

Oficio 220-115276 Del 15 de Setiembre de 2009

ASUNTO: Los patrimonios autónomos no tienen capacidad para ser accionistas en una sociedad anónima. Contrato de suscripción y patrimonio autónomo

Me refiero a su escrito radicado en esta superintendencia con el número 2009-01-215187, mediante el cual eleva una serie de inquietudes relacionadas con la titularidad del ejercicio del derecho de preferencia para la suscripción de acciones, así como de los demás derechos políticos derivados de la calidad de accionista, cuando el titular de la acción es un patrimonio autónomo fruto de un contrato de fiducia mercantil de administración, garantía y fuente de pago en el cual no se estipuló si tal derecho recaería sobre el fideicomitente, la compañía fiduciaria o sobre el patrimonio autónomo.

Sobre el particular, me permito informarle que ha sido criterio inveterado de esta oficina que sólo quienes gozan de personalidad jurídica tienen capacidad para celebrar contratos de sociedad en las diversas modalidades societarias contenidas en el Código de Comercio, de lo cual se colige que entes tales como los patrimonios autónomos, que no gozan de tal atributo, carecen de capacidad para tal fin, posición que ha sido plasmada en varios de sus pronunciamientos, tal como el Oficio 220-53163 del 20 de agosto de 2003 (reiterado con el Oficio 220-000754 del 13 de enero de 2005), del cual me permito extraer lo siguiente:

Como los interrogantes planteados se dirigen al desarrollo de un trabajo de tipo académico como profesional del derecho, a pesar de que dicha labor no ha sido asignada por la ley a esta Superintendencia, se le sugiere, en primer lugar, un examen del contrato de sociedad (art. 98 Co. de Co.), particularmente de los elementos que le son propios, uno de ellos, la pluralidad de **personas**, condición ésta última que se predica tanto del individuo de la especie humana como de la persona jurídica, la que una vez legalmente constituida, nace a la vida jurídica con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, por consiguiente, sujeto que puede ser representado judicial y/o extrajudicialmente, atributos que también son propios de la persona física o natural (arts. 73, 74, 633 y siguientes del C. C.).

No obstante, con fundamento en el artículo 1233 del Código de Comercio, ésta Entidad ha expresado que ... pese a que el fiduciario tiene la propiedad de los bienes fideicomitados, los mismos no se confunden con sus propios activos, sino que deben ser manejados en forma separada e independiente, dando lugar al denominado patrimonio autónomo. Dicho **patrimonio no tiene el carácter de persona jurídica**, es decir, no es, en sí mismo, un sujeto... (resaltado fuera de texto). (Doctrinas y Conceptos Jurídicos 2000-Superintendencia de Sociedades, Página 333).

Entonces es fácil concluir, en orden a absolver lo solicitado, que si el patrimonio autónomo carece de personalidad jurídica, mal puede concurrir a la celebración de un contrato de sociedad...

Posición que en algunas oportunidades ha coincidido con la opinión de la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, como puede colegirse de su Oficio 2003035259-0 del 2 de junio de 2004, del cual se extrae lo pertinente:

La acción en una sociedad anónima, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 379 del C. Co., confiere a su propietario, sin distinguir la causa de adquisición o título, un conjunto de derechos de crédito que son exigibles con base en el contrato de sociedad. **Es obvio que los derechos y obligaciones de origen societario se radican en un patrimonio, con o sin personalidad y que el patrimonio receptor no puede ser considerado accionista;** aquí de lo que se trata es de establecer el sentido y alcance con que una sociedad fiduciaria, en desarrollo de la gestión a que se obliga como fiduciario, ejerce y cumple los derechos y obligaciones derivados del contrato social correspondiente a las acciones que ingresan al patrimonio autónomo que administra. **En otras palabras, es necesario precisar en qué forma se entiende que una sociedad fiduciaria, que legalmente no puede convertirse en propietaria de los bienes que integran un patrimonio autónomo fiduciario que se distingue de su propio patrimonio, actúa legalmente como accionista en provecho de los beneficiarios, con cargo y por cuenta del patrimonio autónomo fiduciario al cual ingresan las acciones y para cumplir con la finalidad que le ha sido encomendada el fiduciante**.

