolución 8 de 2000 expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, se estableció un régimen cambiario especial únicamente aplicable a sucursales de sociedades extranjeras que se dediquen a la exploración y explotación de petróleo, gas natural, carbón, ferroníquel o uranio o para las sucursales prestadoras de servicios inherentes al sector de hidrocarburos, con dedicación exclusiva, que hayan sido calificadas como tal por el Ministerio de Minas y Energía. Este tipo de sucursales tienen un régimen cambiario distinto de los demás residentes en Colombia, el cual será analizado al finalizar este aparte.

A continuación haremos referencia al régimen cambiario aplicable a la mayoría de las sucursales de sociedades extranjeras, es decir, al régimen cambiario general u ordinario.

La Ley 9 de 1991 estableció la división de dos mercados de divisas: mercado cambiario y mercado libre. El mercado cambiario, conforme lo establece el artículo 6, está constituido por todas las divisas que deban ser transferidas o negociadas por conducto de los intermediarios del mercado cambiario.

El artículo 7 de la Resolución 8 de 2000, dictada por la Junta Directiva del Banco de la República, determinó las operaciones que son del mercado cambiario y que, por lo tanto, deben ser canalizadas obligatoriamente a través de este, las cuales se indican a continuación:

1. Importación y exportación de bienes.
2. Operaciones de endeudamiento externo celebradas por residentes en el país, así como los costos financieros inherentes a las mismas.
3. Inversiones de capital del exterior en el país, así como los rendimientos asociados a las mismas.
4. Inversiones de capital colombiano en el exterior, así como los rendimientos asociados a las mismas.
5. Inversiones financieras en títulos emitidos y en activos radicados en el exterior, así como los rendimientos asociados a las mismas, salvo cuando las inversiones se efectúen con divisas provenientes de operaciones que no deban canalizarse a través del mercado cambiario.
6. Avales y garantías en moneda extranjera.
7. Operaciones de derivados.

Las operaciones mencionadas, al ser calificadas del mercado cambiario, se deben canalizar a través de dicho mercado, bien sea por conducto de los intermediarios autorizados o a través de cuentas bancarias abiertas en bancos del exterior y registradas ante el Banco de la República bajo el mecanismo de compensación.

Por su parte, el mercado libre, conforme lo establece el artículo 7 de la Ley 9 de 1991, está definido de la siguiente manera: *Será libre la tenencia, posesión y negociación de divisas que no deban ser transferidas o negociadas por medio del mercado cambiario. En todo caso, dentro de la libertad autorizada, el gobierno nacional podrá regular estas operaciones con sujeción a los propósitos contenidos en el artículo 2 de esta ley.*

Según lo anterior, en materia cambiaria podemos concluir que las sucursales de sociedades extranjeras sometidas al régimen ordinario, respecto de las operaciones que realicen con residentes del exterior, están obligadas a cumplir con los procedimientos aplicables a las operaciones del mercado cambiario y están autorizadas a realizar libremente operaciones del mercado libre.

En relación con las operaciones que realicen con otros residentes en Colombia, las sucursales de sociedades extranjeras están sometidas a la restricción general aplicable en materia cambiaria, de acuerdo con el artículo 3 del Decreto 1735 de 1993, que califica estas operaciones como internas, lo que impide la posibilidad de realizar el pago en moneda extranjera. Es importante precisar que el régimen cambia-

rio contempla algunas excepciones a la regla general mencionada, en virtud de las cuales, por excepción los residentes sí pueden pagar entre sí operaciones en moneda extranjera.

Por último, consideramos importante hacer alusión a que el régimen cambiario autoriza ciertas operaciones entre las sucursales de sociedades extranjeras y sus casas matrices (artículo 32 de la Resolución 8 de 2000):

1. Transferencia de capital asignado o suplementario.
2. Reembolso de utilidades y capital asignado o suplementario.
3. Pago por concepto de operaciones reembolsables de comercio exterior de bienes, de conformidad con las normas aduaneras y tributarias.
4. Pago por concepto de servicios, de conformidad con las normas tributarias.

Las primeras dos transacciones, teniendo en cuenta que se refieren a inversiones internacionales, serán analizadas en el punto a continuación.

Las demás transacciones autorizadas se refieren a la posibilidad de que la sucursal pueda realizar importaciones y exportaciones con su casa matriz y contratar o prestar servicios a esta. Nuevamente, con base en la ficción de considerar residentes a las sucursales, se puede dar la posibilidad de que estas celebren las operaciones autorizadas con su casa matriz, así desde la perspectiva corporativa se trate de la misma entidad jurídica.

C. Régimen de inversión extranjera aplicable a las sucursales de sociedades extranjeras

El régimen actual de inversión extranjera está guiado por tres principios de fundamental aplicación: igualdad, universalidad y automaticidad.

Conforme al análisis propuesto por María Lugari (1988: 166) estos principios se determinan de la siguiente manera:

- **Igualdad:** implica un mismo tratamiento para la inversión extranjera en el país frente a la inversión de nacionales colombianos, sin condiciones ni discriminaciones para los inversionistas extranjeros en relación con los inversionistas privados nacionales ni para éstos en relación con los extranjeros.
- **Universalidad:** significa que la inversión extranjera está admitida en todos los sectores de la economía, sólo está prohibida en materia de defensa y seguridad nacional, en actividades relacionadas con el procesamiento, disposición y deshecho de basuras tóxicas, peligrosas o radioactivas no producidas en el país, en empresas que tengan por actividad principal la compra-venta o arrendamiento de inmuebles y a través de la adquisición de títulos inmobiliarios.
- **Automaticidad:** significa la no necesidad de autorización ni de engorrosos y costosos trámites para invertir en el país.²⁵

A los principios de inversión extranjera mencionados es pertinente agregarle la libertad de inversión vigente en Colombia. Existen garantías suficientes para asegurar que hay elementos

que brindan igualdad en las condiciones de inversión entre los nacionales y extranjeros. En el país se pueden realizar de manera general inversiones en todos los sectores. Se exceptúan algunos sectores de la economía como el financiero, que está sometido a autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia²⁶ y los dedicados a las actividades de defensa y seguridad nacional y procesamiento, disposición y desecho de basuras tóxicas, peligrosas o radiactivas no producidas en el país, que están absolutamente restringidos para inversionistas extranjeros²⁷.

En consideración del artículo 32 de la Resolución 8 de 2000 antes citada, vemos que dentro de las operaciones autorizadas entre las sucursales de sociedades extranjeras y sus casas matrices se encuentran la transferencia de capital asignado y la inversión suplementaria al capital asignado. Estas dos transacciones constituyen operaciones de inversiones extranjeras en Colombia conforme a lo dispuesto en los numerales i) y v) del literal a) del artículo 3 del Decreto 2080 de 2000.

El régimen de inversiones internacionales permite que las inversiones extranjeras realizadas en el capital asignado de una sucursal sometida al régimen cambiario ordinario, sean realizadas de acuerdo con cualquiera de las modalidades de inversión extranjera previstas en el artículo 5 del Decreto 2080. Por lo anterior, una sucursal de sociedad extranjera podría importar divisas al país, realizar capitalizaciones, aportes en

25 LUGARI, María. *Ibid.* Pág. 166.

26 Decreto 2080 de 2000, artículo 18.

27 Decreto 2080 de 2000, artículo 6.

especie, reinversiones y demás, y registrar dichas operaciones ante el Banco de la República como inversión extranjera en el capital asignado de la sucursal. En caso de que las inversiones extranjeras se realicen con divisas, quedarán automáticamente registradas en el Banco de la República con la presentación de la “Declaración de Cambio por Inversiones Internacionales” (Formulario No. 4). De realizarse inversiones internacionales bajo otras modalidades, será necesario presentar ante el Banco de la República una solicitud de registro, acompañada de un Formulario de Registro de Inversiones Internacionales (Formulario No. 11), dentro del término de doce meses desde la formalización de la operación. Con cumplimiento de estos registros el inversionista, a través de la sucursal de sociedades extranjeras, puede ejercer los derechos cambiarios que la ley le otorga.²⁸

