

OFICIO 220-003153 DEL 20 DE ENERO DE 2021

ASUNTO: FIDUCIA MERCANTIL – ACCIONES.

Acuso recibo del escrito citado en la referencia, con el cual presenta una consulta relativa a la transferencia de acciones a una fiducia mercantil y otros aspectos, inquietudes que se resolverán en el orden propuesto.

Antes de resolver lo propio, debe reiterarse que la competencia de esta Entidad es eminentemente reglada y sus atribuciones se hayan enmarcadas en los términos del numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 82, 83, 84, 85 y 86 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1023 de 2012.

Así, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, es función de la Oficina Asesora Jurídica de esta Entidad absolver las consultas formuladas por los organismos públicos y privados, así como por los usuarios y particulares sobre las materias a su cargo y en esa medida, emite un concepto u opinión de carácter general que como tal no es vinculante ni compromete su responsabilidad.

Con el alcance indicado, este Despacho procede a resolver las inquietudes planteadas:

1. ***“De acuerdo al artículo 12 de la Ley 1258 de 2008, es posible que las acciones de una Sociedad por Acciones Simplificada sean transferidas a una fiducia mercantil. Señala la mencionada norma que “los derechos y obligaciones que por su condición de socio le asisten al fideicomitente (...)”. ¿Lo antes mencionado implica que cuando un patrimonio autónomo es receptor de acciones de una Sociedad por Acciones Simplificada, el socio registrado ante la sociedad es el fideicomitente? Si no es así, ¿Quién tiene la calidad de socio o accionista? ¿El patrimonio autónomo? ¿La fiduciaria? ¿El fideicomitente? ¿El beneficiario?”***

Sobre el particular, es preciso realizar las siguientes consideraciones:

1. El artículo 12 de la Ley 1258 de 2008 establece:

“Las acciones en que se divide el capital de la sociedad por acciones simplificada podrán estar radicadas en una fiducia mercantil, siempre que en el libro de registro de accionistas se identifique a la compañía fiduciaria, así como a los beneficiarios del patrimonio autónomo junto con sus correspondientes porcentajes en la fiducia.”

Los derechos y obligaciones que por su condición de socio le asisten al fideicomitente serán ejercidos por la sociedad fiduciaria que lleva la representación del patrimonio autónomo, conforme a las instrucciones impartidas por el fideicomitente o beneficiario, según el caso.” (Subraya fuera del texto).

2. Sobre la fiducia mercantil, es relevante traer a colación lo señalado por la Superintendencia Financiera de Colombia:

“(…) Así las cosas, la propiedad fiduciaria es meramente instrumental; pero no por ello puede desconocerse que se realiza una transferencia de la propiedad del fideicomitente al fiduciario, necesaria, precisamente, para la finalidad que se persigue con el negocio fiduciario, transferencia que genera efectos frente al propio fideicomitente y frente a los terceros en condiciones especiales respecto de las reglas generales aplicables al derecho real de dominio ordinario y a los derechos de persecución o de "prenda general" de los acreedores respecto de los bienes de su deudor común. (…)

En este sentido, la inscripción del fiduciario en el libro de registro de acciones permite identificar al vocero común de las personas interesadas en el patrimonio autónomo, y que puede corresponder a un enorme número de fiduciantes-beneficiarios inversionistas, quienes son titulares de un derecho personal o de crédito de cuyas obligaciones correlativas es deudor el fiduciario, y no de un hipotético derecho real que recaiga sobre el patrimonio en el que formalmente se radican las acciones adquiridas con cargo a los recursos entregados por todos ellos a un fiduciario común. Dichos derechos personales no permiten encargarle al fiduciario una gestión que no sea legalmente posible para el fiduciante o el beneficiario; por eso, a través de una fiducia de inversión, un fiduciante no podría obtener que se usaran los recursos fideicomitados para adquirir acciones que él o que el beneficiario, no pudieran adquirir directa o indirectamente, como ocurriría en el evento de los límites a la participación accionaria en una determinada sociedad en cabeza de una persona. Y se da por sentado que el propio fiduciario tampoco puede abusar de los poderes fiduciaros de modo que su gestión lo aproveche ilegalmente, como ocurriría si pretendiera usar los recursos del patrimonio autónomo para adquirir, negociar o transferir acciones que él legalmente no pudiera poseer, negociar o enajenar en forma directa o indirecta. (…)

Con base en las consideraciones expuestas en el oficio citado, a continuación, plasmamos algunas ideas, las cuales hacen referencia a las inquietudes formuladas en su comunicación: (...)

d) Ni el fideicomitente ni los beneficiarios del fideicomiso pueden reputarse accionistas pues el accionista único es el gestor fiduciario quien ejercerá los derechos de voto o decisiones sociales derivadas de tal participación de conformidad con lo previsto en el contrato de fiducia mercantil, en provecho de los beneficiarios;(...)"¹

3. La jurisprudencia ha determinado lo siguiente sobre alcance y las facultades del contrato de fiducia mercantil:

“Si bien por definición expresa del legislador, la fiducia mercantil supone una transferencia de bienes por parte de un constituyente para que con estos se cumpla una finalidad específica y previamente determinada, “ese conjunto de bienes transferidos a una fiduciaria es lo que conforma o se denomina patrimonio autónomo, pues los bienes i) salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente –titular del dominio-, ii) no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario, sino que sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida y, iii) están afectos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo, tal como lo disponen los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio”. (...).²

4. Sobre la calidad de accionista, esta Entidad ha determinado:

“iii) Como puede observarse, en razón del carácter nominal de las acciones, la sociedad le reconocerá la calidad de accionista únicamente a la persona que aparezca inscrita en el libro de registro de acciones. En otras palabras, la calidad de accionista de ninguna manera se subordina a un título, ni a un contrato de enajenación de una o varias acciones; en virtud de la misma ley (Art. 379 del Código de Comercio), la inscripción en el registro del libro de accionistas es la que brinda la garantía y seguridad en cuanto a la titularidad y participación porcentual en el capital social, y la que hace oponibles a la sociedad y a terceros los derechos de los accionistas.(...)”³

1 SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. Concepto 2004060203-0 (23 de junio de 2005). Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?IServicio=Publicaciones&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadContenidoPublicacion&id=190->. {08/01/2021}.