Cuando una o varias acciones son fideicomitadas al celebrarse una fiducia mercantil, o cuando ingresan a un patrimonio autónomo de fiduciario preexistente, **el respectivo patrimonio autónomo no se convierte en accionista, y ello por el hecho elemental de que en la ley se establece que tal calidad es privativa de los sujetos de derecho, esto es, de las personas naturales o jurídicas que por el contrato de sociedad se obligan a hacer un aporte en dinero (C. Co. Art. 98) o que adquieren una acción ya suscrita.** Pero esto ni impide la transferencia de acciones al patrimonio autónomo, ni la adquisición de acciones por cuenta del patrimonio autónomo, ni la adquisición de acciones por cuenta del patrimonio autónomo; cosa distinta es que quien actúa por cuenta y en nombre del mismo es el fiduciario, independientemente de si hay uno o varios fiduciantes, uno o varios beneficiarios, y de si hay coincidencia total o parcial entre la identidad de los fiduciantes y los beneficiarios.

Cuando dicha suscripción o adquisición ocurre, **el fiduciario es inscrito como propietario en el libro de registro, no de accionistas sino de acciones**, como se le denomina en la ley en la forma acorde con el carácter capitalista y no personalista de la sociedad anónima.

(....)

□Para efectos de este concepto conviene resaltar que incluso si los fideicomisos de inversión que dan origen a FONDOS Comunes de Inversión (Fondos Comunes Ordinarios □FCO- y/o Fondos Comunes Especiales FCE-), no se llevan a cabo a través de fiducias mercantiles sino mediante fideicomisos colectivos, **en todo caso es claro que el fiduciario actúa por cuenta ajena y en nombre propio cuando invierte en acciones con cargo al encargo común; de ahí que sea a él a quien se Inscribe en el libro de registro de acciones como consecuencia de la transferencia a su nombre de las acciones**, sin perjuicio de que para efectos del ejercicio de los derechos derivados del respectivo contrato social se establezcan instrucciones que permitan a los fideicomitentes y/o beneficiarios instruir al fiduciario o, incluso, reservarse para sí el ejercicio directo de determinadas facultades□.

(....)

□Conforme a lo expuesto, es claro que la propiedad de las acciones fideicomitidas se radica en cabeza de la sociedad fiduciaria con el propósito instrumental, como titular que es del □patrimonio autónomo□ que surge con ocasión del contrato de fiducia mercantil, o como consecuencia de su actuación en nombre propio y por cuenta de numerosos fideicomitentes individuales, cuando el encargo no se lleva a cabo a través de una fiducia sino mediante un simple fideicomiso; y es claro también que para el ejercicio de los derechos políticos que tales acciones confieren, su titular fiduciario ha de sujetarse a lo establecido en el acto constitutivo, pues es factible que tales derechos hayan sido reservados por el fideicomitente o los beneficiarios, caso en el cual se sujetará su actuar a las instrucciones que en materia de votos se le señalen, sin que ello signifique que se presente un fraccionamiento del voto cuando, de existir instrucciones distintas provenientes de los constituyentes o fideicomitentes, vote en sentidos distintos, tanto en el caso de fiducias constituidas por varios fideicomitentes, o cuando actúe como vocero o titular de distintos patrimonios autónomos a lo cuales hayan ingresado acciones emitidas por una misma sociedad□.

□**Cuando se produce el ingreso de acciones al patrimonio autónomo derivado de la celebración legal de una fiducia mercantil, ello no puede tener ni como causa ni como efecto ninguna clase de violación o fraude a la ley considerada en su conjunto**; en los términos del tercer inciso del numeral 1.2., numeral 1º. Capítulo Primero Título Quinto de la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 007 de 1996) de esta Superintendencia, □El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales□. Se conserva así un principio general que ya había sido formulado en la Ley 45 de 1923 respecto de los fideicomisos, de manera que ahora cubre también las fiducias mercantiles, y que, por supuesto, resulta extensivo a la eventual utilización fraudulenta de sus amplios poderes de gestión por parte del propio fiduciario□.