En relación con la inversión suplementaria al capital asignado, las sucursales sometidas al régimen cambiario ordinario solo pueden recibir este tipo de inversión en divisas; quiere decir que serán recursos remitidos a través del mercado cambiario. En este tipo de sucursales no se admite que la inversión suplementaria al capital asignado genere saldos negativos. En la medida en que estas operaciones deben efectuarse siempre en divisas, quedan automáticamente registradas ante el Banco de la República con la presentación de la “Declaración de cambio por inversiones internacionales” (Formulario No. 4).

El régimen cambiario autoriza libremente el giro de recursos de la sucursal de sociedad extranjera a su matriz, derivados de inversiones internacionales, bien sea que correspondan a utilidades, a disminución de la inversión suplementaria al capital asignado o cuando se trate del reembolso del capital invertido por la casa matriz.

Siempre que las operaciones de inversión extranjera supongan una transferencia o flujos de recursos (ej. inversión en divisas, giro de utilidades y movimientos de la inversión suplementaria al capital asignado, la operación se deberá canalizar a través del mercado cambiario y formalizar en la “Declaración de cambio por inversiones internacionales” (Formulario No. 4).

D. Régimen cambiario especial

De manera resumida se analizará a continuación el régimen especial cambiario aplicable a algunas sucursales de sociedades extranjeras en el país.

La Resolución 8 de 2000, de la Junta Directiva del Banco de la República, establece las sucursales que se encuentran sometidas al régimen cambiario especial al indicar:

*Este régimen se aplica de manera exclusiva a las sucursales de sociedades extranjeras que realizan actividades de exploración y explotación de petróleo, gas natural, carbón, ferromniquel o uranio. Así mismo se aplica a las sucursales de empresas extranjeras que de conformidad con el Decreto 2058 de 1991, se dedican en forma exclusiva a prestar servicios inherentes al sector de hidrocarburos.*²⁹

28 ORDUÑA ROJAS, Rafael. *Generalidades de la inversión extranjera y tributación en Colombia*. Cuadernos de Trabajo. DIAN. Oficina de Estudios Económicos. Marzo de 2006. Pág. 7.

29 *Ibid.* Pág. 75.

Es importante precisar que las sucursales de compañías exploradoras y explotadoras de petróleo, gas natural, carbón, ferroníquel o uranio se encuentran sometidas al régimen cambiario especial desde la inclusión de estas actividades sociales en su objeto social y el ejercicio del mismo. A diferencia de lo anterior, las sucursales de firmas dedicadas a la prestación de servicios inherentes al sector de hidrocarburos, solo quedan sometidas al régimen cambiario especial cuando obtienen el certificado del Ministerio de Minas y Energía de que prestan servicios inherentes al sector de manera exclusiva.

El régimen cambiario especial se encuentra previsto básicamente en el artículo 49, e imposibilita a las sucursales sometidas a este, *“a adquirir divisas en el mercado cambiario por ningún concepto”* y establece que deben reintegrar al mismo las divisas que requieran para la atención de sus gastos en moneda legal. Únicamente les permite realizar dos operaciones de giro al exterior: *“(i) las sumas recibidas en moneda legal con ocasión de las ventas internas de petróleo, gas natural o servicios inherentes al sector de hidrocarburos y (ii) el monto del capital extranjero en caso de liquidación de la empresa”*.

Dicho régimen no es obligatorio, las sucursales tienen la posibilidad de no acogerse a estas disposiciones informándose al Banco de la República.

En lo que se refiere a cambios internacionales, aplicable a sucursales del régimen cambiario especial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 51 de la Resolución 8 de 2000 se autoriza tanto a sucursales como a empresas del sector

a celebrar y pagar entre sí cualquier operación en moneda extranjera.

