

CONCEPTO 1050142 DE 2017

(Junio 1)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES

MEMORANDO

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

DE: MARGARETH SOFÍA SILVA MONTAÑA - Jefe Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: Derecho de petición radicado No. 817869 - Registro 1037603

TEMA: Actividad comercial permanente - Operadores que proveen capacidad satelital en Colombia.

Cordial saludo:

En respuesta a su solicitud referida en el asunto, la Oficina Asesora Jurídica emite el siguiente concepto.

El peticionario a través de un derecho de petición requiere que se resuelvan las siguientes preguntas teniendo en cuenta la reglamentación comercial referente a las actividades comerciales permanentes en Colombia de entidades extranjeras, específicamente aquellas relacionadas con las actividades reguladas en la Resolución [106](#) de 2013, por medio de la cual se establecen las condiciones y requisitos para la obtención del registro de proveedor de capacidad satelital y se dictan otras disposiciones.

En ese sentido, el peticionario consulta de acuerdo con los supuestos de hecho indicados en su escrito de derecho de petición, si:

- i. ¿Puede ser considerada como una actividad permanente en Colombia las actividades de los Operadores que no presten directamente los servicios de capacidad satelital en el país?
- ii. ¿Los operadores que sean sociedades-extranjeras y que no presten directamente los servicios de capacidad satelital en el país, deberán constituir un vehículo en Colombia por ser consideradas sus operaciones como actividad permanente?

Consideración previa. Previo a cualquier manifestación de fondo sobre la materia objeto de consulta, es indispensable señalar que esta Oficina Asesora Jurídica, con fundamento en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite los conceptos de carácter general y en abstracto a que haya lugar, con motivo de las consultas que le son formuladas sobre las materias de su competencia, razón por la cual sus respuestas no tienen carácter vinculante frente a terceros.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que la entidad competente en asuntos de derecho comercial o mercantil, que constituye el fondo de la consulta que actualmente nos ocupa, es la Superintendencia de Sociedades, en cuya doctrina se sustenta la presente respuesta. En razón de lo anterior, el siguiente pronunciamiento se emite a manera de orientación.

Dicho lo anterior, como primera medida para establecer si una actividad comercial ejecutada por una entidad extranjera es considerada como una actividad permanente en Colombia, es menester remitirse a la normativa comercial que regula esta materia. En efecto, el Código de Comercio no define de manera expresa qué debe entenderse por actividad permanente, no obstante, el artículo 474 del mismo estatuto hace una enumeración de ciertas actividades que se consideran como permanentes. El referido artículo establece:

"Se tienen cor actividades permanentes para efectos del articulo 471, las siguientes:

1. Abrir dentro dei territorio de la república establecimientos mercantiles u oficinas de negocios aunque estas solamente tengan un carácter técnico o de asesoría.
2. Intervenir como contratista en la ejecución de obras o en la prestación de servicios.
3. Participar en cualquier forma en actividades que tengan por objeto el manejo, aprovechamiento o inversión de fondos provenientes dei ahorro privado.
4. Dedicarse a la industria extractiva en cualquiera de sus ramas o servicios.
5. Obtener del Estado colombiano una concesión o que esta le hubiere sido cedida a cualquier título, o que en alguna forma participe en la explotación de la misma, y;
6. El funcionamiento de sus asambleas de asociados, juntas directivas, gerencia o administración en el territorio nacional".(El subrayado es nuestro)

Conviene precisar que el artículo 471, al cual se refiere el transcrito artículo 474, regula los requisitos para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia.

La Superintendencia de Sociedades ha establecido mediante su doctrina que la citada norma no puede aplicarse de manera exegética pues dicha clasificación no quiere decir que no hayan de considerarse otros factores a fin de determinar la permanencia. En djcho caso, se estaría conduciendo a excesos no contemplados por el legislador, razón por la cual, deben analizarse en cada caso en particular los elementos que rodean el desarrollo de las actividades de las sociedades extranjeras, como lo son la naturaleza, habitualidad o duración para poder establecer el carácter de permanente o transitorias que tengan^[1].