□**Por esa razón, mediante una fiducia mercantil no puede obviarse la exigencia legal de pluralidad de asociados en las sociedades, esto es, de por lo menos dos socios como regla general (C.Co. art. 98), y de por lo menos cinco accionistas en las sociedades por acciones (C. Co. arts. 343 y 374). Tal es el caso del ejemplo de su consulta, según el cual a través de la fiducia el único socio de una sociedad de responsabilidad limitada pretendería ilegalmente bifurcar o multiplicar su participación, como si la transferencia fiduciaria lo □clonara□ para efectos de volverlo varias veces socio. Se presenta al mismo problema de ilegalidad si se pretendiera que a través de patrimonios autónomos se puede obviar el número mínimo de cinco accionistas que se exige para la constitución y funcionamiento legal de las sociedades anónimas□.**

□**Lo anterior no impide que una sociedad fiduciaria, en desarrollo de un contrato de fiducia mercantil que da origen a un patrimonio autónomo, con los recursos o bienes que conforman dicho patrimonio, pueda legalmente participar en la constitución de una sociedad o adquirir participaciones sociales en sociedades constituidas y, por supuesto, invertir en acciones tanto en el mercado primario como en el secundario de acciones, siempre y cuando expresamente se le haya autorizado en el respectivo acto constitutivo o contrato□.**

□**Y es claro que en dicho supuesto quien aparecería como propietario inscrito en el libro de registro de acciones respectivo sería la sociedad fiduciaria que es, a su vez, titular del patrimonio autónomo al cual ingresan las acciones en cuestión□.** (resaltado fuera de texto)

No obstante lo expuesto, el hecho de que un patrimonio autónomo no pueda ser socio o accionista de una compañía, no resulta óbice para que puedan constituirse fiducias mercantiles respecto de cuotas o acciones de una compañía, las cuales, en tratándose de bienes de propiedad de socios o accionistas, pueden ser objeto de este tipo de contratos de disposición. En este evento, tal como lo establece el numeral 1º del artículo 1236 del Código de Comercio, al fideicomitente le asisten los derechos que éste se hubiere reservado para ejercerlos directamente sobre los bienes fideicomitados, con lo cual, se tiene que éste puede reservarse el derecho de suscripción de acciones y ante el silencio de dicha estipulación, lo ejercerá la sociedad fiduciaria en cumplimiento de su deber de que trata el numeral 3º del artículo 1234 *ídem*.

De otra parte, el derecho de preferencia de suscripción de acciones a que alude el artículo 388 del Código de Comercio, es el derecho del accionista de suscribir las acciones correspondientes a un aumento de capital en proporción a las que ya tiene. Cuando es pactado en los estatutos, el derecho de preferencia es un derecho fundamental del accionista y permite que cada uno de ellos pueda mantener su ecuación económica dentro del capital integrado, por lo cual esta oficina considera que el mismo puede ser catalogado dentro de los derechos económicos derivados de la condición de accionista.

Ahora bien, si en el contrato de fiducia el fideicomitente se reserva los derechos políticos, esta reserva incluye el derecho a suscribir, en la medida en que con el ejercicio de esta facultad garantiza la posición de su participación como efecto inmediato y con ello preserva los derechos de voto y de decisión que tiene en la sociedad. La implicación de erogación económica que el ejercicio de este derecho trae implícita no desvirtúa la calidad de derecho político que le es propia.

Para concluir, se tiene, en primer lugar, que no resulta posible que un patrimonio autónomo, el cual no goza de personalidad jurídica, detente la calidad de accionista de una sociedad anónima, y en segundo lugar, que sí es viable afectar acciones mediante un contrato de fiducia mercantil, en cuyo caso, el fideicomitente podrá reservarse el ejercicio de derechos políticos o económicos y de no hacerlo, corresponderá ejercerlos al fiduciario como parte de sus deberes a que alude la normatividad mercantil pertinente.

En los anteriores términos se ha dado respuesta a su consulta, no sin antes observarle que el alcance de los mismos es aquel al que alude el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.