

OFICIO 220-051441 DEL 28 DE MAYO DE 2019

**REF: ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DEL ARTÍCULO 185 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.**

Acuso recibo de la consulta sobre el alcance de la prohibición del artículo 185 del Código de Comercio, que se sirvió formular mediante la comunicación radicada bajo el número de la referencia, la cual procede atender en su orden, conforme al artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, en ejercicio de una competencia impersonal, general y abstracta, en los términos que se describen a continuación.

Se informó que: (i) el Ministro de Defensa es el Presidente de la Junta Directiva de CIAC S.A., y SATENA S.A., sociedades anónimas de economía mixta del orden nacional vinculadas al Ministerio de Defensa; (ii) La Nación - Ministerio de Defensa Nacional y la sociedad CIAC S.A., son accionistas de la sociedad SATENA S.A; (iii) el Ministro de Defensa vía resolución delegó esta representación de la calidad de accionista en el Viceministro de Defensa para el GSED y Bienestar del Ministerio de Defensa, y (iv) el Viceministro de Defensa para el GSED y Bienestar del Ministerio de Defensa, en virtud de la delegación, representa al Ministerio de Defensa y a la sociedad CIAC S.A en la Junta Directiva de la sociedad SATENA S.A.

También se aseveró que desde la perspectiva del Ministerio: *“el Ministro de Defensa Nacional o su delegado actúa (n) en representación de la Persona Jurídica- Ministerio de Defensa Nacional, es decir en condición de Representante legal de dicha Persona Jurídica para efectos del Gobierno Corporativo”, razón por la cual “no se estaría inmerso en la (s) prohibición (es) contenida (s) en el mismo artículo del Código de Comercio, cuando el Ministro de Defensa Nacional o su delegado, a su vez representan en las reuniones de Asambleas General de Accionistas, acciones distintas de las propias (prohibición del Inciso Primero del Artículo 185 del Código de Comercio), y consecuentemente igualmente podrían votar los balances y cuentas de fin de ejercicio y las de liquidación (prohibición del Inciso Segundo del Artículo 185 del Código de Comercio)”, y se consultó “(...) si el planteamiento descrito en este documento es ajustado a derecho al estar enmarcado en la excepción consagrada en el Artículo 185 del Código de Comercio o si se está incurso en la (s) prohibición (es) establecida (s) en el mismo artículo”.*



SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES

En primer lugar, es de precisar que si bien en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 13 de la Ley 1755 de 2015, a este Despacho le corresponde emitir conceptos con motivo de las consultas que le son formuladas sobre las materias de su competencia, estos son expresados de manera general puesto que sus respuestas no pueden estar dirigidas a resolver situaciones particulares y concretas, en tanto se trata de una labor eminentemente pedagógica que busca ilustrar a los particulares sobre los temas que le competen, lo que explica, a su vez, que las mismas no tengan carácter vinculante ni comprometan su responsabilidad.

En torno a la sociedad SATENA S.A se encuentra en sus estatutos<sup>1</sup> que es una sociedad anónima de economía mixta, que tiene como objeto principal la prestación del servicio de transporte aéreo de pasajeros, correo y carga en el territorio nacional y en el exterior; con participación accionaria de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana CIAC S.A, la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, la Sociedad Hotelera Tequendama S.A y el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, y su administración es ejercida por la asamblea general de accionistas, la junta directiva, el presidente y el revisor fiscal.

1 Escritura Pública No. 1427 del 9 de mayo de 2011, de la Notaría 64 del Círculo de Bogotá, D.C.

2 Acuerdo No. 06 del 26 de septiembre de 2001 de la Junta Directiva de la CIAC S.A reformado con el Acuerdo No. 4 del 29 de marzo de 2012 del mismo organismo.

3 Artículo 633.

Además se consagra que la asamblea general de accionistas está constituida por todos los accionistas inscritos en el libro de acciones; la junta directiva se conforma por cinco (5) miembros principales con sus respectivos suplentes, elegidos por la asamblea general; el presidente y su respectivo suplente representan legalmente a la sociedad, y el revisor fiscal es una persona jurídica elegida por la asamblea de accionistas, y que el 31 de diciembre de cada año se cortan las cuentas de la sociedad, se practica un inventario físico de los activos sociales, se forma el balance general de los negocios durante el ejercicio, y se presenta para su aprobación a la junta directiva y a la asamblea general de accionistas.

En cuanto a la sociedad Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana CIAC S.A, consta en sus estatutos<sup>2</sup> que es una sociedad anónima de economía mixta, cuyo objeto principal es organizar, construir, promover y explotar centros de reparación, entrenamiento aeronáutico, mantenimiento y ensamblaje de aeronaves y sus componentes, y la importación, comercialización y distribución de repuestos, piezas, equipos y demás elementos necesarios para la prestación de servicios aeronáuticos y aeroportuarios, y su administración está a cargo de la asamblea general de accionistas, la junta directiva y el gerente general.



SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES

De igual manera se prevé que la asamblea general está conformada por todos sus accionistas; la junta directiva está integrada por siete (7) miembros, el Ministro de Defensa Nacional o su delegado, 2 miembros nombrados por el Gobierno Nacional y 4 miembros elegidos por la asamblea general de accionistas, la cual es presidida por el Ministro de Defensa Nacional o su delegado, y el gerente general funge como representante legal de la entidad.

Sobre el asunto objeto de la consulta es menester señalar que el Código Civil prescribe que la persona jurídica es una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente<sup>3</sup>, y el Código de Comercio determina que: la sociedad, una vez constituida legalmente, *“forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”*<sup>4</sup>; en la escritura pública de constitución se debe expresar *“el nombre y domicilio de la persona o personas que han de representar legalmente a la sociedad, precisando sus facultades y obligaciones”*<sup>5</sup>; todo socio podrá hacerse representar en las reuniones de asamblea general de accionistas *“mediante poder otorgado por escrito”*<sup>6</sup>, y *“Salvo los casos de representación legal, los administradores y empleados de la sociedad no podrán representar en las reuniones de la asamblea o junta de socios acciones distintas de las propias, mientras estén en ejercicio de sus cargos, ni sustituir los poderes que se les confieran. Tampoco podrán votar los balances y cuentas de fin de ejercicio ni las de la liquidación”*<sup>7</sup>.

4 Artículo 98.

5 Numeral 12 del artículo 110.

6 Artículo 184.

7 Artículo 185.

8 Artículo 440.

9 Gil Echeverry Jorge Hernán, Derecho Societario Contemporáneo, Estudios De Derecho Comparado. Segunda Edición, Editorial Legis, 2012, Pág. 305

10 Artículo 22.

En tal virtud, la representación legal se ejerce por los padres o tutores respecto de los hijos menores o de los incapaces y por el heredero designado en la sucesión ilíquida, de acuerdo con las reglas del Código Civil, y por el gerente o presidente en relación con las sociedades comerciales, toda vez que el estatuto comercial establece que la sociedad anónima tendrá por lo menos un representante legal, con uno o más suplentes, designados por la junta directiva o la asamblea, según se disponga en los estatutos<sup>8</sup>.

En palabras del doctrinante Jorge Hernán Gil Echeverry<sup>9</sup>: *“(…) Siendo pues, la representación legal indelegable e intransferible, se tiene que, resulta indiferente si los estatutitos no limitan expresamente la facultad de otorgar poderes generales para representar a la sociedad; simplemente no es una práctica permitida, por entrañar, precisamente, delegación y sustitución. Como se dijo antes para esta están los suplentes y subgerentes.”* (Subrayado fuera del texto).



SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES

Además, a la luz de la Ley 222 de 1995, el representante legal es uno de los administradores de la sociedad, junto con los miembros de la junta directiva y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones<sup>10</sup>.

De estas disposiciones se infiere que la representación legal de la persona jurídica es inherente a su naturaleza, dado que requiere de otra persona natural o jurídica que exteriorice o manifieste su voluntad, y que los miembros de la junta directiva de una sociedad anónima son administradores mas no representantes legales de la sociedad, pues la representación legal está en cabeza del gerente o presidente, según se determine en los estatutos.

De igual manera, se deduce que con la prohibición del artículo 185 del Código de Comercio el legislador pretende “(...) evitar que los administradores aprueben su propia gestión, por lo que al momento de ser sometidos los estados financieros a consideración del máximo órgano social, quienes ostenten la calidad de administradores, entre otros, deberán abstenerse de votar sobre el particular. Así las cosas, la mayoría decisoria para efecto de la aprobación de los estados Financieros, se establecerá descontando previamente las acciones que posean las personas que están impedidas para votar; dicho de otra manera, se integrará con las acciones de quienes tengan aptitud para votar”<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Oficio 220-100749 del 14 de octubre de 2010.

<sup>12</sup> Oficio 220-033738 del 6 de mayo de 2008: “(...) el representante legal de la compañía que es socia de otra compañía, sí puede votar los estados financieros de esta segunda en razón de que para esta oportunidad el mismo está actuando en calidad de representante legal de la primera, como se dijo, socia de la compañía cuyos estados financieros han sido sometidos a consideración del máximo órgano social. Dicha excepción se encuentra establecida en el artículo 185 del Código de Comercio al mencionar (...)”.

<sup>13</sup> Con la modificación realizada mediante la Escritura Pública No. 782 del 27 de abril de 2018 de la Notaría 43 del Círculo de Bogotá.

<sup>14</sup> Oficios 220-50438 del 9 de agosto de 2000, 220-024286 del 5 de marzo de 2006 y 220-132209 del 19 de diciembre de 2008.

<sup>15</sup> En los términos del artículo 184 del Código de Comercio.

<sup>16</sup> Artículos 9 y siguientes de la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998.

Esto significa que a un miembro activo de la junta directiva y, en consecuencia, administrador de una sociedad anónima, le está vedado apoderar a otros socios en las reuniones del máximo órgano social y, por ello, solo puede intervenir en las mismas en representación de sus acciones, excepto cuando se trate de decisiones que impliquen la aprobación de balances, cuentas de fin de ejercicio e informes de administración, caso en los cuales existe prohibición absoluta, de votar o decidir sobre esos temas específicos expresamente señalados por el legislador.

Sin embargo, esta restricción no opera cuando el administrador de una sociedad es representante legal de un socio persona natural o jurídica, en cuyo caso es la misma ley la que lo faculta para hacer manifiesta la voluntad del representado en la adopción de las decisiones del máximo órgano social<sup>12</sup>.



SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES

En concreto, respecto de las sociedades SATENA S.A y CIAC S.A, sociedades anónimas de economía mixta del orden nacional vinculadas al Ministerio de Defensa, se advierte:

1.- La Nación - Ministerio de Defensa es accionista de SATENA S.A y, en tal virtud, hace parte de la asamblea general de accionistas y de su junta directiva, pues al tenor del artículo 54 de sus estatutos<sup>13</sup>, tiene en ésta “*Un (1) miembro designado por el Ministerio de Defensa con su respectivo suplente*”, entre otros, quien interviene personalmente en ese órgano de administración.

2.- La Nación - Ministerio de Defensa es accionista de la sociedad CIAC S.A y hace parte de la asamblea general de accionistas y de su junta directiva, pues el Ministro de Defensa o su delegado ostenta la condición de presidente de este órgano de administración.

Esto significa, que la Nación – Ministerio de Defensa es representada legalmente en la asamblea general de accionistas por el Ministro de Defensa, pero como la representación legal de la persona jurídica es de carácter personalísimo e indelegable<sup>14</sup>, aquel solo puede conferir poder<sup>15</sup> o delegar la representación de las acciones en otro servidor público del Ministerio<sup>16</sup>, v.gr. en el Viceministro de Defensa para el GSED y Bienestar del Ministerio de Defensa, siempre y cuando éste no integre al mismo tiempo la junta directiva, porque se hallaría cobijado por la restricción del artículo 185 del Código de Comercio.

En consecuencia, el único miembro de la junta directiva de las sociedades CIAC S.A y SATENA S.A que podría intervenir al mismo tiempo en la asamblea general de accionistas es el Ministro de Defensa, pues es respecto de este funcionario como representante legal de la Nación, de quien se predica la expresión “*salvo los casos de representación legal*” traída por la disposición en cita, aunque no podría votar los balances y cuentas de fin de ejercicio ni las de la liquidación.

Así las cosas, si el Viceministro de Defensa para el GSED y Bienestar del Ministerio de Defensa es designado o delegado por el Ministro de Defensa para que intervenga en la junta directiva de las sociedades SATENA S.A y CIAC S.A, no puede representar las acciones de la Nación – Ministerio de Defensa en la asamblea general de accionistas.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, no sin antes observar que para mayor ilustración puede consultar en la página WEB la normatividad, los conceptos que la Entidad emite y la Circular Básica Jurídica, entre otros.