



Sin título
Jonathan Carvajal
Mixta sobre Tela
2006

***ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN
COLOMBIANA SOBRE LAS
SOCIEDADES COMERCIALES
EXTRANJERAS FRENTE AL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO****

* El presente artículo es producto de las reflexiones intelectuales del autor sobre el tema.

Fecha de recepción: Marzo 21 de 2007

Fecha de aprobación: Abril 17 de 2007

ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA SOBRE LAS SOCIEDADES COMERCIALES EXTRANJERAS FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

José Luis Marín Fuentes *

RESUMEN

Este artículo aborda el tratamiento de las sociedades comerciales extranjeras con asiento en Colombia, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. Muestra cómo se presentan ambigüedades respecto a la valoración de las mismas, pues se les estudia desde un punto de vista meramente interno, sin tener en cuenta los elementos de derecho internacional que contienen. Por lo que deben tener una regulación diferente si lo que se pretende es someter su control y funcionamiento a las normas jurídicas colombianas.

Palabras clave: reenvío, *lexfori*, *lex loci*, *celebrationis*, sociedad extranjera, *lex rei sitae*, ciudadanía, extraterritorialidad, superintendencia de sociedades, ley local.

ANALYSIS OF THE COLOMBIAN LEGAL SYSTEM ABOUT THE FOREIGN COMMERCIAL SOCIETIES WITH REFERENCE TO PRIVATE INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT

This article approaches the foreign commercial societies with seat in Colombia, from the private international law perspective. It shows ambiguities when a valuation is made because they are studied only from the internal point of view, it means, without considering the international law elements that they content. Therefore they should have a different regulation if the purpose is to put under its control and its functioning to the Colombian legal system.

Key words: sending, *lexfori*, *lex loci*, *celebrationis*, foreign society, citizenship, extraterritoriality, supervision of societies, local law.

* Abogado de la Universidad de Antioquia. Especialista y magister en Derecho internacional privado. Profesor en las áreas de Contratos Internacionales y Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA SOBRE LAS SOCIEDADES COMERCIALES EXTRANJERAS FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El presente ensayo es un estudio sobre algunos de los aspectos de la regulación que sobre las sociedades extranjeras existe en la legislación colombiana en especial lo establecido en el Título VIII del Código de Comercio, cuyos enunciados serán analizados bajo la óptica del Derecho Internacional Privado general, área del derecho que se presenta como apta para comprender una figura jurídica que ha sido muy poco desarrollada tanto por la jurisprudencia como por la doctrina en nuestro país. Lo anterior tiene como propósito que se conozca de una forma más amplia a las sociedades extranjeras, vistas éstas como un fenómeno de gran actualidad y que es uno de los puntos básicos de la neoglobalización económica.

Es normal que cuando se ha de abordar un determinado tema de estudio, sea preciso que se indague sobre los orígenes y los elementos característicos del mismo; siendo lo anterior esencial para comprender mejor el significado y la estructura de lo que se propone exponer. Por ello, es conveniente presentar algunos antecedentes legislativos que se han tenido de la regulación de la inversión extranjera en Colombia, a través de las sociedades comerciales.

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS¹

Decreto 444 de 1967

Este acto legal estableció un régimen de control de cambios y de la inversión extranjera, como medio para lograr un desarrollo económico y social más equitativo; para alcanzar este fin, se acudiría a los estímulos a la inversión extranjera, representada en inversión de capitales. Mediante este acto se le dieron facultades al Departamento Nacional de Planeación para que reglamentase y diera su aprobación a las inversiones extranjeras en el país, al mismo tiempo se le encomendarían labores de vigilancia

¹ LEAL PÉREZ, Hildebrando. Derecho de Sociedades Comerciales. Tomo II, Editorial Leyer, Santa Fe de Bogotá, 1996, páginas 23 y ss.

y control a la Superintendencia de Sociedades, a la Oficina de Control de Cambios del Banco de la República y a la Superintendencia de Control de Cambios.

Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio)

Fue mediante este Decreto como se expidió el Código de Comercio que en la actualidad reglamenta en su Título VIII a las sociedades extranjeras, es decir, que las regula desde el artículo 469 al 471.

Decreto 1299 de 1971

También se le denominó a este Decreto el Régimen Común de Tratamiento de Capitales Extranjeros. Como elemento particular de este acto, encontramos que el mismo fue expedido por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, mediante la Decisión No. 24. El Acuerdo de Cartagena fue el que estructuró lo que hoy se conoce como Comunidad Andina de Naciones.

En el mismo se definen la inversión extranjera como tal, al igual que los demás elementos que configuran la misma, como lo son los Estados Inversionistas y los Estados Receptores del capital extranjero entre otros.

Decreto 170 de 1977

Mediante este acto, el Gobierno reformó parcialmente el Decreto 1299 de 1971 y le adicionó algunas disposiciones relativas a la inversión extranjera en el país de personas jurídicas o naturales. Luego se modificaría la Decisión No. 24 mediante la expedición de las Decisiones 291 y 292 del Acuerdo de Cartagena.

Ley 9ª de 1991

Este acto legislativo promulgado por el gobierno entró a reglamentar nuevamente las inversiones extranjeras, mediante la adopción de una política cambiaria nueva, que estableció competencias al CONPES y derogó mediante la expedición de la misma, el Decreto 444 de 1967 y normas subsiguientes, que hasta ese momento regulaban las inversiones extranjeras.

Ley 33 de 1992

Por medio de esta Ley se aprobaron el Tratado de Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional, que habían sido firmados en

Montevideo, Uruguay el 12 de febrero de 1989 y en cuyo Título II se establecía una regulación sobre las sociedades comerciales extranjeras.

Resolución 51 de 1991 del CONPES

Como órgano competente designado por el Gobierno para conocer de la regulación del régimen de inversiones de capitales, El CONPES, con base en la nueva regulación constitucional, en especial lo establecido en el artículo 100 en la Constitución Nacional, expidió dicha resolución, por medio de la cual se dictaron nuevas normas complementarias sobre el régimen de las inversiones extranjeras en el país. Esta resolución sería más tarde modificada por el Decreto 1295 de 1996, igualmente relacionado con normas regulatorias de las inversiones extranjeras en Colombia.

Ley 222 de 1995

Esta ley entró a reformar el libro segundo del Código de Comercio que incluye el régimen de las sociedades comerciales; al igual que expidió un nuevo régimen de procesos concursales que se vio plasmado en el artículo 495 y siguientes del mismo Código y que están relacionados con la sociedad extranjera.

2. REGULACIÓN VIGENTE

El artículo 469 del Código de Comercio establece que “*son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior*”.

La definición que nos brinda el Código de Comercio sobre la sociedad extranjera se presenta confusa, por cuanto está tratando de definir una figura jurídica a la luz de un derecho extranjero, el cual será de difícil interpretación, ya que, por antonomasia, dicho derecho estará ligado al lugar donde haya sido conformada la sociedad.

En Derecho Internacional Privado, cuando se trata de definir algún concepto jurídico, se acude a una figura que se denomina calificación, la cual puede ser entendida como aquella operación intelectual realizada por una autoridad judicial consistente en un análisis de un determinado hecho o acto jurídico para de allí deducir dentro de cuál categoría jurídica se enmarca. El proceso de calificación se satisface igualmente haciendo uso de la figura del reenvío o una remisión a una determinada legislación extranjera.

En lo que nos concierne y de acuerdo con el Derecho Internacional Privado colombiano, el tribunal que pretenda realizar el análisis a la misma (sociedad comercial extranjera) lo deberá hacer de acuerdo con los postulados, que de la misma ofrezca el legislador del domicilio de la sociedad extranjera, ya que es de acuerdo con la ley local –*lex fori*– de aquel legislador como se debe analizar dicha institución y no de acuerdo con la legislación colombiana, como se pretende en este artículo.

El proceso de calificación se satisface en este caso haciendo uso de la figura del reenvío o una remisión a dicha legislación extranjera.

Una vez haya sido definida la sociedad extranjera como tal, se deberá entrar a analizar la noción de domicilio principal, de acuerdo con la concepción que del mismo tenga el legislador del lugar donde la sociedad se encuentra.

Para lo anterior se debe recurrir a un ejercicio que nos ponga en una situación inversa, es decir, ¿qué sucedería si fuese un tribunal extranjero el que nos requiriera para que le definiésemos qué entiende el legislador o la ley colombiana por sociedad comercial y por domicilio principal?

