

OFICIO 220-249429 DEL 20 DE DICIEMBRE DE 2016

Ref: EN UNA SAS LAS ACCIONES PUEDEN RADICARSE EN UNA FIDUCIA MERCANTIL -ARTÍCULO 12 LEY 1258 DE 2008

Esta Oficina recibió el escrito radicado con el No. 2016-01-539461 mediante el cual formula los siguientes interrogantes:

¿La radicación de las acciones de una sociedad por acciones simplificada ("SAS") en el Patrimonio Autónomo implica la transferencia de dominio de tales acciones?

En caso que la respuesta la pregunta anterior sea afirmativa ¿quién ostenta la calidad de accionista? Es decir ¿Quién debe quedar registrado como **accionista** en el libro de registro de accionistas? ¿El Patrimonio Autónomo? o ¿la sociedad fiduciaria como vocera del Patrimonio Autónomo?

Teniendo en cuenta la habilitación consagrada en el artículo 12 de la ley 1258 de 2008, para "radicar" las acciones de una SAS en un patrimonio autónomo ¿cuál es el alcance de dicha norma en los siguientes supuestos?:

a. En el evento en que el patrimonio autónomo en el que se radicarán las acciones del accionista "A", tiene por fideicomitente y beneficiario al mismo accionista "A" ¿debe agotar el Accionista "A" el derecho de preferencia en la enajenación de acciones, establecido estatutariamente a favor de los demás accionistas de la SAS, con antelación a radicar las acciones en dicho patrimonio autónomo?

b. En el evento en que el patrimonio autónomo en el que se radicarán las acciones del accionista "A", tiene por fideicomitente y beneficiario a la persona "B", quien no ostenta la calidad de accionista dentro de la sociedad ¿debe el Accionista "A" agotar el derecho de preferencia en la enajenación de acciones, establecido estatutariamente a favor de los demás accionistas de la SAS, con antelación a radicar las acciones en dicho patrimonio autónomo?

c. En el evento en que el patrimonio autónomo en el que se radicarán las acciones del accionista "A", tiene por fideicomitente al accionista "A" y beneficiario a la persona "B", ésta última no ostenta la calidad de accionista dentro de la sociedad ¿debe el Accionista "A" agotar el derecho de preferencia en la enajenación de acciones, establecido estatutariamente a favor de los demás accionistas de la SAS, con antelación a radicar las acciones en dicho patrimonio autónomo?

c. En el evento en que el patrimonio autónomo en el que se radicarán las acciones del accionista "A", tiene por fideicomitente al accionista "A" y beneficiario a la persona "B", ésta última no ostenta la calidad de accionista dentro de la sociedad ¿debe el accionista "A" agotar el derecho de preferencia en la enajenación de

acciones, establecido estatutariamente a favor de los demás accionistas de la SAS, con antelación a radicar las acciones en dicho patrimonio autónomo?

d. En el evento en que se han radicado las acciones en el patrimonio autónomo ¿la sociedad fiduciaria como representante del patrimonio autónomo debe agotar el derecho de preferencia en la enajenación de acciones, establecido estatutariamente a favor de los demás accionistas de la SAS, con antelación a para transferir dichas acciones a cualquier tercero?

e. En el evento en que al accionista “A” radica en un patrimonio autónomo las acciones de una SAS, siendo él, el único fideicomitente y beneficiario del fideicomiso ¿debe el accionista “A” agotar el derecho de preferencia, establecido estatutariamente a favor de los demás accionistas de la SAS, con antelación a ceder su calidad de fideicomitente?

f. En el evento en que el accionista “A” radica en un patrimonio autónomo las acciones de una SAS, siendo él, el único fideicomitente y beneficiario del fideicomiso ¿debe el accionista “A” agotar el derecho de preferencia, establecido estatutariamente a favor de los demás accionistas de la SAS, con antelación a ceder su calidad de beneficiario?

