

**Oficio 220-038066 Del 23 de Junio de 2010**

**Ref.: Memorando radicado con el No. 2009- 02- 026641**

**Renuncia al cargo de miembro de junta directiva.**

Aviso recibo del memorando en referencia, mediante el cual la Intendente Regional de Medellín remite el escrito por usted presentado, a través del cual formula algunas preguntas relacionadas con la renuncia al cargo de miembro de la junta directiva, cuando de acuerdo con algunos conceptos proferidos por esta Entidad no le es aplicable la sentencia C- 621 de 2003, proferida por la Corte Constitucional, referida a la dimisión del cargo de representante legal y revisor fiscal de la compañía.

Los interrogantes a los que se hace referencia son los siguientes:

□1.- *Partiendo del principio que no puede existir responsabilidad ilimitada en el tiempo, presentamos la siguiente hipótesis:*

*Miembro de Junta Directiva que presenta su renuncia, ante el representante legal de la S. A., por cuanto no es posible ante el órgano competente, este último envía comunicado en tal sentido a la CAMARA COMERCIO correspondiente, quien registra la renuncia. Se pregunta: Cuando cesa la responsabilidad de este miembro cuando no existe una ASAMBLEA ante quien presentar la renuncia, en términos de tiempo y teniendo en cuenta el registro que efectuó la Cámara?*

*2 Partiendo del principio que no puede existir responsabilidad (limitada en el tiempo, la sentencia 621 de 2003, de la Corte Constitucional, estableció plazos en cuanto se refiere a la renuncia del Representante Legal y el Revisor Fiscal, pudiera aplicarse esta sentencia para esta hipótesis concreta, toda vez, que no existe órgano ante quien presentar la renuncia y además en el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio, está consignada la renuncia como miembro principal, pues, debajo del nombre de miembro principal entre paréntesis esta consta RENCUNCIO?*

*3.- La Sentencia C □621 de 2003, concluyó que es procedente el registro de las renunciaciones que presenten los representantes legales y revisores fiscales a estos cargos, siempre y cuando se de cumplimiento al trámite correspondiente. En este sentido, la honorable Corte señaló que pasados 30 días de haber presentado la renuncia al cargo como representante legal, y el órgano social competente no ha procedido a nombrar y registrar un nuevo nombramiento termina la responsabilidad legal del que cesa en el ejercicio de esas funciones, incluida la responsabilidad penal. Pareciera entonces que la sentencia genera una desigualdad entre el REVISOR FISCAL y el miembro de Junta Directiva, pues, la renuncia de este último debe ser aprobada por el máximo órgano - Asamblea de Accionistas- y además elaborarse acta, pero para el caso de la renuncia del Revisor Fiscal que también lo nombra la Asamblea sólo se requieren 30 días. Como debemos entender dicha desigualdad o tratamiento diferencial?.*

*4.- El registro realizado por la Cámara de Comercio sobre la renuncia que consecuencias legales conlleva; cesa mi responsabilidad a partir de la fecha de inscripción? □.*

En primer lugar, debo precisarle que han sido proferidos pronunciamientos que hacen referir al tema de la renuncia de uno de los miembros junta directiva, expedidos con posterioridad al fallo proferido por la Corte (C- 621-03 de 29 de julio de 2003), uno de ellos, el Oficio 220-003211 del 26 de enero de 2006, que frente a la solicitud de □Procedimiento a seguir en caso de renuncia de un miembro de junta directiva de una sociedad en la cual no se ha reunido el máximo órgano social para aceptar dicha renuncia□, el Despacho expresó:

□Al respecto es preciso advertir, que aunque se trata de la renuncia de un miembro de la junta directiva y no del representante legal o del revisor fiscal, cuya inscripción en el registro mercantil es considerada constitutiva por el Código de Comercio, es aplicable al caso en consulta lo expuesto en el oficio 220- 40463 del 21 de julio de 1998.

En cuanto a sus precisas inquietudes, estas serán resueltas a continuación en la misma forma en que fueron numeradas en su escrito:

1. Teniendo en cuenta que la **elección de junta directiva** corresponde a la sociedad a través del máximo órgano social y que el nombramiento es comunicado a la Cámara de Comercio para su inscripción a través de su representante legal, de esta misma forma debe producirse la cancelación de las inscripciones, con la

diferencia en cuanto a los representantes legales que **no es necesaria la inscripción del nuevo nombramiento para proceder a la cancelación de un registro.** (Negrilla fuera de texto).