En primer lugar y de acuerdo con nuestra legislación civil y comercial, se puede afirmar que una sociedad comercial es aquel acto jurídico que se compone de dos etapas:

1ª. La primera sería la realización de un contrato de tipo comercial, tal como se halla definido en el artículo 98 del Código de Comercio, el cual estipula: *“Por contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social”*.

2ª. La segunda etapa sería la protocolización de aquel contrato de sociedad, el cual, una vez realizada aquella, se convertiría en un ente diferente de las personas que lo crearon, llámense personas físicas o jurídicas, a esta institución se le denominaría persona moral, la cual poseerá de ahora en adelante una personalidad diferente de aquella de sus creadores².

En segundo lugar, y para efectos de la definición que estamos buscando diríamos que el domicilio es aquella sede jurídica de la persona y de acuerdo con los artículos 77 y 86 del Código Civil, éste sería una parte de un lugar de la Unión o de un territorio (indeterminado); que, tratándose de establecimientos, corporaciones y asociaciones reconocidas por la ley, sería el lugar donde está situada su admi-

² Inciso 2o.

nistración o dirección, salvo que lo dispusieren sus estatutos (puede estar situado fuera del país) o leyes especiales.

Como podemos observar y con base en lo anterior, y sólo con referencia al contrato de sociedad, se puede deducir que el mismo está sometido a la legislación colombiana³, ya que en nuestra legislación comercial no se estipula expresamente la posibilidad que tienen las partes de someter dicho contrato a una jurisdicción diferente⁴, como lo hacen claramente otras normatividades, como lo es la Convención de Roma⁵, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, del 19 de junio de 1980⁵.

En ese mismo sentido, vemos que la Ley 33 de 1992, aprobatoria del Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1989, firmado en Montevideo, Uruguay, tampoco hace referencia a la materia, es decir, que está relacionado con la posibilidad, que tienen las partes en el contrato de sociedad, de escoger la ley aplicable al mismo⁶. Por ello, se puede deducir que si bien las partes son autónomas al momento de contratar la selección de un determinado tribunal o foro para dirimir las futuras diferencias emanadas del contrato de sociedad, estará determinado en este caso por la ley colombiana y no por su libre voluntad.

Al contrario y en cuanto a la selección del lugar donde se establecerá el domicilio de la sociedad, el legislador colombiano ha sido en este caso más benévolo al autorizar la ubicación de aquel dentro del territorio nacional, e igualmente ha facultado a las partes para escogerlo fuera del mismo⁷.

³ Artículo 98 del Código de Comercio. El inciso 5 del artículo 23 del C.P.C. estipula: “*De los procesos a que diere lugar un contrato serán competentes, a elección del demandante, el juez del lugar de su cumplimiento y el del domicilio del demandado. Para efectos judiciales la estipulación del domicilio se tendrá por no escrita*”.

⁴ El artículo 6 de la Ley 518 de 1999 establece esa posibilidad, pero sólo en materia de contratos internacionales de compraventa de mercancías.

⁵ Artículo 3º. “Libertad de elección. Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato..”.

⁶ Título II de las Sociedades, artículo 4º “El contrato social se rige tanto en su forma, como respecto a las relaciones jurídicas entre los socios y entre la sociedad y los terceros, por la ley del país en que esta tiene su domicilio comercial.”

⁷ Artículo 86 del Código Civil “... es el lugar donde está situada su administración o dirección, salvo lo que dispusieren sus estatutos...”, y el artículo 110 inciso 3º del Código de Comercio: “*La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará: 3º) El domicilio de la sociedad....*”.

En cuanto a la definición de sociedad extranjera, vemos que en el derecho internacional de las sociedades comerciales coexisten varias teorías que definen la sociedad comercial extranjera:

En primer lugar, encontramos la denominada Teoría de la Sede Real o Estatutaria según la cual, la sociedad comercial como tal se definirá de acuerdo con lo que estipule el legislador del lugar donde la misma ha sido creada, criterio este que será igualmente determinante para ubicar el domicilio de la sociedad.

En segundo lugar, tenemos la teoría de la incorporación o *incorporation* como se le denomina y que ha sido desarrollada por la jurisprudencia Anglo-americana. Para esta teoría, el criterio que se debe tener en cuenta para determinar la nacionalidad de las sociedades, o cuando menos, la ley que va a aplicárseles, será el establecido por la ley del lugar en donde se cumplieron las formalidades de su constitución. El término incorporación designa aquella solemnidad que le da existencia a la sociedad comercial.

En un primer plano y de acuerdo con lo anterior, podemos ver que el legislador colombiano emitió un concepto sobre la sociedad extranjera, al parecer, con base en esta última teoría, es decir, la de la incorporación, ya que él mismo hace especial énfasis en las formalidades que aquella debe cumplir para ser denominada y reconocida como tal, es decir, de acuerdo con la *lex loci celebrationis*, o sea de acuerdo con la ley del lugar donde se cumplieron las formalidades que dieron existencia a la misma.

Igualmente se pueden hallar en las anteriores definiciones elementos adicionales tales como la nacionalidad y el derecho aplicable a las sociedades extranjeras, los cuales tienen su propia regulación respecto al derecho internacional privado del lugar donde vaya a nacer y a operar esta clase de sociedad comercial.

De otro lado y con relación a lo establecido en el Libro Segundo del Código de Comercio sobre las sociedades comerciales, encontramos que el legislador colombiano al entrar a definir la sociedad comercial, adoptó implícitamente la noción de la sede social o estatutaria al establecer en su artículo 100 que cualquiera que fuera su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarían sujetas, para todos sus efectos, a la legislación mercantil colombiana⁸.

Aquí vemos pues la utilización inadecuada que de ambas teorías realiza el legislador colombiano, en especial de la teoría de la incorporación que se halla dispersa en varias de las normas comerciales entre ellas el artículo 110 del Código de Comercio

⁸ Artículo 100 del Código de Comercio.

en donde se encuentran enunciados tales como: “*La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará...*”

3° el domicilio de la sociedad y las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución;

6° la forma de administrar los negocios sociales, con indicación de las atribuciones y facultades de los administradores y de las que se reserven los asociados, las asambleas de socios, conforme a la regulación legal de cada tipo de sociedad;

7° *la época y la forma de convocar y constituir la asamblea o junta de socios en sesiones ordinarias o extraordinarias, y la manera de deliberar y tomar los acuerdos en los asuntos de su competencia*⁹”.

“*Copia de la escritura social será inscrita en el registro mercantil de la cámara de comercio con jurisdicción en el lugar donde la sociedad establezca su domicilio principal. Si se abren sucursales o se fijan otros domicilios, dicha escritura deberá ser registrada también en las cámaras de comercio que correspondan a los lugares de dichas sucursales, si no pertenecen al mismo distrito de la cámara de comercio principal*¹⁰”.

Se podrá, pues, deducir, al menos tangencialmente, que en Colombia se presenta una regulación extraterritorial de las sociedades extranjeras.

Por otro lado, el artículo 471 del Código de Comercio 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 de Sociedades o de la Bancaria, según el caso, permiso para funcionar en el país*”.

En este artículo encontramos unos conceptos que no son definidos claramente en cuanto a la figura de la sociedad extranjera; estos conceptos son el de la sucursal y el del establecimiento de comercio. Si quisiéramos definir el primero, de acuerdo con nuestro entorno jurídico, podríamos decir que por sucursal se entiende aquel

⁹ Ibidem artículo 110.

¹⁰ Ibidem artículo 111.

establecimiento de comercio secundario, sin personalidad jurídica propia, es decir, dependiente de otro organismo, que puede ser una sociedad (para el propósito del presente artículo), el cual se halla dotado de cierta autonomía de gestión, frente a la sociedad a la cual pertenece.

En otras palabras, 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 la sociedad¹¹.

De acuerdo con este concepto se puede inferir que en este caso la sucursal no constituye un tipo de persona jurídica diferente al de la sociedad extranjera, por lo cual podría afirmarse que ésta constituye más bien una extensión de aquella, en la cual también se encuentra incluida la figura de la subordinación la cual ha sido descrita por el legislador colombiano en el artículo 260 del Código de Comercio que hace referencia a las Matrices, Subordinadas y Sucursales.

Ahora, en cuanto al segundo concepto, es decir, el de establecimiento de comercio, el mismo podrá ser definido aproximadamente como aquel conjunto de elementos corporales (materiales, utilería, mercancía) e incorporeales (derechos al alquiler, nombre, emblema, patentes y marcas, clientela, etc.) que, perteneciendo a un comerciante o a un industrial y reunidos en forma tal que le permiten ejercer su actividad, constituye una universalidad jurídica y un bien mueble incorporal que está sometido a normas particulares¹².

