

OFICIO 220-100616 DEL 29 DE JULIO DE 2015

ASUNTO: ACTIVIDAD PERMANENTE. Obtener del estado Colombiano una concesión o que ésta le hubiere sido cedida, a cualquier título, o que en alguna forma participe en la explotación de la misma.

Me refiero a su comunicación radicada con el número 2015-01-277046, mediante la cual consulta lo siguiente: “Teniendo en cuenta que el numeral 5° del Artículo 457 del Código de Comercio contempla como actividades permanentes para que una empresa extranjera deba establecer una sucursal en el país el obtener del estado Colombiano una concesión o que ésta le hubiere sido cedida, a cualquier título, **o que en alguna forma participe en la explotación de la misma**” (subraya y negrilla nuestra), solicitamos que por favor se aclare si también es obligatorio establecer la sucursal de una sociedad extranjera en Colombia y porqué, en el caso de una sociedad extranjera a la que le es adjudicada una concesión, junto con las empresas colombianas, pero que se encuentra condicionada a que la firma del contrato de concesión y ejecución del proyecto se deba realizar forzosamente mediante una sociedad de objeto único (SPV), en la cual la sociedad extranjera deba ser accionista.

Al respecto, es necesario advertir en que si bien este Despacho con fundamento en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la Ley 1755 del 30 de junio de 2015, emite los conceptos de carácter general a que haya lugar con motivo de las consultas que le son formuladas sobre las materias de su competencia, sus respuestas no están dirigidas a resolver situaciones particulares y concretas, en tanto se trata de una labor eminentemente pedagógica que busca ilustrar a los particulares sobre los temas de su competencia, lo que explica que las mismas no tengan carácter vinculante ni comprometen su responsabilidad.

Bajo esa premisa procede observar que el invocado artículo 474 del Código de Comercio, hace una enumeración de algunos presupuestos que podrían configurar la realización de una actividad que se reputa permanente para los efectos que la ley consagra, de suerte que no solo el hecho de obtener del estado una concesión estaría dentro del supuesto legal, sino cualquier otra participación en la explotación de la misma, expresión que a juicio de este Despacho, supone que la sociedad extranjera “realice actos materiales y concretos dentro de la explotación, que es a lo que el legislador se refiere cuando habla de que “ en alguna forma participe en la explotación”. De manera que pueda afirmarse sin impropiedad que la firma extranjera está desarrollando en el territorio Colombiano la totalidad o parte de su objeto social...” (Resolución 05354 de julio 15 de 1977)

Por lo anterior, si la sociedad extranjera dentro del territorio nacional tiene alguna participación en el desarrollo el contrato celebrado, tendría que incorporar una sucursal al país; pero en cambio sí quien ejecuta directamente el contrato de concesión, es exclusivamente la sociedad colombiana, no sería necesario por parte de la extranjera incorporar sucursal, pues ésta a la luz del artículo 98 del Código de comercio, es una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

En los anteriores términos se han atendido sus inquietudes, pero se advierte que el presente oficio tiene los efectos descritos en la parte inicial de este oficio.