2.- A este respecto debe tenerse en cuenta la respuesta al numeral anterior, solo que cabe agregar lo dicho por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C621/03 del 29 de julio de 2003 en la cual se refirió a la constitucionalidad del artículo 164 del Código de comercio, entre otros, en los siguientes términos:

□11. Por todo lo anterior la Corte concluye que las normas demandadas no pueden ser consideradas constitucionales, sino bajo el entendido de que la responsabilidad que endilgan a los representantes legales y revisores fiscales salientes de sus cargos, mientras se registra un nuevo nombramiento, no puede carecer de límites temporales y materiales. Dichos límites temporales y materiales implican que: (i) Se reconozca que existe un derecho a que se cancele la inscripción del nombramiento del representante legal o del revisor fiscal en todas las oportunidades en que por cualquier circunstancia cesan en el ejercicio de sus funciones. Este derecho acarrea la obligación correlativa de los órganos sociales competentes en cada caso, de proveer el reemplazo y registrar el nuevo nombramiento. (ii) Para el nombramiento del reemplazo y el registro del nuevo nombramiento se deben observar, en primer lugar, las previsiones contenidas en los estatutos sociales. (iii) Si los estatutos sociales no prevén expresamente un término dentro del cual debe proveerse el reemplazo del representante legal o del revisor fiscal saliente, los órganos sociales encargados de hacer el nombramiento deberán producirlo dentro del plazo de treinta días, contados a partir del momento de la renuncia, remoción, incapacidad, muerte, finalización del término estipulado, o cualquier otra circunstancia que ponga fin al ejercicio del cargo. Durante este lapso la persona que lo viene desempeñando continuará ejerciéndolo con la plenitud de las responsabilidades y derechos inherentes a él. A esta conclusión arriba la Corte, aplicando por analogía las normas que regulan la terminación del contrato de trabajo a término indefinido, contenidas en el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 5° del Decreto Ley 2351 de 1956 (□El contrato a término indefinido tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. Con todo, el trabajador podrá darlo por terminado mediante aviso escrito con antelación no inferior a treinta (30) días, para que el patrono lo remplace.□). (iv) Pasado el término anterior sin que el órgano social competente haya procedido a nombrar y registrar el nombramiento de un nuevo representante legal o revisor fiscal, termina la responsabilidad legal del que cesa en el ejercicio de esas funciones, incluida la responsabilidad penal. No obstante, para efectos de la cesación de la responsabilidad a que se acaba de hacer referencia, el representante legal o el revisor fiscal saliente debe dar aviso a la Cámara de Comercio respectiva, a fin de que esa información se incorpore en el certificado de existencia y representación legal correspondiente a la sociedad. (v) Si vencido el término de treinta días y mediando la comunicación del interesado a la Cámara de Comercio sobre la causa de su retiro no se produce y registra el nuevo nombramiento de quien reemplazará al representante legal o al revisor fiscal saliente, este seguirá figurando en el registro mercantil en calidad de tal, pero únicamente para efectos procesales, judiciales o administrativos, sin perjuicio de las acciones que pueda interponer en contra de la sociedad por los perjuicios que esta situación pueda irrogarle. (vi) No obstante todo lo anterior, la falta de publicidad de la causa que da origen a la terminación de la representación legal o de la revisoría fiscal, hace inoponible el acto o hecho frente a terceros, ante quienes el representante legal o revisor fiscal que figure registrado como tal continuará respondiendo para todos los efectos legales.

Los anteriores condicionamientos hacen que la permanencia en el registro mercantil de la inscripción del nombre de quien venía ejerciendo la representación legal o la revisoría fiscal de la sociedad se mantenga una vez producida la causa de su desvinculación, como una forma de garantía a los intereses de terceros y por razones de seguridad jurídica. **Empero, pasado el término de treinta días, y mediando comunicación del interesado sobre el hecho de su desvinculación, dicha inscripción adquiere un carácter meramente formal** (destacado fuera de texto).

(□.)

4.- La Superintendencia de Sociedades no tiene ninguna injerencia que le permita □hacer efectiva□ la renuncia de un miembro de junta directiva, ya que pese a que cuenta con facultad para convocar el máximo órgano social, en los términos del artículo 87 de la Ley 222 de 1995, la elección de la junta directiva, reside exclusivamente en el máximo órgano□. (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien, para reforzar el tema en consulta, se sugiere examinar el texto completo del Oficio 220- 40463 del 21 de julio de 1998, aplicable conforme el concepto antes reproducido, publicado en el Libro Doctrinas y Conceptos Jurídicos 2000, Pág. 73 y ss., que en alguno de sus apartes expresa:

#### □IMPOSIBILIDAD DE ACEPTAR LA RENUNCIA DEL GERENTE Y REVISOR FISCAL

(□.)