Podemos ahora analizar a la luz del ordenamiento jurídico colombiano que en la sucursal se presentan un conjunto de bienes, corporales como son los muebles (*situs rei*) e incorporeales como la propiedad industrial e intelectual; ambos hacen parte integral del establecimiento del comercio, de igual forma los inmuebles que posea la sociedad extranjera en donde funcione dicha sucursal. Todos estos bienes hacen parte integral del patrimonio de la sociedad extranjera. Por lo anterior y en cuanto hace referencia al Derecho Internacional Privado, en primer lugar se debe entender que para clasificar los bienes y determinar su ubicación, y por ende el tribunal competente¹³ para conocer de conflictos sobre ellos, se deberá recurrir a las

¹¹ Artículo 263 del Código de Comercio.

¹² CORNU, Gerard. Vocabulario jurídico. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995, página 361.

¹³ C.P.C. artículo 23 inciso 8. En los procesos en que se ejerciten derechos reales, será competente también el juez del lugar donde se hallen ubicados los inmuebles; la demanda que verse sobre uno o varios inmuebles situados en distintas jurisdicciones territoriales, podrá intentarse ante el juez de cualquiera de ellas a intención del demandante.

normas que sobre la materia existan en las diferentes legislaciones comprometidas con la contratación.

De ahí resulta que, respecto a la regulación de los bienes muebles, inmuebles e incorporeales por parte de la ley colombiana, encontramos que el Estado se declara competente para regular aquel tipo de bienes en los cuales está interesado el mismo, según lo establece el artículo 20 del Código Civil¹⁴, mediante la aplicación de las máximas “*lex rei sitae*” y “*situs rei*”. Ahora en cuanto a los bienes donde están interesadas las demás personas, físicas y morales diferentes al Estado, la ley es silenciosa al respecto.

En resumen, podemos observar que en principio los bienes, los cuales en su conjunto forman parte integral del establecimiento de comercio denominado sucursal por su ubicación espacial, se hallan sometidos a la ley colombiana, así no se encuentre expresamente estipulado.

En contradicción con lo anterior, podemos ver que algunas legislaciones extranjeras tratan el tema de las sociedades extranjeras de una forma más clara y específica¹⁵ que el legislador colombiano.

De otro lado y respecto a la regulación de los bienes incorporeales, la ley colombiana se acoge al derecho convencional, en especial a lo contenido en la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena y la ley 178 de 1994 que ratificó el Convenio de París sobre la protección de la propiedad industrial¹⁶.

¹⁴ “Los bienes (no hace la distinción) situados en los territorios, y aquellos que se encuentren en los Estados en cuya propiedad tenga interés o derecho la Nación, están sujetos a las disposiciones de este Código, aún cuando sus dueños sean extranjeros o residan fuera de Colombia”.

¹⁵ El Código Civil francés estipula en su artículo 3º inciso segundo que: “*los bienes inmuebles, incluso aquellos poseídos por los extranjeros, se regirán por la ley francesa*”. El Código de Derecho Internacional Privado Suizo estipula: Artículo 97. Los tribunales del lugar de la situación del inmueble en Suiza son exclusivamente competentes para conocer de las acciones reales inmobiliarias. Artículo 99. Los derechos reales inmobiliarios se rigen por la ley de la situación del inmueble. Artículo 100. La adquisición y la pérdida de los derechos reales sobre muebles se rigen por la ley del lugar de la situación del bien mueble al momento en que ocurrieron los hechos sobre los cuales se fundamenta su adquisición o pérdida. El contenido y el ejercicio de los derechos reales sobre los bienes muebles se rigen por el derecho de lugar de la situación del bien mueble. De acuerdo con el artículo 27 de la Ley venezolana de derecho internacional privado, la constitución, el contenido y la extensión de los derechos reales sobre los bienes, se rigen por el Derecho del lugar de la situación. El artículo 28 de la L.V.D.I.P. estipula que: El desplazamiento de los bienes muebles no influye sobre los derechos que hubieren sido válidamente constituidos bajo el imperio del Derecho anterior. No obstante tales derechos sólo pueden ser opuestos a terceros después de cumplidos los requisitos que establezca al respecto el Derecho de la nueva situación.

¹⁶ Artículo 2º. **Trato nacional a los nacionales de los países de la Unión** (Países miembros de la Convención).

1º. Los nacionales de cada uno de los países de la unión gozarán en todos los demás países de la Unión, en lo que se refiere a la protección de la propiedad industrial, de las ventajas que las leyes respectivas concedan

El artículo 471 del Código de Comercio menciona también a los representantes de la sociedad extranjera que, en este caso actuarán como mandatarios, definidos éstos como a aquella persona natural o jurídica la cual, mediante un contrato, acepta un encargo que puede ser la gestión de uno o más negocios a favor de otra persona natural o jurídica, que por cuenta y riesgo propio otorga la facultad de representarla. La persona que confía este encargo se le denomina mandante¹⁷.

Es muy importante aquí que se haga claridad sobre el tipo de contrato que envuelve la figura del mandatario, ya que, dada la naturaleza particular del contrato de mandato, una mala interpretación puede llevarnos a que se configure otro tipo de contrato diferente que se presenta en esta norma. Lo anterior debido a que en este caso aparece un elemento nuevo el cual es la extraneidad, es decir, un elemento extranjero en la relación contractual por lo que habrá que distinguir el tipo de contrato a realizar, debido a que en varias ocasiones lo que se puede crear es un contrato de tipo laboral, el cual en este caso será protegido por las leyes de orden público, y en consecuencia, en caso de una violación a las mismas, será inexistente e inaplicable frente al foro local.

Como vemos el legislador colombiano ha considerado los contratos de trabajo como normas de orden público¹⁸, las cuales no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes¹⁹.

actualmente o en el futuro a sus nacionales, todo ello sin perjuicio de los derechos especialmente previstos por el presente convenio.

2º. Ello no obstante, ninguna condición de domicilio o de establecimiento en el país donde la protección se reclame podrá ser exigida a los nacionales de los países de la unión para gozar de alguno de los derechos de propiedad industrial.

3º. Quedan expresamente reservadas las disposiciones de la legislación de cada uno de los países de la Unión relativas al procedimiento judicial y administrativo, y a la competencia, así como a la elección de domicilio o a la constitución de un mandatario, que sean exigidas por la leyes de propiedad industrial.

¹⁷ Artículos 2142 del Código Civil y 1262 del Código de Comercio.

¹⁸ Artículo 25 de la Constitución Nacional estipula: “*El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades de la especial protección del Estado*”. El artículo 16 del Código Civil estipula: “*No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres*”.

¹⁹ Código Sustantivo del Trabajo. **Artículo 14.** Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables.

Artículo 22. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda mediante remuneración.

Artículo 23. 1º. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

En último lugar, y con relación a la exigencia del permiso de funcionamiento de las sociedades extranjeras, este requisito fue abolido por el Decreto 2155 de 1992. Sin embargo, estas sociedades permanecen sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades.

En el artículo 472 del Código de Comercio se afirma que “*La resolución o acto en que la sociedad acuerde conforme a la ley de su domicilio principal establecer negocios permanentes en Colombia expresará:*

- 1º) los negocios que se proponga desarrollar, ajustándose a las exigencias de la ley colombiana respecto a la claridad y concreción del objeto social;
- 2º) el monto del capital asignado a la sucursal, y el originado en otras fuentes, si las hubiere;
- 3º) el lugar escogido como domicilio;
- 4º) el plazo de duración de sus negocios en el país y las causales para la terminación de los mismos;

b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador...;

c) Un salario como retribución del servicio.

2º. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Artículo 20. En caso de conflicto entre las leyes del trabajo y cualesquiera otras, se prefieren aquellas.

La razón por la cual traigo a referencia las citadas normas es aquella por la cual, en el desarrollo de su objeto social, la sociedad extranjera, a través de su sucursal en el país debe emplear personas para que cumplan dicho objetivo y ahí es donde entra la pregunta: ¿aquellas personas que sirven al desarrollo del objeto social de la sociedad extranjera se hallan sometidas a qué tipo de contrato? Y de acuerdo con el mismo, ¿cuál es la ley aplicable si se trata de un contrato laboral? ¿se trata de un contrato laboral internacional?

Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales firmada en Roma el 19 de junio de 1980.