Al respecto, es preciso señalar que aun cuando usted solicita que se respondan de manera separada, completa y de fondo, cada uno de los interrogantes, los que de acuerdo con su escrito corresponden a “supuestos hipotéticos”, en realidad son eventos que revelan situaciones particulares y concretas, no susceptibles de resolverse por vía de consulta, cuyo alcance es el señalado en el numeral 2 del artículo 11 del decreto 1023 de 2012, así: “Resolver las consultas formuladas por los organismos públicos y privados, así como por los usuarios y particulares, **de conformidad con las normas que rigen servicios y funciones de la Superintendencia.**” (resaltado fuera de texto) y, en tal virtud, las respuestas que en esta instancia se emiten son de carácter general y abstracto y, como tal, no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la Entidad.

Efectuada la precisión que antecede y, teniendo en cuenta que la consulta gira en torno a la disposición legal consignada en el artículo 12 de la Ley 1258 de 2008, para efectos de su respuesta, se sugiere tener en cuenta el pronunciamiento que al respecto efectuó esta entidad mediante oficio 220-085382 del 17 de septiembre de 2010, en el que formula algunas consideraciones en torno a la transferencia de acciones a fiducias mercantiles, algunos de cuyos apartes se transcriben a continuación:

“(…)

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 otra llamada **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. (resaltado fuera de texto).

Igualmente merece destacar, que la fiduciaria vocera del fideicomiso constituido deberá respetar los estatutos; así por ejemplo al estar pactado el derecho de preferencia en las gestiones de venta de acciones, será preciso tener en cuenta los requisitos y formalidades al negociar el derecho de propiedad en su calidad de vocera del patrimonio autónomo. **El objeto de la fiducia:** Su objeto no es otro que

posibilitar a través de esta figura la realización del objetivo propuesto por el fideicomitente, pues, todo negocio fiduciario tiene un fin, y la obligación del fiduciario será ajustarse al mismo, esto es, a las expectativas del cliente, buscando siempre su beneficio, y sin salirse jamás de los lineamientos legales.

(...)

En efecto, a través del mecanismo de la fiducia, se pueden desarrollar multiplicidad de negocios, y en tal virtud, como ya se había expresado, una persona llamada **fiduciante o fideicomitente** puede transferir uno o más bienes especificados a otra llamada **fiduciario**, quien se obligará a administrarlos o enajenarlos; luego nótese que no se especifica qué clase de bienes, donde de acuerdo a esa connotación los valores a que hace alusión el peticionario bien pueden ser objeto de este tipo de negociación para los fines lícitos que a bien tenga, bastando para el efecto, que queden debidamente especificados en el contrato respectivo.

Claro está que tales valores serían radicados por la sociedad y no por los accionistas, en el entendido de que al constituirse una sociedad, los socios aportantes se desprenden de la propiedad del bien, y como consecuencia lo adquiere la sociedad en toda su integridad, pasando a formar parte de su patrimonio.

Los asociados, a cambio, recibirán un número determinado de cuotas, acciones o partes de interés, dependiendo del tipo de sociedad de que se trate; igualmente, los títulos que se expidan con ocasión de sus aportes serán propiedad exclusiva de éstos, y, como consecuencia, el valor representativo de los mismos, se convertirá en un pasivo de la sociedad.

(...)

En cuanto al alcance y garantía frente a terceros, vale decir que a la luz del artículo 1227 del C. de Co. *“Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida.”*, y en tal virtud los bienes así afectados no pueden ser perseguidos, ni embargados por los acreedores del fiduciario posteriores a la constitución de la fiducia (artículo 1238 del C. de Co.

Otro caso será cuando las acreencias del fideicomitente son anteriores a la constitución del negocio fiduciario (C. de Co. art. 1238), que, aunque los bienes objeto de la fiducia hayan salido del patrimonio del fiduciante e ingresado al patrimonio autónomo, sus acreedores conservan la posibilidad de perseguirlos...”

Para el efecto, la invitamos a consultar nuestra página WEB www.supersociedades.gov.co, donde en el ítem “normatividad”, podrá encontrar los conceptos jurídicos y contables emitidos por esta entidad, la legislación societaria y de los ámbitos de competencia de esta entidad, la Circular Básica Jurídica y demás documentos que están a su disposición para realizar el estudio académico que la consulta impone.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, no sin antes reiterarle que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo