

OFERTA PUBLICA DE ADQUISICIÓN-OPA, PATRIMONIO AUTÓNOMO

Concepto 2018004691-003 del 14 de febrero de 2018

Síntesis: *La doctrina ha sido reiterada en afirmar que los patrimonios autónomos no cuentan con la capacidad para ser accionistas de sociedades comerciales, dado que no son personas; no obstante, las acciones pueden ser aportadas a un patrimonio autónomo como bienes fideicomitidos, en cuyo caso, a través de la sociedad fiduciaria, actuando en calidad exclusiva de vocera del patrimonio autónomo, se puede participar en una sociedad comercial.*

«(...) consulta "...en relación con la posibilidad que un patrimonio autónomo adquiera acciones de una sociedad a través del mecanismo de oferta pública de adquisición. En este sentido, amablemente solicitamos a esta Superintendencia el análisis de las siguientes inquietudes:

1. *¿Un fideicomiso/patrimonio autónomo puede lanzar una OPA?*
2. *En caso que un patrimonio autónomo pueda lanzar una OPA, una vez se adjudiquen las acciones a éste, ¿Se puede liquidar el patrimonio autónomo y traspasar las acciones adquiridas mediante la OPA a las sociedades que ostentan la calidad de fideicomitentes del patrimonio autónomo?*
3. *¿El traspaso de las acciones adquiridas mediante la OPA a los fideicomitentes se puede hacer por fuera de bolsa?*
4. *¿Cuál es el nivel de revelación de información que tendría que incluir el cuadernillo de oferta sobre el patrimonio autónomo?*
5. *¿Si los beneficiarios finales de la OPA son los fideicomitentes, la información revelada tendría que ser sobre estas sociedades?».*

(...) este Despacho procede a resolver su consulta, en el mismo orden planteado.

"1. *¿Un fideicomiso/patrimonio autónomo puede lanzar una OPA?..."*

Sobre el particular, es necesario traer a colación lo previsto por el artículo 6.15.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, respecto de las ofertas públicas de adquisición u OPA, así: "**Toda persona o grupo de personas** que conformen un mismo beneficiario real, directamente o por interpuesta **persona**, sólo podrá convertirse en beneficiario real de una participación igual o superior al veinticinco por ciento (25%) del capital con derecho a voto de una sociedad cuyas acciones se encuentren inscritas en bolsa de valores, **adquiriendo los valores con los cuales se llegue a dicho porcentaje a través de una oferta pública de adquisición** conforme a lo establecido en el presente decreto.

De igual forma, **toda persona o grupo de personas** que sea beneficiario real de una participación igual o superior al veinticinco por ciento (25%) del capital con derecho a voto de la sociedad, sólo podrá incrementar dicha participación en un porcentaje superior al cinco por ciento (5%), **a través de una oferta pública de adquisición** conforme a lo establecido en el presente decreto...", negrilla fuera de texto.

La esencia del régimen de OPAs es que solamente a través de una oferta pública de adquisición, una persona o grupo de personas, podrá llevar a cabo la adquisición del 25% o más o el aumento en más del 5% de las acciones de un emisor, inscritas en bolsa de valores.

Es ahí donde la naturaleza jurídica de los patrimonios autónomos es relevante. De conformidad con el artículo 2.5.2.1.1 del DU: “*Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando **no son personas jurídicas**, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia...*”, negrilla fuera de texto.

Por lo anterior, un patrimonio autónomo, al no ser persona no está capacitado para formular una oferta pública de adquisición, en atención a que el requisito establecido en el régimen de ofertas públicas de adquisición previsto en el DU requiere que se lleve a cabo quien detente la calidad de persona.

Por otra parte, la doctrina ha sido reiterada en afirmar que los patrimonios autónomos no cuentan con la capacidad para ser accionistas de sociedades comerciales, dado que no son personas; no obstante, las acciones pueden ser aportadas a un patrimonio autónomo como bienes fideicomitidos, en cuyo caso, a través de la sociedad fiduciaria, actuando en calidad exclusiva de vocera del patrimonio autónomo, se puede participar en una sociedad comercial. En efecto, en el concepto 2007010582-002 del 30 de mayo de 2007 esta Entidad manifestó: “*...bajo la normatividad colombiana las personas naturales o jurídicas, como únicos sujetos de derecho reconocidos por la ley, son las exclusivamente habilitadas para participar como socios o accionistas de una sociedad comercial, razón por la cual no es dable afirmar que los patrimonios autónomos que surgen con ocasión de la celebración de un contrato de fiducia mercantil puedan reputarse, por sí mismos, como accionistas o socios directos de una sociedad comercial por carecer de la personalidad jurídica para ser equiparados a los sujetos de derecho.*”

Lo anterior no quiere decir que no le sea legalmente permitido a la sociedad fiduciaria, como titular de un patrimonio autónomo y en especial con los bienes que lo conforman, participar en el capital de una sociedad...

(...)

En este caso quien se reputa socio o titular de las acciones sería la sociedad fiduciaria titular del patrimonio autónomo, debiendo evidenciarse tal circunstancia al momento del registro correspondiente en el libro que al efecto lleve el emisor de las mismas, esto es, el que la fiduciaria actúa como vocera y administradora del patrimonio autónomo contentivo de las respectivas acciones”.

Así mismo, la Superintendencia de Sociedades en Oficio 220-093688 del 23 de octubre de 2012 manifiesta que: “*...se tiene que no resulta posible que un patrimonio autónomo derivado de un contrato de fiducia mercantil, o “trust”, el cual no goza de personalidad jurídica, detente la calidad de accionista de una sociedad por acciones simplificada o de accionista o socio de cualquiera otro tipo societario, lo cual no resulta óbice para que la sociedad fiduciaria representante del mismo sí pueda constituir las o participar en el capital de las mismas.”.*

Con base en lo expuesto es posible afirmar que el régimen correspondiente a las OPAs en Colombia no permite la formulación de ofertas públicas de adquisición de parte de quienes no cuenten con la calidad de persona natural o jurídica lo cual de plano excluye a los patrimonios autónomos.

(...)

(...).»