#### 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

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 se den esas condiciones, solución que rechaza el Despacho, pues si bien podría estar respaldada en varias disposiciones societarias, resulta contraria a 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.**

(□.)

## **6. La Acción de Tutela**

(□.)

### **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.

(□.)

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.

(□.)

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**

(□.)

**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.**

(□.)

## **9. Comentario Final**

En criterio de este Despacho ante una situación como la expuesta, 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□.**

Expresado lo anterior, se procede a resolver los puntos planteados:

**1.** Independiente de las acciones que el miembro saliente adelante con fundamento en el análisis precedente, frente a la hipótesis esbozada en el escrito y teniendo en cuenta que la junta directiva no es un órgano de representación legal ni de fiscalización, en opinión de esta Entidad, la responsabilidad del miembro saliente frente a la sociedad y terceros, cesa en la fecha de la renuncia al cargo por las siguientes razones:

**1. 1.** La calidad de miembro de junta directiva se adquiere con la aceptación del cargo más no por el registro, luego una vez que la persona presenta la renuncia, y si además esta registrada en Cámara de Comercio, mal podría continuar en el ejercicio de las atribuciones y funciones que la ley y los estatutos le imponen a quienes integran la junta directiva.

**1. 2.** Además, presentada la renuncia, el suplente personal o numérico, según el caso, es quien está en la obligación y deber legal de asumir como principal, en este caso, por ausencia definitiva del mismo.

Al respecto ha expresado la Entidad: □*En principio, la Junta Directiva se integra únicamente con la participación de los miembros principales, pues los suplentes tienen una simple expectativa de intervenir en su composición en los casos de ausencia temporal o definitiva de los principales, de acuerdo al régimen propio de las suplencias.*

(□.)

*Es nítido entonces que cuando concurren los suplentes a las reuniones, estando presentes los miembros principales y aún cuando hayan sido invitados, desde luego están autorizados, mas no obligados a concurrir, pero en tal caso no tienen derecho a voto. Tampoco pueden devengar honorarios, ni puede otorgársele esta prerrogativa por decisión de la junta.*

*Todo lo anterior, no se aplica cuando la actuación de los suplentes se cumple en ejercicio de su vocación a reemplazar al principal, pues en ese evento según se anotó, adquieren derecho de asistir a las reuniones con las mismas calidades y atribuciones que corresponden a los miembros principales□ (Oficio 220- 32875 de 30 de agosto de 2001).*

**2.** Con relación a la aplicación de la sentencia antes mencionada, que estableció plazos en cuanto a la renuncia del representante legal y el revisor fiscal, en el caso de un miembro de junta directiva a quien el máximo órgano social no se le ha aceptado la renuncia, es pertinente manifestarle que la Entidad no puede sugerir la utilización de la argumentación y considerandos esgrimidos por la Corte Constitucional, por cuanto el artículo 163 del C. de Co. no ha sido objeto de examen constitucional como si lo fue el artículo 164 Ib.

No obstante, como se anotó anteriormente, bien podría observarse el trámite al que hace alusión el referido Oficio 220-003211 que a su vez remite al procedimiento previsto en el también citado Oficio 220- 40463.

**3.** Como es de su conocimiento, a través de la sentencia C- 621 /03 de 29 de julio de 2003, la Corte examinó la inconstitucionalidad demandada contra los artículos 164 y 442 del Código de Comercio, luego en criterio de la Entidad para determinar la posible desigualdad entre la renuncia del revisor fiscal y de un miembro de la junta directiva, designaciones que corresponden al máximo órgano social, se sugiere impetrar la acción correspondiente, pues será esa Corporación la que defina la violación al principio a la igualdad, entre otra preceptiva constitucional.

**4.** Tal como quedó indicado, presentada y registrada la renuncia del principal, será el suplente quien actúe como principal en las reuniones de junta directiva, por lo que es dable colegir que el miembro saliente al no ser convocado, por ende no participar en las deliberaciones y decisiones del órgano de dirección y encontrarse el suplente en ejercicio del cargo, mal puede responder por acción u omisión de las funciones que el cargo de miembro de la junta directiva impone.

Para mayor conocimiento en temas societarios se recomienda consultar la página de Internet de la Entidad ([www.supersociedades.gov.co](http://www.supersociedades.gov.co)), o examinar los libros de Doctrinas y Conceptos Jurídicos y Contables publicados por la Entidad.

En los anteriores términos se ha dado respuesta a su consulta, no sin antes manifestarle que los efectos son contemplados en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.