

De la justicia local a la justicia global: a propósito de las sociedades “atípicas”

*Daniela Muñoz Sandoval**

* Estudiante de noveno semestre de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali. Integrante del grupo de Derecho de Interés Público, POLITES, en la línea de asesoría normativa. Áreas de interés: derecho societario y derecho financiero. Correo electrónico: danielamunozsandoval@hotmail.com.

Resumen

En Colombia se habla de sociedades atípicas, cuando en el proceso de conformación de una sociedad comercial no se adoptan ninguno de los tipos societarios previstos en la ley, por lo que terminan configurándose como sociedades de hecho, las cuales no se entienden legalmente constituidas. Sin embargo, podría hablarse de sociedades atípicas desde otra perspectiva: el mercado legal globalizado. Esto teniendo en cuenta que las exigencias del fenómeno de la globalización también repercuten en el mundo empresarial, por lo que es necesario atender a esta realidad y evaluar dos puntos generales. Primero, la posibilidad de establecer sociedades mercantiles que se adapten a los deseos de sus asociados y segundo determinar las posibles soluciones a las problemáticas que se puedan presentar al introducir esta figura tan novedosa.

Palabras claves

Sociedades, sociedades atípicas, conflictos societarios, regulación societaria.

From Local Justice to Global Justice: The Case of “Atypical” Corporations

Abstract

In Colombia, atypical corporations are formed when, in the process of incorporation, none of the organizational forms provided by law are adopted, which is considered an instance of defective incorporation that gives rise to de facto corporations. However we could speak about atypical corporations from another perspective—that of the globalized legal market. The demands of globalization also affect the business world, which makes it necessary to address this reality and evaluate, first, the possibility of establishing commercial companies that conform to the interests of its members, and, second, to determine possible solutions to the problems that may arise when introducing such an innovative figure.

Keywords

Corporations, atypical corporations, corporate conflicts, corporate regulation.

1. Introducción

El derecho moderno occidental, como el Estado de derecho, se construyeron bajo la figura de la autonomía y la libertad individuales, como un atributo esencial para la convivencia social. En tal sentido, esta se constituye en torno a los acuerdos de voluntades que generan, a la vez, tanto el derecho como el Estado.

De otro lado, la modernidad occidental desde el punto de vista del mercado se conformó con base en la iniciativa privada y la libertad de empresa, en donde el Estado como organización jurídico política tiene el papel de orientador y guía, debiendo respetar los acuerdos económicos que generan las personas en desarrollo de su autonomía individual.

La empresa, como unidad de explotación económica, es entonces vital para el desarrollo y libre circulación de bienes y servicios y puede configurarse de manera individual o como producto del acuerdo de voluntades de dos o más personas, que por tal virtud participan en la integración de la empresa para disfrutar de los beneficios de la explotación económica y responder por las eventuales pérdidas que genera la actividad. Por lo general, dicha integración se lleva a cabo a través de la constitución de una sociedad comercial¹.

Respecto de la conformación de la empresa y la autonomía individual en el desarrollo económico, el Estado y su brazo jurídico deben guardar especial cautela para que en la regulación de las formas convencionales no se vaya a afectar la autonomía individual. El área que regula estas convenciones es el llamado derecho societario, que establece el marco más general y amplio para la constitución, materialización y ejercicio de los acuerdos en procura de explotar económicamente un renglón determinado.

¹ Es válido aclarar que la constitución de una sociedad comercial no precede inequívocamente el emprendimiento de una actividad económica, puesto que en ocasiones resulta más eficiente en términos financieros y jurídicos la celebración de un contrato de colaboración empresarial o de un contrato de fiducia mercantil, dependiendo de las necesidades del empresario.

El mundo globalizado de hoy ha demostrado hasta la saciedad que la regulación normativa puntual colapsó y que innumerables comportamientos humanos y manifestaciones de la autonomía de la voluntad quedan por fuera de la regulación estatal. El área jurídica societaria no ha sido la excepción de modelos asociativos que el mundo de hoy impone y que carecen de regulación concreta.

No obstante lo anterior, y como quiera que la condición humana es conflictiva desde su esencia misma, en todas las actividades en que se ven involucrados intereses particulares, se presentan diferencias que deben regulativamente solucionarse, para no repetir la historia pretérita de solucionar los conflictos por propia mano. Es en este sentido, entonces, cuando emerge con toda su fortaleza la necesidad de realizar reflexiones jurídicas en torno a la manera en la que pueden solucionarse los problemas suscitados por los intereses encontrados en las asociaciones jurídicas denominadas sociedades comerciales. Dicho en otras palabras, la búsqueda de la justicia particular en las asociaciones adquiere un papel importante para la convivencia social.

El presente artículo, entonces, tiene como finalidad reflexionar en torno a la posibilidad jurídica de conformar en nuestra práctica normativa sociedades comerciales no reguladas taxativamente y, sobre todo, estudiar los problemas jurídicos y asociativos que se pueden presentar y plantear su solución. A fin de desarrollar el anterior cometido se procederá bajo la metodología dialéctica, que implica desarrollar el artículo en tres grandes momentos. En el primero, se tratará el tema de la globalización económica y sus implicaciones. En el segundo punto se tratará todo lo referente a la regulación societaria y sus consecuencias. Se finalizará con un tercer instante en el cual se tratarán las soluciones de las problemáticas a analizar.

2. La globalización económica y sus implicaciones jurídicas

La globalización es un término usado por todos; sin embargo, su definición es imprecisa ya que no existe una determinación exacta y ampliamente aceptada de dicho vocablo. Ahora bien, la concepción de globalización económica es la que adquiere el significado más comúnmente aceptado y el cual se ajusta directamente a esta presentación.

Como lo explica el Banco Mundial, la globalización “se relaciona con el hecho de que en los últimos años una parte de la actividad económica del mundo que aumenta en forma vertiginosa parece estar teniendo lugar entre personas que viven en países diferentes”². A partir de este acercamiento es que se puede afirmar que la globalización económica se ve reflejada en aspectos como el comercio internacional, la inversión extranjera directa y el flujo del mercado de capitales.

Sin duda alguna esta integración económica que estamos viviendo ya desde hace muchos años, pero que tiene su punto álgido en la actualidad, tiene una gran repercusión en el mundo jurídico y en la forma en la que se integran sus instituciones con la realidad fáctica, teniendo en cuenta que el derecho debe ser un instrumento por medio del cual se logren fines sociales como la estabilidad y el bienestar económico de las comunidades en general.

Lo anterior significa que la globalización como fenómeno es un proceso de internacionalización de relaciones que, generada desde un centro particular, pone a orbitar en su radio de acción al resto de la comunidad mundial. Por esta razón, la globalización como fenómeno implica la transnacionalización de la política, la economía, el derecho y las prácticas sociales, razón por la cual puede afirmarse que en este proceso no existen fronteras y, por tanto, el derecho como disciplina reguladora de la convivencia debe ajustarse a esta realidad imperante hoy. Es decir, no puede quedarse rezagado frente al desarrollo real del proceso globalizador.

3. Regulación jurídica societaria y sus consecuencias

Si lo anteriormente expuesto es una realidad irrefutable e imparable, lo que debe hacer cualquier ordenamiento jurídico político es adecuar sus instituciones para posibilitar no solo el desarrollo que el proceso globalizador trae implícito, sino también para evitar fracturas dolorosas entre la normatividad interna y la internacional.

² CÁMARA COLOMBIANA DE LA CONSTRUCCIÓN (CAMACOL). Comercio Exterior, Núm. 19 (abril de 2009).

De lo anteriormente dispuesto surge la necesidad de replantear las instituciones jurídicas para adaptarlas a nuevos estándares económicos, como una circunstancia que intrínsecamente conlleva a una transformación del derecho privado, toda vez que el proceso globalizador y la tecnología que trae en su interior repercuten en el plano de las relaciones contractuales que rigen el mundo corporativo, surgiendo de esta manera nuevas formas asociativas y distintos requerimientos del ámbito empresarial para que el derecho se consolide como un gran oferente de instrumentos legales por medio de los cuales puedan efectuarse dichas relaciones.

De esta forma las sociedades comerciales y demás formas asociativas escogerán los instrumentos que más se acoplen a lo que necesitan y por supuesto el que más las beneficie en términos económicos, ya que como se explicó anteriormente el derecho es un instrumento para llegar al bienestar y a la estabilidad. En este caso específico, las sociedades comerciales deben ser un vehículo jurídico de desarrollo económico. Por ejemplo, en los Estados Unidos las sociedades pueden escoger en qué estado incorporarse, generando de esta forma un gran ahorro en materia fiscal y en costos de constitución. Si se escoge Delaware como el estado en el que se incorporará, por ejemplo, esto obedece a la virtud del sistema federal, obteniendo beneficios de flexibilización que no se podrían obtener en otros países.

Ahora bien, tratándose de mecanismos de contratación, las sociedades y las personas en general pueden escoger la modalidad de contrato que más favorezca sus intenciones, ya sea acudiendo a la legislación para celebrar un contrato de mutuo, mandato, arrendamiento de local comercial, etc., o consolidando un contrato atípico o innominado como el *renting*, el *leasing*³ o el *lease back*, sin que su celebración o ejecución pueda ser atacada como ineficaz, aun cuando dicho acto no se encuentre consagrado en la legislación.

³ Este contrato se considera atípico, aun cuando cuenta con reglamentaciones en algunos decretos, como el Decreto 913 de 1993, por medio del cual se regulan las funciones de las compañías de financiamiento. Sin embargo, a pesar de estas reglamentaciones, en nuestra legislación no se encuentra definido este contrato y por esto se considera atípico.

Sin duda alguna, reconocer la autonomía individual para la contratación es una de las mayores características del derecho mercantil, que representa uno de los avances más significativos para el mismo y le otorga mayor flexibilidad al mundo corporativo. Esta característica se encuentra claramente consagrada como un valor constitucional, tal como ha sido definido por la Corte Constitucional en la sentencia C-1194 de 2008: “el poder de las personas, reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres”.

Cabe resaltar que la base fundamental del Estado Liberal es precisamente la protección de la vida, la libertad y la propiedad privada, lo cual se evidencia a partir de las grandes revoluciones del siglo XVIII, en el que se honra de forma preponderante la autonomía de la voluntad y en consecuencia la protección estatal a esa expresión máxima de libertad individual. Así, pues, en XIX el principio de la autonomía de la voluntad se convierte en una institución jurídica dogmática, pero vista desde el punto de vista declarativo. Esto es primando lo declarado sobre la intención contractual y consolidándose como un instrumento de desarrollo económico⁴.

Desde esa perspectiva, es loable analizar si, desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad, existiría la posibilidad de adecuar sociedades mercantiles a las intenciones de los contratantes, tomando como referencia estructuras societarias extranjeras —o más bien constituyéndose con base en ellas— que le permitan desarrollar de una forma más eficiente su objeto social o constituir las autónomamente conforme lo acuerden voluntariamente las partes, con la única limitante de preservar el orden público.

No obstante lo anterior, en el ordenamiento jurídico colombiano, situaciones como las descritas no son posibles de materializar en razón a la forma de organización territorial que tenemos, el unitarismo, en donde solo existe un centro generador de la ley estatal. Por esta razón,

⁴ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil. 13 ed. Bogotá: Legis, 2012.

en el Código de Comercio colombiano, en su artículo 498, se establece que “la sociedad comercial será de hecho cuando no se constituya por escritura pública. Su existencia podrá demostrarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en la ley.” De esta manera, si las sociedades se conforman bajo un tipo diferente a los consagrados en la ley, no cumplirán con los requisitos legales y se hablará de una sociedad de hecho.

Lo anterior significa que nuestra legislación comercial no está a la altura de las exigencias que impone el proceso globalizador y, por ello, es indispensable su adecuación, que no es otra cosa que actualización a la situación fáctica del mundo de hoy.

Ahora bien, de lo expuesto se infiere que aunque constitucionalmente la autonomía individual se debe respetar, otra cosa es la constitución de la sociedad como un contrato jurídico, pues cuando en Colombia se constituyen sociedades “atípicas”, ellas son consideradas como irregulares o de hecho. Tendría entonces que establecerse una nueva regulación para que las sociedades atípicas desde el punto de vista del mercado global no sean sociedades de hecho y de esta manera se les reconozca personería jurídica, para que tanto los derechos como las obligaciones sean contraídos por la sociedad y no por los socios como tal, cumpliendo el objetivo principal de las sociedades comerciales: la separación del patrimonio.

En primera medida, es menester mencionar que esta facultad para los asociados traería consigo un mayor margen de desarrollo para la sociedad, ya que cuando las actividades económicas encuentran un vehículo que se adapte íntimamente a sus necesidades se genera un mejor funcionamiento del ente económico.

En nuestro país existen siete tipos societarios que podemos encontrar en la legislación, cinco de ellos codificados y dos de ellos no codificados. Los primeros responden a la sociedad colectiva, la sociedad en comandita simple, la sociedad en comandita por acciones, la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima. Los no codificados responden a la sociedad agraria de transformación consagrada en la Ley 811 de 2003 y a la sociedad por acciones simplificadas consagrada en la Ley 1258 de 2008.

De la justicia local a la justicia global...

Esta última ley en mención se considera como uno de los rasgos más importantes de flexibilización societaria en nuestro país, ya que de su articulado se desprenden disposiciones bastantes permisivas respecto a lo que puede pactarse en los estatutos sociales.

Temas como la posibilidad de un objeto indeterminado, término de duración indefinido, constitución por documento privado⁵ y, especialmente, la posibilidad de crear diversas acciones según las necesidades de los accionistas son algunos de los aspectos que permiten un gran avance en el mundo corporativo, especialmente para la creación de nuevas empresas.

A pesar de lo anterior, cabe preguntarse si es esta la solución a los problemas de demanda societaria en nuestro país, teniendo en cuenta un aspecto que ya ha sido tratado con anterioridad: la autonomía de la voluntad. Esto en virtud de que a fin de cuentas las sociedades mercantiles son contratos y que, como ya se ha podido observar, algunos contratos son atípicos. Es decir, que no responden a la legislación, sino a lo pactado por las partes en el acto jurídico. De esta manera lo resalta Enrique Gaviria Gutiérrez, uno de los pocos doctrinantes que han estudiado el tema de las sociedades atípicas, el cual manifiesta que “el principio de la autonomía de la voluntad debe ser objeto de permanente respeto en el área del derecho de sociedades, como en general lo es en toda la extensa materia del derecho contractual”⁶.

Desde un punto de vista simple, las personas interesadas en conformar sociedades también deberían disfrutar la posibilidad de tener más

⁵ A este respecto es necesario hacer una salvedad, puesto que muchos defensores de la SAS plantean la constitución de la sociedad por documento privado como un avance novedoso que no puede aplicarse a los demás tipos societarios. Sin embargo, en Colombia todas las sociedades mercantiles pueden ser constituidas por documento privado mientras se constituyan como sociedades empresariales, es decir, siempre y cuando cumplan con los requisitos del artículo 22 de la Ley 1014 de 2006, ley claramente anterior a la ley de las SAS. Dicho artículo hace referencia a las sociedades que cuenten con menos de 10 empleados y no tengan activos totales superiores a los 500 salarios mínimos legales vigentes.

