El derecho empresarial internacional y el reconocimiento del sujeto empresa*

International business law and recognition of the subject company

Jahir Alexander Gutiérrez Ossa**

**Economista de la Universidad de Medellín, Colombia, (PHD) en Administración Pública, Atlantic International University (AIU), Honolulú, USA, Magíster en Desarrollo, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia, Estudios en Sistemas de Información Geográfica, Universidad San Buenaventura (USB), Medellín, Colombia. Investigador de la Facultad de Ciencias Administrativas de la Universidad CES, Medellín, Colombia. investigador del Grupo de Gestión Empresarial de la Universidad CES y del Grupo de Perdurabilidad Empresarial de la Universidad del Rosario. Líder del grupo en Gestión Empresarial de la Universidad CES, Medellín, Colombia. Correo electrónico: jagutierrez@ces.edu.co.

Recibido: 27 de Noviembre de 2012 | *Aprobado: 17 de Febrero de 2013*

Resumen

Este artículo de reflexión pretende analizar de manera general la estructura bajo la cual están conformados los derechos empresariales a nivel internacional. Hasta ahora, la opacidad de los sistemas jurídicos, empeñados en entender el concepto de empresas bajo un carácter local implica, que éstas carecen de correspondencia con sus pares en el exterior, y que por ende, no tienen clara la manera de actuar fuera de sus fronteras jurídicas. Para comprender la realidad del derecho empresarial internacional, es necesario realizar una especie de equivalencia jurídica en cuanto al contexto y concurso bajo la cual éste es asumido en los distintos países; elementos que servirían para analizar las estructuras empresariales desde los principales sistemas jurídicos, pero igualmente, para conducir a una definición más clara sobre el derecho empresarial internacional, como en efecto se requiere para el caso del derecho en Colombia, como elemento corpóreo de la realidad jurídica internacional empresarial.
Palabras Claves: Legislación contractual; Legislación penal; Litigios procesales; Comportamiento y fuerza de la ley.

Abstract

This article pretends to analyze in a general way the international structure of the business rights. This reflection is important because the local companies are limited to their own legal systems and do not have any correspondence with their peers abroad; they cannot act beyond their own legal boundaries. This analysis requires a kind of comparison between the legal structures of the international companies in different countries. Colombia willl be considered in the first place.

KeyWords: Contract Law; Criminal Law; Litigation Process; Illegal Behavior and the Enforcement of Law

* Este artículo es producto del proyecto de investigación: "El concepto de estrategia del gerente colombiano – Cátedra empresarial CES", financiado por la Dirección de Investigaciones de la Universidad (CES) – Universidad del Rosario (Bogotá) en el período octubre de 2010 a enero de 2011, ejecutado por el grupo de investigación en Gestión Empresarial de la Facultad de Administración CES-, registrado en Colciencias. y el Grupo de Perdurabilidad empresarial en las empresas (GIPE) categoría A1 de la Universidad del Rosario.

Introducción

La discusión sobre el derecho empresarial internacional se ha dejado a la doctrina de los sistemas jurídicos aplicados indistintamente en los países, puesto que no ha sido contemplado como tema global, conforme a la evolución de las empresas como organizaciones económicas de derecho internacional; dado que el tema jurídico es considerado un insumo más para definir las condiciones y barreras de entrada de las empresas. Desde lo jurídico, se asumen sus actos o presencia como empresas extranjeras o negocios atípicos, siendo más apreciaciones económicas que jurídicas, debido a la movilidad y capacidad de transformación empresarial que escapa a la misma acción legal internacional.

Temas como la definición del sujeto empresarial, la responsabilidad de las empresas, la obligación jurídica de las mismas o la adquisición de una canasta jurídica sólo aparecen frente alguna situación particular que las vincula, pero no hacen parte de la instrucción legal provista, por ejemplo en los códigos de comercio, para analizar la conducta empresarial internacional. Al respecto, el derecho empresarial, el económico, el de negocios, el comercial, y el de sociedades en suma, deben modificar y unificar las apreciaciones diferentes que tienen de la empresa internacional, y lo que significa ser sujeto empresa; como agente económico y legal internacional. Denominaciones como el de empresas internacionales encasilladas en las estructuras multinacionales y transnacionales, suelen ahuyentar la discusión.

La intención no es recurrir a un cuerpo teórico específico, por el contrario, se pretende mostrar el tema ampliamente, para que se construya el análisis y la estructura que se requiere para entender desde el punto de vista legal al derecho empresarial internacional. Y definir, un esquema general de rastreo legal, que permita observar la conducta empresarial y de los empresarios de manera homogénea desde criterios jurídico-económicos consolidados.

El artículo está dirigido a considerar tres aspectos. El primero, en virtud del concepto que sobre las empresas se ostenta desde el derecho empresarial internacional frente a los sistemas jurídicos. El segundo, la forma en que debe concebirse el vínculo legal de las empresas internacionales desde los negocios y los mercados en donde deciden instalarse. Y el tercero, la necesidad de considerar los actos de naturaleza empresarial como principios y fuentes de derecho económico internacional en los sistemas jurídicos internacionales a través de la estructuración de la empresa como sujeto económico.

El Derecho Empresarial Internacional y los Sistemas Jurídicos – Económicos.

La unicidad jurídica empresarial internacional conceptual debe constituirse como principio económico y legal. Siendo necesario, hacer un recuento de la realidad que suscribe a las empresas cuando provienen del derecho de sociedades, y se entremezclan con otros derechos como el comercial o empresarial. La constitución de las formas empresariales como tal no obedece al círculo jurídico en exclusivo, por el contrario, han sido las formas de organización empresarial las que han conducido al planteamiento y revisión legal de su existencia. Considera (Shneiderman, 2008, p. 3; p. 8):

"Constitutionalism is not ordinarily associated with the global diffusion of the forces of production and production the compression of the time –space continuum, attributes usually associated with globalization. A constitutional lens is helpful analytical as the regime of investment rules can be understood as an emerging from of supraconstitution that can supersede domestic constitutional norms. From this external perspective investment rules can be viewed as a set of binding constraints designed to insulate Economic policy from majoritarian politics. The rules and value of the regime are also being internalized and made material within national

constitutional regimes. This is begin accomplished through constitutional reforma and, oftentimes, investment rules regime can be seen as disciplining and reshaping the constitutional law of various states across the globe.

Let me set out, then, the presupposition about constitutionalism that animate this Project. The argument here is that the proper bounds between state and market, between public and private, should not be erigid and fixed but should aspire to be fluid and pluralistic. State capacity with regard to most subject matters, in other words, should be kept open rather than constrained by constitutional or constitution-like arrangement. Rather than instituting a transnational regime should encourage innovation, experimentation, and the capacity to imagine alternative futures for managing the relationship between politics and markets. In the modern era, these objectives have best been accomplished through constitutional design incorporating democratic institutions operating at national, sub national and local levels."

La evaluación de la conducta empresarial y las acciones de los empresarios continúan siendo temas complicados para los sistemas jurídicos internacionales. Existen elementos que no permiten evidenciar la acción de la justicia sobre las empresas y empresarios cuando de imponer sanción se trata, hecho que evidencia, que el tema aún no hace parte del contexto jurídico de manera amplia, a no ser que la situación elevada a una categoría superior de crisis o circunstancia negativa así lo obligue, como por ejemplo las crisis económicas por cuenta de los malos manejos empresariales o los daños ambientales de gran magnitud. Es decir que, la empresa como tal carece de contextualización internacional, no solamente en cuanto a la definición que en ley se asume de la misma conforme a los criterios económicos y sociales en conjunto, de ahí la obligación de analizar la perspectiva jurídica y constitucional que al respecto se tiene de ella. Indica (Galgano, 2003:1):

"La sociedad es la forma de organización característica de las grandes y medianas empresas de nuestro tiempo, cuando la empresa asume, sin lugar a dudas, la configuración de una pluralidad de sociedades en funcionamiento, bajo la dirección de una sociedad principal a Holding. Se desarrollaron durante el siglo XIX. Su constitución ha representado, para el campo de la organización jurídica y económica, una innovación profunda del advenimiento en el siglo XXI."

Cuando los Estados aseguran condiciones jurídicas (establecimiento de códigos o definición prescrita del derecho de los negocios internacionales), lo que están haciendo, es desconocer el origen de las empresas como producto de la sociedad, pues conducen a la redefinición de esta última bajo la concepción del sujeto-empresa.

A instancias de la definición de sujetos, la empresa asume el papel de agente económico para con sus similares, y profundiza dicha aseveración en cuanto a las relaciones que crea dicha figura. Hasta ahora, sólo se conoce el creciente repunte de éstas empresas y como los Estados atienden sus requerimientos, como una especie de contrato acomodaticio para cada una de ellas. En este contexto, se pone en jaque la realidad jurídica puesta en los derechos sociales o civiles frente a los derechos de las empresas. Poco conocido es el escenario de derecho empresarial internacional en que se mueven las organizaciones con dicho carácter. Sus acciones, son consideradas aisladas por obedecer más al terreno de sus propias actuaciones. Al respecto señala (Velilla, 2002:48):

"El derecho de los negocios no sólo acoge normas de diferentes ramas jurídicas: penales, laborales, tributarias, entre otras; sino que en él se presenta una síntesis de las aproximaciones de derecho público y de derecho privado, pero aún mejor el derecho de los negocios funde, reúne en una sola pieza, las técnicas jurídicas y las técnicas de gestión que concurren a la solución de los problemas de organización de la vida de los negocios, tales como ellas se presentan

cotidianamente para la empresa y dentro de la empresa."

La perspectiva de criterios de unificación y clarificación frente a la conducta empresarial presenta algunos fenómenos que no han sido considerados. El primero, en cuanto al vínculo del contrato internacional que las empresas en sí asumen cuando realizan alguna actividad económica en otro país. Mientras, es más común que en sus países de origen se presenten llamados a la transparencia y coherencia en la contratación internacional, en los países en donde los ejecutan; pareciese que fuese normal el estado de concomitancia entre las empresas y el orden jurídico presto para las actividades económicas, de cualquier tipo de empresa, pero como correlato común a las de carácter internacional. Señala (Kung,1999: 261):

"En el tercer Foro de Dirección de Davos, en 1973, se propuso un código de comportamiento ético para la gestión de empresas, que considera como tareas de estas servir a los consumidores, a los trabajadores, al capital y a la sociedad y lograr el equilibrio de sus antagónicos intereses. Culmina con la conclusión de que la ganancia es ciertamente un medio necesario, pero no el objetivo final de toda dirección de empresa."

El segundo fenómeno, parte de las ventajas que aparentemente son creadas desde los sistemas los sistemas jurídicos como tal, para atraer a las empresas internacionales, escenario bajo el cual es asumida la existencia de cierta manera de paraísos legales. No existen sistemas jurídicos más eficientes que otros, lo que existe, son estructuras institucionales que apoyan su labor para que sean consecuentes con las realidades a las que se enfrentan, pero se olvidan de la importancia de la regulación antes que de la sanción. Seguido, del aparente autismo para comprender desde el punto de vista jurídico las razones que motivan la creación y acciones de las empresas internacionales. Existen fines que no son diferentes como la supervivencia en los mercados y las economías, y claro está, el fin de lucro y las ganancias. Suggest (Trachtman, 1997: 645):

"The approach advanced by this themes suggest the international legislation, through international treaty, international custom, or reciprocal national action, of rules of perspective jurisdiction that are designed to minimize the sum of (x) transaction costs occasioned by the need to allocate and reallocate jurisdiction for greatest efficiency, and (y) deadweight losses due to the failure to allocate or reallocate jurisdiction for greatest efficiency. The analysis required by this approach would, as an initial position, seek to allocate jurisdiction to the governments whose constituents are affected by the transaction, pro rata in proportion to the relative magnitude of such effects. This allocation would eliminate deadweight losses; buy may occasion substantial transactions costs. In circumstances where transaction cost exceed the sum of transaction cost and deadweight losses resulting from one or more alternative methods of allocation, the method that minimizes such sum should be used. Of course once this initial allocation is made, governments may decide to reallocate through real locative transactions."

