

# EL GOBIERNO DE LA EMPRESA Y EL DERECHO

*Pablo Andrés Córdoba Acosta*

## INTRODUCCIÓN

**E**N LA ACTUALIDAD, UNA DE las principales discusiones que existe en materia de derecho de sociedades o del llamado derecho de la empresa es el referido al gobierno de ésta o *Corporate Governance*.

No existe duda acerca de la importancia que dicho debate tiene; bastaría observar la inmensa producción bibliográfica que existe sobre cual es la forma más eficaz de gobernar las empresas, esto es, el mecanismo menos costoso y más seguro por el cual se detenta el dominio en materia de las decisiones empresariales.

El tratamiento de este tema es el que ocupa actualmente a la gran mayoría de especialistas en materia de derecho societario, tanto en el *Common Law* como en el *Civil Law*; se origina su descubrimiento en un hecho económico que fue mencionado por los principales tratadistas económicos<sup>1</sup>: la separación entre la propiedad y el control o manejo de las empresas.

Es verdad, hoy la gran empresa o sociedad de capitales es manejada por individuos que nada tienen que ver con la propiedad de las acciones en las que se divide el capital de las empresas; es decir, éstas pueden ser consideradas como centros en los cuales unos sujetos, conocidos como *managers*, manejan la riqueza de otras personas, denominadas inversionistas.

Por tal razón es indispensable que cada ordenamiento cuente con un sistema de gobierno de empresa acorde con las necesidades económicas de cada país o nación y con la propia evolución social, económica, cultural y jurídica. Es por ello que algunos prefieren un conjunto de reglas que entregue bastante independencia a los *managers*, y que sea el mercado y no la norma jurídica su propio juez; otros se orientan por un conjunto de normas que permita al accionariado ejercer controles eficaces e internos de la gestión combinado con los suficientes controles externos por parte del Estado.

En realidad hasta aquí no se ha dicho nada productivo en relación con la filosofía. Pero encontramos que el mismo debate tiene como fuente los cambios fundamentales en la forma de pensar el derecho respecto de las variaciones económicas, sociales y políticas de los últimos tiempos.

Encuentro que el movimiento de *Corporate Governance* (gobierno corporativo) o gobierno de la empresa tiene mucha relación con la forma de pensar el derecho,

<sup>1</sup> Entre los principales tenemos a ADAM SMITH en su clásico *La Riqueza de las Naciones*; o JOHN MAYNARD KEYNES, con otra obra clásica de economía política.

con la manera de construir un sistema de normas que permita tanto un adecuado funcionamiento de las empresas y de la economía como una concepción de la empresa que privilegie los intereses que se quieren alcanzar con determinado sistema político.

Y es verdad: el tema involucra las relaciones y contradicciones entre el derecho y la economía, el capitalismo clásico y el Estado social, entre el libre mercado y el intervencionismo estatal, del derecho de sociedades clásico con el "nuevo" derecho de empresa y el derecho laboral referido particularmente a la cogestión, y principalmente con los paradigmas del derecho, no sólo los actuales sino los pasados y los que están por venir.

En este ensayo, más que explicar en detalle los aspectos técnicos del *Corporate Governance*, trataré de buscar el papel que han jugado los paradigmas del derecho en la discusión actual y sobre todo en el acogimiento e implementación de los sistemas de gobierno de la empresa.

No obstante, es conveniente entrar a dilucidar aspectos que ayuden a entender el problema, motivo por el cual en primera medida y dentro de la presente introducción intentaré definir el *Corporate Governance*, para luego si hablar de como ésta es una de las materias fundamentales que se han visto influenciadas por los paradigmas del derecho.

## EL "CORPORATE GOVERNANCE" O GOBIERNO DE LA EMPRESA

LAS MODALIDADES POR MEDIO de las cuales se accede a la actividad de empresa y con las cuales las empresas son manejadas y gestionadas, los instrumentos mediante los cuales se resuelven los conflictos entre los participantes en el proceso productivo de un país, y además los mecanismos por medio de los cuales se tutela tanto a productores y financiadores como los canales de crecimiento de las empresas, constituyen una articulación de un conjunto de mecanismos de mercado, institucionales y normativos que se conoce con el nombre de *Corporate Governance*.

Son bastantes los trabajos y encuentros que ha motivado el tema del gobierno de empresa, hasta el punto de dejar claro que hoy constituye el principal tema de discusión en el campo del derecho de empresa<sup>2</sup>.

No hay duda de que el sistema que cada país adopta para gobernar sus empresas tiene efectos sobre la competitividad y capacidad de crecimiento económico de una nación; es más, hoy en día los Estados nacionales y los organismos supranacionales compiten con sus legislaciones y sistemas de gobierno empresarial con el fin de que las grandes empresas multinacionales inviertan y

<sup>2</sup> Existe mucha bibliografía sobre el *Corporate Governance*; entre la principal encontramos: J. CHARKHAM y KEEPING GOOD Company. *A Study of Corporate Governance in Five Countries*, Clarendon Press, Oxford, 1995; S. PROWSE. *Corporate Governance in an International Perspective: A Survey of Corporate Control Mechanisms Among Large Firms in the U.S., U.K., Japan and Germany*, in *Financial Markets, Institutions & Instruments*, Vol. 4, N° 1, 1995; M. BIANCO y L. F. SIGNORINI. "Propietà e

controllo delle imprese italiane e mercato della riallocazione", en *XVIII Convegno Nazionale di Economia e Politica Industriale*, Pavia, 1994; *Rivista delle Società*, septiembre, 1997; RAFAEL MANÓVIL. *Grupos de Sociedades*, Abeledo-Perrot, 1998; Centre for European Policy Studies. *Corporate Governance in Europe*, 1995; J. POUND. "The Rise of Political Model of Corporate Governance and Corporate Control", *N.Y. Univ. Law. Rev.*, 1993, pp. 1004 ss.

constituyan negocios en sus territorios. Así por ejemplo, es notable cómo los distintos estados de la Unión Americana compiten por lograr un mayor número de empresas constituidas y funcionando en sus territorios, competencia en la cual el estado de Delaware se caracteriza por contar con la legislación y sistema más eficiente desde el punto de vista económico.

Dijimos anteriormente que el gobierno de la empresa se manifiesta en el crecimiento de la economía de un país; por lo tanto es indispensable un sistema claro y seguro de reglas que ayude a las empresas a conseguir recursos adicionales a los colocados en un comienzo por los inversionistas o accionistas que constituyeron la empresa, lo que genera necesariamente la separación entre la propiedad y el control de las empresas<sup>3</sup>.

Dicha separación origina un problema de control, o mejor de vigilancia de la gestión entre quien se encuentra en la administración, y por tanto gestiona recursos ajenos, y quien aporta los medios financieros. Se parte de la base de que la solución de este problema de confianza parte de la dotación de garantías a los inversionistas, pues de otra manera éstos no estarían dispuestos a efectuar inversión.

Entra aquí a jugar un papel importante el tema de los paradigmas del derecho: de una parte, la existencia de un sistema de gobierno empresarial acorde con las reglas del mercado, donde prime la autonomía privada y en el cual el Estado tenga el deber de respetar el derecho de los agentes económicos a que no existan interferencias en su esfera privada; de otra, un sistema enmarcado dentro del Estado social en el cual exista una imperatividad del derecho de empresa y particularmente del derecho de sociedades con el fin de proteger a los contratantes, orientación que hoy se encuentra en crisis si se tiene en cuenta lo mencionado por autores como Habermas<sup>4</sup>, en lo que tiene que ver con la filosofía del derecho, y en general los representantes del neocontractualismo que se citarán más adelante.

Por esta razón y entendido de que no se trata simplemente de un argumento técnico sino más bien de algo que tiene sus raíces en el pensamiento o mejor en la filosofía, es conveniente comenzar el desarrollo del presente ensayo por el examen de las relaciones que existen entre la economía, la empresa y el derecho.

## I. ECONOMÍA, EMPRESA, DERECHO

NO EXISTE DUDA DE QUE LA relación entre economía, derecho y empresa constituye uno de los principales retos de las ciencias sociales en la actualidad.

¿Cómo asumir desde el punto de vista económico el cuerpo de normas jurídicas cuyo objeto es regular el proceso económico? ¿Cómo debe el derecho comportarse frente a hechos económicos avasalladores y que desbordan la normatividad existente? ¿Cómo afrontar la imaginación de los agentes económicos? ¿La empresa es actividad o sujeto de relaciones jurídicas?

En verdad en el presente escrito sería aventurado y presuntuoso tratar de solucionar los anteriores interrogantes, pero sí es conveniente entregar por lo menos una delimitación de conceptos y relaciones.

<sup>3</sup> M. BIANCO y P. CASAVOLA. "Corporate Governance in Italia: alcuni fatti e problemi aperti", en *Rivista delle Società*, 1997.

<sup>4</sup> J. HABERMAS. *Facticidad y validez*, trad. Jiménez Redondo, Edit. Trotta, cap. IX, pp. 469 y ss., 1998.

## A. LA CONEXIÓN ECONOMÍA-DERECHO

LA RELACIÓN JURÍDICA POR excelencia es la que se contrae con el fin de aprovechar los bienes y servicios. Basta examinar la historia del derecho obligacional para concluir que la relación jurídica de derecho privado fue la primera respuesta del derecho a la necesidad de regular las relaciones económicas entre dos o más personas.

En pocas palabras y en esa perspectiva el derecho surgió como el régimen de la colaboración intersubjetiva en el aprovechamiento de los bienes y servicios de la economía, lo que puede hacer suponer que el derecho se constituye como una respuesta al fenómeno económico.

Pero en realidad tanto la economía como el derecho son cooriginarios de la relación entre las necesidades humanas y los bienes y servicios que tienen aptitud para satisfacerlas. Así, la necesidad de ordenar los intereses en conflicto por el aprovechamiento de los bienes y servicios, y de regular la producción, distribución y consumo de éstos, son fundamento de la relación entre la economía y el derecho.

La solución del problema que deriva de la relación intersubjetiva de colaboración y del proceso económico, creo, no debe ni puede ser independiente, es más, los problemas de derecho y de economía cada día se encuentran más relacionados y pareciera que tuvieran una causación recíproca, hasta el punto de que se condicionan mutuamente<sup>5</sup>.

Es verdad, la relación economía-derecho ha hecho pensar a alguno que el segundo depende de la primera, es decir, el derecho debe estar atento a los cambios y usos económicos para entrar a regularlos, o viceversa, es decir, la economía debe sus reglas de juego solamente a la regulación que de dicho proceso haga el derecho<sup>6</sup>.

Para Marx, la conexión economía-derecho se define en una subordinación de la esfera jurídica a la realidad económica, pues para él el derecho es un ordenador de la convivencia determinado por las formas sociales de producción. Así, toda mutación del derecho se causa en modificaciones operadas en el seno de las fuerzas productivas materiales<sup>7</sup>.

La realidad es que tanto economía como derecho son cooriginarios, es decir, nacieron como consecuencia de la necesidad de satisfacer necesidades humanas y de regular dicho proceso de satisfacción de necesidades, sin que se pueda decir, por lo menos en su inicio, que el uno es fuente del otro o viceversa. En realidad, lo que sucede es que en la actualidad se encuentran íntimamente relacionados, hasta el punto de que la racionalidad y decisión económicas dependen de la posición del derecho frente a ese hecho concreto, y al contrario, el ordenamiento económico debe ir de la mano con las costumbres económicas, acordes con los principios jurídicos y políticos, operantes en la realidad.

<sup>5</sup> LUIS SUÁREZ LLANOS. *Derecho, Economía, Empresa. Elementos de Teoría General de Derecho Patrimonial*, Civitas, 1989, p. 17.

<sup>6</sup> En alguna medida se puede observar que ambas posiciones tienen algo de razón. Si se examina por ejemplo la historia del derecho mercantil se encontrará cierta coincidencia con aquellos que piensan que el

derecho depende de los hechos económicos. Puede verse a este respecto: FRANCESCO GALGANO. *Storia del Diritto Commerciale*, Padova, Cedam, 1989; LORENZO BENITO. *Las Bases del Derecho Mercantil*, Barcelona, Sucesores de Manuel Soler, 1903.

<sup>7</sup> K. MARX. *Contribución a la crítica de la Economía Política*, prólogo.

Para otro sector del pensamiento filosófico, cuando se habla de economía se habla de un derecho que ya se encuentra implícitamente ordenando en el proceso económico; así el derecho es un presupuesto necesario del proceso y las fuerzas productivas. Para Stammler, no es el derecho sino la economía social la que carece de autonomía, pues ella solamente es materia de la vida social entendida como la convivencia de hombres bajo la regulación externa del derecho, que a su vez es la forma en que se presenta la materia de la vida social, es decir, la economía<sup>8</sup>.

La realidad es que esta posición tiene una falla fundamental al creer que la vida social tiene su único fundamento en la relación económica, pues el derecho no solamente regula dicho tipo de comunicación entre hombres sino que constituye un marco mucho más amplio, fruto de la comunicación intersubjetiva<sup>9</sup>, en la cual no sólo se encuentra inmerso el aspecto económico de las relaciones humanas sino también el aspecto familiar, político, penal, moral y hasta religioso. El derecho, desde dicho punto de vista, no se agota en el proceso económico por no constituir éste el marco exclusivo de la actuación del derecho.

Para Max Weber existe una relación de conexidad entre la visión del mundo y la manera de pensar, y la forma como se organiza y desarrolla la actividad económica; dicha visión es la que entrega la religión, siendo la calvinista la orientadora fundamental del comportamiento económico de gran parte de los países occidentales<sup>10</sup>.

No obstante, creo que la afirmación que hizo Marx en el sentido que todo depende de la economía o mejor de la relación entre las fuerzas de la producción es exagerada; creo que en muchas actitudes del derecho se tienen en cuenta aspectos diferentes al económico; por ejemplo, en las regulaciones sobre propiedad intelectual es muy importante el criterio de protección de las ideas humanas, en el derecho de familia se encuentran una cantidad de factores sociológicos, políticos, religiosos, etc.<sup>11</sup>.

Para finalizar este punto, me parece oportuno destacar que quizá lo más importante no es determinar si primero fue el derecho o la economía; más aún, en esta fase del presente escrito no es determinante saber cuál domina sobre el otro, si así fuere, sino más bien concluir que tanto el derecho como la economía son fenómenos de naturaleza social, es decir, se dirigen al hombre y su conducta respecto de su vida en sociedad.

Sin derecho no se puede concebir la convivencia social en estricto sentido, pues el derecho es fundamentalmente ordenación de relaciones entre los hombres, de esa situación de poder-deber; es más, sin sociedad no podría hablarse claramente de derecho, pues éste, como regula las relaciones intersubjetivas, no tendría campo de acción si no existiera un espacio dentro del cual el hombre se relacione.

<sup>8</sup> R. STAMMLER, *Economía y derecho según la concepción materialista de la historia*.

<sup>9</sup> Cfr. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit.

<sup>10</sup> MAX WEBER, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo y Economía y Sociedad*.

<sup>11</sup> Es interesante, por ejemplo, el régimen que cada sistema tiene de responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales: en algunos ordenamientos,

principalmente en el *Common Law* que coincide con los países anglosajones, se privilegia la libertad del administrador y el aspecto económico, quizá por fuerte influencia de la filosofía protestante; en otros países se prefiere un régimen bastante riguroso de responsabilidad, orientación que coincide mucho con los países del *Civil Law* en los que predomina el catolicismo.

Así mismo, la economía es una ciencia social, o mejor, tiene un carácter social, pues el intercambio se efectúa en un mercado que se encuentra dentro del marco social. Es la sociedad la que necesita ser satisfecha en sus necesidades en el mercado de bienes y servicios.

De otra parte, me parece que la relación entre economía y derecho puede resolverse o por lo menos estudiarse determinando los paradigmas que guían a la sociedad desde el punto de vista histórico. Es decir, la conexión economía-derecho depende en gran medida del paradigma que predomina en determinado momento de la historia, de los “paradigmas del derecho”, como los denomina Habermas en el capítulo IX de su obra ya citada<sup>12</sup>; casi que me atrevería a afirmar que dichos paradigmas son fundamentales al momento de construir un determinado sistema de los derechos.

## B. LA EMPRESA

LA EMPRESA PUEDE ENTENDERSE como la unión o conjugación de los factores de la producción con el objetivo de obtener rendimientos.

Pero fundamentalmente la empresa es la idea organizadora de la actividad mercantil, es decir, el intelecto constituye el principal motor de la actividad económica organizada; tanto es así que en la actualidad los bienes materiales pasaron a un segundo orden y se habla fundamentalmente de una economía de la innovación o de las ideas.

Al inicio, la empresa siempre se organizaba individualmente, pero por motivos económicos diversos la actividad ya no debía ni podía realizarse en forma separada o individual por cada unidad productiva o comercial sino que fue necesario potenciar el esfuerzo de cada una.

Así pues, junto al principio de propiedad privada se encuentra el de la libre iniciativa económica o empresarial, que fundamentalmente alcanzó su vigencia con la Revolución Francesa y sustituyó a los gremios y corporaciones medievales<sup>13</sup>.

Al principio prevaleció la concepción liberal decimonónica, en el sentido de relegar al Estado respecto de la actividad económica; con la modernidad, y siempre dentro de una economía de mercado, se aceptó la intervención del Estado tanto en lo que respecta a su actividad ordenadora de la economía como en lo concerniente a su intervención como empresario.

No obstante, sin excluir al Estado, que también tiene derecho a la libre iniciativa económica, la concreción de dicho principio se relaciona más con la empresa privada, caracterizada fundamentalmente por la relación y conjunción de los factores de la producción, capital y trabajo, con el fin de lograr utilidades, o mejor, beneficios económicos.

Ahora bien, la empresa puede utilizarse para delimitar la materia y el concepto del derecho mercantil, es decir, circunscribir la noción de éste alrededor de la noción de empresa<sup>14</sup>.

Para algunos autores, como Mossa, el derecho mercantil se identifica entonces con el derecho de la empresa mercantil, pues el fin del primero es la organización

<sup>12</sup> HABERMAS, *Facticidad y Validez*, cit., caps. III y IX.

<sup>13</sup> GALGANO. *Storia del diritto commerciale*, cit.

<sup>14</sup> RAFAEL MANOVIL. *Grupos de Sociedades*, Abeledo-Perrot, 1998, p. 23.

jurídica del comercio, que equivale a la organización jurídica de la empresa. La empresa viene a ser entonces una persona de carácter económico que se proyecta en el derecho por razón de su actividad<sup>15</sup>.

No obstante, considero que no todas las realidades de la empresa, sea ésta entendida como sujeto o como actividad<sup>16</sup>, puede abarcarlas y conocerlas el derecho mercantil, pues éste nada tiene que ver con las relaciones de trabajo o con el fisco, afirmándose la concepción que el derecho mercantil es un área del derecho privado que regula el estatuto de los empresarios mercantiles, así como la actividad externa que ellos desarrollan en forma de empresa. Como dice Broseta Pont, «el derecho mercantil no es el derecho de la empresa, sino el de su titular y el de su actividad externa»<sup>17</sup>.

La empresa dentro del derecho comienza a estudiarla fundamentalmente la doctrina italiana, en especial durante la elaboración del Código Civil de 1942, en el sentido de si debe considerarse como sujeto o como objeto de derecho.

Dentro de dichos estudios se destaca el de Asquini, que define la empresa como la organización de trabajo y capital con el objeto de producir bienes y servicios para el intercambio. Así, este autor establece cuatro sectores o áreas de la empresa que deben tomarse en cuenta al momento de regularla jurídicamente: el subjetivo, es decir, la empresa como empresario; el funcional, referido a la actividad; el objetivo, relacionado con el establecimiento de comercio o bienes de la empresa; y finalmente el corporativo, que lleva a la noción de institución. Así las cosas, el derecho regulará la empresa proveyendo el estatuto profesional del empresario, la organización interna de la empresa, las normas sobre los bienes de la empresa, y por último, las relaciones externas de la empresa<sup>18</sup>.

Es importante tener en cuenta cómo Asquini, al referirse al aspecto funcional de la empresa, se orienta hacia un concepto según el cual ésta es una institución, y por lo tanto centro en el cual se encuentran intereses colectivos superiores al interés del empresario como tal. Esta concepción desaparece en Italia con la caída del Estado corporativista<sup>19</sup>.

La noción de empresa tiene influencia en gran parte de las áreas del derecho, y conlleva, en primer lugar, que sea casi que aventurado hablar del derecho de empresa, y en segundo lugar, que en una sociedad compleja como la actual sea un error tratar de asimilar la empresa a un concepto jurídico.

Así, es mejor que tanto el derecho como la economía reciban, en lo pertinente, el concepto de empresa con el fin de que ésta sea apta para corresponder a las necesidades de las sociedades complejas.

<sup>15</sup> L. MOSSA. "I problemi fondamentali del diritto commerciale", en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1926, I, 233.

<sup>16</sup> Me atrevo a afirmar que con la Ley 222 de 1995 y con referencia particular a la empresa unipersonal de responsabilidad limitada se consagró en Colombia la idea de empresa como sujeto de derecho.

<sup>17</sup> MANUEL BROSETA PONT. *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*, Madrid, Tecnos, 1965, p. 181.

<sup>18</sup> A. P. ASQUINI. "Profili dell'impresa", en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1942, I, 2. También PIER GIUSTO JAEGER, *La Nozione d'impresa dal Codice allo Statuto*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 14. Un ejemplo de ordenamiento jurídico que haya recibido en gran parte la teoría de la empresa es el italiano, especialmente en el artículo 2082 del C. C. que define el empresario, que en buena parte es base de la definición de empresa.

<sup>19</sup> JAEGER. *La nozione d'impresa*, cit., p. 18.

## II. PARADIGMAS DEL DERECHO - DERECHO PRIVADO

EN LA HISTORIA DEL DERECHO encontramos fundamentalmente dos paradigmas que han orientado, como comprensión de fondo, la actividad legislativa y judicial, siendo el primero de ellos el que corresponde a la etapa del Estado liberal burgués y el segundo a la del Estado social, paradigmas que compiten entre sí y que en realidad son simétricos<sup>20</sup>.

El primer paradigma se traduce en un respeto dogmático por la esfera individual, sin que el Estado pueda intervenir en ese espacio reservado a la autonomía privada; en otras palabras, el poder público no puede encargarse de nada referido al ámbito privado y por ende al derecho privado, pues el modelo se funda sobre una sociedad estructurada económicamente en base al derecho privado (en especial el derecho de propiedad y la libertad de contrato), separada del Estado y regulada casi en su totalidad por el mecanismo de mercado. Así, los sujetos buscan y encuentran su bienestar por medio de la persecución racional de sus propios intereses, pudiendo todos hacer lo que quieran siempre que estén de acuerdo con la ley que garantiza la igualdad en forma abstracta.

Pero la finalidad de justicia social en el ámbito del derecho privado con motivo del ejercicio de la autonomía privada dependía de la suposición de la inexistencia de discriminaciones en el ejercicio de la libertad, lo que en la vida real no ocurría.

Dicho paradigma, que se fundamentaba en la autonomía privada en contraposición a la autonomía pública, hizo crisis, toda vez que se manifestó en injusticias económicas graves y en razón de que su principal norte, que era el libre ejercicio de la autonomía individual, no se alcanzó por las desigualdades materiales que existían en el mundo real. En otras palabras: el libre e igual ejercicio de la autonomía privada no se lograba en la vida práctica pues las desigualdades materiales, ocasionadas por la ceguera social del modelo, no permitían situar a todos en el mismo plano de igualdad para ejercer la autonomía individual<sup>21</sup>.

Por ello, se hizo necesario especificar el contenido de las normas de derecho privado e introducir una categoría nueva de derechos fundamentales que diera la base a la pretensión de recibir una distribución más equitativa de la riqueza producida socialmente. Es verdad, la autonomía privada carece de todo valor sin libertad real, es decir, sin la posibilidad de elegir entre lo existente; además, la autonomía contractual de los agentes no tiene validez en una sociedad industrial que ellos no pueden controlar.

Por esta razón es el Estado quien debe hacer realidad esas pretensiones de asistencia social, en primer lugar materializando el derecho privado y formal de la burguesía por medio de la vinculación obligatoria de la creación, desarrollo y aplicación de las normas jurídicas de carácter privado a los derechos fundamentales con rango constitucional.

Esta nueva concepción del derecho privado persiguió<sup>22</sup> compensar las capacidades en las relaciones económicas de poder, construyendo entonces el

<sup>20</sup> Trasladando un poco las ideas de Habermas acerca de los paradigmas del derecho, podemos decir que el paradigma respecto de la empresa es el conocimiento o idea implícita que de la sociedad y el mercado tienen tanto el legislador como el

juez. HABERMAS. *Facticidad y validez*, cit. cap. IX. H. J. STEINER, citado por HABERMAS. habla no de paradigma sino de visión social.

<sup>21</sup> HABERMAS. *Facticidad y validez*, cit., pp. 469 ss.

<sup>22</sup> En Colombia todavía es un objetivo.

paradigma fundado en el Estado social, que pretende ante todo utilizar el poder administrativo del Estado para que se realice un control efectivo de los subsistemas autónomos, en especial el económico, ya sea previniendo o reaccionando coercitivamente.

La crisis del paradigma liberal clásico se observó primero en el derecho privado, el cual hasta finales del siglo XIX no se vio afectado por la existencia de un orden constitucional democrático, pero con la Constitución de Weimar comenzó esa mezcla que puso a dudar a los juristas acerca de la división entre derecho público y derecho privado, pues se presentó, según algunos<sup>23</sup>, una avalancha de principios del derecho público que invadieron el derecho privado, y según otros, el traslado de principios del derecho privado al derecho público o y una constitucionalización del derecho privado<sup>24</sup>, la que conllevó un cambio en la orientación de este último en el sentido de proteger únicamente al individuo sin que éste tuviera que preocuparse por los efectos sociales de su conducta y, más aún, sin que el Estado pudiera intervenir en su ámbito.

Esta, por así decirlo, pérdida de identidad del derecho privado o del derecho público en razón de la constitucionalización de principios de derecho privado significó que en adelante, y por motivo de la primacía de la Constitución democrática, se desarrollara el contenido de los derechos fundamentales dentro del propio derecho privado, lo que supuso un cambio de paradigma hacia el Estado social; es decir, para subsanar las desigualdades creadas por el esquema clásico el Estado interviene para dotar a los individuos de los mecanismos, reales, que les posibiliten ejercer en igualdad de condiciones su autonomía privada. En otras palabras, se introduce un esquema en el cual se privilegia el carácter inmediato y vinculante de los derechos fundamentales en las relaciones de derecho privado.

El cambio de paradigma de un Estado liberal clásico a un Estado social conlleva un enorme desafío para el derecho privado, sin que hasta el momento en Colombia se tenga conciencia de ello, salvo contadas excepciones.

El paradigma ligado al Estado social tuvo el efecto de hacer entender a los especialistas que el derecho privado va más allá de asegurar la autodeterminación individual, buscando también conseguir la justicia social al proporcionar orientaciones de ética social dentro de un ámbito en el que predominaba la perspectiva del individuo.

Era claro, entonces, que el mecanismo de mercado no funcionaba como había pretendido el modelo liberal clásico, que la sociedad económica no es un sector exento de poder, lo que conduce a que la autonomía privada fundamental para el derecho privado, con ocasión del cambio de circunstancias sociales, sólo pueda imponerse por medio de la materialización de los derechos existentes y de la creación de nuevas categorías de derechos, siempre dentro del ámbito del Estado social<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> HABERMAS. *Facticidad y validez*, cit., pp. 469 ss., opina que fueron los principios del derecho público los que primaron sobre el derecho privado.

<sup>24</sup> STEFANO RODOTA. "Lo specchio di Stendhal. Riflessioni sulle riflessioni dei

privatisti", en *Nuova Rivista di Diritto Privato*, 1997, pp. 5 ss.

<sup>25</sup> Este tema de los paradigmas del derecho se encuentra relacionado con el capítulo III del libro de HABERMAS en el que habla de la reconstrucción interna del derecho: "El sistema de los derechos", p. 147.

Pero realmente, la autonomía privada del derecho privado, entendida como el derecho al mayor grado posible de libertades subjetivas de acción, no mudó en su sentido o significado, sino que, por el contrario, se afirmó más, pero dentro de un contexto distinto en el cual debe ser ejercida. A este respecto es conveniente invocar a Habermas: «El status de sujeto jurídico libre, autónomo en el sentido del derecho privado, viene constituido por la totalidad de todos los derechos relativos a acciones y relativos a status, que resulten de la configuración políticamente autónoma del principio de libertad jurídica. De ahí que el deslinde jurídico de un “ámbito intangible de configuración privada de la propia existencia” sólo pueda tener el sentido de que las restricciones que, llegado el caso, hubieran de introducirse en ese ámbito, habrán de venir sostenidas por razones particularmente importantes»<sup>26</sup>.

Pero el modelo ligado al Estado social también hizo crisis<sup>27</sup>, pues se terminó por afectar lo que el mismo paradigma trataba de salvaguardar: la autonomía privada se restringió al limitar la libertad jurídica de los individuos, entre otras razones por la equivocada contraposición de la autonomía privada a la autonomía pública, que en realidad no se contraponen sino que se suponen entre ellas mismas en razón de que son coriginales.

El motivo de la crisis está sobre todo en que tanto el modelo liberal clásico como el modelo del Estado social comparten una perspectiva productivista de una sociedad conformada en términos de capitalismo de industria. Parten de la base de que la autonomía privada se logra otorgando derechos de libertad, modelo clásico, o de que el Estado debe garantizar prestaciones sociales para lograr la igualdad, olvidando la fundamental relación que existe entre autonomía privada y autonomía pública. Se olvidaron, como lo afirma Habermas, que el derecho se forma democráticamente y que los destinatarios de las normas son sus propios autores<sup>28</sup>.

Así las cosas, se propone un nuevo paradigma que se fundamenta en que:

- a. El camino al modelo liberal clásico está cerrado aun con el neoliberalismo<sup>29</sup>.
- b. De todas maneras se debe repotenciar la esfera individual, pues el Estado social terminó por amenazar su propia razón de ser: el restablecimiento de la autonomía privada.
- c. El Estado social debe proseguir, solamente es necesario pasar a un plano superior de pensamiento.

En pocas palabras, debe existir un equilibrio entre el dominio del sistema económico y la libertad, pues los excesos del poder administrativo terminan por acabar con lo que se intenta proteger.

<sup>26</sup> HABERMAS. *Facticidad y validez*, cit., cap. IX.

<sup>27</sup> Creo que solamente en los países en los cuales se logró el *Welfare* o Estado social: en Colombia creo que algo que no existe no puede hacer crisis.

<sup>28</sup> EMILIO BETTI. *Teoria generale della interpretazione*, Giuffrè, 1949. La razón de ser de la norma jurídica son sus destinatarios,

que en pocas palabras es la idea de HABERMAS al hablar de la formación del derecho.

<sup>29</sup> El neoliberalismo existió como una respuesta al Estado social en los países en donde éste ya tenía vigencia; en Latinoamérica lo hemos aplicado sin garantizar siquiera las prestaciones sociales básicas. Es el problema de importar modelos ajenos a la situación de los países.

### III. PARADIGMAS DEL DERECHO - DERECHO DE SOCIEDADES<sup>30</sup>

En esta parte se pretende poner en conexión una de las principales áreas del llamado derecho de empresa, esto es, el derecho de sociedades, con los paradigmas del derecho, toda vez que parece claro que la evolución actual de la discusión acerca del gobierno de la empresa, y más concretamente de la sociedad anónima, se encuentra muy ligada a la situación paradigmática del derecho.

Es cierto, dentro del debate del *Corporate Governance* un importante sector de estudio es el relativo a la libertad contractual y/o imperatividad de las normas sobre sociedades comerciales, en especial las de capital.

Aquí se hará especial referencia a las sociedades comerciales de capital<sup>31</sup>, es decir, aquellas en las que la calidad del socio deviene fungible, motivo por el cual la persona del contratante no es lo importante, sino que la prevalencia la tiene el capital.

Así mismo vale la pena aclarar que se hace alusión al derecho societario, toda vez que es, si no el principal, uno de los más importantes sectores del derecho mercantil, o si se prefiere de empresa.

Podemos decir que los paradigmas del derecho se reflejan en la ley de sociedades en tres orientaciones, que se analizan a continuación.

#### A. ORIENTACIÓN CONTRACTUALISTA

ESTA TENDENCIA SE ORIGINA con ocasión de la vigencia del paradigma del Estado liberal clásico, motivo por el cual la sociedad comercial es un contrato y no puede surgir más que de un contrato.

Si se analiza la historia de la sociedad anónima se encuentra que ésta surgió dentro del ámbito publicista<sup>32</sup>, pero con el *Code de Commerce* de 1807 comienza a concebirse como un instrumento de derecho mercantil, que es derecho privado, para organizar la empresa.

Lo importante es tener en cuenta que la sociedad anónima y cualquier otro tipo societario era un contrato, y por ende la autonomía privada, con ocasión del paradigma que estaba en vigor, era la reina.

Ante esto, los únicos intereses en juego en materia societaria eran aquellos referidos a los contratantes, sin que pudiera pensarse en la protección de esferas distintas a la de las partes del contrato. Se desechó entonces cualquier posibilidad de referencia a la ética social o, mejor, al bienestar social, al suponer que mediante la protección de la autonomía de los contratantes se lograría el bienestar general, además de que el Estado estaba llamado a ser un simple espectador.

Se podría afirmar que en esencia el sistema societario colombiano se funda sobre este paradigma, pues no existe ninguna referencia importante al interés de

<sup>30</sup> Es importante decir que el derecho de sociedades hace parte del derecho privado.

<sup>31</sup> La sociedad anónima, fundamentalmente.

<sup>32</sup> GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO. *El Poder de decisión en las sociedades anónimas*, Forum Universidad-Empresa, Civitas, 1982, pp. 43 ss. La sociedad anónima no surgió dentro del derecho privado, sino más bien dentro

del derecho público por la necesidad de potenciar el esfuerzo individual ante el reto que representaba la conquista y colonización del nuevo mundo. Solamente con ocasión de los principios emanados de la Revolución Francesa, y especialmente por la codificación de 1807, comenzó a ser concebida como un instrumento de derecho privado para organizar la empresa de grandes dimensiones.

la empresa como tal, sino que, por el contrario, muchas normas tienen como único objetivo proteger la autonomía y capacidad de decisión de los contratantes<sup>33</sup>.

## B. ORIENTACIÓN INSTITUCIONALISTA

ES FIEL REFLEJO DEL PARADIGMA surgido del Estado social. A la vigencia de esta orientación se llegó después de la crisis del Estado liberal, ya sea adoptando reformas de tipo legal o interpretando la norma societaria de conformidad con los principios del Estado social de derecho<sup>34</sup>.

El modelo institucional, por directa influencia del paradigma ligado al Estado social, supone la existencia, detrás del modelo legal, de un arquetipo ideal de sociedades comerciales que opera como ordenador de las relaciones entre los socios y garantiza el equilibrio que debe primar en el ordenamiento societario.

Este arquetipo o estructura paralegal es entonces la guía fundamental en la producción, estudio y comprensión del derecho de sociedades, y coloca una barrera infranqueable a la autonomía privada<sup>35</sup>.

Respecto de las consecuencias de un entendimiento institucional-social del derecho de sociedades se puede mencionar aquella por la cual la ley ya no se remitirá a ser un medio de integración del contrato de sociedad sino de estructuración y conformación del mismo, motivo por el cual la ley tendrá una función directiva emanada de su carácter imperativo; además, tanto la doctrina y la jurisprudencia fundamentarán su opinión no en la voluntad de las partes sino en la intención del legislador, razón por la cual el jurista se limitará a buscar dicha voluntad por medio del recurso a la metodología positivista del derecho<sup>36</sup>.

Además se parte de la base de que la autonomía privada en materia de sociedades, en especial la anónima, no es un don natural de los contratantes sino más bien una concesión del Estado, motivo por el cual se estrechan los controles gubernamentales.

El institucionalismo producto del paradigma ligado al Estado social conlleva a que imaginemos a la sociedad anónima como una máquina jurídica en la cual todo ya se encuentra estructurado y por tanto no cabe sumar nada<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Por ejemplo, las normas sobre responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales son protectoras no solamente del interés de la sociedad comercial sino de los socios, lo que en determinado momento puede conllevar la idea de ser algo inapropiado. Puede verse el artículo 23 y los siguientes de la Ley 222 de 1995. Otro ejemplo lo constituyen las normas sobre vicios del consentimiento que se dirigen a proteger a los contratantes; por ejemplo, la incapacidad absoluta que es tratada como la relativa, el error en la persona del socio, etc. Puede pensarse, en cierta medida, que las mencionadas normas hacen parte del sector institucional, según se busque proteger el interés general o proteger únicamente los intereses perseguidos por los contratantes, pero lo importante es aclarar que en últimas se trata de un problema referido al paradigma que guía la interpretación de la comunidad jurídica.

<sup>34</sup> Países que han adoptado reformas legislativas importantes adoptando el institucionalismo: Alemania, que comienza con la ley de anónimas de 1937, luego la de 1965, además de las leyes de cogestión de 1951, 1952 y 1976; Argentina con la Ley 19.550 de 1972 abolió el entendimiento de la sociedad como contrato. Países que por vía de interpretación adoptaron el institucionalismo: Italia, Francia. A este respecto son importantes todos los esfuerzos de armonización que al interior de la U. E. se han efectuado en materia de derecho societario, esfuerzo del cual se puede deducir siempre la confrontación entre los contractualistas y los institucionalistas, basta mirar por ejemplo la XII Directiva CEE de diciembre de 1989 referente a la sociedad unipersonal.

<sup>35</sup> CÁNDIDO PAZ-ARES, *Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de Sociedades*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1997, pp. 163 y 164.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 165.

Otro punto importante del institucionalismo radica en el papel que la doctrina predominante juega al momento de elaborar la ley de sociedades, pues se encuentra que ésta no es el resultado de la discusión abierta y democrática sino de las concepciones doctrinales predominantes en determinado momento histórico, motivo por el cual la ley se encuentra subordinada al paradigma que rige la comunidad jurídica.

Adicionalmente, encontramos que la tipicidad del derecho societario está hecha para proteger el interés general, pues así se garantiza la arquitectura de la sociedad de capitales y no se deja actuar libremente a las fuerzas del mercado, que de por sí son desequilibrantes y vulneradoras del interés general<sup>38</sup>.

Además de lo anterior, el institucionalismo se caracteriza por la estricta imperatividad de las normas societarias, llegando el intérprete, condicionado por el paradigma del Estado social, al extremo de respetar la autonomía contractual tan sólo cuando la ley en forma expresa la permite y no al contrario, es decir suponiendo la autonomía y deduciendo la limitación de norma expresa<sup>39</sup>.

La situación se torna más clara cuando se ven los prejuicios que crea el paradigma del Estado social por la forma institucional del derecho de sociedades. Así, se tiene un prejuicio tecnocrático por el cual se cree que tanto el legislador como la doctrina se encuentran en mejores condiciones para dotar a las sociedades de capital de reglas eficientes en materia económica; por ello se crean dogmas y se hace imperativo el derecho de sociedades. Además, existe un complejo en el sentido de pensar que se está ante un área espinosa, sofisticada, etc., por lo cual se dice que las partes son ignorantes.

Otra clase de prejuicio es el paternalista, por el cual se desconfía de la autonomía contractual, pues se cree que las partes siempre arrancan de una situación que caracteriza por el desequilibrio económico<sup>40</sup>.

### C. EL NUEVO CONTRACTUALISMO

NO EXISTE DUDA QUE EL institucionalismo entró en crisis, ante todo por la crisis del paradigma ligado al Estado social, es decir, por cuanto la norma societaria trató de subsanar los excesos del mercado con la protección de la autonomía privada, no sólo en su reconocimiento formal sino en su ejercicio real; mediante una inadecuada interpretación de la materialización y constitucionalización de los derechos fundamentales, se llegó al efecto contrario: la autonomía privada cedió y se afectó la libertad individual.

<sup>37</sup> G. RIPERT. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, París, 1951.

<sup>38</sup> P. G. JAEGER. *L'interesse sociale*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 14. También existe un escrito célebre en Alemania que ha sido traducido al italiano hace ya varias décadas; su autor es un famoso industrial alemán de los 30 llamado WALTER RATHENAU ("La realtà della società per azioni", en *Rivista delle Società*, Giuffrè).

<sup>39</sup> Es decir: el intérprete respeta lo pactado en el contrato cuando la norma que se refiere al caso concreto acude a la fórmula "salvo estipulación en contrario" u otra análoga; así, cuando la ley no dice nada al respecto se presume o deduce la imperatividad. La co-

rrrecta interpretación es la contraria: la autonomía y pactos de las partes priman. Salvo cuando las normas expresamente impidan o prohíban estipulación en contrario.

<sup>40</sup> Por ejemplo, no se admiten pactos que refuercen a los administradores en sus posiciones, o que restrinjan los derechos de los socios minoritarios, o que permitan la renuncia a derechos subjetivos por parte de algún socio, por ejemplo, renunciar al derecho de retiro. Esto obedece también a que muchas veces se ha cometido el error de asimilar el socio o accionista al ciudadano, por lo cual los derechos de aquel son irrenunciables como los derechos de ciudadanía.

En el derecho societario actual<sup>41</sup> el institucionalismo hace crisis, toda vez que se torna necesario justificar el paradigma fundado en el Estado social, el cual ya no se presume sino que se deduce. En otras palabras, la falta de autonomía privada no debe presumirse sino derivarse del discurso lógico y racional.

Un ejemplo de la crisis del paradigma institucional que guía al derecho de sociedades es el de presumir la imperatividad de la ley sin más razón que la sinrazón; es decir, la ley en sí misma no es imperativa, pero los intérpretes deducimos que lo es, lo que afecta gravemente la autonomía privada.

Por ello, es necesario que la doctrina abandone el paradigma del Estado social, que se proyecta en el derecho de sociedades haciendo presumir una imperatividad de fondo, proceso que es bastante complicado por el dogmatismo que existe en la formación de los juristas.

El nuevo paradigma debe permitir ver a la sociedad anónima como un espacio de innovación producto de la comunicación, espacio dentro del cual se desarrolla la ordenación privada, constituyéndose, para los juristas, en un instrumento de integración empresarial con valores autónomos.

Además, se comprende que la imperatividad de la ley no es la mejor respuesta a la complejidad del mundo de la empresa; todo lo contrario, la dificultad en gran medida es creada por el prejuicio tecnocrático que impide ver que las partes, en general quienes constituyen una empresa en forma de sociedad anónima, conocen más las internalidades del proceso que los mismos juristas y la ley, razón por la cual también se descarta el exceso de paternalismo, que tiene quizá un propósito plausible pero que en la vida práctica hace suponer que el ejercicio de la autonomía privada es ignorante e incompetente.

Otro problema que se observa con la crisis del institucionalismo es el de que los juristas no piensan, al momento de prestar sus servicios expresando su parecer, en términos del pasado o del presente sino, todo lo contrario, hacia el futuro, al considerar el conflicto como algo ya consumado. En pocas palabras, se puede sacrificar la autonomía privada, y con ella la eficiencia económica, por razones de equidad que todavía no deben expresarse, toda vez que no ha surgido el conflicto que resolverá el juez teniendo en cuenta el paradigma vigente en la comunidad jurídica.

El regreso al contractualismo como respuesta a la crisis del institucionalismo hace pensar que ya no se presume la imperatividad de la ley sino, por el contrario, la ley será restrictiva sólo cuando ella lo diga y no cuando lo deduzca el intérprete<sup>42</sup>.

La idea del retorno al contrato se traduce en la necesidad de llenar el vacío dejado por el institucionalismo en relación con la comprensión económica del fenómeno societario, lo que se soluciona con la autonomía privada, no entendida con base en el modelo liberal, ni neoliberal, sino entendida como mecanismo por el cual se reconstruye el derecho de sociedades. Entre otras razones, el retorno al contractualismo no supone la ley de la selva en materia económica: antes bien,

<sup>41</sup> Deseo hacer claridad en el sentido de que me parece que el derecho societario colombiano se encuentra al margen de esta discusión, al menos en lo que concierne a la adopción de un paradigma que sea mezcla de a aquel referido al modelo liberal y el del Estado social, entre otras razones por la

inexistencia de un Estado social, no únicamente a nivel constitucional sino materialmente hablando.

<sup>42</sup> Aunque podría pensarse de todas maneras en la supresión de la imperatividad en algunas normas que expresamente lo consagran.

puede ser el mecanismo para pensar en términos, no como se hacía en el modelo liberal clásico, de satisfacción de los propios intereses, sino de eficiencia económica que coavyuva al bienestar general; es decir, sin abandonar el curso de la evolución del Estado social.

Así se tendrá un derecho de sociedades cuyo objetivo principal será el maximizar los objetivos de las partes, motivo por el cual el criterio será el de la voluntad de éstas, pero a su vez tendrá el carácter de moderado, es decir, será intercambiable con otras disciplinas y por ende no podrá olvidar el bienestar general.

La concepción contractualista vuelve a tomar fuerza principalmente en Estados Unidos, donde la ley federal y de cada estado estaban influenciadas por el dogma de la imperatividad originada en el paradigma del Estado social<sup>43</sup>.

En efecto, es en la década de los 80 cuando comienza a pensarse que las sociedades de capital deben ser más libres que esclavas a la hora de apartarse de la ley de sociedades<sup>44</sup>. Por lo tanto, la sociedad de capitales debe entenderse ante todo como una criatura contractual o de nexos de contratos<sup>45</sup>; así la principal función de la ley societaria será la de permitir los pactos de las partes entregando sólo un modelo estándar no imperativo, pudiendo los contratantes adoptarlo total o parcialmente.

Como es obvio, la ley tendrá determinado papel imperativo en ciertos casos: ante problemas ambientales, por ejemplo, pero la imperatividad deberá ser la excepción<sup>46</sup>.

Así las cosas, la ley societaria tendrá, siempre buscando el equilibrio entre la libertad contractual o autonomía privada y el Estado social, tres clases de normas<sup>47</sup>:

- a. Las contractuales.
- b. Las legales de carácter supletivo.
- c. Las legales de carácter imperativo.

No hay duda de que en el derecho de sociedades, entendiendo la cooriginalidad entre autonomía privada y autonomía pública, son los agentes quienes están llamados a lograr una correspondencia entre igualdad jurídica e igualdad fáctica, privilegiando las reglas del mercado sin olvidar la razón de ser del Estado social.

En otras palabras, el nuevo derecho societario deberá estar impregnado por la teoría discursiva del derecho lograda por medio de procedimientos institucionalizados jurídicamente por los mismos destinatarios de las normas, en ejercicio de la autonomía pública y de la autonomía privada. Es necesario,

<sup>43</sup> L. FRIEDMAN. *A History of American Law*, 2ª ed., 1985, pp. 511 a 525.

<sup>44</sup> R. POSNER. *Economic Analysis of Law*, 3ª ed., 1986, p. 372; también CARLTON y FISCHER. "The Regulation of Insider Trading", en 35 *Stan. Law Rev.*, 1983, p. 857.

<sup>45</sup> WILLIAMSON. "Corporate Governance", en 93 *Yale Law Rev.*, 1984, p. 1197.

<sup>46</sup> Para mayor bibliografía sobre este tema puede verse: L. BEBCHUK. "Limiting Contractual Freedom in Corporate Law: The Desirable Constraints on Charter Amendments", en *Columbia Law Rev.*, 1989.; F. MCCHESENEY. "Economics, Law, and Science in the Corporate Field: A critique of Eisen-

berg", en *Colum. Law Rev.*, 1989; R. CLARCK. "Contract, Elites, and Traditions in the Making of Corporate Law", en *Colum. Law Rev.*, 1989; F. EASTERBROOK y D. FISCHER. "The Corporate Contract", en *Colum. Law Rev.*, 1989, p. 146; F. EASTERBROOK y D. FISCHER. *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge Ma-London, Harvard Univ. Press, 1991; PAUL DAVIES. *Principles of Modern Company Law*, London, Sweet & Maxwell, 1997.

<sup>47</sup> M. EISENBERG. "The Structure of Corporation Law", en *Colum. Law Rev.*, 1989, pp. 1461 ss.

entonces, según la óptica contractual, que los involucrados en las sociedades de capital se entiendan como autores de las normas que los rigen respecto de la empresa.

Basta entonces concebir que al Estado respecto de la empresa le basta garantizar la seguridad de la actividad económica, pues existe un cambio de tareas estatales, que trasladan el centro de interés a que la empresa cumpla con las normas de los mercados financieros, ambientales, de propiedad intelectual, etc., sin que le sea dado un injustificado paternalismo o una total indiferencia respecto del proceso económico.

Al parecer que la situación colombiana no se puede enmarcar tan fácilmente en el tercer paradigma del derecho, pues en nuestra evolución no hemos alcanzado en la práctica el Estado social: ¿y cómo podríamos hablar de la crisis de algo que no existe?<sup>48</sup>

Con la Constitución de 1991 se trató de implementar el Estado social, proyecto en el que todavía se está trabajando sin que nos sea dado deducir que es suficiente con el cambio de conciencia de los creadores y destinatarios del derecho, pues a diferencia del Estado liberal clásico el Estado social requiere de la conjunción, con las normas, del elemento económico, el cual, como se presume, en nuestro ámbito es insuficiente para poder hablar actualmente de un Estado que protegió tanto a los participantes en la actividad económica que suplantó, por medio de sus prestaciones, la autonomía privada de los contratantes.

Al observar el artículo 333 de la Constitución Nacional se observa que hasta el momento no hemos desarrollado en la práctica el concepto de empresa como función social, que no existe una interpretación y elaboración del derecho privado acorde con los derechos fundamentales enlistados en la Carta Política.

Nuestro derecho privado, salvo algunas excepciones, se encuentra todavía anclado al paradigma liberal clásico, sin que en el medio académico se haya tomado conciencia de la importancia de la ruptura que ocurrió en 1991.

No se puede entonces hablar de un regreso al contrato cuando todavía no se ha salido de él; la reconstrucción del derecho privado y en particular del derecho societario colombiano no se encuentra entonces buscando el paradigma procedimentalista del derecho que equilibra el Estado social con el liberal, sino más bien evolucionando sin saltar etapas, sin copiar por copiar; una vez logrado el Estado social y su agotamiento, lo cual supone un éxito, se podrá hablar de la recuperación privatista del derecho de sociedades y en general del derecho privado consistente no en menos derecho, sino en menos derecho de origen estatal y más de fuente privada.

#### IV. CONCLUSIONES

A. EL DEBATE SOBRE EL *Corporate Governance* o gobierno de la empresa guarda relación estrecha con el paradigma del derecho vigente en la comunidad jurídica, es decir, con la forma de pensar el derecho de conformidad con la evolución

<sup>48</sup> Aunque la Corte Constitucional se pronunció mediante jurisprudencia del 5 de junio de 1992, Sent. T-406, M. P. Ciro Angarita, acerca de la incidencia del nuevo orden constitucional (Estado social de

derecho) en la interpretación de la normatividad, providencia que en mi sentir se refiere a todo el ordenamiento jurídico y por lo tanto al derecho de sociedades y en general a las normas referidas a la empresa.

política, social, económica y cultural. Se puede afirmar incluso que la inquietud en materia de gobierno corporativo se genera en el cambio de paradigma<sup>49</sup>.

B. El derecho privado debe hacerse e interpretarse de conformidad con el paradigma que se encuentre rigiendo en la comunidad jurídica, siendo casi que la principal y primera área del derecho en donde tienen efecto los cambios en la forma de pensar el derecho.

C. La regulación sobre empresa debe estar acorde con las necesidades de la sociedad, estableciendo una adecuada conexión entre la economía y el derecho.

D. La principal regulación existente sobre empresa en materia de derecho privado es el derecho societario, el cual se guía por los paradigmas del derecho.

E. En Colombia debe iniciarse la discusión acerca del gobierno de la empresa por establecer una conexión entre el derecho de sociedades y el listado de derechos fundamentales existentes en la Constitución Nacional; esto en razón de que el Estado social en nuestro ámbito es todavía una aspiración sin que se pueda insistir en el contrato originado en el paradigma liberal clásico. No es posible hablar de neoliberalismo cuando no existe nada de nuevo respecto al primer paradigma (liberal); tampoco de buscar un paradigma procedimentalista del derecho, toda vez que no hemos agotado el modelo que supone el paradigma ligado al Estado social, en especial por la insuficiencia económica y la ausencia del Estado respecto a la garantía material de los derechos fundamentales; y por último, el regreso al contrato debe estar precedido de cambios importantes en la forma de pensar y hacer el derecho de sociedades.

<sup>49</sup> Así, por ejemplo, en Estados Unidos, principalmente en la segunda mitad de la década del 80 (abandonando el institucionalismo); en Alemania un poco después (claro que se habla de un institucionalismo más marcado) se empieza a tener una inter-

pretación más contractual, lo que en alguna medida se refleja ya en los textos legales, por ejemplo el referido a la sociedad anónima simplificada que ataca la tipicidad como dogma del derecho de sociedades.