A diferencia de las sucursales sometidas al régimen cambiario ordinario, las sucursales sometidas al régimen cambiario especial sí pueden afectar la cuenta de inversión suplementaria al capital asignado con cualquier modalidad de inversión extranjera prevista en el régimen de inversiones internacionales.

El régimen cambiario autoriza que las operaciones de obligatoria canalización a través del mercado cambiario cuyo pago o reintegro no pueda ser efectuado por la sucursal, o las demás operaciones que realicen las sucursales sometidas a este régimen, sean realizadas o recibidas por su casa matriz, afectando la cuenta patrimonial de la inversión suplementaria al capital asignado. En este orden de ideas, cuando la casa matriz realiza un pago por cuenta de su sucursal del régimen especial aumenta la inversión suplementaria al capital asignado; por el contrario, si la casa matriz recibe un pago de un derecho de la sucursal, disminuye la inversión suplementaria al capital asignado. Derivada de esta autorización, el régimen de inversiones internacionales sí permite que los saldos de la cuenta de inversión suplementaria al capital asignado de sucursales del régimen cambiario especial, sea negativa.

Una vez analizados los elementos generales cambiarios de las sucursales de sociedades extranjeras se procederá a hacer el análisis tributario correspondiente.

V. ANÁLISIS TRIBUTARIO DE LAS SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS EN COLOMBIA

A. Régimen tributario nacional

A continuación se presenta el análisis de las implicaciones tributarias de las sucursales de sociedades extranjeras en Colombia en relación con el impuesto sobre la renta.

Para comenzar es importante establecer la manera en que el régimen tributario nacional acoge el concepto de sociedad extranjera y de sucursal en su normatividad. El artículo 21 del Estatuto Tributario establece que son extranjeras las sociedades constituidas bajo las leyes de otro país, con domicilio principal en el exterior. De esta forma, por ser la sucursal una prolongación de la casa matriz y no una sociedad diferente, el régimen tributario aplicable a las sucursales de sociedades extranjeras será en general el establecido en el Estatuto Tributario para las sociedades extranjeras y, además, algunas disposiciones especiales.

De la lectura de los artículos 20 y 21 del Estatuto Tributario se extrae que las sociedades extranjeras, y por lo tanto las sucursales de sociedades extranjeras, solamente estarán gravadas sobre sus rentas de fuente nacional. Lo anterior constituye una de las mayores diferencias respecto al régimen tributario aplicable a las sociedades colombianas y aquel aplicable a las sucursales. Lo anterior teniendo en cuenta que las sociedades nacionales están gravadas sobre rentas obtenidas, tanto en Colombia como en cualquier juris-

dicción, mientras que como se indicó, las sucursales de sociedad extranjera solamente estarán gravadas sobre las rentas consideradas como de fuente nacional por el Estatuto Tributario. El artículo 24 del Estatuto Tributario define cuáles ingresos se consideran como de fuente nacional:

Se consideran ingresos de fuente nacional los provenientes de la explotación de bienes materiales e inmateriales dentro del país y la prestación de servicios dentro de su territorio, de manera permanente o transitoria, con o sin establecimiento propio. También constituyen ingresos de fuente nacional los obtenidos en la enajenación de bienes materiales e inmateriales, a cualquier título, que se encuentren dentro del país al momento de su enajenación. (...)

Respecto a la tarifa, a la obligación de declarar y a la forma en la cual se determina el impuesto a la renta, el tratamiento aplicable a las sociedades colombianas y el aplicable a las sucursales de sociedades extranjeras resulta, salvo ciertas excepciones, similar. Así, tanto las sucursales como las sociedades colombianas están obligadas a declarar sus ingresos y están por regla general sujetas a una tarifa del 33%.

Si bien el régimen tributario busca no influenciar la decisión de un inversionista extranjero respecto al tipo de vehículo a través del cual desarrollará negocios en forma permanente en Colombia, en algunos casos debido a la estructura de las sucursales y a la estructura de las sociedades colombianas pueden existir importantes diferencias en materia impositiva.

