

UNIVERSIDAD ICESI

MAESTRÍA EN DERECHO

ÉNFASIS DERECHO EMPRESARIAL

**LA INFORMALIDAD EMPRESARIAL UN PARADIGMA EN
DECADENCIA**

ESTUDIANTE

EMILIO ANTONIO RAMIREZ LOPEZ

CÓDIGO 11591004

IV SEMESTRE

SANTIAGO DE CALI

JUNIO 2013

LA INFORMALIDAD EMPRESARIAL UN PARADIGMA EN DECADENCIA

En la actualidad se puede percibir como el auge del comercio contemporáneo, ha venido siendo influenciado en gran medida por la globalización, contrario a lo que sucedía en otros tiempos, en los cuales el comercio sólo presentaba políticas de control de algunos países específicos, conocidos en su momento como estados industrializados. Con el paso del tiempo, esta tendencia poco a poco ha venido desapareciendo, siendo la globalización un factor económico organizado que se distingue por la unión de países para la creación de bloques comerciales, a los cuales acuden los estados con el fin de pactar beneficios comerciales especialmente de orden arancelario en común. De esta forma, la economía mundial se expande para conseguir un beneficioso e importante impacto comercial, mediante la implementación de políticas económicas para una adecuada y sostenible producción de bienes de capital.

El fenómeno de la **globalización**¹ en sentido amplio es producto de proceso que comprende aspectos políticos, económicos, sociales y culturales, que van más allá de la sola eliminación de aranceles o medidas para-arancelarias en el flujo de comercio entre naciones y bloques, factor frente al cual debe reaccionar cada país y tomar decisiones y medidas de acuerdo a los grupos económicos o asociaciones internacionales² a las que se pertenezca.

1 IANNI, Octavio. Teorías de la globalización. Siglo XXI, 1996.

2 En América ya existe hace varios años unas negociaciones como la asociación Latinoamericana de integración (ALADI), y con otras más pequeñas como la Mercosur, Mercado Común Centroamericano (MCCA), y el ALCA, y como último el TLC, que los cuales buscan una mejor negociación para la comercialización de los productos de cada región, y un mercado más liberal, con mejores condiciones económicas y buscar la mejor adquisición de los productos.- Concepto tomado de <http://www.zonaeconomica.com/colombia/globalizacion>.

Colombia no ha sido ajena a este factor, siendo fácil evidenciar como nuestro País viene compareciendo a escenarios internacionales con la finalidad de sumarse y participar de manera directa en los mercados a través de la suscripción de diferentes tratados y acuerdos, de orden político, económicos, sociales y culturales; algunos mucho más complejos y sofisticados que incluyen lo relacionado con el comercio entre países y uniones de estados o bloques de comercio en los cuales se negocia la inversión, transferencia tecnológica, patentes, propiedad intelectual, movimiento de productos, servicios y factores de producción principalmente capital. En síntesis mediante tratados de comercio con otros países y bloques de comercio³ fuertes en el escenario internacional.

La realidad global indica que las empresas deben hacer frente a éstas y otras muchas circunstancias que hacen parte del contexto globalizado, en el que deben no solo permanecer; sino progresar y crecer, pues por su complejidad, se trata de ambientes dinámicos que cambian de manera vertiginosa e impredecible, frente a los cuales las determinaciones tanto políticas como legales al interior de cada país deben estar preparados, o por lo menos abiertos, para permitir que sus ordenamientos internos se adecuen de forma práctica y eficiente a los nuevos modelos propuestos por la comunidad internacional, a fin de causar el menor perjuicio en el proceso de desarrollo comercial adoptado por cada estado.

Tras este panorama, es claro que solo un avanzado nivel de **competitividad**⁴ que se impulse en cada país permitirá al Estado mantener su relevancia en el escenario internacional, aumentando la capacidad de generar la mayor

3 RUIZ, José Briceño. El MERCOSUR, México y el Caribe frente al Área de Libre Comercio de las Américas. Comercio Exterior, 2001, vol. 51, no 5

4 PORTER, Michael E. La ventaja competitiva de las naciones. Buenos Aires: Vergara, 1991.

satisfacción posible en los consumidores o clientes de los productos o servicios ofrecidos, los cuales frecuentemente deben caracterizarse por una mayor calidad a un bajo costo o una mayor cantidad a un menor precio, que es lo que se conoce como las economías de escala, utilizadas generalmente por aspirantes a entrar a un determinado sector de productos o servicios.

Por esto, reconociendo además que existen diversos factores que influyen en el índice o nivel de competitividad de determinado País, los cuales pueden generar inconvenientes en los recursos productivos que este puede ofrecer, causando atrasos en el avance del desarrollo y que repercuten de manera negativa los niveles de producción de productos o servicios ofrecidos por otros países; inconvenientes⁵ de carácter históricos o de infraestructura vial⁶ que encarecen los costos de producción, ocasionan que la competitividad del País se vea afectada al mostrar un ambiente macroeconómico incipiente o de desarrollo limitado, inhibiendo la capacidad de innovación y absorción de nuevas tecnologías que ayuden al progreso del país tanto a nivel empresarial como estructural.