Artículo 6º. Contrato individual de trabajo. 1º. No obstante lo dispuesto en el artículo 3º, en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable, a falta de elección en virtud del apartado 2º del presente artículo.

2º. No obstante lo dispuesto en el artículo 4º y a falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3º, el contrato de trabajo se regirá: a) por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aún cuando, con carácter temporal haya sido enviado a otro país, o b) si el trabajador no realiza habitualmente el trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este otro país.

5º) la designación de un mandatario general, con uno o más suplentes, que represente a la sociedad en todos los negocios que se proponga desarrollar en el país. Dicho mandatario se entenderá facultado para realizar todos los actos comprendidos en el objeto social, y tendrá la personería judicial y extrajudicial de la sociedad para todos los efectos legales, y

6º) la designación del revisor fiscal, quien será persona natural con residencia permanente en Colombia”.

En este caso, el legislador vuelve a ser impreciso frente a los requisitos exigidos a las sociedades extranjeras para su instalación en Colombia. De hecho no es necesario que la sociedad extranjera piense de acuerdo a la ley de su domicilio para crear una sucursal en un país extranjero, ella bien puede hacerlo bajo el criterio de otra legislación, pues al final será esta última la que presentará más elementos afines con la sucursal y en consecuencia será la más idónea para conocer del funcionamiento de la misma.

De otro lado, el acto de la sociedad extranjera mediante el cual se establece la creación de una sucursal en Colombia deberá tener más relación con la legislación colombiana, que con la del domicilio de la sociedad, ya que será en Colombia donde la sucursal de la sociedad extranjera va a producir sus efectos.

Es por eso por lo que la exigencia debe ser dirigida a que la sociedad extranjera, una vez se halle dentro del ámbito de la legislación colombiana, cree una sucursal “a la colombiana”, es decir, que se le pongan de antemano unos requisitos que debe cumplir si quiere funcionar, y si está de acuerdo con ellos, entonces que los plasme en una declaración local, la cual será revestida de una formalidad como puede ser una escritura pública que después registrará en el registro o cámara de comercio local.

En otras palabras, lo que se quiere mostrar aquí es que no es necesario que se esté conforme a la ley extranjera, es decir, la del domicilio de la sociedad extranjera, para que una sucursal pueda desarrollar su actividad en territorio colombiano, ya que aquella puede tener otras exigencias en cuanto al ejercicio de la actividad, las cuales pueden ser inaplicables en el territorio colombiano.

La sociedad puede expresar, sin hacer referencia a la ley de su domicilio, que se propone a abrir una sucursal en Colombia, cuyo objeto social será x o y, que se destinará una suma x de dinero para el desarrollo y funcionamiento de la misma, que dicha sucursal estará ubicada en el municipio tal, etc.

Aquí cabría la pregunta: ¿Si se tratase de una sociedad unipersonal, estaría obligada a emitir una resolución?

De otro lado, el Artículo 473 establece que “*Cuando la sociedad tuviere por objeto explorar, 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 5° del artículo anterior serán ciudadanos colombianos*”.

En cuanto a lo expresado por este artículo, podemos observar inicialmente que el mismo no distingue la naturaleza de la sociedad con aquella de la sucursal, toda vez que en él se presenta una confusión en cuanto a la representación de ambas.

Prueba de lo anterior la encontramos en el hecho de que si se hace alusión al representante de la sociedad, entonces habría que preguntarse: ¿cuáles serían las facultades de representación que le fueron otorgadas al representante legal de la sociedad por la ley extranjera?, por deducción estaríamos haciendo referencia a la ley de su domicilio principal –*lex domicilii*–, ya que para que la misma exista en Colombia deberá ser a través de una sucursal, o sea mediante un pequeño desmembramiento de aquella.

Entonces se deduce, que cuando se habla de representación, se está haciendo alusión a una representación delegada, la cual será únicamente dentro del territorio colombiano: lo anterior debido a que las legislaciones no pueden prever funciones para sus nacionales para ser desarrolladas en el extranjero sin consentimiento del legislador extranjero, es decir, que dichas actividades se enmarquen dentro del orden público del país o Estado receptor, o puede darse el caso de que se trate de legislaciones de alcance extra-territorial como lo son algunas leyes norteamericanas como *la Ley Burton-Helms o Cuban liberty and democratic solidarity act of 1996*.

Como no tenemos conocimiento de todas las legislaciones extranjeras, no podemos afirmar que estas permitirán la representación con efectos extranacionales; en el caso colombiano, se abre la posibilidad para que la figura de la representación y la de la suplencia puedan ser reguladas por una ley extranjera, de acuerdo con la remisión que hace implícitamente a la ley del contrato el artículo 196 del Código de Comercio²⁰.

En cuanto a la exigencia de la ciudadanía colombiana respecto del representante y los suplentes, la misma puede presentarse como un requisito de fondo, la cual necesariamente debería ser regulada por la ley de la creación de la sociedad; entonces tendríamos que esta exigencia aplicaría exclusivamente para el mandatario local delegado, llámese gerente o presidente de la sucursal y sus subalternos²¹.

²⁰ La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.

²¹ Viene aquí de nuevo la pregunta: ¿si son empleados, bajo cuál ley laboral se rigen?

No debe olvidarse que en este caso la representación obra exclusivamente para la sociedad en sí misma y, como quedó señalado, la misma está regida por un derecho extranjero mal pudiendo el legislador colombiano imponer requisitos de fondo, como lo es ser ciudadano colombiano, a una persona jurídica creada bajo el imperio de otra ley que rigió dichos elementos de fondo. En este caso, podrá inferirse quizás que la intención del legislador colombiano fue la de que, tanto el representante, como el suplente de la sociedad extranjera en Colombia fueran ciudadanos colombianos. Este tipo de afirmaciones se podría concretar en una norma de orden público, en cuyo caso se sometería la representación de la sucursal en Colombia a la ley colombiana.

Por otro lado, el artículo 475 del Código de Comercio establece que “*Para establecer la sucursal, la sociedad extranjera comprobará ante la Superintendencia respectiva que el capital asignado por la principal ha sido cubierto*”.

Este artículo trae unos términos específicos como lo es el del capital social, es decir, aquel que puede ser tomado como:

- a) El monto o la suma de aportes que, por la totalidad o por una parte esencial, deben efectuar, en el momento de la constitución de la sociedad, los socios o los accionistas.
- b) El monto total del valor nominal de las partes sociales o de las acciones emitidas por la sociedad, que se reparten entre los socios o accionistas como contraprestación por sus aportes²².

En este caso el capital social será tomado como una suma de dinero o un conjunto de bienes evaluados en dinero para el desarrollo de la actividad social en una sucursal de una sociedad extranjera en Colombia.

Dado que en este caso la sucursal de la sociedad extranjera está representada por un establecimiento de comercio, entonces el capital al que se hace alusión será igual al establecido en un conjunto de bienes, una suma monetaria o en el trabajo representado monetariamente.

En el evento de que la localización de alguno de los bienes que hacen parte del establecimiento de comercio se hallen fuera del territorio colombiano, la ley colombiana no sería competente para conocer de los mismos, toda vez que esto le corresponde no sólo a su *lex rei sitae* sino a la *situs rei*.

²² Vocabulario jurídico, página 123.

Como estamos hablando de bienes, hay que tener en cuenta que puede tratarse de un bien inmueble, el cual puede estar situado en el exterior, o de sumas de dinero, propiedad del establecimiento y que pueden estar depositadas en un banco en el extranjero.

De lo anterior surge la dificultad para ubicar lo que el legislador entiende por capital, ya que si hace referencia al capital social de la sociedad extranjera, no tendrá competencia la ley colombiana, ya que dicho capital social estará regido por la ley del domicilio social. De ahí se deduce que el legislador colombiano no puede reglamentar la forma de aportes sociales de una sociedad extranjera, entendida ésta como aquella que tiene su domicilio en el exterior.

Es esencial que, cuando nos encontramos en el campo del derecho internacional de las sociedades, se deba mencionar al menos la ubicación espacial de lo que el legislador llama capital, esto con el fin de ver cuál ley y cuál tribunal es competente para conocer de los litigios que nazcan con relación al mismo.

Ahora, por otro lado encontramos lo establecido en el artículo 476 del Código de Comercio el cual estipula que *“Las sociedades extranjeras²³ con negocios permanentes en Colombia constituirán las reservas y provisiones que la ley exige a las anónimas nacionales y cumplirán con los demás requisitos establecidos para su control y vigilancia”*.