Las sociedades y sus accionistas son personas jurídicas distintas, lo cual implica que los ingre-

sos de una sociedad no son ingresos de sus accionistas. Así, los accionistas solamente percibirán ingresos una vez las utilidades de la sociedad les sean repartidas en forma de dividendos. Por el contrario, una sucursal de sociedad extranjera y su casa matriz son una misma persona jurídica, así cuando la sucursal percibe un ingreso la casa matriz también lo está recibiendo.

Lo anterior tiene como consecuencia que si un ingreso está gravado al nivel de la sucursal estará igualmente gravado al nivel de la casa matriz, y que si un ingreso no está gravado al nivel de la sucursal, conservará su naturaleza de ingreso no gravado incluso cuando sea transferido a la casa matriz. En el caso de las sociedades la situación resulta más compleja; el régimen tributario colombiano busca evitar la doble imposición económica mediante el mecanismo de exención, lo que implica que si un ingreso está gravado en cabeza de la sociedad no lo estará en cabeza de sus socios o accionistas, así mismo si el ingreso no está gravado en cabeza de la sociedad, estará gravado en cabeza de los accionistas.

Lo anterior implica que en casos en los que respecto a cierta actividad económica puedan existir ingresos que no resulten gravados —debido por ejemplo a la obtención de rentas exentas, deducciones especiales, depreciaciones aceleradas— o en general diferencias entre las utilidades contables y la base gravable del impuesto de renta, el establecer una sucursal en vez de una sociedad puede resultar más favorable para los inversionistas extranjeros desde el punto de vista colombiano, teniendo en cuenta que, como se indicó, los ingresos no gravados en ca-

beza de la sociedad estarán por regla general gravados en cabeza de los accionistas. Sin embargo, un análisis completo al respecto debe incluir el efecto tributario que se generará en la jurisdicción en la cual la sociedad extranjera que incorporó la sucursal se considera residente.

Es importante establecer que en algunas jurisdicciones, a fin de compensar el efecto tributario generado en la distribución de dividendos con la situación de las sucursales de sociedades extranjeras, se grava la transferencia de utilidades por parte de las sucursales a sus casas matrices (*remitancetax* – *branchprofitstax*). Sin embargo, desde la eliminación en Colombia del impuesto de remesas, la transferencia de utilidades de la sucursal a su matriz no tiene ningún efecto de cara al impuesto de renta. No obstante lo anterior, resulta pertinente revisar si la reforma tributaria que el gobierno presentará a consideración del Legislativo incluye alguna disposición al respecto.

En conclusión, si bien el régimen aplicable a sociedades y sucursales resulta en principio bastante similar, existen importantes diferencias relativas por ejemplo a los ingresos respecto a los cuales están gravadas las sucursales (fuente nacional), frente a los ingresos en los que están gravadas las sociedades (fuente mundial), frente al efecto que tiene el que ciertos ingresos no resulten gravados a nivel de la sociedad (estarán gravados en cabeza de los accionistas) y que ciertos ingresos no estén gravados a nivel de la sociedad (estarán gravados a nivel de la casa matriz). Resulta importante analizar con atención en cada caso concreto cuál estructura puede resultar más conveniente.

VI. CONCLUSIONES

A modo de conclusión es importante mencionar que, si bien el régimen tributario colombiano busca brindar un marco de normas equitativo para todo tipo de sociedad, la sucursal tiene unas particularidades que se explican a continuación:

Tanto las sociedades como las sucursales son gravadas en sus utilidades en la tarifa del 33%. La principal diferencia radica en que las sociedades son gravadas a partir de las rentas de fuente nacional y fuente mundial, mientras que las sucursales son gravadas únicamente por las rentas de fuente nacional.

Por su parte, las sociedades son gravadas al 33% y a sus accionistas no se les aplica el impuesto en función de la no aplicación de la doble tributación por un mismo hecho generador. No obstante lo anterior, cuando las utilidades comerciales de la sociedad exceden las utilidades fiscales sujetas al impuesto en el nivel nacional, la diferencia estará sujeta al impuesto de renta a una tarifa del 33%.