En tal sentido, la Superintendencia de Sociedades mediante Oficio No. 220-30783 del 2 de junio de 1998, citando la exposición de motivos del Proyecto de Código de Comercio de 1958, se refirió al tratamiento de las sociedades domiciliadas en el exterior, señalando:

"1. Siguiendo el criterio adoptado por fas leyes ya mencionadas se hace una distinción entre las sociedades que se vinculan a! país con negocios de carácter permanente y fas que solo desarrollan negocios ocasionales en el territorio nacional y. para salvarla dificultad creada por la ley de 1.988 y los decretos de 1906 se precisa cuando debe entenderse que una sociedad desarrolla negocios de carácter permanente en el país (artículo 686). Dentro de las tres hipótesis que se prevén en el proyecto caben normalmente todas las formas de actividad que pueden implicar esa vinculación permanente al país y la consecuente necesidad de un control oficial sobre tales compañías. Porque mantener en el país establecimientos de comercio u oficinas de negocios, agentes, vendedores o intermediarios facultados para colocar o atender pedidos, o intervenir en la celebración de contratos para cuya ejecución deben celebrarse otros contratos en

ei país, como los de trabajo, suministro, etc., es indudablemente vincularse de una manera relativamente estable en el país.”

(Ministerio de Justicia, Proyecto de Código de Comercio, Comisión Revisora del Código de Comercio, Tomo II, Bogotá, julio de 1.958, página 195).”^[2] (El subrayado es nuestro)

Respecto a la duración, siendo coherentes con la citada disposición doctrinal, no existe un tiempo determinado para establecer la permanencia, ia cual está supeditada por ejemplo a la naturaleza del servicio a prestar. No obstante lo anterior, este elemento cobra relevancia pues si una sociedad extranjera desea emprender negocios permanentes en el país, deberá necesariamente establecer una sucursal, pues la permanencia también se define teniendo en cuenta el tiempo durante el cual se va a desarrollar la actividad, y por consiguiente determina si la entidad extranjera debe cumplir con la obligación de abrir una sucursal en Colombia en atención a la normativa comercial^[3].

Al respecto, en Oficio No. 220- 026980 del 13 de marzo de 2013 dijo la Superintendencia de Sociedades:

“Así las cosas, en el caso planteado en su consulta, dado el carácter permanente de la actividad desplegada en el territorio nacional por parte de la sociedad extranjera, la cual se predica del extenso lapso de tiempo durante el cual ésta ha venido contratando con la aerolínea y la cooperativa de trabajo del ejemplo, ésta debe establecer una sucursal en el país, so pena de que la falta de capacidad para contratar vicie la legalidad de los referidos contratos, vicio cuyo reconocimiento corresponde ser declarado por la justicia ordinaria, constituyéndose tal declaratoria en la sanción para los referidos negocios jurídicos, con la consecuente afectación de los intereses de las partes en éstos intervinientes...”^[4]

(Subrayado fuera del texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, para establecer la permanencia de un negocio en Colombia se debe tener en consideración tanto los criterios expuestos por el Código de Comercio en su artículo 474, como también por la Superintendencia de Sociedades,.

En ese sentido, existen otros criterios desarrollados a través de la doctrina además de la naturaleza, habitualidad o duración del negocio, que involucran los derechos y las obligaciones que se desprenden del contrato suscrito en Colombia por la entidad extranjera, pues si dichas obligaciones responsabilizan a esta directamente con terceros en el país, en opinión de la Superintendencia de Sociedades, conforme a lo dispuesto por el artículo 474 del Código de Comercio, debe abrir una oficina de negocios e incorporar en el territorio nacional una sucursal^[5].

"se concluye que son múltiples las posiciones doctrinales relacionadas con el tema objeto de análisis, pero en común todas señalan unas directrices generales, de las que se derivan los elementos de juicio que deben entrarse a considerar en cada caso, por quienes están en la obligación de determinar si procede o no incorporar una sucursal al país, desde luego, sin perjuicio dela potestad que en ejercicio de sus funciones tiene esta Superintendencia, cuando a ello haya lugar ^[6]”.