El encabezado del artículo 476 hace alusión a las sociedades extranjeras, es decir, y como lo he venido anotando, a una sociedad con domicilio en el exterior. Ahora cuando se menciona que: *“las provisiones que la ley exige”* nos encontraríamos frente a una figura típica del orden público nacional, aplicado a las relaciones económicas internacionales.

Lo anterior sería una adaptación de una figura extranjera a la legislación nacional²⁴ de donde puede surgir la siguiente pregunta: ¿estas reservas y provisiones requeridas

²³ En materia de goce de los derechos, decidir sobre la nacionalidad de una persona moral de acuerdo con el criterio de la incorporación, abre a los extranjeros la posibilidad de ejercer una actividad reservada a los nacionales bajo el manto de una sociedad localmente creada. Bernard Audit. *Droit International Privé, Economica*, Paris 2000, página 911.

²⁴ En el Derecho Internacional Privado este enunciado es pregonado por los autores de la Escuela Italiana de la recepción de la ley extranjera, para quienes, partiendo de la dualidad del orden internacional y de los órdenes internos y de la exclusividad de cada orden jurídico nacional, han deducido que la aplicación de la ley extranjera no puede justificarse, al precio de ser incluida en el orden jurídico del foro. Ya que designada como competente una ley extranjera, la regla de conflicto italiana tendría por efecto principal integrar aquella al orden jurídico interno italiano. Habría pues una incorporación de la ley extranjera dentro del orden jurídico nacional que la recibiría, de ahí el nombre de teoría de la recepción de la ley extranjera.

por la ley colombiana pueden desplazar a las reservas y provisiones establecidas por el legislador del domicilio de la sociedad extranjera?

Como se observa, nuestro legislador exige que las reservas en las sociedades anónimas sean igual o mayor al 50 % del capital suscrito²⁵, entonces: ¿Cómo puede nuestro legislador demandar que se modifique el capital social que supuestamente se suscribió en un domicilio ubicado fuera de su jurisdicción?

No puede olvidarse que las demás legislaciones extranjeras pueden exigir un porcentaje mayor o menor que el establecido por la ley colombiana para la formación del capital social de la Empresa. De otro lado y con relación a las reservas y provisiones a que hace alusión este artículo deja la duda en cuanto al lugar en donde se deben constituir estas reservas; ¿entonces será en Colombia o en el extranjero?

En otro sentido, el artículo 477 del Código de Comercio establece que “*Las personas naturales extranjeras no residentes en el país que pretendan realizar negocios permanentes en Colombia constituirán un apoderado, que cumplirá las normas de este título, en cuanto fueren compatibles con la naturaleza de una empresa individual*”.

En este caso encontramos tres elementos especiales como lo son: persona natural extranjera, un apoderado y una empresa individual y frente a los cuales no existe una definición expresa.

En primer lugar hay que determinar la calidad de la persona natural extranjera, a la cual hace referencia el artículo, ya que no queda claro a que clase de personas se está refiriendo el legislador. Parece ser que se está haciendo referencia exclusiva a los turistas como tales, ya que si estos poseen un tipo de visa diferente a la de turismo, el Estado les estaría concediendo un permiso de residencia temporal, a través de la cual adoptarían la calidad de residentes y de esta forma cumplirían con el requisito de la residencia en el país, como condición esencial para realizar negocios en Colombia.

En el evento anterior nos podríamos encontrar frente a dos leyes que se declararían aptas para regular el estado y la capacidad de sus nacionales: una que regula a la persona natural extranjera, que será por lo regular su ley nacional o la de su domi-

²⁵ Artículo 452 del Código de Comercio.

cilio y otra la ley colombiana²⁶ para el apoderado que se supone que es colombiano, o extranjero residenciado.

La condición de los extranjeros está regulada por el artículo 100 de la Constitución Política²⁷, norma ésta que prevé la protección de los mismos durante su estadía legal en el país, por lo que dicha norma puede ser calificada como de orden público con relación a los derechos que se les conceden a los extranjeros en Colombia.

Por otro lado y con referencia a la noción de apoderado, vemos que éste es una persona²⁸ que recibe un mandato de otra, para ejercer en nombre de esta última alguna actividad o representación. Este mandato cumple un papel de regularización de la residencia o la ciudadanía del mandante al mandatario, es decir, mediante el mismo, el mandante adopta la ciudadanía o residencia del mandatario, para poder ejercer ciertas actividades comerciales o exigir ciertos derechos que no le son otorgados por no ser poseedor de la residencia.

En consecuencia, el mandante extranjero adquiere la condición necesaria para poner en marcha sus intereses comerciales, y a través de aquella escapar a ciertos impedimentos de su ley nacional, ya que la ley colombiana no exige plena capacidad de la persona natural extranjera que va a dar el poder, y ésta última también podrá evadir los impedimentos de su ley nacional, los cuales seguramente serán validados por la ley colombiana una vez que el apoderado colombiano o residente legal haya aceptado el poder.

Por otro lado, el artículo 479 establece que *“Cuando los estatutos de la casa principal o la resolución o el acto mediante el cual se acordó emprender negocios en el país sean modificados, se protocolizará dicha reforma en la notaría correspondiente al domicilio de la sucursal en Colombia, enviándose copia a la respectiva Superintendencia con el fin de comprobar si se mantienen o varían las condiciones sustanciales que sirvieron de base para la concesión del permiso”*.

²⁶ Código Civil, artículo 18. La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros domiciliados en Colombia. Artículo 19: Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles. 1. En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto alguno en los territorios administrados por el gobierno general... El artículo 16 de la LVDIP estipula: La existencia, estado y capacidad de las personas se rige por el Derecho de su domicilio.

²⁷ Artículo 100. Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

²⁸ Ver artículos 2142 del Código Civil y 1262 del Código de Comercio.

En lo establecido en este artículo se aprecia que, independientemente de que se inscriba o no una modificación a los estatutos en el país del domicilio de la sociedad, llámese casa principal o matriz, la ley colombiana exige de nuevo una protocolización de dicha reforma, no importando las condiciones en la que se encuentra dicha sociedad, entonces sólo bastará que el monto del capital o los recursos que se ofrecieron en la creación de la sucursal sean mantenidos.

Ahora esta exigencia es solo a la sucursal, ya que la sociedad matriz continuará su objeto social sin que de parte de las autoridades colombianas se presenten exigencias en cuanto a la reforma estatutaria que ella pretenda llevar a cabo, ya que en este caso la sociedad se encuentra bajo el imperio de una ley extranjera y no de la colombiana, salvo para los negocios que dicha sociedad posea en el exterior, en cuyo caso será competente la ley local del establecimiento de comercio o sucursal, y sólo para las actividades que se realizan dentro de aquel ámbito local.

Respecto al acto mediante el cual se acordó emprender negocios²⁹ en el país, la única modificación posible sería la de terminar con los negocios, ya que este es un acto creador, el cual admite modificación una vez nacido, y es aquella que hace alusión a la terminación del mismo, siendo lógico que si se toma la decisión de terminar con los negocios de la sociedad del país, esta decisión sea de conocimiento, no sólo de la sucursal, sino de sus acreedores.

Por ello vemos que, de nuevo, la ley colombiana está haciendo una exigencia extraterritorial, al contemplar que las decisiones tomadas por una sociedad extranjera sean reguladas por la ley colombiana³⁰, máxime cuando se eliminó el requisito del permiso de funcionamiento para las sociedades que están sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades³¹.

En cuanto al artículo 480 del Código de Comercio, vemos que el mismo establece que *“Los documentos otorgados en el exterior se autenticarán por los funcionarios competentes para ello en el respectivo país, y la firma de tales funcionarios lo será a su vez por el cónsul colombiano, o a falta de éste, por el de una nación amiga,*

²⁹ Nos preguntamos: ¿qué sucederá cuando se trate de actos unilaterales como los del empresario de una sociedad unipersonal que se hallaban en su interior al momento de tomar la determinación y que no fueron exteriorizados expresamente, es decir, en un documento donde se mencionen los motivos personales que lo llevaron a invertir en un determinado país en una determinada actividad económica?

³⁰ Artículo 158 del Código de Comercio: Toda reforma al contrato de sociedad comercial deberá reducirse a escritura pública que se registrará como se dispone para la escritura de constitución de la sociedad, en la Cámara de Comercio correspondiente al domicilio social al tiempo de la reforma.