2 CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN QUINTA – DESCONGESTIÓN. Sentencia Radicado No. Radicación número: 25000-23-24-000-2005-00195-02 (1 de marzo de 2018). C.P. Dra. Rocío Araujo Oñate. {En Línea}. Disponible en: <http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=25000-23-24-000-2005-00195-02>. {08/01/2021}.

3 Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-016471 (15 de marzo de 2012). Asunto: Negociación de acciones en una sociedad anónima. Tomado el: 21 de enero de 2018. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/32187.pdf

“(…) Contempla el artículo 12 de la Ley 1258 de 2008 lo siguiente: “ARTÍCULO 12. TRANSFERENCIA DE ACCIONES A FIDUCIAS MERCANTILES. Las acciones en que se divide el capital de la sociedad por acciones simplificada podrán estar radicadas en una fiducia mercantil, siempre que en el libro de registro de accionistas se identifique a la compañía fiduciaria, así como a los beneficiarios del patrimonio autónomo junto con sus correspondientes porcentajes en la fiducia. Los derechos y obligaciones que por su condición de socio le asisten al fideicomitente serán ejercidos por la sociedad fiduciaria que lleva la representación del patrimonio autónomo, conforme a las instrucciones impartidas por el fideicomitente o beneficiario, según el caso.”

Ahora bien, tenemos que Fiducia significa confianza, en virtud de la cual el fideicomitente entrega a una sociedad fiduciaria uno o más bienes concretos, despojándose o no de la propiedad, con miras a que la sociedad fiduciaria realice su encargo en provecho suyo (fideicomitente), o de la persona que éste determine (beneficiario).

La fiducia mercantil por su parte, es un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes debidamente especificados a otro llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos, para cumplir una finalidad previamente determinada por el constituyente, en provecho de éste o un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Expuesto lo anterior, vale decir que, como bien lo establece la norma, las acciones son susceptibles de radicarse en una fiducia mercantil, caso en el cual dichas partes alícuotas entran a un patrimonio autónomo, el cual como tal no puede ser considerado accionista, como quiera que dicha calidad es privativa de los sujetos de derecho, esto es de las personas naturales o jurídicas que en virtud del contrato social se obligan a hacer un aporte; en este caso, tal y como lo establece la norma, los derechos y obligaciones que por su condición de socio le asisten al fideicomitente, serán ejercidos por la entidad fiduciaria conforme a las instrucciones que en tal virtud imparta el fideicomitente o beneficiario, según sea el caso.”⁴

5. En el derecho foráneo se ha analizado la figura desde el punto de vista societario, en los siguientes términos:

“Por otro lado, el fiduciario al aceptar el cargo asumido, la responsabilidad de desempeñarse de acuerdo a la ley y a lo convenido, con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (artículo 6º de la Ley 24.441), lo que implica que deberá respetar no solo lo

4 SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio No. 220-249429 del 20 de diciembre de 2016.

pactado en el contrato sino también, y, en primer término, lo que surge de la ley en general y la de sociedades en particular.

Eso implica que deberá desarrollar su actuación con las mismas facultades y deberes que el accionista “pleno”, respetando el interés social y la affectio societatis como lo debería hacer aquel, al igual que las prohibiciones previstas en la Ley de Sociedades al respecto.

La violación a la Ley de Sociedades le generará al accionista fiduciario las mismas consecuencias que le hubiera generado al fiduciante cuando “era” accionista, sin que en ello influya el contrato de fideicomiso ni sus términos.”⁵

Como se ha indicado en el presente escrito, el ejercicio de las facultades propias de la calidad de accionista las realizará el fiduciario, sometiéndose a las reglas del contrato de fiducia en virtud del cual el fideicomitente ha decidido despojarse de la propiedad de las acciones, asunto que deberá ser transparente para accionistas y terceros y, por tanto, deberá registrarse como accionista, en el libro de registro accionistas, al fiduciario como vocero del patrimonio autónomo. En los anteriores términos, se aclara el concepto No. 220-075200 del 18 de julio de 2019.

2. “2. De acuerdo a lo establecido en el artículo 98 del Código de Comercio, el contrato de sociedad es aquel celebrado por dos o más personas que se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero. A la luz de este artículo, ¿Es posible que un patrimonio autónomo sea titular de acciones de una sociedad anónima? Si la respuesta es sí, ¿Sobre quién se predica la calidad de accionista? ¿El patrimonio autónomo? ¿La fiduciaria? ¿El fideicomitente? ¿El beneficiario?”

La respuesta a éste interrogante quedó subsumida en la respuesta dada a la primera pregunta y, por tanto, no hay lugar a realizar un pronunciamiento adicional.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes señalar que puede consultarse en la Página Web de la Entidad, la normatividad, los conceptos jurídicos alusivos con el tema u otro de su interés.

5 RAISBERG, Claudia. El accionista fiduciario y la calidad de socio. IX Congreso Argentino de Derecho Societario. (2010). Mar del Plata. Argentina. {En Línea}. Disponible en: <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/1022/CDS11010537.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. {08/01/2021}.