

OFICIO 220-117043 DEL 19 AGOSTO DE 2021

ASUNTO: SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA – ASPECTOS SOCIETARIOS

Me refiero a su escrito radicado como se anuncia en la referencia, mediante el cual formula una consulta en los siguientes términos:

1. “¿La Superintendencia de Sociedades se ha pronunciado en algún concepto y/o oficio respecto de las consideraciones plasmadas por la DIAN en Oficio 100208221-001188 del 31 de julio del 2017?
2. En caso de que la respuesta anterior fuera negativa, se le consulta a la Superintendencia de sociedades:

¿Si la actividad habitual y frecuente de introducir mercancía extranjera a CDLI ubicados en aeropuertos internacionales, puertos marítimos y los fluviales ubicados únicamente en los departamentos de Guanía, Vaupés, Putumayo y Amazonas y enajenar dicha mercancía a personas domiciliadas en Colombia, que efectuarán la importación de estas mercancías representa una actividad permanente por parte de la sociedad extranjera y, por ende, debe establecer una sucursal en el país?”

Previamente a atender sus inquietudes debe señalarse que, en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite conceptos de carácter general sobre las materias a su cargo y sus respuestas a las consultas no son vinculantes, ni comprometen la responsabilidad de la Entidad.

También es procedente informarle que, para efecto del conteo de términos en la atención de su consulta, mediante el artículo 5º de la parte resolutive del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, expedido con ocasión de la emergencia sanitaria derivada del Coronavirus COVID-19 y mientras ésta se mantiene, el Gobierno Nacional amplió los términos para que entidades como esta Superintendencia atiendan peticiones de consulta en treinta y cinco (35) días.

Con el alcance indicado, éste Despacho procede a dar respuesta a su consulta en los siguientes términos:

1. Al respecto de la primera inquietud, se pone de presente que éste Despacho no se ha pronunciado sobre el referido oficio emitido por la DIAN.

Sobre éste punto, es preciso señalar que se trata de dos materias especiales distintas, una de carácter societario, que es la determinada en el artículo 469 y siguientes del Código de Comercio, y otra la prevista en el artículo 25 del Estatuto Tributario.

De conformidad con lo descrito, cada entidad, la Superintendencia de Sociedades y la DIAN, tienen competencias específicas según la materia que les corresponde, siendo así que sus facultades se encuentran determinadas para la primera en el Decreto 1736 de 2020 y para la segunda en el Decreto 1742 de 2020.

2. Teniendo en cuenta lo señalado en el numeral anterior, para responder la segunda inquietud, se reitera lo señalado por ésta entidad desde el punto de vista societario, mediante oficio 220-009293 de 30 de enero de 2017, cuyos apartes pertinentes se transcriben a continuación:

“...En este orden de ideas, a la luz de la doctrina resulta claro que la forma recurrente como se ejerza la actividad, la infraestructura que se utilice para ello, la duración en el tiempo y, en general, las circunstancias de perdurabilidad en que ella se realice, son las concluyentes de la condición de permanencia que obligan incorporar una sucursal en el país. Esta conclusión, además, se verifica independientemente de cualquier circunstancia adicional, como serían las implicaciones de naturaleza tributaria que ello acarree, toda vez que la ley no hizo ninguna distinción.

En consecuencia, si las actividades de introducir las mercancías pertenecientes a sociedades extranjeras o personas sin residencia en el país, a los Centros de Distribución Logística Internacional ubicados en puertos marítimos habilitados por la DIAN, o de enajenación de las mismas, son operaciones que se ejercen de manera frecuente o habitual y se encuentran soportadas en una infraestructura que permita su ejercicio de forma perdurable y no ocasional, resultaría incuestionable conforme a la ley mercantil la necesidad de incorporar al país una sucursal, puesto que tales acciones se enmarcarían en el supuesto del artículo 474 del Código de Comercio y como resultado de ello, sería preciso dar aplicación al artículo 471 ibídem.

Sobre este particular es pertinente observar que al tenor de lo dispuesto por el artículo 25, literal c) del Estatuto Tributario, es evidente que los ingresos que no son gravados con impuestos, por considerarlos de fuente nacional, son los que emanan de la enajenación de las mercancías extranjeras de propiedad de sociedades extranjeras o personas sin residencia en el país, que son introducidas desde el exterior en los Centros de Distribución Logística Internacional ubicados en puertos marítimos habilitados por la DIAN, y no los que emanan de la actividad misma de introducirlos, tal como se expresó en la parte inicial de la consulta. De ahí sería dable inferir que los ingresos generados por esa sola actividad, no se hallan cobijados por la prerrogativa reconocida por la citada norma, puesto que su texto

es claro al indicar que los no gravados, son los obtenidos de la aludida enajenación. Luego, en concepto de este Despacho tampoco podría afirmarse que la norma tributaria quede inocua como su solicitud lo afirma, si se acata el requisito de incorporar una sucursal en Colombia para realizar dicha actividad “.

....

De cualquier manera, el texto y el propósito del artículo 471 del Código de Comercio es claro, cuando exige la incorporación de una sucursal en el país, para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia. Aun si el beneficio consagrado en una norma tributaria no resultara aplicable por este motivo, o se perdiere, no habrá razón suficiente en concepto de este Despacho, para derivar de ahí una excepción que la ley no ha contemplado de manera expresa.”¹.

Así las cosas, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 474 del Código de Comercio, las sociedades extranjeras deben ceñirse a lo dispuesto en el artículo 471 y siguientes, con el fin de determinar la obligación de incorporar una sucursal cuando proyecten realizar actividades permanentes en el país. Si bien la Dian ha señalado que “no le es dable exigir a dicha entidad la constitución de la sucursal de sociedad extranjera para efectos del cumplimiento de la norma tributaria”, también se debe señalar que ésta Superintendencia ha señalado que “si el beneficio consagrado en una norma tributaria no resultara aplicable por este motivo, o se perdiere, no habrá razón suficiente en concepto de este Despacho, para derivar de ahí una excepción que la ley no ha contemplado de manera expresa”.

Sin embargo, éste Despacho en ejercicio de su función consultiva solo puede emitir un concepto de carácter general y abstracto sobre las materias societarias a su cargo. En consecuencia, las situaciones particulares deberán ser analizadas partir de los supuestos facticos y la ley aplicable al caso concreto.

De conformidad con lo expuesto, se responde de manera cabal la consulta, teniendo como base fundamental los conceptos reiterados en cada ítem particular, no sin antes reiterar que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 y que en la Página WEB de ésta entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros.

1 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-009293 (30 de enero de 2017). [En Línea]. Asunto: Implicaciones tributarias por la incorporación de una sucursal de sociedad extranjera al país. [Consultado el 27 de julio de 2021]. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-009293.pdf