A pesar de esto, podemos afirmar que el Estado ha ideado medidas y políticas que fomentan la capacidad de liderazgo regional e implementación de medidas en procura del desarrollo empresarial, frente a lo cual es importante subrayar que los habitantes de la zona geográfica del valle del Río Cauca son reconocidos como poseedores de un alto grado de ingenio que los hace competitivos, lo cual al mezclarse con la posibilidad de acceso a excelentes

5 “la competitividad radica en la combinación de diferentes factores de carácter macroeconómico y microeconómico: infraestructura del país y factores empresariales, como lo son la ubicación de la planta y la calificación de los operarios.” Foro Económico Mundial (2009) de Michael Eugene Porter (n. 1947, [Ann Arbor, Michigan](#)) profesor de la [Harvard Business School \(HBS\)](#).

6 Ver nota periodística: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12727545>

recursos permite que en la región se encuentren establecidas grandes empresas, en las cuales interactúan elementos como factores de producción, sectores de apoyo, así como se aplican estrategias y se erigen estructuras que determinan que la formación y promoción del entorno empresarial se encuentre en permanente avance.

Entorno empresarial que responde a la influencia local del conjunto de factores externos a la empresa cercanos a la ejecución de su actividad económica, que permiten el desarrollo apropiado de la competitividad, la cual se caracteriza por desarrollar infraestructuras básicas; adecuado fortalecimiento y selección de recursos humanos, conformación de instituciones fuertes y procesos innovadores y efectivos; implementación de factores que facilitan el trabajo articulado de actores que intervienen en el entorno empresarial: los proveedores, los competidores y los clientes.

Sin embargo, debe dejarse claro que Colombia es un país en vía desarrollo, por lo cual debemos reconocer que el entorno empresarial no está exento de los denominados costos de transacción⁷, como obstáculos que impiden y hacen más costoso el establecimiento de negocios o inclusive, las transacciones comerciales. Para todos es conocido que en el ámbito comercial de nuestro país hacer negocios resulta costoso debido a los dispendiosos trámites y actividades conexas, por tanto, si el País desea ser competitivo, en primer término deberán intensificarse acciones de índole institucional y multisectorial, como alianzas público-privadas que permitan el emprender acciones tendientes a reducir los costos de transacción para la formalización empresariales y las estructuras de los negocios.

7 BAQUERO HAEBERLIN, Irma, et al. Costos de Transacción en la Conformación de Cadenas Productivas del Sector Agroalimentario: Caso de las Cadenas de Arroz, Papa, Lácteos y Cebada. 2000

En efecto, para abordar la temática de la cual nos ocuparemos en adelante, que no es otra que de que mostrar como *la informalidad es un paradigma en decadencia*, en nuestro entorno, y que deberá de hacer parte de un recuerdo un tanto anquilosado en las viejas costumbres comerciales, que deben superarse y quedar en el pasado.

Partiendo del hecho que la informalidad empresarial comprende llevar a cabo un negocio o actividad económica sin estar sujetos a las normas del Estado, tales como el registro mercantil⁸, afiliar a los trabajadores a la seguridad social, pagar impuestos, entre otros; y por lo tanto no obtener los beneficios que brinda el Estado y las diversas instituciones económicas tanto públicas como privadas para aquellos empresarios que a pesar de su incipiente experiencia en el mundo empresarial, ya cuentan con el apoyo y prerrogativas de orden legal para garantizar su permanencia en el mismo.

A nivel local, se puede determinar como el programa estatal de fortalecimiento de las actividades económicas tuvo se origen con la promulgación de la Ley 1429 de 2010, denominada de Formalización y Generación de Empleo, que se erige como el principal instrumento para el desarrollo de la competitividad del País. En cuanto, culturalmente representa un gran esfuerzo, pues la costumbre nacional indica que la formalidad no es una necesidad al momento de iniciar una actividad comercial, sino que depende del nivel de consolidación del negocio y la prosperidad de la actividad económica; existiendo la falsa concepción de que es una obligación que se puede aplazar durante algún tiempo, sin tener en cuenta que puede estar en juego un altísimo grado de responsabilidad patrimonial que terminaría afectado directamente los intereses económicos del negocio,

8

CÁRDENAS, Mauricio; ROZO, Sandra. Informalidad empresarial en Colombia. Problemas y soluciones. Desarrollo y Sociedad, 2009, vol. 63, no 1, p. 211-243

La anterior situación tiene gran relevancia en la medida que los empresarios incipientes en su mayoría parten de la intención de fincar una expectativa empresarial desde la consolidación de un establecimiento de comercio a su cargo de forma directa, en la mayoría de los casos como “personas naturales”, sin percatarse del grado de responsabilidad patrimonial que pueda significar a título personal.

De lo anterior puede evidenciarse cómo la *Formalización Empresarial*, a pesar de los intentos del Gobierno por incentivarla, aún permanece en un segundo plano de relevancia dentro del ideario del empresario, circunstancia que debe cambiar de manera radical, tomando como base la iniciativa gubernamental de complementar y aumentar las políticas tendientes a modernizar la estructura productiva, adelantar programas o ruedas regionales de formalización a través de alianzas público privadas bajo el auspicio de entidades del nivel central⁹, procurando la ejecución de brigadas de formalización orientadas a brindar la adecuada información para una adecuada conformación empresarial, que permita al empresario ejecutar una actividad económica tendiente a mantener la sostenibilidad de la empresa como un objetivo principal, mediante programas público-privados, hojas de ruta a través de entidades comprometidas con la actividad empresarial¹⁰.