(Subrayado fuera del texto).

Sumado a lo anterior, las operaciones permanentes deben consistir en operaciones principales

desarrolladas por la sociedad extranjera, en la medida que, si se tratara de actos accesorios a la actividad principal de esta entidad, no resultaría indispensable la constitución de una sucursal en el país y las mismas podrían adelantarse ya sea a través de un contrato de mandato, o de cualquiera previsto en la legislación que sirva para el efecto^[7]. Así lo ha establecido la Superintendencia de Sociedades en Oficio 220-121536 del 24 de octubre de 2011:

“Así, sí el objeto principal de la sociedad extranjera de su consulta es el de expedir licencias o permisos para el uso de sus propios activos y pretende adelantar esta misma actividad en Colombia, indudablemente se configura uno de los presupuestos para determinar si la actividad se reputa o no permanente.

Otra situación que debe dilucidarse para determinar si una actividad tiene el carácter de permanente, es si se adelantará en Colombia a través de mecanismos que permitan la representación directa de la sociedad extranjera en el país, ya que si se adelanta a través de otro tipo de contrato, por poner un ejemplo, a través de la agencia comercial (artículos 1320 y siguientes del Código de Comercio) a través del cual el agente actúa bajo su propia cuenta y riesgo, sin facultad alguna de representación de la sociedad extranjera, no estaremos frente a una actividad permanente, pues ésta no es desarrollada en forma directa por la sociedad foránea. Para concluir, podemos deducir de lo expuesto que las actividades permanentes implican la asunción directa del desarrollo de la actividad principal de la sociedad extranjera por parte de esta misma, como lo sería a través de un contrato de mandato con representación, caso en el cual ésta se encuentra obligada a establecer una sucursal en el país en los términos de los artículos 472 y siguientes.”

(Subrayado fuera del texto).

En ese sentido, en el caso propuesto por el peticionario, en principio le corresponde al Operador determinar de acuerdo con los elementos y características de su negocio, si su actividad comercial se ejecutará de manera permanente en el país,.

Al respecto ha dicho la Superintendencia de Sociedades en el Oficio No. 220-037324 del 22 de abril de 2013:

"Tenemos entonces que para determinarlo que la ley califica como PERMANENTE, deben tenerse en cuenta además del tiempo de duración, otros factores, por ejemplo la infraestructura que deba desplegarse por la sociedad extranjera en el país, la clase de Negocios a celebrar; por tanto, el hecho de la suscripción de uno o varios contratos, no necesariamente conlleva la obligación de incorporar una sucursal; el presupuesto legal solo se concreta a partir de la realización de una actividad permanente en el país, evento que puede justificarse con la existencia de un solo contrato".

(Subrayado fuera del texto)

Por los motivos expuestos, el Operador deberá analizar las condiciones y parámetros bajo los cuales ejecuta su negocio objeto de consulta en Colombia, ya sea que se ejecute de manera directa o indirecta al público, para establecer si procede o no incorporar una sucursal al país, porque si bien la normativa comercial no establece de manera expresa qué se entiende por actividad permanente para efectos de constituir una sucursal, sí existen criterios desarrollados por el Código de Comercio y la doctrina de la Superintendencia de Sociedades al respecto.

Atentamente,

MARGARETH SOFIA SILVA MONTAÑA

Jefe Oficina Asesora Jurídica

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 220-30783 del 2 de junio de 1998.
2. Ibidem.
3. Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 220-155013 del 18 de noviembre de 2015.
4. Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 220- 026980 del 13 de marzo de 2013.
5. Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 220-038950 del 9 de agosto de 2007.
6. Ibídem.
7. Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-121536 del 24 de octubre de 2011.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 20 de septiembre de 2023 - (Diario Oficial No. 52.502 - 29 de agosto de 2023)



MINTIC