³¹ Circular 001 de 1993, de acuerdo con lo señalado por el Decreto 2155 de 1992.

sin perjuicio de lo establecido en convenios internacionales sobre el régimen de los poderes.

Al autenticar los documentos a que se refiere este artículo los cónsules harán constar que existe la sociedad y ejerce su objeto conforme a las leyes del respectivo país”

En primer lugar vemos que respecto a la legalización de documentos se abolió la exigencia de legalización de los actos públicos extranjeros mediante la aprobación de la Convención de La Haya sobre la abolición de la exigencia de legalización de actos públicos extranjeros del 05 de octubre de 1961³² (Ley 455 de 1998) por lo que el presente artículo ha quedado derogado por dicha Convención.

Por otra parte y relacionado con el tema de la representación, vemos que el artículo 482 del Código de Comercio señala que *“Quienes actúen a nombre y representación de personas extranjeras (físicas y morales) sin dar cumplimiento a las normas del presente título, responderán solidariamente con dichas personas de las obligaciones que contraigan en Colombia”*.

Este artículo introduce la figura del privilegio de la jurisdicción colombiana frente a los actos realizados por las partes en su territorio, pero no hace distinción en cuanto a la nacionalidad de las partes³³ ni respecto a qué tipos de actos jurídicos se aplica dicha norma, ya que como quedó visto³⁴, las partes implícitamente son libres de escoger la ley que va a regir el contrato y sus consecuencias. Igualmente se puede apreciar que en él nada se dice en cuanto a que si las obligaciones que se contrajeron en Colombia producirán efectos en su territorio o en territorio extranjero donde otra ley podría declararse competente³⁵.

³² En su artículo primero estipula: La presente Convención se aplica a los actos públicos que han sido establecidos sobre el territorio de un Estado contratante y que deben producir efectos sobre el territorio de otro Estado contratante. Se consideran como actos públicos en el sentido de la presente Convención:

- b. los documentos administrativos;
- c. los actos notariales

Artículo 2º. Cada uno de los Estados contratantes exige de legalización los actos a los cuales se aplica la presente Convención y que deben producir efectos sobre su territorio.

³³ El artículo 14 del Código Civil francés estipula: *“El extranjero, aún si no reside en Francia, podrá ser llamado frente a los tribunales franceses, para que dé cumplimiento a las obligaciones por él contraídas en Francia con un francés; también podrá ser llamado frente a los tribunales de Francia por las obligaciones que contrajo en un país extranjero con un francés”*.

³⁴ Vid. 19.

³⁵ Según el artículo 4o. de la Convención de Roma de 1980: *“En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 3o, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”*.

El artículo 484 del mismo Código nos señala que “*la sociedad deberá registrar en la cámara de comercio de su domicilio una copia de las reformas que se hagan al contrato social o a los estatutos y de los actos de designación o remoción de sus representantes en el país*”.

Había anotado anteriormente que una sociedad comercial en cuanto a su constitución y funcionamiento se rige bien sea por la ley de su constitución o estatutaria o por la de su domicilio. Sin embargo, el presente artículo muestra como el legislador colombiano está tratando de imponer a la sociedad extranjera un requisito que quizás su propia ley nacional no le exija, como puede ser el caso que no sea obligatorio registrar las reformas al contrato social, o incluso registrar aquellas reformas que no tengan ninguna relación con su sucursal en Colombia.

Lo que describe este artículo es el precio que deberá pagar una sociedad extranjera para poder ser incluida en el orden jurídico del foro, en este caso el colombiano, lo que llevará a que la sociedad pierda su condición de extranjera y adquiera el estatus de una simple sociedad local.

Con ello vemos que de una forma indirecta se está “obligando” a la sociedad a que produzca un acto o resolución que tenga efectos tanto en Colombia como en el lugar de su sede social o domicilio, como es la exigencia del artículo 472 del Código de Comercio, ya que se parte del supuesto de que la ley extranjera requiere los mismos elementos de existencia o de control de una sociedad comercial que la legislación colombiana.

En otras palabras puede darse el caso de que las sociedades extranjeras se adapten a la legislación colombiana como lo preceptuaba la escuela italiana de la recepción de la ley extranjera, para la cual la aceptación de una ley o sociedad extranjera no podía justificarse sino al precio de ser incluida en el orden jurídico del foro, es decir, perdería su condición de extranjera y se miraría como simplemente local.

Se puede deducir de lo comentado hasta este punto que, en Colombia, lo que la sociedad extranjera posee, es básicamente un conjunto de bienes que están dedicados a una actividad comercial por lo que tanto las decisiones sociales frente a la utilización de los bienes que hacen parte del establecimiento, como las labores que deba cumplir el administrador en la sucursal en nuestro país tienen su origen en el extranjero y no en Colombia.

Si bien el artículo 158 del Código de Comercio establece este tipo de regulación, lo hace sólo para las sociedades que se hallan radicadas en el territorio colombiano, y cuando decimos sociedades, hacemos referencia, no solo al establecimiento de comercio, sino a sus órganos de dirección; entonces de la forma como lo plantea este artículo, se estaría legislando extraterritorialmente, al obligar a una sociedad

extranjera a que ejecute actos en el lugar de su domicilio o de su sede estatutaria, lo que no necesariamente podrá ser exigido por su ley.

Lo preceptuado aquí se puede equiparar con la norma de derecho internacional privado de la *lex loci celebrationis*, es decir, que los actos se regulan por la ley del lugar donde se celebraron.

Parte de lo anterior lo encontramos establecido en el artículo 485 del Código de Comercio que señala que “*la sociedad responderá por los negocios celebrados en el país al tenor de los estatutos que tengan registrados en la Cámara de Comercio al tiempo de la celebración de cada negocio, y las personas cuyos nombres figuren inscritos en la misma cámara como representantes de la sociedad tendrán dicho carácter para todos los efectos legales, mientras no se inscriba debidamente una nueva designación*”.

Esta norma es del tipo de la *lex loci celebrationis*, es decir, en este caso la ley colombiana se declara competente para conocer de los actos o negocios realizados en el país.

Sin embargo, si esta norma establece su competencia frente a los actos realizados en territorio colombiano, la misma se contradice, toda vez que no hace referencia respecto a qué tipo de estatutos se está refiriendo, ni a qué clase de sociedad comercial, por lo que vuelve a confundir a la sociedad comercial con una sucursal.

De otro lado no puede olvidarse que los estatutos sociales se regulan en nuestra legislación por la ley extranjera del domicilio de la sociedad. Entonces queda por ver si con la simple inscripción de aquellos en una cámara de comercio del país, éstos adquieren una nueva nacionalidad por así decirlo, y comienzan a ser regulados por la ley colombiana, o simplemente se constituirán en unos elementos informativos sin fuerza legal, y que serán utilizados básicamente para proteger a los futuros acreedores y contratistas en el país.

Igualmente se puede incluir en este artículo la figura del conflicto de leyes en el tiempo, no ya desde la óptica del derecho interno, sino del derecho internacional privado, debido a que la celebración de cada negocio se inscribe dentro de una situación que ha sido previamente determinada por los estatutos de la sociedad, lo que puede conducirnos a que estemos en presencia de dos leyes que aparentemente se puedan declarar competentes para conocer de un determinado asunto como lo puede ser la *lex loci celebrationis*, al momento de la celebración del contrato, o la ley nacional de la sociedad o la *lex rei sitae* en caso de que se tratase de un contrato o negocio jurídico donde se viesen envueltos bienes inmuebles.

En otras palabras, el artículo lo que presenta es una referencia a la responsabilidad social, ya que el legislador, como dijimos, afecta la sociedad extranjera a su ley local

-*lex fori*-, pero olvida que los efectos del acto o negocio podrán ser determinados por otra ley que se declare competente, debido a la proximidad con su foro y a los vínculos estrechos que presente el cumplimiento del acto o contrato *inter partes*.

Respecto a los representantes de la sociedad en el extranjero, se establece una responsabilidad por los actos celebrados en territorio colombiano por intermedio de sus empleados o representantes en Colombia; esta responsabilidad se señala con referencia al lugar de la celebración del acto y no con referencia a la nacionalidad de los co-contratantes como sucede en otras legislaciones, entre ellas la francesa³⁶.

En cuanto a la prueba de la existencia de una sociedad extranjera, vemos que el artículo 486 del Código de Comercio señala que la misma “*se probará mediante certificado de la cámara de comercio. De la misma manera se probará la personería de sus representantes. La existencia del permiso de funcionamiento se establecerá mediante certificado de la correspondiente Superintendencia*”.

Sin embargo, la norma no es clara en cuanto a cuál Cámara de Comercio u Oficina de Registro Mercantil le corresponde expedir el certificado, ya que esta actividad bien podrá ser asumida tanto por el Registro Mercantil del domicilio de la sucursal, o bien aquel del domicilio de la sociedad. Ahora, con relación a lo del permiso de funcionamiento, vimos que para el mismo ya no es necesaria una autorización gubernamental³⁷.

De otro lado, el artículo 487 del Código de Comercio regula lo referente al capital que debe ser destinado por la sociedad para el libre desarrollo de sus negocios en el país el cual podrá aumentarse o reponerse libremente, pero su reducción estará condicionada a lo prescrito en la materia y deberá hacerse en consideración a los acreedores establecidos en el territorio nacional. El señalamiento anterior prescrito en el artículo 487 se basa en las potestades que tiene el legislador local para imponer este tipo de requisitos los cuales pueden encajarse en sus normas de orden público.

Se ha establecido igualmente que las sociedades extranjeras llevarán en sus libros registrados en la Cámara de Comercio de su domicilio y en idioma español, la contabilidad de los negocios que celebren en el país, con sujeción a las leyes colombianas; igualmente deberán enviar a la Superintendencia de Sociedades y a la misma Cámara de Comercio copia de un balance general, por lo menos al final de cada año³⁸.

³⁶ Artículos 14 y 15 del Código Civil francés.

³⁷ Circular 001 de 1993, de acuerdo con lo señalado por el Decreto 2155 de 1992.

³⁸ Artículo 488 del Código de Comercio.

Respecto a lo señalado por el artículo 488 del Código de Comercio, vemos que es normalmente la ley del país de constitución de una sociedad comercial la que prevé este tipo de obligaciones como lo es la inscripción en la cámara o registro de comercio del registro de libros y otros actos que afecten la sociedad y su patrimonio.

No parece ser muy útil el tener una contabilidad en Español en un país como Finlandia, donde toda la parte administrativa de la sociedad se desarrolla en finlandés; además sería ésta una imposición de tipo extra-territorial, ya que estos libros deberán estar acordes con la ley colombiana y no a la ley del domicilio de la sociedad.

Si se tratase de una multinacional con infinidad de actividades y producción en todo el mundo, sería ilógico que aquella enviase una copia de la reforma de sus estatutos a un determinado país, donde sólo tiene unos negocios de menor importancia, poniendo en riesgo una información que sólo puede ser conocida localmente, y esto sin olvidar la competencia desleal que por esta situación pueda enfrentar la misma.

Creo que por lo anterior se debe entender que dicha protocolización deberá ser traducida, en caso que sea en otra lengua, con su debida autenticación y, en fin, con todos los trámites que una actividad de estas requiere.

Con referencia a la actividad de terceros en el contrato social, apreciamos que el artículo 489 del mismo Código trata lo relativo a los revisores fiscales pero de las sociedades domiciliadas en el exterior, los cuales, según el mismo, se sujetarán, en lo pertinente, a las disposiciones de los revisores fiscales de las sociedades domiciliadas en el país. Igualmente, dicho artículo señala que estos revisores deberán, además, informar a la correspondiente Superintendencia cualquier irregularidad de las que puedan ser causales de suspensión o revocación del permiso de funcionamiento de tales sociedades.

Respecto a dicho artículo no queda claro a qué tipo de revisores se refiere el legislador colombiano; como sabemos, en nuestro país la actividad que realiza este tipo de personas se encuentra regulada por unas leyes específicas³⁹, por ello, si el artículo se refiere a los revisores fiscales de la sociedad extranjera, domiciliados en el extranjero, ¿entonces podrían ser obligados éstos por las leyes colombianas a realizar su labor en el extranjero?

Tampoco queda claro si el legislador hace igual referencia para los revisores de las sucursales de sociedades extranjeras establecidas en Colombia. Por lo anterior, habría que entrar a ver si el revisor fiscal de la sucursal en Colombia tiene autoridad para indagar sobre los estados financieros de la sociedad en el exterior, ya que

³⁹ Artículo 203 y siguientes del Código de Comercio.

ninguna sociedad extranjera permitirá que un revisor fiscal de una sucursal ubicada en el extranjero se inmiscuya en los asuntos de la casa principal, máxime cuando existe gran probabilidad de que éste sea extranjero. Para desarrollar dicha labor, la sociedad contratará a revisores fiscales del domicilio de la misma o de la sede estatutaria para que lleven a cabo sus funciones, los cuales estarán solo sometidos en su oficio a la ley local.

Ahora, con relación a los artículos 490, 493, 494, 495 del Código de Comercio, se tenían previstos unos supuestos para otorgar el permiso de funcionamiento, sin embargo, estos permisos fueron derogados por el Decreto 2155 de 1992, el cual estableció dicha derogación tomando como base parte del artículo 333 de la Constitución Política de 1991 que dispone que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común; por lo cual para el ejercicio de la actividad económica, no se podrán exigir permisos ni requisitos previos sin que medie una autorización legal.

De otro lado, y en cuanto al régimen aplicable respecto a la liquidación de bienes de la sociedad extranjera, el artículo 492 de dicho Código ha establecido que “*a las personas naturales o jurídicas extranjeras con negocios permanentes en Colombia se les aplicará, según fuere el caso, el régimen de concordato preventivo, liquidación administrativa o quiebra*”⁴⁰.

Por eso en el artículo anterior habrá que saber a qué tipo de relación jurídica está haciendo alusión el mismo, es decir, al negocio en sí, o sea el establecimiento de comercio, o a los contratos que las sociedades extranjeras realicen en el país, teniendo en cuenta la posibilidad que tienen aquellas para escoger una ley diferente a la colombiana que regule sus relaciones comerciales⁴¹.

Como se podrá anotar, parte de lo estipulado en este artículo es de carácter imperativo, es decir, una norma de orden público que somete la relación comercial a unos procedimientos establecidos por la ley 222 de 1995, los cuales recaerán básicamente sobre un patrimonio existente en el país; ya que si las partes escogieron una ley diferente a la ley colombiana para regir sus relaciones, mal podría esta última regular situaciones jurídicas que se hallan fuera de su jurisdicción.

⁴⁰ Lo referente a la quiebra, fue derogado por la Ley 222 de 1995.

⁴¹ De acuerdo con el artículo 869 del C. de Co. La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana. Esta como la anterior es una norma de orden público. Lo que no clarifica la misma es que el contrato puede ser regulado por varias leyes – depeçage; entonces y en caso de que sea competente, la ley colombiana solo regulará la parte del contrato que haya sido sometida a la misma.

Además, la aplicación del procedimiento del régimen de concordato preventivo y de liquidación administrativa deberá operar básicamente para los bienes ubicados en el país -*lex rei sitae*- ya que por lo regular la responsabilidad en estos casos se limita al conjunto de bienes establecidos en el domicilio de la sucursal y no al capital social en su conjunto, el cual se encuentra en el extranjero.

Los acreedores estarán sólo facultados para perseguir los bienes que se hallen en territorio colombiano, a no ser que resulte de la relación contractual con la sucursal que la casa matriz de la misma puso su capital social como garante de los contratos celebrados por su sucursal, caso en el cual se le podrá perseguir extra-territorialmente⁴².

Como se ha visto, la sociedad sólo responderá por el capital destinado exclusivamente a los negocios de la sucursal⁴³ y que se halla representando en los bienes que ésta posee en el país.

Respecto a los artículos 493, 494 y 495 del Código de Comercio que tratan sobre el permiso de funcionamiento otorgado por la Superintendencia de Sociedades, el mismo como se anotó anteriormente, quedó suprimido por el Decreto 2155 de 1992.

Con relación al artículo 496⁴⁴, donde se habla de las utilidades obtenidas por la Sucursal de la sociedad extranjera, se puede apreciar que desde que dicha sucursal no comprometa el capital mínimo de subsistencia de la misma, al igual que las reservas reglamentarias, puede girar libremente dinero a la sociedad madre o matriz.

Respecto al mismo artículo tampoco queda claro lo que señala con relación al balance de fin de ejercicio, porque el legislador no especifica a cuál sociedad está haciendo referencia, ya que lo que aquí existe es una sucursal que está regida por una entidad principal que se halla fuera del territorio colombiano y es ésta última la que, a mi juicio, presenta el balance de fin de ejercicio incluyendo las utilidades obtenidas por sus sucursales.

⁴² En caso de obtenerse una sentencia condenatoria, se puede recurrir al “*exequatur*” de dicha sentencia ante los tribunales del domicilio de la sede social o domiciliaria de la sociedad.

⁴³ Artículo 6o de la ley 33 de 1992 aprobatoria del Tratado de Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional. Las sucursales o agencias constituidas en un Estado por una sociedad radicada en otro, se considerarán domiciliadas en el lugar en que funcionan y sujetas a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que practiquen.

⁴⁴ Artículo 496. Los beneficios obtenidos por las sucursales de sociedades extranjeras, se liquidarán de acuerdo con los resultados del balance de fin de ejercicio, aprobado por la superintendencia. Por consiguiente, la sucursal no podrá hacer avances o giros a la principal, a buena cuenta de utilidades futuras.

De otro lado encontramos en el artículo 497 del Código de Comercio una norma de carácter imperativo; ello se aprecia cuando la misma establece que “*Las disposiciones de este título regirán sin perjuicio de lo pactado en tratados o convenios internacionales. En lo no previsto se aplicarán las reglas de las sociedades colombianas. Así mismo estarán sujetas a él todas las sociedades extranjeras, salvo cuando estuvieren sometidas a normas especiales*”.

Como se aprecia en el artículo, será prevalente la normativa emanada de los tratados⁴⁵ sobre aquella del articulado de la ley representada en el título VIII del Código de Comercio.

Igualmente no sólo estamos aquí frente a una norma de carácter imperativo, sino que la misma se declara competente para regular situaciones no sometidas a ella por las partes. Digo partes, porque estamos en presencia de un contrato social, el cual necesariamente estará compuesto o formado por al menos dos partes.

La afirmación anterior se hace tomando la parte del artículo que enuncia que se aplicarán las reglas de las sociedades colombianas; entonces, tendríamos que, al ser la sucursal una pequeña extensión de la sociedad, la sociedad extranjera para la ley colombiana sería tomada como una sociedad local, la cual no podría entrar a regularla, ya que ésta se encuentra sometida a la ley de su domicilio, función que no se puede abrogar la ley colombiana, como es la de cambiarle de domicilio a una sociedad por el simple hecho de que aquella abra una sucursal en su territorio.

En otras palabras, la ley colombiana sería competente, como ley del domicilio de la sucursal, y no como ley del domicilio social que se halla fuera de su territorio.

En conclusión podemos apreciar que el Título VIII del Código de Comercio deja muchos interrogantes en cuanto al tema que regula; ello se evidencia en el hecho de que el mismo es muy limitado con relación a la materia que trata, es decir, la regulación de las sociedades extranjeras en Colombia. Por otro lado, el mismo confunde las sociedades comerciales extranjeras con otras figuras jurídicas del ámbito comercial como lo es el establecimiento de comercio o la sucursal comercial.

Igualmente está equiparando las sociedades comerciales colombianas a las sociedades comerciales extranjeras, cuando cada una tiene una naturaleza y composición de acuerdo con el lugar donde ésta se halle establecida.

45 Artículo 4o de la Ley 33 de 1992: “*El contrato social se rige tanto en su forma, como respecto a las relaciones jurídicas entre los socios y entre la sociedad y los terceros, por la ley del país en que esta tiene su domicilio comercial*”.

Quizás la limitación que menciono aquí se deba a la poca influencia que tiene este tipo de sociedades en la vida mercantil colombiana, pero *ad-portas* de las nuevas regulaciones que conllevan necesariamente los próximos convenios de libre comercio en los cuales Colombia parece inscribirse, será de gran importancia la regulación que sobre las mismas se establezca, ya que la actual parece insuficiente frente a los cambios económicos que se avecinan.

Podemos concluir que la llamada sociedad extranjera no es más que un tipo societario de los que el mismo Código de Comercio regula, ya que la denominada extraneidad, a que hace alusión, parece referirse únicamente al elemento humano, es decir, a un determinado tipo de individuos que va a intervenir en el desarrollo comercial de la empresa, sociedad, establecimiento de comercio o sucursal, estando este tipo de personas regulados básicamente por el derecho de los extranjeros, que es un campo del derecho internacional privado.

Por ello, frente a todo lo anteriormente señalado, se abren bastantes interrogantes, los cuales pueden ser resumidos de la siguiente manera:

1°. Cuando el objeto social de la sociedad extranjera está ligado al ejercicio del poder político: ¿Podrá este Estado extranjero demandar en justicia utilizando su poder ante los tribunales locales?

2°. ¿Existe una analogía entre la noción de nacionalidad de las sociedades y la nacionalidad de las personas físicas?

3°. En materia de conflicto de leyes cuál se tomará como un punto de conexión o factor de unión; o sea: ¿en la determinación de la *lex societatis* se debe tomar la ley nacional de la misma o la ley de la sede estatutaria?

4°. ¿Qué papel juegan los Tratados diplomáticos cuando se designa en ellos un privilegio para nacionales de los Estados contratantes?

5°. Con relación al artículo 469 se respeta en el mismo el orden público en materia de elementos sobre la condición de las personas.

6°. ¿Qué tratamiento se les da en Colombia a las personas morales de derecho público extranjeras?

7°. ¿Qué sucede cuando una sociedad extranjera ha sido creada por varios Estados extranjeros, a cuál de ellos se debe recurrir en caso de conflicto y bajo qué criterio?

8°. ¿Qué sucede cuando el lugar donde se desarrollan las actividades posee mayor actividad que aquel donde la sociedad tiene su sede estatutaria?

9°. ¿Qué sucede cuando una sociedad se constituye según la ley colombiana y cumple con todos los requisitos de constitución, pero no posee su sede estatutaria real en Colombia? ¿Será reconocida por la ley colombiana?

10°. ¿Cuál sistema se admite en Colombia; el de los países anglo-americanos, o será el de la *incorporation*? Si es este último, ¿cuáles serán las ventajas? ¿Conservarán los beneficios que les otorga la ley norteamericana y la inglesa, al igual que la protección diplomática al evitar el discurso sobre la localización real de su sede estatutaria? –*alien corporation*.

11°. ¿Puede una sociedad extranjera inscribirse en Colombia con el fin de eludir las disposiciones legales del país de la sede estatutaria?.

12°. ¿Puede otorgársele la nacionalidad a una sociedad que tiene su sede estatutaria en el exterior?

13°. En el evento en que la sociedad haya sido creada en el extranjero y sus actividades principales se desarrollan todas en Colombia ¿Qué función tendrá su sede social?

14°. Respecto a la nacionalidad de la sociedad: ¿qué sucederá cuando los órganos de dirección y administración se encuentran situados en diferentes países?, ¿Se deberá determinar la nacionalidad con base en cuál ley?

15°. ¿Podrá aplicarse a la sociedad la ley del lugar de su constitución, al igual que la ley del lugar de funcionamiento de la misma? –*depeçage societario*.

16°. ¿Bajo qué criterios el derecho colombiano atribuye la nacionalidad a la sociedad?

17°. ¿Qué sucede cuando se admite una sociedad bajo el concepto de sede estatutaria y ésta se traslada a otro país. ¿Esta aparente transformación está regulada en el derecho colombiano?

18°. ¿Qué sucede cuando la forma social o el tipo de sociedad no es conocido en el derecho colombiano: ¿Se debe cambiar la sociedad?; ¿estipula la ley colombiana algo al respecto?

19°. ¿Qué tratados tiene Colombia relativos a la condición de los extranjeros?

20°. ¿Qué sucede si la ley extranjera que otorga la personalidad a la sociedad posee un alcance extraterritorial? Podría decirse que se trata de una decisión individual de una autoridad (privada o pública) quien crea la personalidad y no una ley general, ¿qué sucede en Colombia?

21°. En Colombia, ¿puede una sociedad extranjera exigir la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida?

22°. ¿Cuáles son los derechos que se les reconoce a las personas morales en Colombia?

23°. ¿Puede la ley colombiana reconocer la capacidad a una sociedad extranjera que su ley no le ha reconocido?

24°. ¿Puede una sociedad extranjera emitir títulos valores en Colombia?

25°. ¿La denominación de la sociedad se determina por cuál ley? ¿Puede la ley colombiana intervenir frente a la denominación de una sociedad para proteger a sus nacionales como clientes y acreedores?

26°. De acuerdo al artículo 471 del Código de Comercio inciso primero: ¿qué sucede cuando los requisitos que éste impone son inexistentes en el país donde nació la sociedad?