El programa “Empresa y entorno legal” desarrollado por el Centro de Desarrollo del Espíritu Empresarial de la universidad ICESI al facilitar e implementar para los estudiantes como una de las opciones para presentar el trabajo de grado para la Maestría en Derecho con énfasis en la concentración empresarial,

9 Como el Ministerio de Industria y Comercio.

10 Como el SENA, Cámaras de Comercio, Entidades Especializadas del Sector Bancario mediante líneas de crédito blandas.

permite brindar asesorías dirigidas a empresarios con la intención de formalizar las empresas, con el propósito de suministrarles apoyo por medio de sus Abogados estudiantes de Maestría en diferentes tópicos en los cuales presenten inconvenientes, como derecho laboral, comercial, constitución de sociedades etc..

La Universidad ICESI en ese contexto permite que el estudiante de la maestría utilice sus conocimientos adquiridos como herramientas para solucionar las inquietudes objeto de consulta por parte de los empresarios mediante asesorías, con el objetivo de procurar una adecuada implementación legal de los métodos o procedimientos que se determinen convenientes a fin de resolverlos de forma efectiva, especialmente en esta primera instancia frente a métodos y procedimientos que estén dirigidos a formalizar a los empresarios, cuyo propósito o actividad comercial puede ser varias, dependiendo claro está del objeto social que ejecute de manera individual cada uno de ellos.

En el presente documento se pretende consignar las situaciones relevantes encontradas a lo largo de más de cuarenta (40) horas de asesoría brindadas a los Empresarios, así como las recomendaciones de orden legal efectuadas con motivo de las mismas, con el objeto que en adelante sean implementadas de manera particular por cada uno de los empresarios a fin de resolver los inconvenientes de orden jurídico detectados en cada proceso de formalización.

Para cumplir con el objeto propuesto se hará mención respectiva de los casos en particular más relevantes en los cuales se detectaron obstáculos que merecieron ser analizados de manera metódica para determinar el procedimiento a seguir, a fin de superar los diferentes problemas que presentan los empresarios, así mismo, se ilustrará las vicisitudes de manera generalizada y se mencionarán algunas reflexiones obtenidas de manera particular en la experiencia a lo largo del programa de “Empresa y entorno legal” mediante el trabajo realizado por los empresarios.

Para abordar de manera general y ordenada las experiencias recogidas en el programa de empresa y entorno legal, se efectuara una división del desarrollo de las asesorías, los cuales giraran en básicamente en torno a la Formalización laboral, Formalización del Negocio y Análisis de cláusulas contractuales.

Empezando por la **Formalización laboral**, no está de más considerar que en nuestro País, se ha madurado la errónea idea que constituir una empresa es un proceso engorroso debido a la cantidad de trámites e impuestos exigidos, por lo que algunos proyectos no se llevan a cabo mucho antes de consolidarse, y si se realizan no se conforman legalmente con el ideario que eludir impuestos será más rentable. Contario a lo anterior, está claramente demostrado que estas ideas son erradas, como quiera que a mediano y largo plazo se pueden producir gastos excesivos como producto de evasión de impuestos, y responsabilidades patronales ante una eventual contingencia de orden laboral producto de una inadecuada formalización de una relación laboral o una omisión legal del mismo orden, dejando expuesto ante una eventual sanción no solo el patrimonio de la empresa, sino también el patrimonio personal que el empresario ha podido consolidar a lo largo del desarrollo de su actividad económica.

De este modo mediante las asesorías brindadas se ha dejado en claro que una empresa legalizada da la identidad y seriedad que se requiere para hacer negocios; refleja cumplimiento de sus obligaciones y confianza hacia todos sus clientes, y que a contrario *Sen-su*, las empresas no constituidas formalmente tienen manejos financieros que se denominan "**costos ocultos**"¹¹ que constan

11

DOMÍNGUEZ, L.; IVÁN, Jorge. Impacto económico de los accidentes de trabajo. Revista Universidad EAFIT, 2012, vol. 33, No. 107, p. 89-96.

12 RUFFO, Hernán. Comentario al trabajo" Relaciones Laborales Transitorias y Flexibilidad de Hecho. Antiguas hipótesis y nuevos datos" de José Luis Pellegrini (Universidad Nacional de Rosario).

en vinculaciones laborales irregulares¹², compras de baja calidad, créditos no formales y procesos de evasión de impuestos que a mediano y largo plazo demanda mayor inversión.

En este aspecto, de la formalización laboral, bien vale la pena hacer énfasis en situaciones bien particulares que más bien hacen parte la idiosincrasia o viejas costumbres, que no son sino producto de malas prácticas empresariales, y son en su orden la informalidad contractual, es decir la utilización obligatoria del contrato verbal de trabajo; y el incumplimiento de las cotizaciones al sistema General de Seguridad Social en Salud. Situaciones frente a las cuales, por lo general el empresario tiene conocimiento de las consecuencias que se pueden originar, y adicionalmente hasta han llegado a sobrestimar sus costos, pero que al parecer prefieren asumir, por cuestiones ajenas a la razón y la sensatez, que más bien ponen de presente la excesiva necesidad de asumir riesgos y de sentirse de cierto modo como benefactores de los empleados, perdiendo con estos el sentido formal de una relación laboral; no otra cosa se puede pensar del caso de las catorce (14) operarias del sector textil afiliadas mediante el Sisben al sistema de seguridad en salud, con la errónea idea de que si cotizan perderían la antigüedad al sistema¹³.

Por otro lado, la informalidad contractual con los colaboradores de la empresa, tanto así, que en una de las asesorías el empresario no existía certeza sobre la realización de las cotizaciones a su cargo en el fondo pensional por un período de más de 10 años, ello como un claro ejemplo de las malas prácticas empresariales, desconociendo la obligación legal de empleador en efectuarlas durante la vigencia laboral¹⁴.

12

13 Artículo 38 del Acuerdo 415 de 2009, emanado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Situaciones que aunque se entiendan aisladas son más frecuentes en la actualidad de lo pueda pensarse. En los casos se pudo corroborar como los empresarios tenían conocimiento de los posibles perjuicios de orden patrimonial que estarían obligados a asumir en caso de un accidente laboral¹⁵ o alguna reclamación judicial¹⁶, situación que paradójicamente pone de manifiesto la excesiva impericia y falta de previsión por parte de los empresarios.

En ese sentido, se tiene que la competencia para orientar e informar sobre los trámites y requisitos asociados a la formalización empresarial y laboral de la micro, pequeña y mediana empresa, Mi pyme, por parte de los estudiante de maestría de la Universidad Ices, por medio del Centro de Desarrollo del Espíritu Empresarial, es una experiencia invaluable por parte de los estudiantes y un mecanismo de fortalecimiento empresarial que llena de confianza, y les permite a los empresarios tener un mayor conocimiento y control para lograr un crecimiento y proyección en los negocios.

Los empresarios fueron informados de manera específica sobre aspectos relevantes como formalización del vínculo laboral, como los derechos y deberes del empleador y empleado; los presupuestos de subordinación, remuneración y prestación personal de la labor como elementos del contrato de trabajo, y mientras

14 Artículo 17 de la Ley 100 de 1.993.

15 En este punto se hace referencia a la responsabilidad que deberá de asumir el empleador en caso de un accidente laboral, ante la ausencia de una debida afiliación al sistema de seguridad social en salud.

16 En este sentido se hace referencia a una posible reclamación de orden laboral por parte del empleado que estando pendiente del pago de la liquidación (1995-2005), solicite la declaratoria de solidaridad del nuevo empleador, una posterior sustitución patronal. Evento en el cual, este último, deberá de asumir no solo los costos de la posible sanción que se vería abocado a pagar el empleado.

estos presupuestos se den, la vinculación debe ser necesariamente mediante contrato laboral¹⁷; prerrogativas del contrato de prestación de servicios¹⁸, definición jurisprudencial del **contrato realidad**^{19 20}, y vicisitudes sobre la posible determinación de una sustitución patronal²¹ características y consecuencias, cláusula de confidencialidad²².

De conformidad con lo anterior, si los empresarios llegasen a comprender las consecuencias a que se ven abocados en caso de violar la Ley, en temas de orden laboral, ya que si bien es cierto la normativa presenta en muchas

17 Artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo

18 El cual no se rige por el Código Sustantivo del trabajo, en su orden ser civil o comercial, dependiendo del encargo; es decir que si se deriva un contrato mercantil se regirá por la legislación comercial, en cambio, la prestación de servicios inherentes a las denominadas profesiones liberales, en cuyo caso se regirá por la legislación civil.

19 Ficción creada jurisprudencialmente a partir de la interpretación del inciso 2º del artículo 23, y 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

20 Significa que independientemente de la figura contractual que se utilice, si en el fondo del asunto, en la realidad, se dan las condiciones propias de un contrato de trabajo, primará la realidad de la relación contractual frente a cualquier formalidad acordada entre las partes. Se requiere declaración Judicial.

21 Artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo, Ver también Concepto 72593 de marzo 16 de 2011, del Ministerio de la Protección Social.

22 Numeral 2º del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo.

ocasiones ambigüedades, debe ser claro que existen derechos claramente determinados en la legislación y otros frente a los cuales las Altas Cortes²³ han realizado diversos pronunciamientos que crean líneas jurisprudenciales de interpretación mediante las cuales se reconocen derechos laborales y se aplican sanciones con costos muy elevados para los empleadores, que podrían poner en riesgo el desarrollo de cualquier proyecto empresarial.

En ese mismo sentido, en lo tocante al riesgo ante la ausencia de formalización e implementación de los contratos laborales es notorio el uso inadecuado de las formas de contratación, como quiera que en el ideario del empresario subsiste la errónea concepción de que si después de varias veces de vez ejecutada una actividad económica amparada en una forma irregular, nada perjudicial para los intereses de los empresarios ha ocurrido, a pesar de reconocerse el uso inadecuado de la forma, parecería que los empresarios entendiesen que la Ley en su caso particular es permisiva, cuando en realidad corren un alto riesgo de responsabilidad económica ante la utilización errónea de un modelo contractual equivocado, con el intento inapropiado disfrazar un contrato de trabajo mediante una forma de contratación diferente, la cual, constituye una de las situaciones de uso que con mayor frecuencia se detectó en la formalización inadecuada del vínculo laboral²⁴ por parte de los empresarios.

En este aspecto es importante sugerir a los empresarios que se realice un diagnóstico de riesgo sobre posibles conflictos laborales frente a los tipos de

23 **Sustitución Patronal**, expediente T-398919, sentencia T-395 de abril 17 de 2001, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; **Contrato Realidad** expediente 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10), Consejo de Estado, Sentencia de Junio 15 de 2011, M.P. Dra. Bertha Lucia Ramírez, Ver también Sentencia C-614 de 2009, Corte Constitucional, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

24 Concepto 35042, de febrero 12 de 2008 emanado el Ministerio de Protección Social, Sentencia T-552 de 2011, Corte Constitucional, Mg. Ponente Dra. María Victoria Calle Correa.

contratos implementados o por implementarse en cada empresa, para poder determinar con certeza en primera instancia que modelo contractual va a elegirse; y en segunda medida, en caso de tener que dar solución a posibles dificultades se haya optado por aquella figura que más conviene al empresario de acuerdo con la actividad que se vaya ejecutar por el empleado.

Lo anterior, aunado con el hecho de que en la actualidad los empresarios que decidan formalizar el empleo cuentan con ventajas que están concedidas por la Ley de Formalización y Generación de Empleo o Ley 1429 de 2010, cuyo principal objetivo es generar diversos incentivos en las etapas iniciales para la formalización y creación de empresas, aumentando beneficios y disminuyendo costos de formalización. Anotando en este apartado que la idea de esta Ley es hacerle frente a la informalidad, mediante los incentivos legales y normativos para constituir empresa y certificar la misma de forma rápida y sin complicaciones al constituir una nueva empresa bajo esta normativa²⁵.

Desde la expedición de esta Ley, el nivel central de gobierno creó la Dirección de Formalización, la cual es la oficina que se ha encargado de diseñar y ejecutar la estrategia del programa “*Colombia Se Formaliza*” cuyo objeto es formalizar empleos y empresas que hoy son informales; generar más empleos formales y mejorar ingresos de la población informal, de los desempleados en desventaja y de pequeños empresarios además de dar a conocer los beneficios e incentivos que la Ley promueve²⁶, con el lleno previo de los requisitos²⁷.

25 - Nuevas empresas que inicien su actividad de manera formal.
- Micros, pequeñas y medianas empresas que venían operando informalmente y decidan formalizarse.

26 Beneficios en el pago de la matrícula mercantil, impuesto de renta, aportes parafiscales; estableciendo porcentajes progresivos, durante los 6 primeros años de su conformación.

En este aspecto es importante que el empresario entienda que una vez existe una relación laboral sea informal o formal surge de manera inmediata la obligación de pagar las cotizaciones al sistema general de seguridad social, a una caja de compensación, registrar empresa y a mis trabajadores a una Administradora de Riesgos Laborales, los trabajadores de cualquier negocio deben estar afiliados al Sistema de Seguridad Social (Salud, Pensión y Riesgos Laborales) y a una Caja de Compensación Familiar²⁸.

En igual sentido son obligaciones del empresario llevar la contabilidad del negocio según los lineamientos normativos²⁹, pagar Impuestos³⁰, Cumplir con las normas relacionadas con la apertura y funcionamiento de establecimientos de comercio: SAYCO – ACINPRO (de ser necesario), normas ambientales, de seguridad física, del uso de suelo, sanitarias y de salud³¹.

27 Tener activos totales no superiores a los 5,000 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

- No tener más de 50 trabajadores.
- No estar en el régimen de prohibición que trata el artículo 48 de la Ley 1429 de 2010 y del artículo 7 del decreto 545 de 2011.
- Inscribirse en el registro mercantil de las cámaras de comercio a partir del 29 de diciembre de 2010 en adelante.
- Presentar las declaraciones tributarias que le correspondan.
- Cumplir con las obligaciones laborales y de seguridad social a las que haya lugar.
- Renovar anualmente la matrícula mercantil en las Cámaras de Comercio, para quienes ya están inscritos.

28 Artículos 157 y 161 de la Ley 100 de 1.993.

29 Artículo 50 y siguientes del Código del Comercio.

30 Estatuto Tributario y normas complementarias que lo modifican y adicionan.

31 Ley 232 de 1.995

El formalizarse permite a los empresarios posicionarse en el mercado; acceder a créditos formales; le ofrece garantía y calidad a clientes; le permite al negocio crecer fácilmente; permite al empresario poder acceder a los beneficios concedidos por el Estado; se puede hacer parte de grupos y alianzas estratégicas público-privadas³²; se promueve la competencia leal y aporta al crecimiento al País.

Siguiendo con el orden propuesto, con el desarrollo del texto, se tiene que sobre la **Formalización del Negocio**, se evidencio, que en alto grado los empresarios tienen desavenencia y a veces escasa información que les permita definir de manera precisa modelo de societario mediante el cual puedan controlar y administrar de una forma segura la actividad comercial en la que incursionan en el mercado, es un fenómeno común que un empresario que ejerce su actividad como persona natural, una vez tiene conocimiento sobre el régimen de responsabilidad que le corresponde, las desventajas de mismo, como limitaciones de crecimiento entre otras, una vez se percatan de las prerrogativas que ofrece el régimen de responsabilidad patrimonial que se establece como Persona Jurídica, y se establecen con precisión las diferencias entre los modelos de formalización de los negocios, reconocen la imperiosa necesidad de proceder a formalizar su empresa, de modo tal que les permita separar de manera efectiva el patrimonio particular, de los bienes patrimoniales de la empresa.

Siendo importante acercar a los empresarios a los nuevos modelos societarios, tal como es el caso de la sociedad por acciones simplificada (SAS), la cual constituye la innovación más importante del derecho societario colombiano en

32DEVLIN, Robert; MOGUILLANSKY, Graciela. Alianzas público-privadas para una nueva visión estratégica del desarrollo. Santiago: CEPAL, 2009

décadas, su configuración típica caracterizada por una regulación leve y de espectro generalmente dispositivo, la convierte en un instrumento utilísimo para la realización de negocios en todas las escalas³³, se acomoda tanto a empresas familiares como a las que no lo son, y aunque no están autorizadas para negociar sus valores en la bolsa de valores, se muestra como un tipo societario idóneo para acometer empresas de gran dimensión.

Resaltando siempre que los análisis de tipo legal, en cuanto a la pertinencia del modelo societario adoptado por la empresa, determinación del nivel de formalización, análisis corporativo, estructura organizativa de la sociedad (órganos de control), determinación de riesgos laborales, contractuales y comerciales deben ser en lo posible efectuados periódicamente, a fin de prevenir posibles contingencias, pues ello reduce los costos de transacción en que se pueda ver inmersa la administración de la empresa.

En este apartado cabe resaltar que es común que las empresas en formalización, no formalizadas o ya formalizadas deben tener en cuenta la importancia de la correcta forma de redacción de las actas o estatutos frente a este tipo societario, siendo importante destacar que para la formalización de negocios mediante el modelo de Sociedad por Acciones Simplificada, entre otras situaciones se debe conocer en detalle disposiciones especiales contenidas en la Ley 1258 de 2008 sobre la constitución de las SAS, las cuales permiten la reducción del trámite constitutivo³⁴, abolición de la figura de la pluralidad de socios, objeto social indeterminado, estructura flexible de capital³⁵, desestimación de la personalidad jurídica, competencia privativa a la

33 “Adaptabilidad a las a las disimiles circunstancias empresariales, alternativa de las demás formas asociativas contenidas en el código del comercio” Reyes Villamizar, Francisco, La Sociedad por Acciones Simplificada, Edición Primera, editorial LEGIS -2009k pagina 2-3.

34 Documento privado.

superintendencia de sociedades para la resolución de conflictos³⁶ en temas específicos permitiendo más dinamismo y confianza a los socios.

En igual sentido es importante destacar aspectos en cuanto a la determinación del quórum de mayorías como novedad exclusiva de este modelo societario, rompe con el viejo esquema consagrado en el Código del Comercio y que ya se presagiaba desde la promulgación de la ley 222 de 1.995; por ello, en este apartado se determinó con claridad como la Ley 1258 de 2008³⁷, estableció de modo perentorio, que la asamblea deliberara, con uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más uno de las acciones suscritas, igualmente en materia de mayorías decisorias la misma norma prevé que las determinaciones se adoptaran mediante el voto favorable de un número singular o plural de accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones presentes, salvo que en los estatutos se establezca una mayoría decisoria superior para alguna o todas las decisiones.

Igualmente se debe conocer en detalle que la Ley 1258 de 2008, impone excepciones a la regla supletoria de mayorías, dependiendo el tipo de decisión que se adopte, cuya importancia ha impuesto la exigencia de voto unánime como la prohibición para negociar acciones³⁸, autorización para la transferencia de

35 Diversa modalidad de acciones: privilegiadas, de pago, de voto múltiple, con dividendo preferencial y sin derecho a voto, con dividendo fijo anual. La diversidad de acciones permite resolver *ex ante* la expectativa económica de los accionistas y evitar conflictos futuros,

36 Por todos es conocida la congestión judicial en nuestro país, por ello, en el modelo societario de las SAS se atribuyen funciones jurisdiccionales estimando la competencia para resolver asuntos que aluden los artículos 24, 40, 42 y 43 del estatuto.

37 Artículo 22 Ley 1258 de 2008.

38 Artículo 13 Ley 1258 de 2008.

acciones³⁹, exclusión de accionistas⁴⁰ e inclusión o remoción de la cláusula compromisoria⁴¹.

En cuanto a la novedosa implementación del acuerdo de sindicación de acciones, el empresario debe conocer que esta figura corresponde a una evolución del derecho societario, en la nueva codificación que permite que los accionistas de una S.A.S. puedan celebrar válidamente acuerdos parasociales, sin que exista limitación respecto de la persona que los suscriba o los asuntos lícitos sobre los cuales verse el pacto. Por esta razón en este tipo societario se permiten pactar sobre compra y venta de acciones, preferencia para adquirirlas, restricción para transferirlas, ejercicio del derecho de voto y la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea. La ley establece que una vez depositados los acuerdos en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad *“deberán ser acatados por la compañía”*

Finalmente, en cuanto al tercer eje temático propuesto, sobre **las cláusulas contractuales**, inquietud elevada por algunos empresarios, que a pesar de ya haber sido asesorados en el mismo tema recurrentemente vuelven a consultar sobre los mismos puntos, nos deja ver el alto grado de inseguridad, por parte de los empresarios, tal vez motivada por la inexperiencia comercial, pero que a la vez muestra la intención y seriedad del empresario en determinar claramente el límite de sus derechos y obligaciones. Siendo importante en este punto que el empresario opte por la inclusión de mayor especificidad en los contratos, de tal

39 Artículo 14 Ley 1258 de 2008.

40 Artículo 39 Ley 1258 de 2008.

41 Artículo 40 Ley 1258 de 2008.

manera que en cada uno de los diferentes servicios que se prestan por intermedio de su entidad se puedan distinguir los compromisos en cada etapa de desarrollo contractual.

En igual sentido se pudo percibir que el mayor grado de temor radica en el desconocimiento por parte de los empresarios de contratos innominados^{42 43} que por su naturaleza y contenido diverso de obligaciones deben ser elaborados y revisados de manera previa, en una etapa de diagnóstico de riesgo, permitiendo al empresario identificar los elementos esenciales⁴⁴ sin los cuales el contrato no tiene valor, o degenera en otro diferente; tales como capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos. Y otros elementos que la doctrina han definido como importantes como los elementos naturales⁴⁵ y accidentales⁴⁶. Y algunos aspectos relevantes como la estipulación de una clausula penal, cláusula de confidencialidad, compromisoria, y de cesión entre otras, de forma tal, que el empresario pueda de manera ordenada dimensionar los riesgos sobre el

42 Narváez García, José Ignacio. Obligaciones y contratos mercantiles. Temis, Bogotá. 1990. Pág.41.

43 Gete Alonso. Ob. cit. Pág. 32. “contratos innominados son aquellos que, carentes de una causa *obligandi* específica, se forman posteriormente -en la evolución del sistema-, a semejanza de la causa real nominada, requieren de la presencia de una causa *civilis* genérica para su eficacia obligatoria, y tienen no una *actio* propia, sino la general *praescriptis verbis*.”

44 Artículo 1502 del Código Civil.

45 Son aquellos que se entienden incorporados en el contrato, pero que las partes pueden libremente eliminar del mismo, sin que éste deje de ser válido.

46 Son aquellos que las partes establecen por cláusulas especiales, que no sean contrarias a la ley, la moral, las buenas costumbres o el orden público. Por ejemplo: el plazo, la condición, el modo, la solidaridad, la indivisibilidad, la representación, etc.

cumplimiento de sus obligaciones y la manera de exigir el cumplimiento del contrato al contratante.

Frente a las cláusulas contractuales debe indicarse que entre más simples son más precisas, y que cuanto una cláusula requiera un largo análisis de contenido para poder comprender su utilidad, es aconsejable segregar su contenido, pues es apenas lógico considerar que cada contrato en particular posee características y elementos que pueden variar a veces en menos o mayor grado, que lo distingue de los demás de su especie, pues por cuanto al tratarse de contratos no descritos en la legislación local de manera clara, se debe ser muy preciso en describir el contenido y alcance de las obligaciones contraídas por las partes, aspecto que debe desarrollarse con apego a la buena fe y buenas costumbres.

En igual sentido debe el empresario antes de incluir en un contrato analizar el alcance de cada cláusula, tal como ocurre por ejemplo en el caso de aquellas cláusulas de confidencialidad⁴⁷, las cuales a pesar de haberse incluido dentro de un contrato, en la mayoría de las ocasiones carece de precisión en cuanto a sus elementos más relevantes⁴⁸ a tener en cuenta al momento de estipular una cláusula de esta especie. Fueron evidentes las falencias básicamente en cuanto a la definición sobre el tipo de información y más aún, sobre el tiempo de vigencia de la misma.

47 El acuerdo de confidencialidad es un contrato que crea obligaciones a una o a ambas partes, y se llama también en Inglés *confidentiality agreement, non-disclosure agreement* o *NDA*. También puede ser un convenio, cuando modifica un contrato ya existente.

48 **1)- Propósito** del acuerdo; **2)- Definición** de la información que será considerada confidencial y límites de lo que no es; y **3)- Vigencia**, tanto del acuerdo como de la obligación del receptor de conservar la reserva sobre la información. Puede ser de tiempo indefinido, o a un plazo de uno a cinco años, por ejemplo.

Dentro de las asesorías que se brindaron a los empresarios en desarrollo del programa “Empresa y entorno legal” del Centro de Desarrollo del Espíritu Empresarial y el Departamento Jurídico de la universidad ICESI, para resolver las dudas de los empresarios de orden societario, derecho laboral, contratos, estatuto tributario y formalización de negocios, en principio se acudió a La constitución, la Ley, textos especializados, jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional; así como también el uso necesario de páginas web de entidades especializadas, como la superintendencia, Dian, Cámara de comercio de Bogotá entre otras.

Finalmente, sobre las asesorías tendientes a que los empresarios conocieran de un modo dinámico y organizado la manera de efectuar un modelo de cobro de cartera, les fue explicado en detalle las vicisitudes en torno a la creación de un título valor, se distinguieron las principales clases de títulos, los grandes ejes sobre los cuales se desarrolla el cobro de cartera; jurídico y pre-jurídico. Se resalo la necesidad de incorporar en el giro ordinario de la actividad comercial las garantías de pago. La importancia de consultar de manera oportuna un criterio jurídico de suerte que los títulos valores no corran el riesgo de perder su eficacia.

Así mismo, puso en conocimiento de los empresarios los principales cambios que introdujo la Ley 1231 de 2008 en cuanto a la regulación de la factura cambiaria, y la incidencia que puede tener en el ámbito de la financiación mercantil, que permite dinamizar el mercado de valores mediante su comercialización a través del endoso para la consecución efectiva de recursos económicos por parte de terceros, pues no en vano, es

bien reconocido el auge y surgimiento de algunas figuras mercantiles como mesas de negocios⁴⁹ y el factoring⁵⁰.

Se puede afirmar en conclusión que se evidencia en gran medida como los empresarios han venido paulatinamente convenciéndose que incurrir en la informalidad al constituir o emprender un objetivo empresarial limita las posibilidades de crecimiento económico en particular pueda alcanzar, y a su vez el poco beneficio patrimonial que pueda alcanzar pueda verse afectado por la ausencia de un modelo societario adecuado que le permita limitar la responsabilidad societaria con su patrimonio en particular. Por tanto, la solución para no correr ese riesgo es la formalización adecuada de los negocios; pues en la actualidad donde se goza del auge de las telecomunicaciones, medios virtuales, páginas web y demás formas interactiva de comunicación no hay disculpa válida para incurrir en una forma inadecuada para emprender un propósito empresarial, máxime cuando se han dado a conocer nuevas normas que día tras días favorecen a los nuevos empresarios y emprendedores.

Frente al propósito de erradicar la informalidad o persuadir a los nuevos empresarios de incurrir en ella, es donde radica el éxito de las Ruedas de Servicios para la Formalización, que han otorgado un espacio para que el emprendedor y los empresarios que aún no cumplan con los requisitos de ley para ejercer la actividad económica, encuentren los servicios de las entidades públicas y privadas en el nuestro caso a través del Centro de Desarrollo del Espíritu Empresarial de la universidad ICESI, donde son orientados e

49 Ver definición en la página http://www.banrep.gov.co/informes-economicos/ine_pre_frec8.htm

50 Factoring consiste en la Cesión de sus Cuentas por Cobrar (Facturas, Letras, otros), convirtiendo sus ventas a corto plazo en ventas al contado, delegando además la gestión de cobranza y calificación de su cartera de clientes., tomado de la página: <http://financiero.blogdiario.com/>

informados sobre los trámites y requisitos asociados para la formalización laboral de los empleados, garantizando el cumplimiento de las normas que deben tener las empresas para desarrollar su actividad.

Sin desconocer, por parte de los empresarios la carencia de definición de estructuras contractuales y marcos legales, tanto así, que tienden en su orden a tratar de ejecutar o permitir de manera irregular que perduren relaciones laborales de las cuales desde un primer momento se tiene el conocimiento que se actúa de manera contraria a lo dispuesto en la ley, tal como ocurre en la vinculación de trabajadores sin el lleno de los requisitos legales, ausencia de cotización al Sistema General de Seguridad Social y el desconocimiento de los riesgos que implica la indebida utilización del contrato de prestación de servicios.

Finalmente, la inadecuada articulación de un sistema de cobro efectivo de cartera por parte de los empresarios, aunado al dinamismo que la Ley le ha otorgado a la factura de compraventa, al permitir facturar prestación de servicios y dinamizar la comercialización de las mismas, mediante un mecanismo especialísimo para fomentar el desarrollo comercial de las entidades que integran el sector, son beneficios que por mero desconocimiento o falta de información o asesoría están perdiendo los empresarios.

Programas como “Empresa y entorno legal” permiten a los abogados una visión desde el punto de vista organizacional de los negocios, las necesidades actuales de las empresas y propender y apoyar a los empresarios en la implementación de un organigrama donde se distribuyan las funciones y responsabilidades de los diferentes cargos, establecer mecanismos de verificación y control de funciones asignadas, y por supuesto, determinar la responsabilidad y tiempo de ejecución de los mecanismos implementados.

Como se puede apreciar el desarrollo de la asesoría fue concentrado sobre tres ejes principales, resaltando eso sí, que para poder determinar la efectividad y

alcance de las asesorías, se deberá de implementar un mecanismo de seguimiento por parte de la universidad tendiente a que los empresarios muestren de manera directa los avances obtenidos, o por lo menos no desfallezcan en su intento por formalizar sus negocios. Tarea que desde ya se puede adjudicar en el Centro de Desarrollo del Espíritu Empresarial. A fin de fortalecer aún más su loable labor en pro de la construcción de un nuevo país, que permita no solo el crecimiento y desarrollo de los empresarios, sino que también el desarrollo y generación de nivel de contratación, pues entre más competitividad alcancen los empresarios, mayor será el cupo de empleos del que dispondrá el sector. Con lo cual se logra mantener a los empresarios lejos de todas aquellas malas prácticas, que en definitiva solo tienden a convertirse en un alto riesgo que eventualmente implica soportar altísimos costos.

Finalmente hay que decir que las Asesorías realizadas, muestran una perspectiva práctica del sector empresarial próximo a legalizarse, que permite evidenciar la correspondencia entre el grado de formalización, crecimiento y fortalecimiento que se puede obtener van de la mano con el crecimiento del negocio, y que por contrario al utilización indebida de una forma contractual, o implementación inadecuada de una cláusula contractual solo tienen a aumentar los elevados costos y riesgo en que puede incurrir un empresario al alejarse del ordenamiento legal establecido.