⁶ GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique. Apuntes sobre el derecho de las sociedades. 2 ed. Señal Editora, 2004.

opciones que las entregadas por la legislación, teniendo en primer lugar la facultad de realizar un contrato social atípico o de acudir al mercado legal, entendiéndose este como las formas en que las leyes que gobiernan pueden ser elegidas por las personas y las firmas más que por el mandato de los Estados⁷.

Claramente esto permitiría que los asociados incluyeran en su clausulado las disposiciones deseadas sin atenerse a un tipo societario específico, con la restricción de que todo lo consagrado en el mismo debe acogerse a las buenas costumbres y no puede contemplar actividades ilícitas⁸. Esto responde a las limitaciones de la autonomía de la voluntad, las cuales insoslayablemente deben respetarse en los contratos mercantiles, toda vez que estos no pueden estar en contravía del orden público y las buenas costumbres.

En este orden de ideas y en razón de la obligatoriedad de las sociedades atípicas de someterse al orden público, cabe resaltar que existen ciertas normas del régimen societario que “son y deben seguir siendo imperativas porque obedecen a un interés de orden público, como las relativas a estados financieros, responsabilidad de los administradores, distribución de utilidades, etc.”⁹.

De igual forma, se podrían tomar como referencia tipos societarios extranjeros importantes que han funcionado perfectamente y que podrían acoplarse a las necesidades de los asociados. Esto teniendo en cuenta que sería de mucha ayuda si las partes pudieran elegir la ley aplicable para sus operaciones entre una gama de posibilidades: Colombia, Estados Unidos, España y otros sistemas legales que posiblemente cuenten con una legislación societaria envidiable. Claro está, sin que estas elecciones estén encaminadas a defraudar a terceros y a menoscabar sus derechos¹⁰.

⁷ O'HARA, Erin A. y RIBSTEIN, Larry E. *The Law Market*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

⁸ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil*. 13 ed. Bogotá: Legis, 2012.

⁹ GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique, *op. cit.*

¹⁰ O'HARA, Erin A. y RIBSTEIN, Larry E., *op. cit.*

De la justicia local a la justicia global...

Este mercado legal constituye una gran alternativa para las sociedades mercantiles, ya que como se ha analizado anteriormente el derecho privado, y en especial cuando el mundo corporativo se transforma tan rápido, requiere instituciones a la vanguardia para que nuestras compañías sean competitivas ante las del extranjero.

Teniendo la posibilidad de basarse en contratos sociales que no existen en nuestra legislación, los empresarios tendrían en sus manos una herramienta de trabajo muy útil que con el tiempo traería crecimiento y más incentivos para la creación de nuevas empresas. Por ejemplo, podrían fundarse sociedades de garantía recíproca, las cuales son formas jurídicas de empresas. Dicha sociedad mercantil tiene como objetivo social el otorgamiento de garantías por aval o por cualquier otro medio admitido del seguro de caución, a favor de sus socios para las operaciones que estos realicen dentro del giro o tráfico de las empresas de las que sean titulares¹¹.

Esta sería una opción viable y bastante buena para las pequeñas y medianas empresas de nuestro país, ya que les permitiría acceder más fácilmente a los créditos que llegaren a necesitar para desarrollar su objeto social. Esto teniendo en cuenta que las PYMES serían las socias de una gran sociedad denominada SGR o sociedad de garantía recíproca. Además, en Colombia la mayoría de empresas se ubican dentro de esta clasificación, dado que más del 90 % de las empresas son PYMES¹² y acceder a los recursos financieros les resulta complicado, ya que no le otorgan a los establecimientos de crédito la “confianza” que necesitan como respaldo.

Esta clase de oportunidad traería innovación y mayor tecnología, ya que les daría la oportunidad a los empresarios de obtener el capital que necesitan para desarrollar nuevas ideas. Esto considerando que el 67.8 % de los empresarios sostienen que el tamaño de la empresa

¹¹ GOBIERNO DE ESPAÑA, MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO. Creación de empresas. Recuperado de www.ipyme.org.

¹² CÁMARA COLOMBIANA DE LA CONSTRUCCIÓN (CAMACOL). Comercio Exterior, Núm. 19 (abril de 2009).

implica una variable demasiado importante al momento de adquirir un crédito en Colombia¹³.

Sin embargo, esta opción acarrea una problemática muy grande referente a la ocurrencia de un conflicto al interior de la sociedad, ya que si esta ha sido constituida accediendo al mercado legal global, es decir bajo un tipo societario extranjero, el juez al que le corresponda conocer de dicho pleito va a estar completamente desubicado, puesto que no conoce la ley de aquel país.

Además, si hablamos de la naturaleza fáctica de nuestra administración de justicia se generan aun más problemas, en tanto en la jurisdicción ordinaria es el juez civil el que debe fallar sobre los casos de problemáticas societarias, aun cuando por lo general dichos jueces no conocen los temas relevantes al mundo empresarial. Por lo tanto, si se va a resolver un conflicto de una sociedad que se ha acogido a una ley extranjera esto podrá ser una causa por la cual el juez vea aún más entorpecido su trabajo.

4. Solución a las controversias societarias globales: de la justicia particular a la justicia global

De lo hasta aquí expuesto es lógico inferir la siguiente premisa: Los ordenamientos jurídicos nacionales han sido superados por el avance globalizador. Si esta afirmación es cierta, debo afirmar también que el contenido del derecho, la justicia, también ha sido desplazada y relegada por dicha realidad. Se convierte, entonces, en un imperativo categórico, una reformulación de la justicia que implica pasar de la justicia particular (local) a la justicia global.

Para el caso concreto de la situación colombiana, que es la que nos atañe, dicho imperativo se torna más urgente, dado que nuestra sociedad adolece de una gran falta de eficiencia y eficacia en la administración de justicia, falencia que repercute de forma preponderante en el mercado y en especial en la agilidad del mundo comercial. En efecto, según estudios realizados por el Banco Mundial, Colombia es uno de los

¹³ DANE. Informe de resultados 2008 encuesta de calidad de la gestión estatal para el desarrollo empresarial (ECDE). 2008.

países más paquidérmicos al momento de resolver los casos. Así se evidenció en el estudio Doing Business Nacional, realizado por la organización en mención en el año 2012 y en la cual se obtiene como resultado que, en el ítem de Cumplimiento de Contratos, Colombia ocupa el puesto número 154 entre 183 economías alrededor del mundo, tomándose la jurisdicción ordinaria 1346 días para resolver el caso, con unos costos de 47.9 % y en promedio 34 procedimientos requeridos para conseguir el cumplimiento de un contrato¹⁴.

A pesar de lo anterior, es loable traer a colación de nuevo el contrato atípico puesto que este tipo de contratos son completamente sui generis por lo cual no es posible encontrar norma aplicable al contrato¹⁵, y traen en sí el acuerdo de voluntades para solucionar los conflictos, razón por la cual el juez debe estudiar los términos y las cláusulas del mismo y atenerse al principio de la autonomía de las partes, lo cual agilizaría la solución de la controversia y con ella se reconocería judicialmente la existencia de tales sociedades como mercantiles.

Ahora bien, respecto a la especialización de los tribunales es claro que es casi que nula en materia de derecho comercial. Sin embargo, hace poco acaba de entrar en funcionamiento la Corte de la Superintendencia de Sociedades en virtud del Código General del Proceso, el cual en su artículo 24 amplía las facultades jurisdiccionales de la superintendencia, consolidándose esta como una corte especializada en conflictos de índole societaria y la cual podría prestarse para la solución de conflictos de las sociedades “atípicas”, claro está, siempre y cuando no se haya pactado una cláusula compromisoria, lo cual sería lo más recomendable en estas situaciones.

Además, tal y como lo explican O’Hara y Ribstein, el mercado de las leyes o mercado legal es un bien más susceptible de transacción, con lo cual se cumple uno de los propósitos de cualquier mercado: la libre competencia. Precisamente, los autores, refiriéndose a las diferentes

¹⁴ BANCO MUNDIAL. ¿Qué es la globalización? PREM Grupo de políticas económicas y Grupo de economía para el desarrollo. Abril de 2000. Recuperado de: <http://www.bancomundial.org/temas/globalizacion/cuestiones1.htm>

¹⁵ CAMACHO LÓPEZ, María Elisa. Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana. En: Revista Mercatoria. Vol. 4.1 (2005).

legislaciones de cada Estado de la unión en los Estados Unidos, establecen que al existir para las personas la facultad de escoger la legislación en la cual desean incorporarse se genera una competitividad legislativa que mejora la calidad de las instituciones formales para que las sociedades sean constituidas bajo los lineamientos de un Estado o del otro.

Así mismo podría suceder si se pudiera acudir a la legislación extranjera, puesto que el trabajo legislativo de los países sería mucho más competitivo, ordenado y expedito y se brindarían mejores posibilidades, tal y como pasa en Delaware que se puede considerar como el ganador del denominado “shopping legislativo” y a su vez como una de las legislaciones más avanzadas del mundo en materia societaria¹⁶.

Esto quiere decir que cuando el Estado se percate de que los empresarios prefieren acceder a otras fuentes legislativas para emprender un negocio en el mercado, el legislativo tendría incentivos para formalizar instituciones y figuras más eficientes y que puedan llegar a ser competitivas a nivel mundial, teniendo en cuenta que la comercialización internacional y la apertura del mercado colombiano, por medio de tratados de libre comercio, son situaciones que deben estar antecedidas de un fortalecimiento de las figuras jurídicas o la creación de nuevos instrumentos para afrontar los retos que estos plantean.

Otra problemática que puede surgir son los problemas de agencia, los cuales se pueden puntualizar como conflictos de intereses que surgen entre los fundadores o accionistas de una compañía y las personas que han sido escogidas para asumir la administración de esas compañías. En un sentido más amplio, los problemas de agencia surgen cuando el bienestar o los intereses de una parte denominada “principal” dependen de las acciones tomadas por otra parte denominada “agente”¹⁷.

¹⁶ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho societario en los Estados Unidos. 2 ed. Bogotá: Legis, 2005.

¹⁷ HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier. Agency Problems and Legal Strategies. Yale Law School, Center for Law, Economics and Public Policy Research Paper No. 301 (2004).

Es menester aclarar que estas situaciones son comunes en todas las sociedades, puesto que puede darse que el principal no sea el mismo agente, por lo que, en las sociedades creadas bajo parámetros internacionales o en virtud de los deseos de los futuros asociados, es improbable que no surjan este tipo de conflictos.

Lo anterior, teniendo en cuenta que aunque en las sociedades tipificadas también se presenta este problema de la legislación colombiana, específicamente la ley 222 de 1995, consagra unos medios por los cuales se trata de reducir al mínimo posible dichas problemáticas y “hace especial énfasis en los incentivos introducidos al agente” por la ley en mención¹⁸. Sin embargo, no existiría ningún impedimento para que se aplicara una norma común a las sociedades “atípicas” en las que se mencionaran unas disposiciones relevantes a la responsabilidad de los administradores o para estipularlo en el contrato social y de esta forma reducir los problemas de agencia.

Tal vez aplicar figuras como las sociedades atípicas, desde el punto de vista del mercado global, pueda considerarse precipitado en un país con tantos problemas en la administración de justicia y problemas de índole político que repercuten en las instituciones jurídicas. Sin embargo, es claro que sería una herramienta idónea para obtener desarrollo económico, lo que implicaría migrar de la justicia particular o local a la justicia globalizada.

5. Conclusiones

- El derecho privado contemporáneo debe acudir al mercado legal para optimizar sus procesos y realizar planes de mejoramiento institucionales que lo lleven a ser más competitivo a nivel mundial, respetando los límites de la autonomía de la voluntad.
- Un claro ejemplo de un tipo societario al que podrían acudir las empresas colombianas bajo el precepto del mercado legal globalizado serían las SGR o Sociedades de Garantía Recíproca,

¹⁸ DELVASTO, Carlos Andrés. La representación legal de las sociedades comerciales en Colombia y el problema de principal y agente. Soluciones. En: Criterio jurídico. Vol. 7 (2007).

las cuales son una solución plausible para los problemas de acceso al crédito que tienen las PYMES en Colombia y que son porcentualmente la clasificación que más abarca el mercado colombiano.

- Cuando las personas tienen a su disposición un vehículo societario que se ajuste a sus necesidades, pueden lograr que la empresa tenga mejores resultados, lo cual trae consigo mayor innovación, tecnología, empleo y, por ende, desarrollo económico.
- La ineficiencia de la administración de justicia causa un efecto nocivo en el mercado, tal y como ha quedado demostrado por estudios realizados por el Banco Mundial. Por lo que podría pensarse que al establecer nuevas figuras al ordenamiento mercantil se retardaría aun más, por lo que sería un despropósito introducirlas. Sin embargo, existen soluciones viables como los tribunales especializados.
- Si bien es cierto que las sociedades desde lo económico, lo político y lo cultural deben adecuarse a los requerimientos del proceso globalizador, también es evidente que ninguno de los factores anteriores podría emerger con la fortaleza necesaria si no se transforma el ordenamiento jurídico propio.
- La transformación jurídica esperada no es solo desde lo estrictamente normativo o legal, sino el contenido del derecho, la justicia. Por esto en una visión amplia, abierta y dinámica, y sin que la justicia pierda su carácter de moral social convencional, es necesario que ella trascienda las fronteras y se pase de lo meramente local a lo global.
- De realizarse este sueño, se estaría materializando la gran aspiración de los estoicos griegos cuando proponían una sociedad ciudadana universalizada, sin las limitaciones de las fronteras nacionales que hoy existen, pues, si los predicamentos económicos implican superación fronteriza, no existe razón alguna para negar la afromerización de la justicia.

Bibliografía

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil. 13 ed. Bogotá: Legis, 2012.

BANCO MUNDIAL. ¿Qué es la globalización? PREM Grupo de políticas económicas y Grupo de economía para el desarrollo. Abril de 2000. Recuperado de: <http://www.bancomundial.org/temas/globalizacion/cuestiones1.htm>

CAMACHO LÓPEZ, María Elisa. Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana. En: Revista Mercatoria. Vol. 4.1 (2005).

CÁMARA COLOMBIANA DE LA CONSTRUCCIÓN (CAMACOL). Comercio Exterior, Núm. 19 (abril de 2009).

DANE. Informe de resultados 2008 encuesta de calidad de la gestión estatal para el desarrollo empresarial (ECDE). 2008.

DELVASTO, Carlos Andrés. La representación legal de las sociedades comerciales en Colombia y el problema de principal y agente. Soluciones. En: Criterio jurídico. Vol. 7 (2007).

GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique. Apuntes sobre el derecho de las sociedades. 2 ed. Señal Editora, 2004.

GOBIERNO DE ESPAÑA, MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO. Creación de empresas. Recuperado de www.ipyme.org.

HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier. Agency Problems and Legal Strategies. Yale Law School, Center for Law, Economics and Public Policy Research Paper No. 301 (2004).

O'HARA, Erin A. y RIBSTEIN, Larry E. The Law Market. Oxford: Oxford University Press, 2009.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho societario en los Estados Unidos. 2 ed. Bogotá: Legis, 2005.