

OFICIO 220-036939 DEL 07 DE MARZO DE 2014

ASUNTO: ARTÍCULO 404 DEL CÓDIGO DE COMERCIO – CUANDO EL ADMINISTRADOR ES A LA VEZ ASOCIADO DE LA COMPAÑÍA.

Me refiero a su comunicación radicada en esta entidad con el número 2014-01-049719, por la cual realiza la siguiente consulta:

“Un mayor accionista de una empresa de tipo limitada es el mismo representante legal, éste adquiere acciones por suscribir siendo administrador. Esta enajenación es válida?. En la transformación de dicha empresa a tipo S.A. el mismo administrador realiza la misma transacción. Esto también es correcto?”.

Sobre el particular, me permito manifestarle que frente al caso consultado, la normatividad legal que rige a las sociedades comerciales en el artículo 404 del estatuto mercantil (artículo 372 ibídem), de manera expresa consagra

“**Los administradores** de la sociedad no podrán ni por sí ni por interpuesta persona, enajenar o adquirir acciones de la misma sociedad mientras estén en ejercicio de sus cargos, sino cuando se trate de operaciones ajenas a motivos de especulación y con autorización de la junta directiva, otorgada con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, excluido el del solicitante, o de la asamblea general, con el voto favorable de la mayoría ordinaria prevista en los estatutos, excluido el del solicitante.

Los administradores que infrinjan esta prohibición serán sancionados con... y, además, con la pérdida del cargo...”(El resaltado es nuestro).

Conforme la norma anterior, es clara la prohibición para los administradores de adquirir cuotas o acciones de la sociedad a la cual representan. Es una norma restrictiva, de obligatorio cumplimiento, salvo que se den las dos condiciones a que alude el artículo que nos ocupa, cuales son:

1. Que la operación que realice el administrador **sea ajena a motivos de especulación**, y
2. Que dicha operación cuente con la autorización de la junta directiva, adoptada con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, excluido el del solicitante, o en el evento de no existir dicho órgano, con **la aprobación del máximo órgano social, con el voto favorable de la mayoría ordinaria prevista en los estatutos sociales de la compañía**, igualmente excluido el voto del interesado.

La Superintendencia de Sociedades ha manifestado en diversas oportunidades que el administrador, en este caso, el representante legal, tiene acceso a la información que le es proporcionada y asiste a las reuniones de la junta directiva en las cuales se adoptan decisiones que son conocidas de primera mano por el administrador, al ser receptor de

toda la información que lo privilegia en el momento de tomar las decisiones respecto de la inversión de la sociedad, lo cual indudablemente le otorga ventaja comparativa dentro del mercado en orden a enajenar o adquirir acciones. Igual consideramos se predica cuando se reúne con los asociados, con el contador de la compañía, etc.

Ahora bien, cosa diferente es cuando **el administrador es también asociado** de la compañía, pues en este caso la prohibición a que alude el citado artículo 404 no aplica, toda vez que como lo ha expresado este organismo, **“La excepción a lo precedente lo constituye la suscripción de acciones por parte de un administrador que ostenta al mismo tiempo la calidad de accionista, pues se trata de derecho reconocido por nuestra legislación mercantil (artículos 382 y 388), la prescindencia legal del derecho de preferencia” (Resaltamos) (Oficio artículo 220-64841 del 21 de noviembre de 2006).**

En este orden de ideas, partiendo de la base que el citado artículo 404 del estatuto mercantil, solo hace referencia a que la restricción allí contenida es aplicable a los administradores, esta superintendencia ha considerado que dicha restricción no aplica cuando el administrador, en este caso el representante legal, es a su vez asociado de la misma.

Y es que no puede desconocerse que uno de los derechos esenciales de un accionista o socio de una sociedad, es la libre negociabilidad de las acciones, vendiendo o comprando, mientras que la excepción a la misma es que estatutariamente se haya consagrado el derecho de preferencia en favor de la sociedad y/o de los accionistas, según sea el caso (Art. 403 del Código de Comercio), evento en el cual es obligatorio agotar el procedimiento previsto en el contrato social para que el accionista interesado en negociar acciones quede en libertad de hacerlo.(Art. 407 lb.).

En los anteriores términos se ha dado contestación a su consulta, no sin antes anotarle que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo.