

220-40463, julio 30 de 1998

Referencia:Renuncia del gerente y revisor fiscal y no reunión del máximo órgano social.

Me refiero a su escrito radicado bajo el número 262583, por el cual solicita el criterio de esta Entidad en relación con la situación que se presenta en una sociedad de responsabilidad limitada, en la que el gerente pretende separarse del cargo para lo cual se dispone a presentar renuncia del mismo, renuncia que no puede hacerse efectiva, como quiera que la junta de socios no atiende las convocatorias realizadas por el representante legal. Con base en lo anterior, pregunta qué puede hacer el gerente para liberarse de la responsabilidad que tal cargo impone, habida consideración que ante la Cámara de Comercio el soporte válido para separarse del cargo es el acta donde conste la aceptación de la renuncia. Igualmente, pregunta cual sería la solución tratándose de un revisor fiscal que se encuentre en las mismas condiciones.

A fin de dar respuesta a sus inquietudes el Despacho estima necesario efectuar las siguientes consideraciones:

1. Representación y Gestión de Negocios en una sociedad de responsabilidad limitada.

Como quiera que los interrogantes planteados por usted se encuentran referidos a una sociedad de responsabilidad limitada, el Despacho estima necesario efectuar algunas consideraciones sobre la forma como se manejan los negocios sociales de este tipo de compañías.

De conformidad con el mandato contenido en el artículo 358 del estatuto mercantil, la representación de la sociedad y la administración de los negocios sociales corresponde a todos y cada unos de los socios, salvo que la junta de socios decida delegar la representación y administración en cabeza de un gerente, lo cual corresponde al caso planteado por usted.

2. Inamovilidad de los administradores

Este enunciado puede considerarse como una regla pilar de las relaciones societarias. En efecto, compete a los socios con estricta sujeción a la ley diseñar las reglas en cuanto al funcionamiento, manejo y dirección de la compañía, cuya expresión genuina es la designación de los administradores y en particular del representante legal, quien será el encargado de ejecutar las políticas por ellos trazadas en cuanto al manejo de los negocios de la compañía.

Ahora bien, refiriéndonos concretamente a la legislación colombiana, tenemos que el artículo 198 del estatuto mercantil establece que se tendrán por no escritas las cláusulas que tiendan a la inamovilidad de los administradores o que exijan para la remoción mayorías especiales distintas de las comunes.

El Despacho considera que esta regla puede ser analizada desde dos puntos de vista a saber : el primero, según el cual los socios pueden en cualquier momento efectuar el cambio de los administradores, aún cuando no se haya vencido el período para el cual hubieren sido designados, lo cual responde a la filosofía ya enunciada. Pone de presente la importancia que otorga el legislador a este principio, el mandato contenido en el artículo 425 del estatuto mercantil, según el cual en una reunión extraordinaria podrá siempre debatirse el tema referente a la remoción o designación de los administradores, que contiene una excepción a las reglas que sobre temario establece la ley para las reuniones extraordinarias y se traduce en una garantía para los asociados, en el sentido que siempre podrán deliberar y decidir sobre tal aspecto.

Si bien los administradores pueden ser separados de su cargo en cualquier cualquier momento, es necesario señalar que tal decisión debe obedecer a razones de peso que deberán ser evaluadas, tomando en consideración siempre los intereses de la compañía, y que por tanto no pueden obedecer al capricho del respectivo órgano.

En este punto resulta de especial importancia traer a colación el autorizado criterio del profesor Hernán Villegas Sierra cuando expresa :

□ Como atrás se dijo, bajo el régimen de delegación la revocabilidad de los administradores constituye un principio legal que no puede ser renunciado, limitado ni subordinado a mayoría especial por disposición del artículo 198 del Código de Comercio.

En comentario al citado artículo del Código, Narváez (18) escribe que □ esa revocabilidad es ad nutum, es decir, el órgano social a quien compete nombrar y remover al gerente (en general a los administradores) puede tomar esa determinación cuando lo estime conveniente □. Por ello, en armonía con tal principio, el artículo 425 del Código dispone que en las reuniones extraordinarias de la asamblea o junta de socios, a pesar de la limitación del ámbito de sus decisiones el temario anunciado en la convocatoria, la revocabilidad de los administradores constituye un punto abierto siempre a la deliberación de los asociados y a la decisión de éstos : □ ...en todo caso podrá remover a los administradores y demás funcionarios cuya designación le corresponda □. Así considerada, la libre revocabilidad de los administradores aparece en principio como una facultad ilimitada que puede ejercerse en cualquier momento sin que sea necesario dar motivos de la revocación.

(...)

La facultad de revocación ad nutum ha de interpretarse como un derecho relativo y no como un derecho absoluto que pueda ser ejercido sin un motivo legítimo y sin una razón legítima pues elevado a precepto legal el principio que sanciona el ejercicio abusivo del derecho, la revocación arbitraria de los administradores, sin una causa legítima, constituirá una guía para el mesurado ejercicio de aquel derecho, pues una cosa es que no sea necesario expresar los motivos de la revocación, y otra muy diferente es que la revocación se produzca sin una razón justificada o sin ninguna justificación (Régimen Legal de las Sociedades de Responsabilidad Limitada 1a Edición, 1.982, Biblioteca Jurídica Dike, Pág. 211 y ss).

El segundo punto de vista se encuentra referido a que la no inamovilidad, también debe ser entendida en el sentido que los administradores pueden separarse del ejercicio de los cargos en cualquier momento, sin que tal proceder pudiera estar condicionado a la aprobación por parte del órgano social respectivo, lo cual no significa que no tenga que pronunciarse sobre el particular. En otras palabras, a diferencia de la situación que se presenta para el ejercicio del cargo, en la cual se requiere como resulta apenas lógico la designación del órgano respectivo y la consecuente aceptación del representante legal, en caso de renuncia al órgano social respectivo no le queda opción distinta de aceptarla, pues de establecerse condiciones se llegaría a la consagración de la regla que el código censura.

Este análisis integral permite un manejo adecuado de la figura. En efecto, no sería lógico que la regla de la no inamovilidad sea entendida en el sentido que los administradores pueden ser removidos en cualquier tiempo, pero que respecto de ellos no se aplica y en consecuencia están obligados a permanecer en el cargo pese a su decisión de separarse del mismo.

La renuncia al cargo por parte del representante legal no resulta por si sola suficiente, sino que se requiere necesariamente que lo libere de la responsabilidad derivada del ejercicio del cargo. Sobre este particular, los artículos 163 y 164 del estatuto mercantil establecen que el representante queda separado y liberado de responsabilidad con la inscripción en el registro mercantil de copia del acta del respectivo órgano en la cual se aceptó la respectiva renuncia, evento éste en el cual el registro mercantil tiene carácter constitutivo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia y doctrina nacional.

La separación del cargo sólo podrá producirse a partir de la inscripción en el registro mercantil de la decisión respectiva, sin que fuere necesario que el órgano respectivo hubiera procedido a designar el reemplazo. En efecto, esta Entidad ha considerado que la sola aceptación de la renuncia por parte del órgano social tiene la idoneidad suficiente para efectuar la cancelación en el registro mercantil, así se tiene que en el oficio 220-15609 del 10 de agosto de 1994 se expresó:

Desde otro punto de vista, cuando un representante legal, liquidador o revisor fiscal presenta renuncia a su cargo y es aceptada, se produce la disolución de los vínculos jurídicos, y en consecuencia, desaparecen para el futuro, los derechos y obligaciones de dichas personas y la sociedad, inherentes a su ejecución, subsistiendo tan solo los impuestos por la naturaleza de ciertas prestaciones, como sucede por ejemplo con las pensiones de jubilación y de invalidez.

Con lo hasta ahora expuesto, todo apunta con certeza a reconocer que cuando un representante legal, revisor fiscal o liquidador renuncia a su cargo y el órgano rector se reúne y acepta la renuncia propuesta o por iniciativa propia dicho órgano los decide remover, cesa la obligación de ellos en forma inmediata para con la sociedad, así inclusive, no se haya nombrado inmediatamente su reemplazo y, por ende, no se cancele su nombre en el registro mercantil del domicilio social. (artículo 164 idem)

Es más, la sociedad puede acudir a la Cámara de Comercio respectiva e inscribir el acta que sólo contenga la decisión de la remoción o aceptación de renuncia del revisor fiscal, liquidador o representante legal no pudiéndose negar la inscripción por el hecho de que no se haya efectuado la designación del reemplazo, toda vez que ello no estaría acorde con el artículo 163 del Código de Comercio que dispone que ; La designación o revocación de los administradores o de los revisores fiscales previstas en la ley o en el contrato social no se considerará como reforma, sino como desarrollo o ejecución del contrato y no estará sujeta sino a simple registro en la Cámara de Comercio, mediante copias del acta o acuerdo en que conste la designación o la revocación. (subraya por fuera de texto).

Adicionalmente es indispensable aclarar que la ley tampoco impuso la obligación de no dejar vacantes jamás los cargos de liquidador, representante legal o revisor fiscal y de obligarla a que simultáneamente, con la revocatoria de uno de esos cargos, tengan la obligación de hacer una nueva designación.

Si bien las reglas mencionadas en los artículos 163 y 164 del Código de Comercio están orientadas por principios según los cuales la sociedad no puede quedar acéfala, razón por la cual se exige siempre la inscripción del reemplazo respectivo, debemos señalar que frente a dos valores en juego, como son la representación de la sociedad y el derecho del representante legal a separarse de su cargo, debe primar este último, pues la decisión de proveer al reemplazo no depende de él, sino de los integrantes del órgano social respectivo y compete directamente a los socios adoptar las determinaciones que sean del caso para la designación del correspondiente representante legal.

En otras palabras, compete a los socios como partes del contrato social proceder a realizar todas aquellas conductas tendientes al desarrollo de la vida de la compañía, en las cuales se incluyen como resulta apenas obvio, la designación del representante legal, en aquellos eventos que por ley le corresponde tal atribución.

Tal como atrás se señaló, tratándose de sociedades de responsabilidad limitada la administración social y la representación compete en principio a todos los socios, salvo que ellos decidan al consagrar la correspondiente regla estatutaria, delegarla en un gerente. En este caso, cobra mayor importancia el planteamiento que se expone, pues los socios ante la aceptación de la renuncia del administrador y la no designación del reemplazo, deben proceder como la diligencia y las cargas propias de su actividad lo imponen, a designar el reemplazo si a bien lo tienen, o a asumir la administración y representación en la forma que el estatuto mercantil lo consigna.

3.El derecho de los socios a constituirse en órgano social, también comporta obligaciones, en especial cuando existe una convocatoria debidamente efectuada.

3.1 Importancia del máximo órgano social y convocatoria.

La legislación mercantil reconoce de manera expresa el derecho de los socios de dar vida al máximo órgano social, razón por la cual establece sanciones para los administradores que no realizan las

conductas destinadas para el efecto; diseña mecanismos de protección para que los socios puedan cuando los administradores sean negligentes dar vida al órgano social (reuniones por derecho propio) ; facilita el funcionamiento de los órganos, con las reuniones de segunda convocatoria y permite la reunión de los mismos en cualquier lugar sin necesidad de previa convocatoria en la llamada reunión universal ; asegurando de esta manera la existencia del máximo órgano social así como su funcionamiento.

El mecanismo idóneo para la integración del órgano respectivo es la convocatoria, la cual sólo puede ser realizada por aquellas personas habilitadas por la ley y debe sujetarse en un todo a las reglas previstas en la ley o en los estatutos, pues es la herramienta por medio de la cual se asegura que el derecho de los socios a participar en las deliberaciones y en las decisiones que deban adoptarse en la junta sea efectivo y no teórico. En atención a esta circunstancia, la ley sanciona con ineficacia aquellas decisiones del máximo órgano social que se adopten en una reunión en la cual se desatendieron las reglas en cuanto a la convocatoria, toda vez que constituye un elemento esencial de la reunión de la junta o asamblea.

3.2. Sujetos legitimados para convocar

En cuanto a las personas que de acuerdo con la ley están legitimadas para convocar al máximo órgano social, debemos señalar que la legitimación resulta si se quiere elemental, habida consideración que en cabeza del representante legal y de la junta directiva, como administradores pesa la obligación de informar al máximo órgano social del estado de los negocios de la compañía, conocimiento que sólo pueden adquirir con la integración del órgano, la cual requiere tal como atrás se expuso, de la convocatoria efectuada en debida forma. Así mismo, la legitimación a los socios que representan por lo menos la cuarta parte del capital social de solicitar a quienes están facultados para convocar al máximo órgano social que convoquen, se justifica en la medida que a ellos asiste el derecho de conocer el estado de la compañía, deliberar y adoptar las determinaciones que sean del caso.

En lo que concierne al revisor fiscal, debemos señalar que la legitimación se justifica habida consideración de la especial importancia que la ley brinda a su labor, máxime cuando le corresponde determinar el cumplimiento de la ley y los estatutos, y por mandato de la ley los socios deberán reunirse por lo menos una vez al año en los tres primeros meses. De otra parte, compete al revisor fiscal denunciar cualquier irregularidad que se presentare, así como poner en conocimiento aquellas situaciones que incidan en la compañía, V. gr. cuando se configure una causal de disolución por pérdidas, aspecto éste que es del resorte exclusivo del máximo órgano social, pues a él compete adoptar las determinaciones necesarias para enervar la causal de disolución.

Finalmente, debemos señalar que de conformidad con el artículo 181 del Código de Comercio, la Superintendencia de Sociedades se encuentra legitimada para convocar al máximo órgano social, orden que imparte en la medida que encuentre que la situación de la compañía impone necesariamente un conocimiento y pronunciamiento por parte del máximo órgano social.

3.3. Vinculación de la convocatoria para los socios

Si el máximo órgano es debidamente convocado los socios están en la obligación de concurrir a la citación respectiva a fin de tratar el tema de que se trate, pues el derecho de reunirse y dar vida al órgano no es un derecho que no imponga correlativamente obligaciones a los socios y que por tanto, estos puedan a su mejor conveniencia asistir a aquellas reuniones en las cuales se han de tratar los temas que han de convenirles o simplemente por una mera liberalidad dejen de asistir ; por el contrario, deberán estar prestos a concurrir en todos aquellos casos en los cuales se exija su presencia, pues si se examinan los sujetos legitimados para efectuar la convocatoria, se concluye que tal legitimación obedece al reconocimiento de una obligación en cabeza de los sujetos allí mencionados para poner en conocimiento del órgano temas que tienen relación con la suerte y futuro de la compañía y en los cuales los destinatarios naturales son los socios. No tendría sentido legitimar a unos determinados

sujetos y que los socios puedan omitir tal llamamiento, sin que pueda predicarse ninguna consecuencia por haber desatendido tal obligación.

El socio debe correr con las consecuencias propias del incumplimiento de su deber, así se tiene que deberá sujetarse a las decisiones que adoptaren sus pares, siempre y cuando las mismas tengan carácter general y se ajusten a la ley y a los estatutos. Si bien el socio puede en ejercicio de su autonomía privada no asistir a las reuniones del máximo órgano social, es necesario poner de presente que tal conducta que en algunos casos resultaría justificable, debe ser materia de reproche cuando con ella se perjudica el derecho de un tercero, en este caso del gerente que dimite a su cargo.

Si bien la ciencia jurídica protege el ejercicio de los derechos subjetivos en cabeza del individuo, censura de manera ejemplarizante el ejercicio arbitrario o desmedido de los mismos, para lo cual se ha elaborado la teoría del abuso del derecho, que en Colombia ha tenido consagración jurisprudencial y luego legal en el artículo 830 del estatuto mercantil. De otra parte, es de todos conocida la máxima según la cual el derecho de un individuo llega hasta donde llega el derecho del otro, que aplicada al caso materia de estudio implica que el derecho del socio de no asistir a la convocatoria que le efectúa el representante legal, no puede lesionar el derecho de éste a separarse de su cargo, máxime si se tiene en cuenta que tal como atrás quedó dicho, el único sujeto autorizado para proveer sobre el particular es el órgano respectivo quien no puede negarse a aceptar su dimisión y que se integra por la reunión de los socios.

En relación con la doctrina del abuso del derecho, resulta de especial importancia traer a colación el criterio expuesto por la jurisprudencia nacional.

Para ver si la teoría del abuso del derecho es aplicable de conformidad con nuestra legislación, es conveniente analizar lo que se entiende por ella.

Tiene por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de estricta justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral ; porque -como dicen los tratadistas de esta teoría <no se conforma el derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden ; exige que la misma sean ejercidas no sólo sin perjuicio de los demás, del todo social, sino también con la intención de no dañar con un fin lícito y moral simultáneo>. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia del 6 de Septiembre de 1.935 XLII, 601. Subrayas por fuera del texto).

La teoría del abuso de los derechos, tan admirablemente sistematizada por JOSSERAND en su obra De L'Esprit des droits et de leur relativité. Theorie dite l'abus des droits (1927), da testimonio inequívoco del desarrollo actual del concepto de la responsabilidad. A la antigua concepción rígida de los derechos individuales, opónese hoy la teoría de su relatividad, que conduce a admitir el posible abuso de los derechos, aún de los más sagrados. Según esta teoría, cada uno de los derechos tiene su razón de ser, y su misión que cumplir ; cada uno de ellos persigue un fin del cual no le es dado desviarse a su titular. Los derechos son dados para la sociedad, a la cual sirven, más que al individuo ; por lo tanto no son absolutos sino relativos ; deben, pues, ejercitarse dentro del plano de la respectiva institución, conforme al espíritu que los inspira ; no siendo lícito imprimirles una falsa dirección sin abusar de ellos, con lo cual el titular compromete su responsabilidad hacia la víctima de esa desviación. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Casación del 21 de febrero de 1.938. XLVI. Subrayas por fuera de texto).

3.4.El bloqueo de los órganos sociales no puede afectar los derechos del representante legal.

Si los socios no atienden la convocatoria efectuada por el representante legal, en atención a que existen unas diferencias entre ellos o que no adoptan las determinaciones que sean del caso, es necesario poner de presente que si bien tal proceder corresponde a su propio resorte en modo alguno puede perjudicar los derechos de terceros, como el representante legal. Así las cosas, las diferencias que existan entre los socios que eventualmente pudieran generar la configuración de la causal de disolución por imposibilidad para desarrollar su objeto social, si bien genera efectos frente a la compañía, no

puede vincular al representante legal. En otras palabras, el gerente no tiene porqué ser afectado por el conflicto que surge entre los socios.

Finalmente, debemos señalar que el deber de colaboración que debe existir entre los órganos sociales impone necesariamente que los socios concurran al llamamiento efectuado por los sujetos habilitados por la ley para ello.

4. Soluciones en el derecho societario colombiano.

Refiriéndonos al caso materia de estudio, es claro que las reglas contenidas en los artículos 163 y 164 del estatuto mercantil no resultan suficientes para tutelar el derecho del representante legal a separarse de su cargo, pues independientemente de la clase o tipo de relación que subyace a la representación, no existe una decisión del órgano respectivo que lo habilite para hacerlo y en consecuencia sigue respondiendo hasta tanto no se cancele el respectivo nombramiento en el registro mercantil, con unas circunstancias especialmente agravantes, si se tienen en cuenta las reglas que sobre responsabilidad introdujo la legislación mercantil.

Con base en las disposiciones existentes habría lugar a dos soluciones: la primera, que el gerente quede sujeto a que el órgano social le acepte la renuncia y se inscriba tal decisión en el registro mercantil y que por tanto no puede separarse del cargo ni exonerarse de la responsabilidad que el mismo impone hasta tanto no se den tales eventos, solución que rechaza el Despacho, pues si bien podría estar respaldada en varias disposiciones societarias, resulta contraria a varios principios del mismo derecho societario, como la inamovilidad de los administradores, el deber de colaboración de los órganos sociales, el abuso del derecho, así como también repugna con postulados de nuestra Carta Política, entre los cuales cabe mencionar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo y resulta especialmente injusta con el representante legal.

En relación con el criterio de justicia que debe imperar en la solución a los conflictos y en particular respecto de las decisiones de autoridad, la doctrina jurídica desde tiempo atrás ha procurado por la identificación de la solución legal con la justicia, pues en últimas el derecho es una herramienta para la paz social, la cual solo se obtiene en la medida que las soluciones que se adopten sean justas.

De lo anteriormente expuesto, se concluye que el operador jurídico debe encontrar una solución que además de estar acorde con los principios propios del ordenamiento jurídico, resulte justa, y en el caso materia de estudio se concreta en abrir la posibilidad para que ante la situación planteada pueda el gerente separarse válidamente del cargo. En efecto, considera el Despacho que ante la situación planteada, el mecanismo jurídico más eficaz para la protección de los derechos vulnerados con la conducta de los socios, es la acción de tutela, tópico que analizaremos en detalle enseguida.

5. Disolución de la compañía. Intervención de la Superintendencia.

Estima necesario el Despacho señalar que la conducta descrita por usted, referida a la renuncia reiterada de los socios a acudir a las reuniones del máximo órgano social para tratar la renuncia del representante legal y deliberar acerca de los temas propios del manejo de la compañía, temas respecto de los cuales son los destinatarios naturales, constituye síntoma inequívoco de la falta de animus societatis. En efecto, ha sido doctrina reiterada de esta Superintendencia que en el caso materia de estudio se configura la causal prevista en el numeral 2o. del artículo 218 del estatuto mercantil, en el sentido que la conducta de los socios ya descrita, implica necesariamente que la sociedad se encuentra en imposibilidad de desarrollar su objeto social.

Sobre el particular es oportuno traer a colación la opinión del profesor Francisco Reyes Villamizar, cuando expresa :

□2.1.2.1 Paralización de los órganos sociales.

Resulta interesante la moderna tendencia legislativa a considerar como causal de disolución de las sociedades el bloqueo de sus organismos, conocido comúnmente en el sistema anglosajón con la expresión *deadlock*. Esta circunstancia se presenta cuando □ una estructura de control permite que una o más facciones de accionistas bloqueen la actividad de la sociedad, si están en desacuerdo con algún aspecto relacionado con las políticas de la sociedad □.

Tal como lo afirman Harry Henn y Jonh Alexander, □ cuando los accionistas están divididos en grupos paritarios, disfrutan del derecho a veto o están sujetos a requisitos de quórum o mayorías decisorias más exigentes que las normales, las probabilidades de bloqueo de la asamblea aumentan. Generalmente, existen tres métodos alternativos para solucionar el problema : a) Acuerdos de compra y venta, b) Arbitramento, y c) Disolución □.

Por su parte, el ordinal 3o. del artículo 260 de la Ley Española de Sociedades Anónimas de 1989, establece perentoriamente que este tipo de compañía se disolverá □...por la paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento □.

En la legislación colombiana no se ha contemplado explícitamente la mencionada figura. Por tanto, sólo en los casos en que la parálisis de los organismos sociales acarree la imposibilidad de desarrollar el objeto social, podrá tenerse el bloqueo como causal de disolución □. (Disolución y Liquidación de Sociedades, 3a. Edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 1.998, Pág. 81 y ss. Subrayas por fuera de texto)

Esta superintendencia ante un caso semejante al planteado por usted en una sociedad de responsabilidad limitada, expresó:

□ Que como se observó en el considerando... de esta providencia, ha desaparecido totalmente el elemento esencial del contrato de sociedad, □ la *affectio societatis* □ en el presente caso, lo cual se acredita aún más con la inasistencia del socio minoritario a la reunión de la junta general convocada por la Superintendencia y la renuencia del representante legal de la sociedad para convocarla. En tales condiciones la sociedad no puede funcionar normalmente, máxime cuando la junta general de socios no se reúne ni ha podido reunirse y se violan en ésta y otras maneras los estatutos. Por tanto la Superintendencia considera que la sociedad se encuentra en imposibilidad de desarrollar la empresa social pues no tiene un órgano de dirección que funcione normalmente y la administración se encuentra supeditada a las órdenes del socio minoritario □. (Resolución número 1001 de marzo 26 de 1974).

En este orden de ideas, para el Despacho es claro que frente a la hipótesis planteada se configuraría la causal de disolución ya mencionada, la cual puede ser declarada por esta Entidad, en la forma que enseguida se expone :

Sociedad sujeta a inspección.

La situación descrita comporta la existencia de irregularidades en el manejo de la compañía que darían lugar a que la superintendencia sometiera al control a la sociedad a fin de subsanar las irregularidades ya anotadas, medidas que conducirían fundamentalmente a poner a fin a la compañía, con el correspondiente decreto de disolución y la orden de llevar a cabo la liquidación del patrimonio social. De otra parte, dentro de las atribuciones con que cuenta esta entidad frente a las sociedades que adelantan el proceso liquidatorio privado habrá lugar a la designación del liquidador cuando agotados los medios previstos en la ley o en los estatutos no fuere posible efectuarlo.

En este caso se requiere un conocimiento preciso por parte de la entidad, pues si bien la decisión de someter al control a la compañía así como la de decretar la disolución, ordenar la liquidación y designar el liquidador, pueden ser adoptadas de oficio, es obvio las mismas solo pueden ser dispuestas en la medida en que exista un conocimiento detallado de la situación de la compañía.

En este sentido, el representante legal, el revisor fiscal, así como cualquiera de los socios se encuentran legitimados para denunciar las irregularidades ya anotadas a esta superintendencia, para lo cual solicitarán la práctica de una investigación administrativa. En esta actuación, una vez verificadas las irregularidades denunciadas, la entidad podrá someter a control a la compañía y adoptar las decisiones a las cuales nos hemos referido.

Sociedad Vigilada.

Tratándose de una sociedad vigilada la entidad puede decretar la disolución, ordenar su liquidación y designar al liquidador, en la forma que atrás se comentó, pues corresponde al ejercicio de las funciones propias de la atribución de vigilancia.

Es de señalar que en este caso la medida procede de oficio o en atención a la información que al respecto le suministre cualquiera de los sujetos ya mencionados, y se procederá en idéntica forma.

Estas medidas permiten no sólo superar la situación del representante a quien no se acepta la renuncia, sino igualmente ponen fin al estado anómalo en que se halla la compañía. No sobra advertir que tratándose del revisor fiscal, esta Superintendencia carece de competencia para efectuar su designación y por tanto para lograr su desvinculación, se requerirá en todo caso la aceptación de la renuncia por parte del máximo órgano, previa la convocatoria que ordenará este Despacho o la terminación del proceso liquidatorio y la consecuente extinción de la persona jurídica.

6. La Acción de Tutela

Dispone el artículo 86 de la Constitución Política:

□ Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión. □

En relación con la aplicación de la disposición transcrita al caso materia de estudio, debemos señalar lo siguiente:

6. 1 Derechos Fundamentales Violados:

El artículo 16 de la Carta política consagra que todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

Acerca de los alcances de este derecho la Corte Constitucional ha expresado:

□ Este derecho fundamental comprende dos aspectos: el primero, que otorga al hombre la libertad o derecho de escoger profesión, oficio u ocupación, según su parecer, actitudes, gustos o aspiraciones, sin perjuicio de que la ley pueda imponer la obligación de competencia o habilitación requeridas de acuerdo con cada actividad (C.N., art. 26). El segundo aspecto, se refiere a que la libertad de trabajo no puede traer consigo el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre.

De suerte que es fundamental, que en la ejecución de su relación laboral, el trabajador conserve su persona y su libertad, sin perjuicio de que deba desempeñar su labor bajo la autoridad del empleador, quien no puede atentar contra la libertad personal de aquél. Los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, prevén el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, y la prohibición de la esclavitud y la servidumbre respectivamente, de cuya interpretación sistemática, se deduce la libertad de trabajo, en concordancia con lo previsto en el artículo 26 del mismo Estatuto Superior, según el cual toda persona es libre de escoger profesión u oficio. Se entiende que la libertad de trabajo, de acuerdo con la carta, una expresión de la personalidad, voluntaria y no sometida a dominio o imposición del Estado ni de los particulares, para escoger profesión y oficio. (Sentencia T-014 del 28 de mayo de 1.992. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz. Subrayas por fuera de texto.)

Y en otra providencia agregó:

□El artículo 16 de la Constitución Política de Colombia introduce por primera vez en nuestro régimen constitucional el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho se predica de todas las personas naturales exclusivamente ya que las personas jurídicas se rigen por sus propios estatutos y sólo pueden desarrollar el objeto social que ellos determinan.

Por otra parte, el libre desarrollo de la personalidad tiene una connotación positiva y otra negativa. El aspecto positivo de este derecho consiste en que el hombre puede en principio hacer todo lo que desee en su vida y con su vida. Y el aspecto negativo consiste en que la sociedad civil y el Estado no pueden realizar intromisiones indebidas en la vida del titular de este derecho más allá de un límite razonable que en todo caso preserve su núcleo esencial.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad también es conocido como derecho a la autonomía personal. Es un derecho de carácter □genérico y omnicomprensivo□ cuya finalidad es comprender aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados en forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisiones ni presiones, las decisiones que estime importantes en su propia vida. Es aquí donde se manifiesta el derecho de opción y es deber de las personas respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (C.N. art. 95.1).

El derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un simple derecho, es un principio que irradia a todos los derechos contenidos en la Constitución, pues otorga mayor fuerza a su contenido. Debe ser por tanto considerado como principio por cuanto es orientador, integrador y crítico de las normas constitucionales. (Sentencia T-452 del 5 de septiembre de 1.992. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Subrayas por fuera de texto).

En cuanto a la vulneración del mencionado derecho, así como el derecho de toda persona a escoger profesión u oficio contemplado en el artículo 26 de la Carta, debemos señalar que la posibilidad de escogencia laboral, que comprende no sólo el derecho de elegir libremente la actividad en la cual el individuo habrá de ocuparse, sino también el derecho de separarse de la misma sin ataduras ni limitaciones, se desconocería en el caso planteado, habida consideración de que el gerente no podría separarse del cargo y, acudir a otro libremente, pues las responsabilidades que pesan sobre el al seguir ostentando una calidad que ya no quiere, le impiden proceder en tal sentido.

De otra parte el artículo 25 de la Carta establece que el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado y agrega que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

La conducta de los socios de no acudir a las convocatorias efectuadas por el representante legal para aquellas reuniones en las cuales ha de debatirse el tema relacionado con la renuncia, lesiona el derecho al trabajo del gerente, toda vez que permanecer en el ejercicio de un cargo que no quiere, además de

lesionar el derecho a la libre determinación, impide tal como atrás se señaló, que pueda acceder a otros cargos.

Al representante legal o al revisor fiscal le asiste el derecho no sólo de desatenderse de sus obligaciones derivadas de la cesación en sus funciones, sino que igualmente le asiste el derecho para que a partir de allí, las actuaciones de la compañía no lo vinculen, máxime cuando nadie está compelido al cumplimiento de obligaciones que tengan el carácter de perennes.

6.2 Sujetos contra los cuales se dirige la acción

Como quiera que la conducta que vulnera los derechos del representante legal, consistente en la desatención de las convocatorias debidamente efectuadas, es imputable a los socios, pues son ellos los únicos llamados a pronunciarse sobre el tema materia de la convocatoria (aceptación de la renuncia), son los integrantes del respectivo órgano los destinatarios de la acción de tutela que se impetre. Por ello, no es posible que las entidades de inspección, vigilancia y control o el juez de tutela, los sustituyan, pues ello necesariamente comportaría la alteración de las reglas que el sistema societario brinda.

La acción de tutela contra particulares.

En atención a que en principio la Carta consagra la acción de tutela contra autoridades públicas, no debe perderse de vista que la misma norma constitucional permite que la acción se dirija contra particulares, cuando sean los encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Al respecto, debemos señalar que en el caso al cual nos referimos el representante legal se encuentra en estado de subordinación, habida consideración que se encuentra sujeto a la decisión de los socios de dar vida al órgano social y aceptar la renuncia que presenta.

La acción de tutela se encuentra dirigida fundamentalmente a que el juez imparta la orden a los socios para que se erijan en máximo órgano social y procedan a aceptar la renuncia presentada, pues tal como atrás se expresó el principio de la libre movilidad de los administradores no les permite negarse a su aceptación. Es claro que en el evento de no cumplir la orden, estarán expuestos a las sanciones que establece la ley por el desacato.

7. La Superintendencia frente al caso planteado.

Sin perjuicio de los comentarios efectuados en el punto 5 referidos a la configuración de una causal de disolución y la intervención de esta entidad, debemos poner de presente otras consideraciones de carácter general sobre el particular.

De conformidad con el artículo 87 numeral 2o. de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia puede en desarrollo de las facultades administrativas convocar al máximo órgano social cuando quiera que no se hayan reunido en las oportunidades previstas por la ley, a solicitud de uno o más asociados representantes de por lo menos el 10% del capital social o de sus administradores.

La atribución mencionada no resulta de por sí suficiente para llegar a la finalidad perseguida, cual es la aceptación de la renuncia, pues los socios pueden abstenerse de comparecer, caso en el cual la entidad previa la solicitud de explicaciones impondrá las sanciones a que hubiere lugar, lo que no sucede tratándose de la decisión de un juez de tutela, pues las consecuencias establecidas por el Decreto 2591 en caso de desacato compelen a su cumplimiento. Esta situación (la no comparecencia de los socios) pone de presente tal como atrás se denunció la carencia de animus societatis y dará lugar a que la superintendencia dentro del ámbito propio de sus atribuciones decreta la disolución de la compañía, para lo cual nos remitimos a lo ya expuesto.

8. Revisor Fiscal

En cuanto al revisor fiscal debemos señalar que los comentarios anteriores se hacen extensivos, máxime si se tiene en cuenta la importancia que tal institución cobra para el tráfico societario y las consecuentes responsabilidades derivadas de ella.

Finalmente, debemos agregar que el revisor fiscal está en todo su derecho de retirarse de la compañía, de procurar un mejor desarrollo profesional, razón por la cual no tendría sentido tampoco vincularlo a una sociedad, con los consecuentes efectos que puede tener en materia de restricciones en particular respecto al número de las compañías que puede desempeñar el cargo.

9. Comentario Final

En criterio de este Despacho ante una situación como la que usted expone, el representante legal o el revisor fiscal, debe insistir en las convocatorias al máximo órgano social a fin de que se adopte la decisión respectiva, pues las soluciones que el Despacho ha expuesto sólo proceden cuando se trate de una conducta reiterada o si se quiere ostensible por parte de los socios, que evidencie la desatención grosera de sus deberes con la cual se perjudican el representante legal y no cuando los socios desatienden una sola convocatoria, pues en tal caso la lógica indica que el representante legal debe proceder a efectuar una nueva.

El Despacho quiere advertir que las consideraciones que ha efectuado en este punto se encuentran orientadas en el adecuado desenvolvimiento de las normas societarias y que en modo alguno pueden comprometer la libre decisión de los jueces de tutela sobre el particular, los cuales gozan de total autonomía y en consecuencia pueden o no compartir el criterio que aquí se ha expuesto.