Las sucursales tributan a partir de las rentas de fuente nacional y al no gravarse a la sucursal no se grava a la oficina principal, en la medida que son la misma persona jurídica. La diferencia entre la utilidad comercial y la utilidad fiscal de la sucursal no está gravada con el impuesto sobre la renta, teniendo en cuenta que no se grava el exceso en las utilidades girado a la oficina principal como dividendos.

Las sucursales de sociedades extranjeras tributan a partir de los ingresos de fuente nacional.

Dicha condición refleja una gran ventaja respecto a los demás vehículos societarios en los cuales se gravan los ingresos de fuente mundial y nacional. A su vez, a nivel internacional se analizan a las sucursales como establecimientos permanentes pero a nivel local se diferencia un concepto del otro por las implicaciones corporativas, tributarias y cambiarias que implicaría acoger la distinción de las sucursales y los demás establecimientos permanentes. A través de esta investigación se reflejaron las especiales condiciones a las que están sujetas las sucursales de sociedades extranjeras en Colombia.

Bibliografía

Doctrina

BARBOSA MARIÑO, Juan David. *El régimen de precios de transferencia en Colombia. Un análisis de su desarrollo, del principio de plena competencia y de la vinculación económica*. Godoy & Hoyos Abogados. Universitas. Colombia. 2006.

BECERRA CORTÉS, Marcela. *Estudio régimen legal colombiano. Colombia régimen cambiario*. Bancoldex. 2006.

BENETTI SALGAR, Julio. *La sociedad comercial*. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Ediciones Rosaristas. 1980.

DIAN. *Convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal. Conceptos básicos*. Dirección de Gestión Jurídica. 2010.

DÍAZ RUIZ, Emilio. *Régimen jurídico de las sucursales en derecho español*. Editorial Civitas. España. 1994.

LUGARI, María. *Régimen cambiario colombiano. Derecho de la Moneda Extranjera*. Legis. Colombia. 1998.

NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. *Teoría general de las sociedades*. Quinta Edición. Librería Jurídica Wilches. 1987.

ORDUÑA ROJAS, Rafael. *Generalidades de la inversión extranjera y tributación en Colombia*. Cuadernos de Trabajo. Oficina de Estudios Económicos DIAN. Marzo de 2006.

PEÑA NOSSA, Lisandro. *De las sociedades comerciales*. Quinta edición. 2009. Ediciones Uniandes. Editorial Temis. Bogotá.

PINZÓN, Gabino. *Sociedades comerciales. Tipos o formas de sociedad*. Volumen II. Temis. Bogotá. 1983.

ROVIRA, Alfredo L. *Sociedades extranjeras. Análisis del régimen legal argentino*. Abeledo Perrot. Argentina. 1985.

WILLS CERVANTES, Emilio. *Régimen cambiario colombiano*. Lewin & Wills Abogados. Colombia. 2009.

Conceptos

Oficio DIAN No.220-058353 de 30 de marzo de 2009.

Oficio DIAN No. 012368 de 23 de febrero de 2012.

Superintendencia de Sociedades. Oficio OA02885 de 28 de febrero 1972.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-43517 del 22 de agosto de 2002.

Superintendencia de Sociedades, Concepto 76149 de 14 noviembre de 2003.

Legislación

Colombia:

Código de Comercio.

Decreto 2 de 1906.

Decreto 36 de 1906.

Decreto 1683 del 24 de septiembre de 1931.

Decreto 1080 de 1996.

Decreto 2058 de 1991.

Resolución 8 de 2000.

Decreto 2300 de 2008.

Estatuto Tributario.

Ley 58 de 1931.

Ley 9 de 1991.

Ley 222 de 1995.

Ley 550 de 1999.

Ley 1116 de 2006.

Ley 1082 de 2006: Convenio entre el Reino de España y la República de Colombia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio.

Ley 1261 de 2007: Convenio entre la República de Chile y la República de Colombia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión

fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio.

Ley 1459 de 2011: Convenio entre Canadá y la República de Colombia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio.