

OFICIO 220-197062 DEL 19 DE OCTUBRE DE 2016

ASUNTO: CONCEPTO PARA EFECTO DE PRUEBA DENTRO DE LA SOLICITUD DE SUSTITUCIÓN DE INVERSIÓN EXTRANJERA CON DESTINO AL DEPARTAMENTO DE CAMBIOS INTERNACIONALES DEL BANCO DE LA REPÚBLICA.

Respetado Doctor:

Me refiero a su Oficio identificado con DCIN-20250 de Sep 20 de 2016, mediante el cual con fundamento en el artículo 40 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo solicita el concepto de este Despacho para efectos de decidir la solicitud de sustitución de inversión extranjera realizada por FH BERTLING LIMITED, a favor de FH BERTLING INTERNATIONAL GMBH, en la empresa receptora FH BERTLING LOGISTICS S.A.S.

Es así como después de exponer las consideraciones que dicen de las condiciones en que se efectuó la operación objeto del registro cuyo trámite se encuentra en curso ante ese organismo, solita que esta Oficina conceptúe:

“...si en aplicación de lo previsto en el artículo 378 del Código de Comercio, es posible que una sociedad domiciliada en Colombia emita fracciones de acción en favor de un mismo socio o accionista, o si por el contrario tal práctica contraviene lo dispuesto en la citada norma. En este último evento, cuál sería el efecto jurídico de reglamento de emisión y del contrato de suscripción de las acciones (inexistencia, nulidad, ineficacia, u otro)”.

Al respecto, es preciso advertir que de conformidad con el artículo 28 del C.P.C.A., en concordancia con el artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, esta oficina emite los conceptos de carácter general a que haya lugar, en el entendido que sus respuestas en esta instancia procuran ilustrar a los organismos públicos y privados, como a los usuarios en general sobre los temas de su competencia, lo que explica que sus respuestas en esta instancia no tengan carácter vinculante ni comprometan su responsabilidad.

Bajo ese presupuesto hay que tener en cuenta la premisa general consagrada en el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008 que creó la sociedad por acciones simplificada SAS, premisa según la cual, en lo no previsto por dicha ley, las SAS se regirán en su orden, primero por sus estatutos; en lo no advertido en ellos, por las normas de la sociedad anónima y, en su defecto, y en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades reguladas en el Código de Comercio.

En tal virtud, se tiene que el artículo 5 de la Ley 1258 de 2008, al determinar el contenido del documento de constitución de las SAS, establece que éste debe expresar por lo menos lo siguiente:

“(...)

“ 6o. El capital autorizado, suscrito y pagado, la clase, número y valor nominal de las acciones representativas del capital y la forma y términos en que estas deberán pagarse....”

Esta previsión coincide con la regla del artículo 110 numeral 5 del Código de Comercio, aplicable a las sociedades anónimas, en relación con las cuales el artículo 378 del Código de Comercio, establece que las acciones serán indivisibles, y en consecuencia, “cuando por **cualquier causa legal o convencional una acción** pertenezca a varias personas, estas deberán designar un representante común y único que ejerza los derechos correspondientes a la calidad de accionista” (la negrilla no es del texto).

A su turno, ninguna de las disposiciones legales aplicables las S.A.S, hacen excepción sobre el carácter indivisible de que ostentan las acciones en el caso de las sociedades anónimas, razón por la cual tampoco resultaría viable desde ese punto de vista que una SAS emitiera fracciones de acciones.

En este sentido, la circular 100-0006 del 19 de agosto de 2016, al referirse a la suscripción de acciones y en particular, a la proporción a la que tiene derecho cada accionista, señala, esta “indica la medida en que cada accionista podrá suscribir acciones en una emisión y se obtiene de dividir el número de acciones suscritas y en circulación por el número de ellas a ofrecer.

Esta se aplica en forma individual al total de acciones que cada accionista posea en la fecha de la oferta, con lo cual se determina el número de acciones que el mismo puede suscribir preferentemente. Conforme lo dispone el artículo 389 del Código de Comercio, salvo disposición estatutaria o del máximo órgano social, **si al aplicar la proporción llegan a resultar fracciones de acciones el o los titulares de tales fracciones, únicamente podrán negociarlas hasta completar la unidad a partir del aviso de oferta para suscripción de acciones.**

Cuando las fracciones no fueren negociadas deben pasar a la reserva, pues desecharlas equivale a disponer de un derecho, del cual solo puede hacer uso el accionista. Tampoco es posible la aproximación de dichas fracciones a la unidad, por cuanto con ello se excedería el número de acciones ofrecidas....”

Las consideraciones anteriores permiten reiterar el concepto que frente al tema ha proferido antes la Entidad, en el sentido de que, sin perjuicio de lo que estipulen

los estatutos de la sociedad en particular, una sociedad del tipo de las SAS, no puede emitir fracciones de acción en favor de un mismo socio o accionista, pues tal práctica, contraviene las disposiciones legales invocadas.

Así lo había concluido ya este Despacho mediante Oficio 220-126112 del 21 de Septiembre de 2015, cuyos apartes expresan:

“En consecuencia, tenemos que las acciones en que está dividido el capital de una compañía, incluida una sociedad por acciones simplificada, son unidades completas; el capital tanto para efectos legales como contables, es la suma de tantas partes alícuotas como se acuerde previamente, teniendo en cuenta el valor nominal que se le haya asignado a cada acción, y por ende, de presentarse fracciones o decimales de acciones, es necesario que entre los accionistas titulares de las mismas, se proceda a realizar las negociaciones pertinentes entre los asociados hasta completar el valor de una acción, con el fin de que les correspondan acciones enteras a los que finalmente se queden con ellas.”

En los anteriores términos se ha atendido la solicitud formulada en virtud del Auto de pruebas expedido por ese organismo, en los términos y con los alcances señalados en el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo.