

# LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES EN COLOMBIA Y EL PROBLEMA DE PRINCIPAL Y AGENTE. SOLUCIONES

*Carlos Andrés Delvasto P. \**

## RESUMEN

El presente es un documento de carácter descriptivo del problema de principal y agente al interior de las firmas. Esboza diversas soluciones, haciendo particular énfasis en los incentivos introducidos al agente a través de la Ley 222 de 1995. Está compuesto por seis puntos: se inicia con una explicación acerca de la conveniente existencia de organizaciones y agentes económicos, desde una perspectiva económica - jurídica; posteriormente describe los tipos societarios comerciales existentes en Colombia, enfatizando en dos cuestiones: a) la representación legal y b) la responsabilidad de los propietarios; a continuación describe el problema de principal y agente, y relaciona cómo se presenta el mismo dentro de las organizaciones económicas. Por último, plantea las posibles soluciones introducidas en la Ley 222 de 1995 y desarrolla las conclusiones.

**Palabras clave:** Principal, agente, Ley 222 de 2005, tipos societarios comerciales, representación legal, responsabilidad de los propietarios.

## ABSTRACT

*This article describes the principal-agent problem within firms. The author outlines diverse solutions, emphasizing the agent's incentives created by Law 222 of 1995. The article is divided in six parts. The author begins by explaining the convenience, from a legal and economic perspective, of having organizations and economic agents. Second, the article describes the types of corporations found in Colombia, paying particular attention to two points: a) legal personality, and b) the owner's responsibility. Third, the author describes the principal-agent problem, and also, fourth, the way in which it appears in economic organizations. Fifth, this paper addresses possible solutions laid down by Law 222 of 1995, and, finally, it presents the author's conclusions.*

**Keywords:** *Principal and agent, Law 222 of 1995, types of commercial corporations, legal personality, owner's responsibility.*

---

\* Abogado y Magister en Derecho Económico, Profesor de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali.

## 1. ORGANIZACIONES ECONÓMICAS Y ESQUEMAS SOCIETARIOS

El mayor rol de las instituciones en una sociedad es reducir la incertidumbre existente en la vida diaria del ser humano<sup>1</sup>. Sobre el particular, debemos agregar que debido a esa incertidumbre, las instituciones surgen como creación humana. El hecho de que la incertidumbre presente en la vida diaria del ser humano, se reduzca, implica que los costos de transacción en el mercado disminuyan, motivo por el cual los agentes económicos lograrán acuerdos cooperativos. En otras ocasiones, los costos de transacción serán altos, al punto que impedirán salidas cooperadas en los diferentes agentes presentes en el mercado<sup>2</sup>.

Cuando los seres humanos desean desarrollar una actividad económica o empresarial tienen tres opciones. La primera opción, es agruparse con otras personas con el propósito de formar una organización o agente económico<sup>3</sup>; la segunda, consiste en adoptar un modelo jurídico que implique la participación única e individual del interesado como agente económico<sup>4</sup>. Las dos opciones anteriores tienen una característica común: ambas implican la creación de una organización económica, sea entidad empresarial o agente económico<sup>5</sup>. La tercera

---

<sup>1</sup> “Las Instituciones son las reglas de juego de una sociedad, o en palabras mas formales, son restricciones ideadas para moldear las interacciones humanas. En consecuencia ellas estructuran los incentivos en el intercambio humano, ya sean políticos, sociales o económicos” (Douglass C. NORTH. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Political Economy of Institutions and Decisions*. Cambridge University Press, 1990, p. 3).

<sup>2</sup> Los costos de transacción son primordialmente los costos del intercambio; los intercambios se componen de tres pasos: a) búsqueda de una contraparte, b) negociación hasta lograr un acuerdo, c) ejecución o garantía de ese acuerdo; estos pasos presentes en una negociación permiten catalogar los costos de transacción en costos de búsqueda, costos de negociación, y costos de ejecución o garantía. (Robert COOTER and Thomas ULEN. “A Review of Microeconomic Theory” Chapter Two. En *Law & Economic*. Fourth Edition, p. 91). Otros autores, como Douglass C. North, dan una visión más amplia al término, al considerar que “en un contexto amplio de evolución social éstos son todos los costos involucrados en la interacción humana a través del tiempo”. (*Transaction Costs Through Time [Costos de Transacción a Través del Tiempo]*, 1994). A lo largo del presente documento se usarán ambas acepciones de costos de transacción de acuerdo al contexto en que se use el término en cuestión.

<sup>3</sup> De acuerdo con Douglass C. NORTH, las organizaciones económicas son una agrupación de personas que se unen bajo unos lineamientos en búsqueda de la obtención de unos fines específicos, los cuales son determinados de acuerdo al marco institucional presente en cada sociedad. Algunos de estos fines son maximizar el bienestar, el ingreso, la riqueza entre otros. (Douglass C. NORTH. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Political Economy of Institutions and Decisions*. Cambridge University Press, 1990, p. 73).

<sup>4</sup> Un ejemplo de este vehículo jurídico individual en la sociedad colombiana lo ofrece el modelo de sociedad unipersonal establecido por el Art. 22 de la Ley 1014 de 2006.

<sup>5</sup> Para los efectos de este documento se entenderá como concepto de entidad empresarial o agente

opción para desarrollar esa actividad empresarial o económica, consiste en hacerlo como persona natural.

Sin embargo, el anterior proceso no es igual en cada sociedad. Las personas, al emprender sus actividades empresariales o económicas, se topan con una realidad que se deriva del marco institucional presente en cada mercado. No es lo mismo agruparse con otras personas y formar una organización económica en un país en vía de desarrollo, que efectuar la misma actividad en un país desarrollado. Existen diversas circunstancias presentes en el marco institucional de una sociedad que hacen que este proceso sea simple en algunos mercados y complejo en otros.

Los marcos institucionales presentes en cada sociedad determinarán cuál es el grado de complejidad o simplicidad de esos procesos; lo cual, consecuentemente, repercutirá en el desempeño económico. Dicho con otras palabras, el marco institucional de una sociedad, bajo ciertas condiciones, arrojará resultados que generen bienestar y crecimiento económico. En otras ocasiones, debido a circunstancias presentes en el marco institucional —o como consecuencia de la relación simbiótica existente entre organizaciones e instituciones<sup>6</sup>, entre otras— producirán resultados poco alentadores en la sociedad<sup>7</sup>.

---

económico el planteado por Ronald H. Coase en *“La naturaleza de la firma”* (1937). El autor sostiene que una firma es *“un sistema de relaciones que se genera cuando la dirección de recursos depende de un emprendedor”*. (Ronald H. COASE. *“La naturaleza de la firma”*. *Economica New Series*, Vol. 4, No. 16, p. 393). Hay que anotar que esta concepción no se encuentra alejada de la concepción de empresa establecida por la Real Academia de la Lengua española. Ésta concibe la empresa como una *“unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos”*.

<sup>6</sup> Las Instituciones se dividen en formales e informales. Las primeras son las reglas que idean los humanos y tienen su máxima expresión en la constitución de una nación y en sus diversas Leyes. Las segundas son Códigos de conducta, reglas sociales, morales o culturales, entre otras; todas éstas afectan la forma como las personas se relacionan en sociedad. Douglass C. NORTH. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Political Economy of Institutions and Decisions*. Cambridge University Press, 1990, p. 3.

<sup>7</sup> Esta situación se ha presentado a largo de la historia en diversos mercados y se encuentra presente primordialmente en mercados de países en vía de desarrollo. Quizás la principal consecuencia que se produce en estos mercados es una mengua las condiciones para que se presente crecimiento económico y bienestar, producto generalmente del favorecimiento de actividades redistributivas y anticompetitivas. Empero, lo anterior no significa que no existan organizaciones que obtengan beneficios, de hecho algunas organizaciones (económicas, políticas e incluso educativas) en estas sociedades serán eficientes en hacer que el marco institucional genere resultados improductivos y que la sociedad sea improductiva. Douglass C. NORTH. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Political Economy of Institutions and Decisions*. Cambridge University Press, 1990, p. 9.

En este orden de ideas, podemos afirmar que el objetivo primordial de las leyes es reducir la incertidumbre presente en la sociedad y, por ende, del mercado<sup>8</sup>; tratándose de derecho empresarial, las Leyes reducen los costos de transacción presentes en el mercado.

Las personas, al asociarse y/o constituir una organización o agente económico, obtienen ciertos beneficios que se pueden clasificar en económicos y jurídicos. Un ejemplo de los primeros se presenta al obtener economías de escala, vitales en la consecución de eficiencia y eficacia en determinados negocios; un ejemplo de los segundos lo constituye la determinación de las reglas de juego que regirán las relaciones entre las personas que participen dentro de la organización o agente económico; incluso, el poder acudir ante la justicia en aras de hacer respetar los derechos de propiedad.

Vale anotar que, sin que importe si se constituye una organización o agente económico, existirá siempre una estructura jurídica; la cual, por sí misma, eliminará la incertidumbre presente en la sociedad y reducirá los costos de transacción presentes en el mercado.

Cuando las personas determinan asociarse bajo un esquema societario obtienen ventajas económicas y jurídicas<sup>9</sup>. Como ventaja económica podemos mencionar la facilidad de obtención de financiación, sea interna o externa. La financiación interna se produce en los entes societarios que corresponden a organizaciones económicas, cuando ésta recibe aportaciones en dinero, y en algunos tipos societarios en especie o en industria. La externa puede ser obtenida por un ente

---

<sup>8</sup> El “*Teorema de Coase*” sostiene que en un mundo sin costos de transacción se presentará una asignación eficiente de recursos, sin que importe cuál ha sido la asignación inicial de derechos de propiedad. No obstante, esta circunstancia es bastante romántica, puesto que siempre existirán costos de transacción, de hecho el solo tiempo destinado a lograr un acuerdo en donde se asignen recursos ya implica la existencia de un costo de transacción. Por eso es que la Ley debe ser estructurada en orden a reducir los costos de transacción presentes en el mercado, que son el causante de los fracasos en los acuerdos privados (Robert COOTER and Thomas ULEN. “*A Review of Microeconomic Theory*” Chapter Two. En *Law & Economic*. Fourth Edition, p. 95. Y Ronald H. COASE. “El problema del costo social”. En *Journal Of Law And Economics*. 1960, p. 7–10).

<sup>9</sup> Los esquemas societarios existentes en Colombia que se tratarán en el presente documento se pueden clasificar, de acuerdo a la propiedad de las mismas, en organizaciones económicas o en agentes económicos. Como organizaciones económicas podemos clasificar, las sociedades colectivas, comanditarias, limitadas, anónimas; y como agentes económicos podemos clasificar cualquiera de los tipos societarios constituidos de manera unipersonal, claro está, con excepción del la sociedad en comandita (Art. 22 ley 1014 de 2006), la cual no es posible constituir de manera unipersonal, debido a que desdibujaría su misma naturaleza.

societario (organización económica o agente económico, indistintamente) y consiste en la obtención de recursos otorgados por bancos u otras entidades crediticias<sup>10</sup>; sin que esto signifique que otras organizaciones o agentes que no correspondan a tipos societarios no puedan obtener financiación de este tipo en el mercado intermediado. Incluso, ciertos tipos societarios y organizaciones económicas podrán obtener recursos en el mercado de capitales. Como beneficios jurídicos podemos citar los mecanismos de algunos tipos societarios que permiten que el saber o *know – how* de una persona se use en beneficio del mercado, al permitir la existencia de socios industriales<sup>11</sup>.

A continuación efectuaremos una breve descripción de las sociedades de capital y personas en Colombia, y determinaremos en cada una de ellas el tipo de responsabilidad, al igual que la representación legal. Sin embargo, no se ahondará en otras peculiaridades de estas estructuras societarias debido a que esa tarea excede el alcance del presente documento.

## 2. SOCIEDADES DE CAPITAL Y PERSONAS EN COLOMBIA<sup>12</sup>

Las estructuras societarias se pueden catalogar como sociedades de personas y de capital<sup>13</sup>. Estas últimas se caracterizan por un elemento: el *intuitu pecuniae*; es decir, su valoración es meramente capitalista o rentística. Por ello el riesgo de

---

<sup>10</sup> Los establecimientos de crédito en Colombia se componen de: establecimientos bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda (A partir de la vigencia de la Ley 546 de 1999, Art. 5º, “*las corporaciones de ahorro y vivienda tendrán la naturaleza de bancos comerciales*”), compañías de financiamiento comercial y las cooperativas financieras.

<sup>11</sup> Francisco REYES VILLAMIZAR. *Derecho Societario*. 2004, p. 1–2. Hay que anotar que la realidad institucional de nuestros mercados, en algunas circunstancias, determina que la conveniencia para ciertos agentes económicos implique la no constitución de una forma asociativa. Esto implica que la estructura jurídica debe adaptarse a estas realidades y en pos de la eficiencia debe innovar nuevos vehículos jurídicos que protejan los derechos de propiedad de las personas y garanticen un respeto a los contratos; un claro ejemplo de esta cuestión es la existencia de empresas unipersonales y sociedades unipersonales en nuestro mercado. A pesar de esta evolución en la estructura jurídica, la realidad económica de nuestro país sigue siendo aterradora: existe evidencia que demuestra que la mitad de la economía de Colombia se encuentra en la informalidad, como consecuencia de diversos aspectos, entre los cuales vale la pena resaltar: la crisis económica padecida a finales de la década del noventa (90), el aumento de la carga impositiva empresarial, al igual que los costos laborales diferentes al salario, entre otros. Para una visión completa consulte: Mauricio CÁRDENAS, Carolina MEJÍA, *Informalidad en Colombia, Nueva Evidencia*. Versión Preliminar, 2007.

<sup>12</sup> En este punto hay que tener en cuenta dos aspectos: 1. En Colombia, cuando nos referimos a una estructura societaria nos encontramos bajo el umbral del Art. 98 del Código de Comercio, el cual nos indica que un contrato de sociedad es aquél en donde “*dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre*

la participación de los socios se reduce al aporte efectuado<sup>14</sup>. Las primeras se caracterizan por otro elemento: el *intuitu personae*, y se conocen como estructuras cerradas en donde es preponderante la calidad del asociado. Por ello, el riesgo de su participación es extensivo, puesto que su responsabilidad cobija el

---

*si las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social*". Al respecto, la Superintendencia de Sociedades sostiene que el contrato de sociedad es un "contrato de colaboración por cuanto los socios buscan el beneficio económico, de manera conjunta o, lo que es lo mismo, colectivamente". (Véase: Concepto Jurídico No. 220-73787, noviembre de 1998, página web <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=45&id=7182>).

En las anteriores definiciones se evidencia una característica transversal presente en todas las organizaciones económicas, la cual consiste en la obtención de lucro o cualquier otro beneficio económico. 2. Cuando nos referimos a estructuras societarias nos estamos refiriendo propiamente a sociedades anónimas, colectivas, comanditarias (simples o por acciones), limitadas y sociedades unipersonales. Debe tenerse en cuenta que existen otros tipos societarios como son las sociedades civiles, de hecho, extranjeras, de familia, entre otras, al igual que otras formas asociativas de trabajo. Sin embargo, para efectos prácticos nuestro trabajo se circunscribe a los tipos societarios inicialmente descritos, los cuales hemos titulado como comerciales o mercantiles.

<sup>13</sup> Existen diversas clasificaciones doctrinarias de sociedades, no obstante, para los efectos de este trabajo se tendrá en cuenta la anterior clasificación. (Véase: Francisco REYES VILLAMIZAR. *Derecho Societario*. 2004, p. 646).

<sup>14</sup> De acuerdo al Art. 98 del Código de Comercio de Colombia, las sociedades comerciales una vez reúnen los elementos de existencia y validez crean una persona con capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones; cuentan para ello con un patrimonio propio, distinto al socio o socios individualmente considerados. Esto implica que cuando la persona jurídica (la firma o sociedad) contrae cualquier obligación, no se afecta directamente a los socios, sino al patrimonio social en sí, dicho en otras palabras, el patrimonio social de la firma o sociedad será la prenda general de los acreedores de la misma. Nótese que hasta el momento el presente documento se ha referido a asociados, es decir el contrato de sociedad (Art. 98 del Código de Comercio de Colombia) implica que deben existir dos personas como mínimo para que pueda constituirse una sociedad. Sin embargo, se debe tener en cuenta una modificación normativa introducida por el Art. 22 de la Ley 1014 de 2006, a través de la cual se elimina el requisito legal anteriormente expuesto de pluralidad en la existencia de un tipo societario. Esta modificación a la estructura societaria tradicional permite a un solo inversionista constituir una estructura societaria denominada sociedad unipersonal, la cual podrá adoptar cualquiera de los diferentes tipos societarios expuestos anteriormente, salvo el de sociedades en comandita, en el cual debe observarse el requisito de pluralidad, es decir la propiedad de la sociedad debe pertenecer a dos personas. Es prudente tener en cuenta que esta figura jurídica establece un limitante jurídico a los agentes económicos que deseen adoptarla, el cual consiste en dos requisitos cuantitativos con respecto al agente económico: 1. que no tengan más de 10 trabajadores en su planta de personal y 2. que no cuenten con activos superiores a 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Para el año 2007 esta cifra asciende a la suma de doscientos dieciséis millones ochocientos cincuenta mil pesos (\$216.850.000.00 de Pesos). (Método de cálculo: 500 x \$433.700.00 SMLMV – Decreto 4580 de 27/12/2006). Las formalidades de constitución de este tipo societario se regirán de acuerdo a la normatividad establecida en el Art. 72 de la Ley 222 de 1995 para las empresas unipersonales. Con respecto a la administración de este tipo societario, en cada caso particular se establecerá la forma de administración, además debe identificarse la persona encargada de esta tarea, al igual que las facultades que su cargo enviste; en caso de no regularse esta cuestión,

patrimonio personal de los socios en el actuar de la persona jurídica<sup>15</sup>. La ley, al determinar la responsabilidad de los asociados, varía dependiendo si se trata de sociedades con un elemento *intuitu pecuniae* o *intuitu personae*. Esta posición de responsabilidad asumida por la ley genera incentivos a los inversionistas, que, incluso, pueden llegar a afectar su comportamiento al interior de las firmas<sup>16</sup>.

Las sociedades comerciales en Colombia se pueden clasificar de acuerdo con la catalogación anteriormente descrita. La sociedad colectiva es el mejor ejemplo de una sociedad *intuitu pecuniae*; la sociedad anónima constituye un ejemplo antagónico del anterior y es la máxima representante de los tipos societarios *intuitu pecuniae*.

## 2.1 Sociedades colectivas<sup>17</sup>

Constituyen el mejor ejemplo de un tipo societario *intuitu personae*. Esta estructura es un vehículo jurídico preponderantemente para tipos de relaciones empresariales familiares, las cuales se caracterizan por la familiaridad, no sólo en los vínculos sanguíneos, sino, en la familiaridad personal o de trato, dicho con otras palabras, debe existir un alto grado de confianza entre los socios de estas firmas.

Lo anterior, es un elemento primordial que debe tener este tipo de organizaciones, puesto que la responsabilidad de los asociados como propietarios de la firma o empresa ante terceros acreedores es solidaria e ilimitada con respecto al pasivo de la compañía, de acuerdo a lo establecido en el Art. 294 del Código de Comercio<sup>18</sup>. Vale anotar que tal responsabilidad es subsidiaria, pues el acreedor sólo podrá acudir ante los socios hasta tanto requiera a la sociedad y demuestre que su petición no fue satisfecha.

---

se entenderá por virtud de Ley que los administradores pueden ejercer cualquier acto comprendido dentro de la actividad de la sociedad unipersonal. Hay que anotar que una vez delegada la administración, los propietarios no pueden efectuar o realizar actos jurídicos en nombre de la sociedad (Art. 22 de la Ley 1014 de 2006 y Art. 72 de la Ley 222 de 1995, Numeral 8°).

<sup>15</sup> De acuerdo al Art. 294 del Código de Comercio, los asociados de éstas pueden ser llamados a cancelar las obligaciones de la organización social cuando los fondos de la misma resultan insuficientes para cancelar el pasivo externo.

<sup>16</sup> Francisco REYES VILLAMIZAR. *Derecho Societario*. 2004, p. 16.

<sup>17</sup> La normatividad que rige las sociedades colectivas en Colombia se encuentra establecida primordialmente en el Art. 294 al 322 del Código de Comercio.

<sup>18</sup> El Art. 319 del Código de Comercio de Colombia constituye un claro soporte al argumento de confianza; si se estudia cualquiera de los numerales de dicha regulación se podrá apreciar cómo la ley busca preservar la confianza interna (propietarios) y externa (terceros) existente dentro de este tipo de compañía o firma.

Lo anterior significa que en términos efectivos el patrimonio general de los socios podrá constituirse en prenda de los acreedores de la compañía; o sea, los acreedores de estas compañías pueden perseguir dos tipos de patrimonios: el de la compañía como persona jurídica y subsidiariamente el de los propietarios de la misma.

Con respecto a la representación y administración de este tipo societario, y en general de las compañías *intuitu personae*, existe una característica general: la facultad en cabeza de los propietarios de poder ejercer la administración y la representación de la firma o compañía, de acuerdo a lo establecido en el Art. 310 del Código de Comercio. Es justamente esta disposición la que da viabilidad jurídica y económica a la sociedad en cuestión, puesto que los incentivos de inversionistas no estarían en armonía con el riesgo tomado si no existiera la norma en cuestión, de no ser así la misma no constituiría un vehículo adecuado para otorgar certeza y seguridad a los inversionistas.

A pesar de que la administración y representación se encuentre en cabeza de todos y cada uno de los socios, existe la posibilidad de poder delegarla en otros socios o en personas externas a la misma sociedad. En este último caso, es necesario obtener autorización de forma expresa por parte de los consocios. Sin embargo, la delegación de la administración no significa que el socio no pueda informarse de lo acontecido en su firma: él mismo o un tercero representante podrán inspeccionar los libros y papeles de la compañía en cualquier tiempo<sup>19</sup>.

## 2.2 Sociedades en comandita

Este tipo societario es considerado mixto, puesto que de acuerdo a la calidad de sus asociados se tendrá que considerar jurídicamente como *intuitu personae*, e *intuitu pecuniae*. Las dos calidades de asociados que participan en este vehículo jurídico se denominan gestores y socios comanditarios<sup>20</sup>; esta diferencia entre asociados se origina debido al grado de responsabilidad que asumen dentro de la compañía, de acuerdo a lo establecido en el Art. 323 del Estatuto Mercantil Colombiano. Con respecto a la responsabilidad de los propietarios de la misma, vale aclarar que los socios gestores tienen un compromiso solidario e ilimitado

---

<sup>19</sup> Debe tenerse en cuenta el Art. 314 del Código de Comercio de Colombia y el Art. 48 de la Ley 222 de 1995. La primera normatividad mencionada sostiene: “*Aun delegada la administración, los socios tendrán derecho de inspeccionar, por si mismos o por medio de representantes, los libros y papeles de la sociedad en cualquier tiempo*”. La segunda establece: “*Los socios podrán ejercer el derecho de inspección sobre los libros y papeles de la sociedad, en los términos establecidos en la ley (...)*”.

<sup>20</sup> Por disposición legal (Art. 323 del Código de Comercio) estas sociedades se conforman “*entre uno o más socios que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad*” y por otro u otros que “*limitan su responsabilidad a sus respectivos aportes*”.

con respecto a las obligaciones sociales<sup>21</sup>, a contrario sensu de lo establecido para el propietario comanditario, quien solamente responde por sus aportes efectuados; es decir, su objetivo al interior de la empresa es meramente rentístico, sin que esto signifique que no sea propietario y por ende que no goce de los privilegios de su condición; por ello, la administración y representación de la firma se encuentra a cargo del socio comanditario<sup>22</sup>.

Las modalidades de las sociedades comanditarias pueden ser simples y por acciones; la diferencia primordial entre estas dos está dada por el régimen jurídico aplicable a los socios comanditarios. En la sociedad comandita simple los aportes de los socios comanditarios se representarían en cuotas sociales y en la comandita por acciones se refleja el aporte como acciones del capital suscrito<sup>23</sup>.

### 2.3 Sociedades de responsabilidad limitada

Este tipo de sociedad es catalogado por la doctrina en Colombia como un híbrido, puesto que como vehículo jurídico posee características de tipos societarios *intuitu pecuniae* e *intuitu personae*. Obedece inicialmente a una sociedad *intuitu pecuniae*, tan es así que su normatividad subsidiaria es la establecida para las sociedades anónimas<sup>24</sup>. Empero, el sistema de administración y representación legal posee un espíritu de sociedad colectiva<sup>25</sup>.

Con respecto a la responsabilidad social de los propietarios, hay que anotar que ella se circunscribe al monto de sus aportes respectivos, exceptuando obligaciones de tipo fiscal<sup>26</sup>, laboral y, en otros casos, previstos en el estatuto mercantil<sup>27</sup>.

---

<sup>21</sup> Para algunos doctrinantes la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios gestores es directa y para otros doctrinantes es limitada, entre los que se encuentran a favor de la responsabilidad solidaria e ilimitada directa está el doctor José Ignacio Narváez G, quien sostiene: “*los socios gestores de las comanditarias asumen por las operaciones sociales una responsabilidad ilimitada y solidaria, pero no de carácter subsidiario sino directa.*” (José Ignacio NARVÁEZ G., *Derecho Mercantil Colombiano, Tipos De Sociedad*. 2ª edición. Bogotá: Legis, p. 133). Otros, como el Doctor Francisco Reyes Villamizar, se identifican con la posición subsidiaria; el citado autor sostiene con respecto a esta disyuntiva: “*una primera, aproximación, con la que nos identificamos, permite sostener que los socios gestores sólo pueden ser obligados a responder una vez que la sociedad hubiera sido requerida vanamente para el pago.*”

<sup>22</sup> Art. 326 y 327 del Código de Comercio.

<sup>23</sup> (Francisco REYES VILLAMIZAR *Derecho Societario*. 2004., p. 54).

<sup>24</sup> Art. 372 del Código de Comercio.

<sup>25</sup> (Francisco REYES VILLAMIZAR. *Derecho Societario*. 2004, p. 60).

<sup>26</sup> Art. 163 de la Ley 223 de 1995. “*Los socios, coparticipes, asociados responden solidariamente por los impuestos de la sociedad correspondientes a los años gravables 1987 y siguientes, a prorrata de sus aportes en la misma y del tiempo durante el cual los hubiesen poseído en el respectivo periodo gravable.*”

<sup>27</sup> Art. 36 del Código Sustantivo del Trabajo y Art. 353, 354, 355 y 356 del Código de Comercio. (Francisco REYES VILLAMIZAR. *Derecho Societario*. 2004, p. 62).

La administración y representación legal de este tipo societario les corresponde en principio a todos los socios o propietarios, según lo establecido por el Art. 358 del Código de Comercio, sin embargo dichas disposiciones son de carácter supletivo; basándose en el principio de la voluntad de las partes, los asociados podrán establecer otro tipo de regulación al respecto; es decir, ellos pueden establecer la creación dentro de la firma de un ente u órgano de administración independiente llamado la junta directiva<sup>28</sup>. En relación a esto, el doctrinante Francisco Reyes Villamizar sostiene que *“la Superintendencia de Sociedades ha señalado con respecto a esta facultad legal que las atribuciones que se le confieran a la junta directiva, si se decide crearla, deberán señalarse expresamente en los estatutos, pues de lo contrario los administradores no tendrán restricciones en la ejecución de las actuaciones dirigidas a cumplir el objeto social, conforme a los Art. 438 y 372 del Código de Comercio”*<sup>29</sup>.

## 2.4 Sociedades anónimas<sup>30</sup>

Este tipo constituye el modelo por excelencia de una sociedad *intuitu pecuniae*; es un vehículo jurídico apto y conveniente para la creación de una industria o de un proyecto de gran envergadura, el cual atrae personas que se asocian, no en virtud de otras personas, sino, debido a la actividad económica que constituye el objeto social de dicha firma. Cualquier persona puede ser accionista de ellas y la contribución inicial puede ser de industria o de capital, el cual debe ser en dinero o especie. El capital se divide en títulos valores corporativos o de participación de igual valor (acciones), los cuales deben ser siempre nominativos.

---

<sup>28</sup> De acuerdo con la Superintendencia de Sociedades, dentro de una firma o compañía la junta directiva cumple una función de *“órgano intermedio”* entre la asamblea y los representantes legales y podrá brindar asesoría a la asamblea. Este órgano se encuentra regulado en algunas cuestiones por la normatividad mercantil, como por ejemplo en lo concerniente con los miembros con los que debe contar la junta directiva (mínimo de tres miembros de acuerdo al Art. 434 del Código de Comercio). Sin embargo, no existe regulación en lo que respecta con las funciones o atribuciones, esta cuestión será determinada por los mismos propietarios de la firma o compañía. (Véase: Concepto Jurídico No. 220-73787 de Noviembre de 1998. página web <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=45&id=7182>).

<sup>29</sup> Francisco REYES VILLAMIZAR. *Derecho Societario*. 2004, p. 63. El Art. 372 del Estatuto Mercantil reza: *“En lo no previsto en este título o en los estatutos, las sociedades de responsabilidad limitada se regirán por las disposiciones sobre sociedades anónimas”*. Y el Art. 438 sostiene: *“Salvo disposición estatutaria en contrario, se presumirá que la junta directiva tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines”*.

<sup>30</sup> Las sociedades anónimas tienen como propósito animar a las personas a participar en una actividad económica, sea comercial, financiera, industrial, etc.; sin temer por una responsabilidad financiera con respecto a la firma.

La sociedad en cuestión se diferencia de otros tipos societarios por la responsabilidad limitada de los propietarios o accionistas en cuanto a las obligaciones del ente societario; la responsabilidad es limitada puesto que la misma podrá presentarse solamente hasta el monto de los aportes dados a la firma. No obstante, existen ciertas excepciones como en el caso del Art. 61 de la Ley 1116 de 2006<sup>31</sup>, en donde se manifiesta que cuando la insolvencia o liquidación judicial sea una consecuencia de la actuación que haya efectuado la sociedad matriz o controlante, directa o indirectamente, *“en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella”*<sup>32</sup>. Al igual que en el caso del Art. 82 de la Ley 1116 de 2006, en el que se establece la responsabilidad civil del pago del faltante del pasivo externo de la firma, en caso que la prenda común de los acreedores se desmejore debido al comportamiento doloso o culposo<sup>33</sup> de socios, administradores, revisores fiscales y empleados<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> En este mismo sentido el Art. 148 de la Ley 222 de 1995 establecía que en el caso que la liquidación obligatoria o concordataria se hubiese producido por la actuación, sea directa o no, *“de la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella”*.

<sup>32</sup> Debemos anotar dos puntos con respecto a esta norma: a) el Art. 61 de la Ley 1116 de 2007 establece una presunción legal al dar por hecho que la situación concursal de la sociedad se deriva del control padecido, y establece que es a la matriz, a la controlante o a las vinculadas a quienes compete desvirtuar y demostrar que esta situación proviene de una causa diferente; b) esta estipulación normativa se aplica a todos los tipos societarios de acuerdo a lo establecido en dicha normatividad.

<sup>33</sup> En este punto es conveniente mencionar que el concepto de prenda general de los acreedores tiene un fundamento en el Art. 2488 del Código civil, el cual estipula que *“toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargados designados en el Art. 1677”*.

<sup>34</sup> El Art. 82 de la Ley 1116 de 2006 sostiene: *“Cuando la prenda común de los acreedores sea desmejorada con ocasión de conductas dolosas o culposas de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados, los mismos serán responsables civilmente del pago del faltante del pasivo externo. No estarán sujetos a dicha responsabilidad los socios que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. En los casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la Ley o de los estatutos, será presumida la culpa del interviniente. Igualmente, serán tenidas por no escritas las cláusulas contractuales que tiendan a absolver a los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos. Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal. La demanda deberá promoverse por cualquier acreedor de la deudora y será tramitada por el proceso abreviado regulado en el Código de Procedimiento Civil, ante el juez del concurso, según sea el caso en uso de facultades jurisdiccionales y en trámite independiente al de la insolvencia, el cual no será suspendido. La responsabilidad aquí establecida será exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario”*.

Estas firmas se encuentran compuestas por tres cuerpos: a) Un órgano de dirección, denominado la asamblea general de accionistas, que deberá ejercer ciertas funciones consignadas en el Art. 420 del Estatuto Mercantil, al igual que las que los estatutos sociales proclamen; la administración de las sociedades anónimas corresponde a gestores temporales y revocables de acuerdo a lo establecido por el Art. 373 del Código de Comercio. b) Un órgano de administración que se denomina la junta directiva, compuesta por no menos de tres personas, cada uno de las cuales tiene un respectivo suplente, de acuerdo a lo proclamado en el Art. 434 del Código de Comercio; las atribuciones de la junta deberán estipularse en los estatutos, de no ser establecidas el Art. 438 del Código de Comercio, establece como facultad de la junta el poder ejecutar o celebrar cualquier acto o contrato comprendido en el objeto social de la firma. c) El último cuerpo de la firma es un órgano de representación, cuya denominación es la de gerente<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Francisco REYES VILLAMIZAR. *Derecho Societario*. 2004, p. 68.

### Matriz Parcial

Sociedad	Responsabilidad de los propietarios	Representación y administración
<b>Colectiva</b>	Es solidaria, subsidiaria e ilimitada (Art. 294 del Código de Comercio).	Corresponde a todos y cada uno de los socios (Art. 310 del Código de Comercio).
<b>Comandita</b>	a) Socios Gestores - La responsabilidad de los socios gestores es solidaria e ilimitada. b) Socios Comanditarios - La responsabilidad de los socios comanditarios se reduce hasta el valor de los aportes efectuados (Art. 323 del Código de Comercio).	Corresponde a los socios gestores o colectivos.
<b>Limitada</b>	Hasta el monto de sus aportes, exceptuando obligaciones fiscales, laborales, y cuando se encuentre incurso en algún tipo de las establecidas en el Código de Comercio (Art. 36 del Código Sustantivo del Trabajo y Art. 353, 354, 355 y 356 del Código de Comercio).	La administración y representación legal de este tipo societario, les corresponde en principio a todos los socios o propietarios (Art. 358 del Código de Comercio). Sin embargo es posible otorgar esta facultad, de acuerdo al principio de la voluntad de las partes, estando sujetas a lo establecido en los Art. 372 y 438 del Código de Comercio.
<b>Anónima</b>	Hasta el monto de sus aportes, de acuerdo a lo estipulado en el Art. 373 del Código de Comercio, exceptuando ciertos casos (Art. 61 y 82 de la Ley 1116 de 2006)	La Asamblea General es el órgano de dirección de acuerdo a lo estipulado en el Art. 419 y ss del Código de Comercio. La Junta Directiva (Art. 434 del Código de Comercio), es el órgano de administración. El Gerente es el órgano de representación (Art. 440 del Código de Comercio).

A continuación plantearemos el problema de agencia, así mismo esbozaremos los principales problemas generados por éste al interior de las firmas.

### 3. PROBLEMA DE PRINCIPAL Y AGENTE<sup>36</sup>

La teoría económica sostiene que el problema de principal-agente, y en general los problemas de agencia, tienen un origen en la existencia de asimetrías de información en los mercados<sup>37</sup>. Este problema se presenta cuando existe una relación de mandato entre dos o más partes, que puede ser de tipo comercial, empresarial, laboral, y familiar, entre otras. En este tipo de circunstancias, una parte, propietaria de un recurso económico, confiere o entrega la administración a la segunda para que lo administre o se encuentre a cargo de aquél. Hay por doquier casos prácticos en donde se presenta este tipo de juegos, por ejemplo en la relación entre: a) un ahorrador o depositante y una entidad crediticia (un banco); b) el inversionista (trabajador) y el fondo de inversión (fondo de pensiones); c) los contribuyentes y el estado; d) padres e hijos; y, claro está, e) entre los propietarios de una firma o compañía y las directivas o trabajadores de la misma<sup>38</sup>.

En todos los anteriores casos nos encontramos ante la existencia de una interrelación económica, en la que una parte (principal) confiere un recurso económico a la otra (agente), para que ésta actúe de acuerdo con su criterio, en interés y en representación del primero. El problema surge cuando, debido a la existencia de asimetría de información en esta interrelación, los incentivos del agente varían en detrimento del interés del principal y en provecho de su propio interés<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Es preciso señalar que el problema de principal y agentes es un tipo de problema de agencia. Con respecto a éste existe diversa literatura, tanto económica como jurídica; podemos mencionar como autores pioneros del mismo a Adam SMITH (*La riqueza de las naciones* - 1776), Adolf BERLE y Gardiner C. JEANS (*La corporación moderna y la propiedad privada* - 1932), Ronald H. COASE (*“La naturaleza de la firma”* - 1937), Joseph E. STIGLITZ (*Information and the change in the paradigm in economics*, -2001), entre otros, incluyendo muchos otros autores contemporáneos. Incluso este problema ha dado origen a nuevas áreas de conocimiento, como es el caso del gobierno corporativo, finanzas corporativas y diseño organizacional. Con la presente descripción busco exponer un problema de agencia comúnmente conocido como el de principal y agente, sin pretender abarcar todo el conocimiento e información existente del tema, simplemente se expondrá de forma resumida y concreta el problema de principal y agente, con el propósito de exponer el raciocinio económico existente en la Ley 222 de 1995, particularmente la normatividad referente a la responsabilidad de los administradores.

<sup>37</sup> La teoría económica sostiene, casi unánimemente, que existen cuatro condiciones en las que un mercado arrojará un resultado no satisfactorio, estas condiciones se denominan comúnmente fallas de Mercado y son: a) bienes públicos, b) fallo de la competencia, c) externalidades y d) asimetrías de información. Existen otros autores que amplían estas fallas a mercados incompletos, imperfectos, complementarios, etc. (véase: Joseph E. STIGLITZ. *“Los fallos de mercado”* Capítulo cuarto. En *La economía del sector público*. Tercera edición, 2003.)

<sup>38</sup> Joseph E. STIGLITZ. *Información y el cambio en el paradigma institucional 2001 (Information and the change in the paradigm in economics)*.

<sup>39</sup> Robert COOTER y Thomas ULEN. *Law And Economics*. Fourth Edition, 2004 p. 196.

Para corregir el problema de principal y agente, la Teoría Económica ha desarrollado variados correctivos. El primer correctivo que trataremos es la estructuración de un contrato que otorgue incentivos adecuados al agente, en orden a obtener un mejor manejo de los bienes o recursos del principal. En caso de no estructurarse adecuadamente los incentivos, se podrán presentar diversos resultados entre los jugadores, como los observados en el cuadro I donde el primer jugador constituye el principal (el propietario de la firma); las opciones o salidas del juego expuesto son: a) invierte y b) no invierte; el segundo jugador será el administrador de la empresa y las opciones de éste son: a) coopera y b) se apropia<sup>40</sup>.

Los resultados de este juego se presentan cuando el primer jugador decide invertir recursos o no<sup>41</sup>; en caso de que no invierta ambos jugadores tendrán 0 como resultado y el bienestar de ambos será igual, su condición será ineficiente respecto de la mejor salida. En cambio si el jugador decide invertir y transfiere los recursos al segundo jugador, entonces el juego depende de si el segundo coopera o no coopera; si decide cooperar el resultado arrojado por la inversión será de 1 más el valor de la inversión efectuada, en este caso la división de la ganancia se efectuará entre el principal y agente en un cincuenta por ciento (50 %) para cada uno; es decir, por partes iguales, arrojándonos un resultado de (+0.5) para el agente y (+0.5) para el principal, y se recupera su inversión totalmente<sup>42</sup>.

En cambio si el agente adopta una actitud no cooperativa y decide apropiarse de los recursos, significará que él ganará uno (+1), puesto que son los recursos invertidos por el principal y el principal perderá; es decir, el resultado para él será menos uno (-1), no sobra decir que en este caso no se generó valor alguno, es decir el juego no fue productivo sino meramente redistributivo<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Robert COOTER y Thomas ULEN. *Law And Economics*. Fourth Edition, 2004 p. 196.

<sup>41</sup> Sin la existencia de un contrato, la decisión de los jugadores —en este caso teórico— depende de su comportamiento con respecto al riesgo. Tratándose del principal, si éste es adverso, lo más probable es que el jugador no invierta; si su comportamiento es propenso asumirá el riesgo e invertirá. En el caso del agente, si es adverso al riesgo no se apropiará del recurso, si es propenso muy seguramente se apropiará del mismo. En caso de que el comportamiento de ambos agentes sea neutro al riesgo, cualquier salida podrá presentarse en caso de no existir un vínculo contractual.

<sup>42</sup> Robert COOTER y Thomas ULEN. *Law And Economics*. Fourth Edition, 2004 p. 196.

<sup>43</sup> Robert COOTER y Thomas ULEN. *Law And Economics*. Fourth Edition, 2004 p. 140 y 196. Debemos aclarar al lector que estos resultados se presentarían en caso tal de que no existiese un contrato entre los agentes o en caso de existir el mismo las condiciones de responsabilidad de los agentes fuesen lo suficientemente laxas como para valorar una salida no cooperada. Otras circunstancias que pueden originar apropiación o “looting”, al igual que temeridad en el manejo de los recursos en caso de existir es la influencia que los agentes tengan con respecto al riesgo, dependiendo de si son propensos, adversos, o neutros se presentará muy seguramente una variación de los resultados finales.

**Cuadro I<sup>44</sup>**

**2. Segundo jugador (Agente)**

		Coopera	Se apropia
		0.5	1.0
<b>1. Primer jugador (Principal)</b>	Invierte	0.5	-1.0
	No Invierte	0	0

Hasta el momento se han expuesto los posibles resultados que se podrán presentar en una situación de principal y agente dado un marco teórico sencillo, en donde se presupone la existencia de dos partes, al igual que el comportamiento que tomarán los agentes. Es aquí donde minimizar y, en algunos casos, eliminar la asimetría de información juega un papel clave en determinar los posibles resultados que se podrían dar.

En caso de existir una asimetría de información entre el principal y agente, las partes no podrán prever el actuar de la contraparte y esto, a su vez, afectará la inversión de recursos. Incluso, bajo la existencia de un contrato (en caso de que no se encuentre estructurado adecuadamente) el desembolso y manejo de recursos podrá ser suficiente incentivo para que el agente varíe en su actuar.

Existen muchas otras posibles circunstancias que acrecientan este tipo de problemas, al igual que existen soluciones para casos particulares. Por ejemplo, la complejidad existente hoy en día en las firmas, sea en la estructura, financiación, administración o manejo, ha ocasionado que se desarrolle un área del conocimiento que tiene como objetivo el estudio y solución a los problemas de agencia, como el de principal y agente, en el interior de estas personas jurídicas. Esta área se conoce como Gobierno Corporativo<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Robert COOTER y Thomas ULEN. *Law and Economics*. Fourth Edition, 2004 p. 196.

<sup>45</sup> El gobierno corporativo son las reglas de juego que regulan la interacción de los diferentes participantes en el interior y exterior de una organización o agente económico y tiene como objetivo incentivar el actuar de los agentes (administradores) en beneficio del principal (propietarios). Vale

A continuación responderemos a la pregunta ¿cómo se relaciona el anterior problema de agencia dentro de las firmas o compañías comerciales en Colombia? De igual forma, desarrollaremos una matriz (Anexo I).

#### **4. ¿CÓMO SE RELACIONA EL ANTERIOR PROBLEMA DE AGENCIA DENTRO DE LAS ORGANIZACIONES ECONÓMICAS?**

El problema de principal y agente, como se mencionó anteriormente, tiene un origen en la asimetría de información presente entre el propietario y los administradores de la firma; esta situación, lleva a que los agentes no prevean el actuar de la contraparte. En caso de que el principal decida invertir sus recursos y los transfiera al agente, no sabe cuáles son las verdaderas intenciones e incentivos del administrador. La solución a este problema se encuentra presente en el marco institucional de cada sociedad. Las instituciones y las organizaciones serán fundamentales para adoptar los correctivos necesarios.

---

anotar, como se dijo anteriormente, que este concepto tiene un origen en autores económicos como Adolf BERLE y Gardiner C. JEANS (*La corporación moderna y la propiedad privada* – 1932), al igual que otros como Ronald H. COASE (*“La naturaleza de la firma”* - 1937); algunos autores colombianos como el profesor Juan Camilo RAMÍREZ sostienen que el gobierno corporativo es *“el sistema (conjunto de normas y órganos internos) mediante el cual se dirige y controla la gestión de una persona jurídica, bien sea de manera individual o dentro de un grupo económico”*; la entonces Superintendencia Bancaria de Colombia, hoy Superintendencia Financiera (véase: Decreto 4327 de 2005), en el documento conceptual y política de supervisión de diciembre 5 de 2005, define el gobierno corporativo como: *“los sistemas y estructuras mediante los cuales las entidades son dirigidas y controladas”* (<http://www.superfinanciera.gov.co/ComunicadosyPublicaciones/supervision062005.pdf>). Una definición más específica de la Superintendencia Financiera es la siguiente: *consiste en el “cumplimiento de principios, reglas o estándares en el manejo de las empresas, que a la vez que permiten el alcance de los objetivos corporativos y su permanente evaluación, constituyen una plataforma de protección a los inversionistas”*. ([http://www.superfinanciera.gov.co/GobiernoCorporativo/governance\\_preguntas.htm#1](http://www.superfinanciera.gov.co/GobiernoCorporativo/governance_preguntas.htm#1)). Debemos anotar que el gobierno corporativo se encuentra íntimamente ligado al desarrollo financiero y económico de una sociedad; al respecto el doctor Bernardo BARONA ZULUAGA sostiene: *“El buen gobierno corporativo se asocia en gran medida a la protección que tienen los proveedores de fondos a las empresas, y se considera uno de los elementos importantes del desarrollo financiero (la protección efectiva a los proveedores- existencia de Leyes y capacidad de hacerlas cumplir- se ha encontrado que está altamente correlacionada con medidas de profundidad de los mercados financieros). La relación entre el desarrollo del mercado financiero y el crecimiento económico se ha corroborado que es directa y estrecha (KING y LEVINE, 1993a, 1993b; LEVINE y ZERVOS, 1996; RAJAN y ZINGALES, 1998). Mercados financieros más desarrollados permiten que las empresas tengan un acceso más amplio a recursos financieros y a un costo menor, lo cual redunda en mayores tasas de crecimiento y generación de empleo.”* (Bernardo BARONA ZULUAGA. *“Importancia y beneficios de las buenas practicas de gobierno corporativo para Colombia”*. Documento consultado en la página web de la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio (Confecámaras), [http://www.kpmg.com.co/files/documen\\_corp\\_gov/release/lb\\_c3\\_01.htm](http://www.kpmg.com.co/files/documen_corp_gov/release/lb_c3_01.htm)).

Hasta el momento hemos descrito los juegos de agencia, entre estos el problema del principal y agente; las posibles soluciones que se pueden dar al mismo son variadas, en algunas ocasiones la solución será proveída por el mercado (un claro ejemplo de esto lo constituye la reputación que percibe el mercado de los agentes y organizaciones económicas); en estos casos la competencia exige que se presenten correctivos tales como la revelación de información o la adopción de políticas y prácticas de buen gobierno corporativo. En otros casos debe presentarse la participación de un tercero, como bien lo constituye el Estado. Un claro ejemplo de la intervención se aprecia en algunos artículos de la Normatividad Mercantil, como el Art. 404 del Código de Comercio y la Ley 222 de 1995<sup>46</sup>.

Con respecto a la adopción de políticas de gobierno corporativo en el interior de las firmas, la solución se da como un resultado de la autodeterminación de los propietarios<sup>47</sup>. Vale mencionar que esto se debe a diversas razones, como que los propietarios sean: a) los más interesados en minimizar los efectos perversos ocasionados, por problemas de este tipo, en el interior de sus firmas o compañías; b) quienes más conocen sus propias organizaciones o agentes económicos; c) que tengan como fin maximizar su inversión. Existen otros motivos que pueden ocasionar a las firmas adoptar dichas medidas, algunas de estas son: la competencia existente en los mercados, la necesidad de incursionar en otros mercados, innovar en desarrollo y tecnología, integrarse con otras firmas. Incluso, la misma obtención de recursos en los mercados financieros, sea en el intermediado o no intermediado, acarrea la necesidad de evitar este tipo de riesgos, generalmente adoptando políticas y prácticas de buen gobierno corporativo<sup>48</sup>.

En el capítulo anterior presentamos el problema de principal y agente entre los propietarios de una compañía y administradores. Sin embargo, este problema no solo se puede presentar entre estos, sino entre otros agentes participantes de la compañía, un ejemplo de esta cuestión se presenta a continuación:

---

<sup>46</sup> A manera de ejemplo debe tenerse en cuenta los Art. 22 a 25 de la Ley 222 de 1995.

<sup>47</sup> Con respecto a esta cuestión consideramos ilustrativo resaltar que para Diciembre de 2005 en Colombia tan sólo 112 sociedades habían adoptado prácticas de buen gobierno corporativo; entre las que lo adoptaron vale la pena mencionar: Almacenes Corona S.A., Almacenes Éxito S.A., Gaseosas Posada Tobón S.A., Municipio de Medellín (se debe aclarar que aunque el Municipio de Medellín no es una firma, sí participa como un agente económico en el mercado no intermediado al emitir valores, debido a esta circunstancia y como garantía para los inversionistas a través del Decreto 466 de 2002, se adoptó el Código del Buen Gobierno para Medellín) (Superintendencia Financiera de Colombia, véase: [http://www.superfinanciera.gov.co/web\\_valores/?MIval=w\\_lista\\_governance.html](http://www.superfinanciera.gov.co/web_valores/?MIval=w_lista_governance.html)).

<sup>48</sup> Para profundizar en esta cuestión véase: Colin MAYER. *Corporate Governance, Competition, and Performance, Organisation For Economic Co-Operation And Development*, 1996.

a) Esta situación se presenta en algunos tipos de estructura societaria en donde existe responsabilidad limitada de los propietarios y existe una división entre el control y la propiedad de la firma o compañía. Con el propósito de explicar esta situación, supongamos que en estas firmas hay dos tipos de propietarios, los primeros serán los mayoritarios y quienes detenten el control al interior de la firma, los segundos serán los minoritarios<sup>49</sup>. En estos casos existe un incentivo para que los propietarios minoritarios no monitoreen y controlen la compañía; es decir, los primeros se relajarán como propietarios y debido a que su responsabilidad en la misma se encuentra limitada a la misma inversión, entonces, tomarán una postura de gorriones o *free riders* con respecto a los propietarios mayoritarios.

La responsabilidad es el principal elemento que deben tener en cuenta los acuerdos privados y la normatividad legal; es decir, contratos entre asociados e incluso laborales con personas que posean facultades de administración y representación de la compañía, leyes tanto supletivas como de orden público, cuando los costos de transacción del mercado lo ameriten.

Asimismo, los acuerdos privados y la normatividad legal deben establecer incentivos a los diferentes agentes que se relacionen en el interior de una firma o compañía. Dicho en otras palabras, se deben establecer incentivos entre los asociados, administradores, trabajadores, al igual que con cualquier otro grupo o agente que tenga un interés social o corporativo.

La responsabilidad es un elemento primordial en el desarrollo de incentivos adecuados entre agentes. De él depende que los propietarios, administradores, directivas e incluso trabajadores en el interior de una firma se relajen o no en sus

---

<sup>49</sup> El control en una firma, en la generalidad de los casos, se presenta al detentar la mayoría decisoria en el máximo órgano de la sociedad. Sin embargo existen situaciones en donde no necesariamente se tiene la propiedad pero sí el control de la firma; estas situaciones se conocen como: “*control interno de hecho*”, este control se obtiene a través de “*acuerdos parasociales*”, los cuales se encuentran permitidos en el Art. 70 de la Ley 222 de 1995; de acuerdo al mismo, éstos se presentan cuando “*dos o más accionistas que no sean administradores de la sociedad, podrán celebrar acuerdos en virtud de los cuales se comprometan a votar en igual o determinado sentido en las asambleas de accionistas. Dicho acuerdo podrá comprender la estipulación que permita a uno o más de ellos o a un tercero, llevar la representación de todos en la reunión o reuniones de la asamblea. Esta estipulación producirá efectos respecto de la sociedad siempre que el acuerdo conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. En lo demás, ni la sociedad ni los demás accionistas, responderán por el incumplimiento a los términos del acuerdo*”. Para obtener mayor información en lo que respecta a esta cuestión sugerimos consultar: Pablo Andrés CÓRDOBA ACOSTA, El gobierno de la empresa de grupo: visión del grupo empresarial en la perspectiva del gobierno corporativo, La empresa en el siglo XXI, p. 133.

labores o en su rol. Si la responsabilidad de los diversos agentes se estructura para incentivar un comportamiento adecuado entre agentes podremos solucionar problemas en el interior de la firma como el presente entre el principal y agente.

Un claro ejemplo que soporta nuestra posición es cuando la Ley determina los incentivos de ciertos tipos societarios. La ley establece diversas responsabilidades a los propietarios y de acuerdo con ello determina que la representación y administración de la sociedad esté acorde con la responsabilidad. Un ejemplo de esta situación, se observa en la normatividad aplicable a los tipos sociales colectivos en donde los asociados son solidaria, subsidiaria e ilimitadamente responsables con respecto al pasivo de la sociedad de acuerdo a lo establecido en el Art. 294 del Código de Comercio, y por ello corresponde a todos y cada uno de los socios, de acuerdo a lo establecido en el Art. 310 del Código de Comercio, la representación y administración de la sociedad.

De igual forma, podemos observar que la Ley efectúa este mismo balance entre responsabilidad social y la administración y representación de la sociedad, tratándose de sociedades en comandita, al igual que en las limitadas y las sociedades anónimas.

Sin embargo, en cada uno de estos tipos societarios encontramos peculiaridades que nos permiten presumir la existencia de problemas de agencia. Por ejemplo, en el caso de las sociedades comanditas, el problema se presenta entre los socios gestores o colectivos y los socios capitalistas o comanditarios, como bien expusimos anteriormente, en este tipo de sociedad la administración y representación corresponde inicialmente a los socios gestores. Por tanto, podemos concluir que la razón para que se dé el problema es el grado de responsabilidad de los socios gestores (si se encuentran insolventes y proclives al riesgo). Aunque somos conscientes de que el derecho de inspección en cabeza del socio comanditario, de acuerdo a lo establecido en el Art. 339 del Estatuto Mercantil, constituye un elemento clave en la eliminación de las asimetrías de información existentes entre éstos y los socios gestores, también somos conscientes de que aquel derecho de inspección implica costos de transacción y que, por ende, el monitoreo puede resultar ineficaz; por tal motivo en estas situaciones puede presentarse un problema de principal y agente.

Los acuerdos privados también constituyen un mecanismo eficaz con el cual se pueden evitar el problema de principal y agente. En las sociedades limitadas, donde es posible delegar a un organismo la administración de la firma, deben establecerse en el contrato social las atribuciones de dicho organismo y procurar

incentivarlo para que actúe de la mejor forma en beneficio de los propietarios de la compañía.

En el caso de la sociedad anónima, estos problemas de principal y agente buscan ser aminorados con la normativa comercial, particularmente con la creación de un organismo de dirección: la asamblea general de accionistas. Ésta debe cumplir con ciertas funciones taxativamente señaladas en el Art. 420 del Código de Comercio y con otras que pacten los asociados de acuerdo con sus propios intereses. Debe cumplir con las reuniones ordinarias anuales, con la posibilidad de efectuar reuniones extraordinarias y debe ser consciente de la ineficacia de las decisiones tomadas por la asamblea en contravía de las disposiciones establecidas en los Art. 419 a 433 del Estatuto Mercantil. En otras palabras, la normatividad legal y los acuerdos privados en este tipo de estructuras sociales buscan aminorar los problemas de agencia existentes, como son el de principal y agente.

Por último, creo importante mencionar que el principal remedio para los problemas de agencia, en especial el de principal y agente, es la adopción de políticas y prácticas de buen gobierno corporativo en el interior de las firmas, las cuales se pueden implementar por virtud del mismo mercado, a través de la autorregulación (mecanismo privado) o con intervención del Estado en este sector de la economía, al imponer normas que generen incentivos a los agentes participantes de las firmas. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que los dos anteriores mecanismos no son excluyentes sino complementarios y que la adopción de uno u otro dependerá del costo de transacción presente en el mercado.

## **5. ¿POSIBLES SOLUCIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 222 DE 1995?**

La Ley 222 de 1995 en sus Art. 22, 23, 24 y 25 introdujo ciertas modificaciones que aminoran el problema de principal y agente. El Art. 22 describe quiénes son considerados administradores de una firma o compañía; el legislador establece que ciertas personas dentro de la firma, de acuerdo a sus calidades se cataloguen como administradores: administradores, representante legal, liquidador, factor, los miembros de juntas o consejos directivos. Esto evita que se desdibuje la calidad de administradores de estas personas, sin que signifique que otros agentes en el interior de una firma no puedan detentar una posición catalogada como de administrador por virtud del régimen estatutario, es decir se da vía libre a la autorregulación estableciendo un mínimo legal.

El Art. 23 señala cómo debe ser el comportamiento de los administradores: Éstos deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios; de igual forma, sus actuaciones deben efectuarse en interés de la sociedad, por lo que debe valorar el interés de los asociados.

Este postulado busca determinar el comportamiento de los administradores y es de vital importancia por establecer patrones de conducta a través de principios de buena fe, de diligencia o cuidado, de lealtad (que son mejor un “*deber ser*”<sup>50</sup>). Ahora bien, hay que tener en cuenta que esta normatividad tiene como objetivo incentivar el comportamiento de los administradores. Empero, debido a circunstancias existentes en el marco institucional—tales como la seguridad jurídica inadecuada, lentitud en la resolución de conflictos, al igual que cualquier otra circunstancia que implique una falla en la ejecución de la normatividad descrita—los agentes pueden no percibir este incentivo de manera correcta. Por ende, consideramos que esta norma debe complementarse con un mecanismo adecuado, como la adopción de prácticas y políticas de buen gobierno corporativo, suscripción de contratos con primas, bonificaciones de acuerdo a resultados, la suscripción de garantías o pólizas de cumplimiento, los cuales busquen alinear el comportamiento del agente con los intereses del principal.

Existen deberes determinados que los administradores deben realizar, que se encuentran señalados en el Art. 23 de la Ley 222 de 1995. A continuación se expondrán:

1. *“Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social”.*
2. *“Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias”.*
3. *“Velar por que se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal”.*
4. *“Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad”.*
5. *“Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada”.*
6. *“Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección a todos ellos”.*
7. *“Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de los socios o asamblea general de accionistas”.*

---

<sup>50</sup> Francisco REYES VILLAMIZAR. *Derecho Societario*. 2004, p. 444.

Como bien se aprecia, estos deberes implican un actuar negativo y otro positivo; es decir, imponen obligaciones a los administradores de hacer y no hacer; lo inquietante es que muchas de las obligaciones de hacer constituyen verdaderas directrices al comportamiento de los administradores, directrices que deben catalogarse como subjetivas, puesto que corresponden más al modo de pensar o de sentir de los administradores. Aunque éstos constituyen una norma de obligatorio cumplimiento, la realidad es que constituyen un incentivo a los administradores una vez se haya presentado y demostrado la conducta, o sea su carácter será eminentemente ex-post, constituirá un correctivo al administrador que transgreda sus deberes fiduciarios y será un medio para que otros administradores no transgredan estos deberes legales.

No obstante, la normatividad no es un mecanismo ex-ante que prevenga la conducta del agente al incentivar su comportamiento sin necesidad de que participe un tercero, sea la Superintendencia de Sociedades o un juez de la República<sup>51</sup>. Éste será complementado con la aplicación de políticas y prácticas de buen gobierno corporativo, al igual que al estructurar contratos que valoren estos riesgos entre principal y agente.

En este orden de ideas, se considera que esta normatividad no constituye un mecanismo del todo completo para incentivar el comportamiento de los administradores, puesto que no afecta del todo los incentivos de los anteriores.

El Art. 24 de la Ley 222 de 1995, se incorporó al Art. 200 del Estatuto Comercial y sostiene que *“los administradores responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros”*.

Este párrafo constituye un incentivo al actuar de los administradores, sin embargo sobre el mismo tenemos varios reparos. Si bien constituye un incentivo ex-post, el mismo afecta el actuar del administrador una vez se ha presentado el suceso; dicho en otras palabras, no lo evita sino que lo reprende y aun si la reprensión lo

---

<sup>51</sup> La superintendencia de sociedades sanciona administrativamente en algunos casos a los administradores que incumplan con ciertos deberes fiduciarios, en otros casos corresponderá a los jueces de la república conocer dichos asuntos. Sobre el particular a través la circular externa numero 20 de 1997, dicha entidad sostuvo que *“tratándose de sociedades sujetas a su vigilancia”*, (es pertinente para la superintendencia) *“pronunciarse en relación con la existencia de conflictos de interés, actos de competencia y utilización indebida de la información privilegiada, previa formulación de queja por quien se encuentre legitimado para hacerlo.”* Tratándose de sociedades *“sujeta a inspección, el quejoso formulara la correspondiente solicitud de investigación administrativa”*. (paréntesis fuera de texto)

evitase, siempre podrá presentarse una valoración por parte del administrador acerca del beneficio que representará adoptar determinado comportamiento. Es decir, el agente podrá efectuar un análisis costo beneficio, y un factor determinante de este análisis lo constituirán la seguridad jurídica y el grado de respeto a los contratos que exista en el sistema judicial de la sociedad y aunque la responsabilidad está determinada como solidaria e ilimitada, realmente ésta constituye una alarma para que el administrador evite ser objeto de la misma, sea efectuando un traspaso de sus bienes a terceros mucho antes que su comportamiento pueda ocasionar la responsabilidad o de cualquier otra forma; lo importante es que no tendrá activos evitando así cualquier repetición en su contra.

Con respecto a este punto, es oportuno mencionar, como se ha sostenido a lo largo de este documento, que la normatividad no constituye un mecanismo del todo completo para incentivar el comportamiento de los administradores, ya que su naturaleza es la de un mecanismo ex-post. Por ello, es conveniente que se complemente con otros mecanismos.

Por último el Art. 25 de la Ley 222 de 1995 estableció la acción social de responsabilidad contra los administradores. Como características de la misma podemos mencionar que se encuentra en cabeza de la compañía, previa determinación tomada por la asamblea general o junta de socios, al igual que por cualquier administrador, revisor fiscal o por cualquier socio en interés de la sociedad, cuando ésta hubiese tomado la decisión a través de la asamblea o junta de socios y no se hubiese iniciado la misma en los tres meses siguientes a la fecha de la resolución.

Los acreedores que representen como mínimo el cincuenta por ciento (50%) del pasivo externo tendrán derecho a ejercer esta acción cuando el patrimonio de la sociedad sea inferior a los créditos de la compañía.

Con respecto a esta acción debemos afirmar que es conveniente puesto que materializa la acción de responsabilidad de los administradores a la firma como tal, al igual que a los acreedores de la misma; de esta forma se evitan confusiones con respecto a quienes deben ejercerla, y evita problemas de agencia entre los acreedores de la compañía y los propietarios de la misma. Sin embargo, reiteramos la necesidad de establecer mecanismos para incentivar y controlar el comportamiento de los administradores de la compañía, y si en un momento determinado varía el comportamiento del mismo, sea a través de mecanismos contractuales o mecanismo de monitoreo de terceros.

**Matriz Final (Anexo 1)**

<b>Sociedad</b>	<b>Responsabilidad de los propietarios</b>	<b>Representación y administración</b>	<b>Problemas de agencia (Principal y Agente). Soluciones Ley 222 de 1995</b>
<b>Colectiva</b>	Es <i>"solidaria, subsidiaria e ilimitadamente de acuerdo a lo establecido en el Art. 294 del Código de Comercio"</i> .	Corresponde a <i>"todos y cada uno de los socios"</i> (Art. 310 del Código de Comercio).	La Ley 222 de 1995 en sus Art. 22, 23, 24 y 25 Efectos penales Art. 43 de la misma ley.
<b>Comandita</b>	La responsabilidad de los socios gestores es solidaria e ilimitada, la responsabilidad de los socios comanditarios será la de los aportes efectuados (Art. 323 del Código de Comercio).	<i>"Corresponde a los socios gestores o colectivos"</i>	La Ley 222 de 1995 en sus Art. 22, 23, 24 y 25 Efectos penales Art. 43 de la misma ley.

<p><b>Limitada</b></p>	<p>Hasta el monto de sus aportes, exceptuando obligaciones fiscales, laborales, y cuando se encuentre incurso en algún tipo de las establecidas en el Código de Comercio. (Art. 163 de la Ley 223 de 1995. Art. 36 del Código Sustantivo del Trabajo y Art. 353, 354, 355 y 356 del Código de Comercio).</p>	<p>La administración y representación legal de este tipo societario, le corresponde en principio a todos los socios o propietarios de la misma (Art. 358 del Código de Comercio). Sin embargo es posible otorgar esta facultad, de acuerdo al principio de la voluntad de las partes, estando sujetas a lo establecido en los Art. 372 y Art. 438 del Código de Comercio.</p>	<p>La Ley 222 de 1995 en sus Art. 22, 23, 24 y 25 Efectos penales Art. 43 de la misma ley.</p>
<p><b>Anónima</b></p>	<p>Hasta el monto de sus aportes, de acuerdo a lo estipulado en el Art. 373 del Código de Comercio, exceptuando ciertos casos (Art. 148 y Art.</p>	<p>La Asamblea General es el órgano de dirección de acuerdo a lo estipulado en el Art. 419 y SS del Código de Comercio. La Junta Directiva</p>	<p>La Ley 222 de 1995 en sus Art. 22, 23, 24 y 25 Efectos penales Art. 43 de la misma ley.</p>

## 6. CONCLUSIONES

- Debido a las condiciones jurídicas y económicas existe un problema que en el argot de la literatura económica se conoce como el problema de principal y agente.
- El problema de principal y agente se presenta en las relaciones entre propietarios de una firma y los administradores y representantes legales de la misma, también se puede presentar entre el accionista minoritario y quien detenta el control de la compañía o firma.
- El Código de Comercio, al igual que la Ley 222 de 1995, estipula obligaciones de hacer y no hacer a los administradores. Estas normas tienen como propósito aminorar los efectos de los problemas de agencia entre propietarios y administradores.
- Estas normas constituyen una clara intervención del Estado en la economía, buscando disminuir costos de transacción presentes en el interior de las firmas.
- Estas normas no son suficientes, puesto que no constituyen un incentivo ex-ante sino ex-post, es decir buscan eliminar el problema una vez acaecido el mismo y no prevenirlo.
- Es oportuna la inclusión en los contratos de todos aquellos que detentan la calidad de administradores de una firma, mecanismos que incentiven el actuar del agente en beneficio del principal. Es aquí donde se torna relevante el papel que efectúe el gobierno corporativo en la solución (ex-ante) de estos problemas presentes en algunas estructuras societarias en Colombia.
- Es conveniente que al implantar políticas de gobierno corporativo en el interior de una firma se haga un análisis de los incentivos y beneficios que se establezcan a los agentes con el fin de alinear su comportamiento a favor del principal.
- Es necesario que al implantar y determinar las políticas en el interior de las firmas los agentes gocen de cierto grado de independencia y autonomía en la toma de decisiones, con respecto a la firma, solo de esta forma podrán ser competitivos en el mercado.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- BARONA ZULUAGA, Bernardo. “Importancia y beneficios de las buenas prácticas de gobierno corporativo para Colombia”.
- CÁRDENAS, Mauricio, MEJÍA, Carolina, *Informalidad en Colombia, Nueva Evidencia*. Versión Preliminar, 2007.
- COASE, Ronald H. The Nature Of The Firm, *Economica New Series*, V. 4, No. 16, 1937.
- COASE, Ronald H. “The problem of social cost”. En *Journal Of Law And Economics*. 1960.
- COOTER, Robert, and ULEN, Thomas. “A Review of Microeconomic Theory” Chapter Two. En *Law & Economic*. Fourth Edition.
- CÓRDOBA ACOSTA, Pablo Andrés, El gobierno de la empresa de grupo: visión del grupo empresarial en la perspectiva del gobierno corporativo, La empresa en el siglo XXI.
- MAYER, Colin. *Corporate Governance, Competition, and Performance, Organisation For Economic Co-Operation And Development*, 1996.
- NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Political Economy of Institutions and Decisions*. Cambridge University Press, 1990.
- NORTH, Douglass C. *Transaction Costs Through Time*, 1994.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho Societario*. 2004.
- STIGLITZ, Joseph E. “Los fallos de mercado” Capítulo cuarto. En *La economía del sector público*. Tercera edición, 2003.
- STIGLITZ, Joseph E. *Information and the change in the paradigm in economics* ,2001.
- SMITH, Adam. *La riqueza de las naciones*, 1776.
- Conceptos Jurídicos y Circulares Externas Superintendencia de Sociedades:  
Concepto Jurídico No. 220-73787, Noviembre de 1998, página web <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=45&id=7182>  
Concepto Jurídico No. 220-73787 de Noviembre de 1998. página web <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=45&id=7182>  
Circular externa numero 20 de 1997. Documento conceptual y política de supervisión de diciembre 5 de 2005.