

Oficio 220-001477 Enero 8 de 2009

Asunto: La obligación de una sociedad extranjera de constituir sucursal en Colombia depende de la concurrencia de los elementos propios de la noción de permanencia como la duración, estabilidad y perseverancia en la actividad proyectada.

Me refiero a su escrito radicado en esta Entidad con el número 2008-01-253009, por medio del cual previas algunas consideraciones solicita que este Despacho determine si con ocasión de un contrato de consultoría para la gerencia de proyectos, celebrado entre una sociedad extranjera y ECOPEPETROL S.A., aquella tiene que abrir una sucursal en Colombia.

Sobre el particular, sea lo primero poner de presente que la Superintendencia de Sociedades, de conformidad con los artículos 25 del Código Contencioso Administrativo y 2 numeral 18 del Decreto 1080 de 1996, absuelve consultas de manera general y en abstracto sobre asuntos de su competencia, sin que los pronunciamientos así proferidos tengan carácter obligatorio y sin que los mismos comprometan la responsabilidad de la Entidad. De allí que a través de la facultad legal de atender consultas, no le sea viable determinar si en un caso concreto hay lugar o no a que una sociedad extranjera establezca una sucursal en Colombia.

En este sentido esta Superintendencia mediante Oficio 220-051363 del 22 de Septiembre de 2006 se pronunció en los siguientes términos:

□Al respecto, sea lo primero reiterar que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, esta entidad profiere conceptos de carácter general y en abstracto y por tal virtud, no le es dable emitir pronunciamientos de ninguna índole sobre situaciones particulares y concretas, órbita dentro de la cual el interesado, previa evaluación de los factores propios del negocio que pretende realizar y una vez evaluados los presupuestos legales y doctrinales respectivos, debe adoptar sus propias determinaciones.

Lo anterior, toda vez que no solo los jueces y las autoridades públicas, sino también los particulares, están facultados para interpretar las leyes. Así lo confirma el artículo 26 del Código Civil, cuando dispone: □Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a los hechos e intereses peculiares.□.

Efectuada la precisión que antecede, resulta claro que eventuales decisiones de negocios, como aquella que consulta la obligación de incorporar o no una sucursal al territorio nacional, debe analizarse a la luz de las normas que determinan la realización de una actividad permanente, presupuesto que en cada caso particular, deberá interpretarse a la luz de las directrices emanadas tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, directamente por los interesados.□

Sentado lo anterior, esta oficina procederá a señalar en términos generales los lineamientos normativos y doctrinales a tener en cuenta en el caso planteado en la consulta.

Dispone el artículo 471 del Código de Comercio: □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.□

De esta disposición, se observa que la obligación de una sociedad extranjera de establecer en Colombia una sucursal, se deriva de la circunstancia de que dicha compañía adelante en el país actividades permanentes. Es pues el criterio de la permanencia el factor determinante para que la compañía foránea se vea compelida a abrir la sucursal.

Ahora bien, el legislador no consagró unos parámetros a tener en cuenta para definir si una actividad ha de considerarse como permanente, ya que se limitó a enunciar eventos que se tienen por permanentes. Por esta Razón, la doctrina se ha dado en la tarea de delimitar algunos elementos que contribuyen a dilucidar si un negocio en particular debe considerarse como permanente.

Es así como este Despacho, en Oficio 220-30783, publicado el 30 de junio de 1998, manifestó:

□La Superintendencia de Sociedades ha considerado de tiempo atrás que esta disposición no puede aplicarse según su estricto tenor literal, pues semejante aplicación conduciría a excesos no queridos por el legislador, sino que en cada caso concreto deben estudiarse las circunstancias que rodean el desarrollo de las actividades de las sociedades extranjeras, tales como su naturaleza, habitualidad o duración para poder establecer sin lugar a dudas el carácter de permanente o transitorias que tengan.

De acuerdo al diccionario de la lengua española, el concepto de "actividad" supone un conjunto de operaciones y la "permanencia" implica perseverancia o estabilidad, sin embargo, no toda actividad que en principio parezca permanente lo es, pues debe estudiarse en cada caso en concreto si la actividad en cuestión según su naturaleza, reúne las notas esenciales del concepto de permanencia, esto es, duración, inmutabilidad y las antes mencionadas perseverancia y estabilidad. □

De lo antes expuesto se colige que para determinar si los negocios que se propone desarrollar la sociedad extranjera en el territorio nacional deben considerarse como permanentes, es preciso analizar en conjunto todas las circunstancias que rodean la actividad proyectada, a efecto de poder establecer si la misma reúne los elementos de duración, inmutabilidad, estabilidad y perseverancia propios de la noción de permanencia.

Teniendo en cuenta las consideraciones efectuadas, en el caso materia de consulta se habrá de analizar si el objeto del contrato de consultoría celebrado por la sociedad extranjera con ECOPETROL S.A., comporta la permanencia de actividades en el territorio nacional, por concurrir los elementos de duración significativa, estabilidad y perseverancia en la prestación, que impliquen el establecimiento en Colombia de una infraestructura y disposición de personal y recursos a ser canalizada a través de una sucursal de compañía extranjera.

Ahora bien, considerando que el contrato de consultoría según lo manifiesta en su escrito es para la gerencia de proyectos, el estudio del objeto contractual podrá hacerse de la mano con los términos, condiciones y características de los mismos, de tal suerte que se pueda determinar si la consultoría comportará una regularidad y constancia en las prestaciones, o dicho en otras palabras una permanencia en la actividad, situación esta que de verificarse dará lugar a la incorporación de una sucursal en el país por parte de la compañía del exterior.

En los anteriores términos damos respuesta a su consulta, reiterándole que el alcance del concepto expresado es el previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.