Los sistemas jurídicos deben entenderse como la estructura sobre la cual se explica el accionar institucional legal de los países; ilaciones, que se presentan en uno y otro sistema para darles tono. Sin embargo, es importante dilucidar el camino en lo que concierne a la expresión de la relación que debe existir entre los sistemas. Es decir, debe haber un margen de maniobrabilidad entre ellos para que las problemáticas empresariales no sean asumidas como ajenas a otras latitudes o propias de un sistema exclusivamente. La empresa internacional entiende que por su propia cuenta puede resolver disputas sin incurrir en mayores costos de oportunidad y consecuencias, y que por ende, le es más conveniente una justicia conocedora de las circunstancias, y no una que tenga que aprehender de ello.

Contexto Jurídico Económico del Derecho Empresarial Internacional.

Los derechos existentes tienen una perspectiva conductista y funcional de la acción del empresario y del empresario. En primer lugar, suponen que la acción del empresario y la constitución de la empresa son plenamente presumibles y evidentes, razones que sólo implican el control de lo que se constituya y figura en ella. En segundo lugar, la funcionalidad permite dilucidar que las empresas se crean para la obtención y acumulación de riqueza, de ahí que se considere la acción de la empresa y del empresario como un acto libre del cual la sociedad y el sistema jurídico debe ser vigilante pero no represivo o controlador. Ambas perspectivas rezan en los diferentes sistemas jurídicos existentes, pero en realidad poco construyen en cuanto a la manera de tratar a las empresas y empresarios cuando por fallas o circunstancias premeditadas terminan cometiendo actos en contra de la organización pero de igual manera en contra de la sobrevivencia de las empresas. Explica (Bernate, 2006: 37):

"La posibilidad de atribuir responsabilidad criminal a los entes colectivos, es un asunto cada vez más polémico al interior de la dogmatica jurídico-penal y sobre el cual el acuerdo parece cada vez más remoto. Hay una realidad indiscutible, y es el papel protagónico de la empresa como principal agente económico dentro de las sociedades contemporáneas. Resulta innegable el que la sociedad puede ser un instrumento de generación de riqueza y empleo, pero también puede emplearse como la fachada para la comisión de ilícitos y beneficiarse del manto de impunidad que proporciona. Parafraseando a algún autor, mientras el delincuente clásico ocultaba su identidad y buscaba la impunidad de su acto criminal tras una máscara, el delincuente económico acude, para los mismos fines, a la persona jurídica. Así, existe acuerdo a la hora de afirmar que político-criminalmente sería lo más deseable establecer la responsabilidad de los entes colectivos como mecanismo de prevención general en contra de este tipo de delincuencia, pero la dogmática jurídico penal, tal y como la entendemos en la actualidad, no permite que ello sea posible."

Los últimos años han sido escandalosamente protagonizados por las acciones lesivas de las empresas y las conductas perniciosas de los empresarios. Sin embargo, las connotaciones que han tomado dichas acciones han tenido como protagonista el hecho de que los sistemas jurídicos se hagan al margen o no tengan claridad de cómo actuar, dado que en el extremo es el Estado quien toma de las decisiones finales, utilizando el sistema y, la ley, como instrumentos para mediar entre el daño y la forma de resarcirlo por parte de quienes lo cometieron sin merito a que afecte la estabilidad jurídica y económica del país, ya sea por efectos de sanciones flexibles que conduzcan a observar poco claridad en el manejo de temas tan espinosos como las quiebras provocadas o la alteración de información o, por otro lado, mostrar severidad y contundencia que puede generar pánico y rebelión de las empresas, que a sabiendas que pudiesen presentar alguna situación similar se vean abocadas a cerrar o declararse en insostenibilidad de las mismas ante las alteraciones rígidas en la ley, creadas para contener y paliar precisamente dichos actos. Explica (Fonade, 1996: 98):

Es por lo tanto el derecho de los negocios a través de sus técnicas el que escoge o unifica, en sus relaciones de la economía con las diferentes normas jurídicas. Constituyendo un sector del Derecho Económico, la disciplina del derecho de los negocios participa también de ese espíritu jurídico nuevo. Así, en tanto que las disciplinas jurídicas tradicionales están dominadas por el carácter normativo de la norma de derecho, el derecho de los negocios en su integridad se orienta hacia una función organizadora. El derecho de los negocios no rige a las personas, sino a la naturaleza de las operaciones y de su alcance económico, a diferencia del comercial que es subjetivo. El derecho de los negocios se aplica a operaciones mercantiles independiente de la calidad de los operadores y de la naturaleza de la jurisdicción que tenga que intervenir para dirimir conflictos. Así, el Derecho Económico está compuesto por: 1. estructura Jurídica de la Intervención del Estado. a. Sector Público. b. Políti-

ca electoral y el Plan Nacional de desarrollo. 2. Aspectos internacionales del derecho económico. a. Relaciones económicas internacionales b. Contratos entre estados y empresas extranjeras. A diferencia del derecho de los negocios con: 1. Aspectos de derecho interno relativo a las empresas. a. El derecho de sociedades y técnicas societarias. b. Las actividades económicas de las empresas. c. Relaciones con otras disciplinas. 2. Aspectos Internacionales relacionadas con la noción de empresa. a. Comercio Internacional. b. Arbitraje comercial internacional.[1] *"*

Aparentemente, existe una cierta expectativa jurídica que el Estado crea ante el mundo empresarial, cuando de observar los actos de las empresas se trata. Al interior, puede considerarse esto como una especie de diplomacia jurídica empresarial, en donde el Estado actúa más que en consecuencia, cuidando que sus decisiones para que no afecten la capacidad de maniobra jurídica de las leyes creadas para controlar o sancionar a las empresas. Temas como la responsabilidad empresarial o la imputabilidad en la persona jurídica empresarial, siguen siendo temas de soporte aislado que dependen más de la convicción y relación que tienen las empresas con la sociedad. Explican (Cuevas y otros, 2002, p. 113):

"Los mercados están constituidos por conjuntos de contratos, y por ello sus costos de operación dependen de la claridad sobre los derechos y sus procesos de transferencia, de la eficacia de los instrumentos para su respeto y de las garantías de cumplimiento sobre los compromisos. En general, mientras más difusos sean los derechos, mayor es la cantidad de confusiones, superposiciones y encartamientos."

Las empresas tienen cierta libertad jurídica que las hace impenetrables ante cualquier revisión de sus actuaciones por parte de los sistemas jurídicos, premisa que ha tomado fuerza y que ha hecho mella entre sistemas tan tradicionales como el romano-germánico frente al common law anglo o norteamericano. Mientras en otros se asume a la empresa como algo arraigado e inherente a la sociedad, concepción sobre lo cual los sistemas jurídicos tienen más capacidad y claridad en cuanto a la manera de actuar. De otro lado, la correspondencia internacional referida a la manera de cómo considerar actos de las empresas desde los sistemas jurídicos queda a criterio de los medios de comunicación, dejando aislados completamente a los sistemas que quedan expectantes a los anuncios para definir en cualquier momento en qué y cómo actuar. Señala (Bioca, 1997: 20):

"El Derecho Internacional Privado es aquel que comprende las relaciones jurídicas que tienen un elemento ostensible u oculto, extraño al derecho local, sin analizar previamente su naturaleza esencial, no importa que ella sea de carácter civil, comercial o penal; es suficiente que el interés comprometido sea de una persona privada y que a su respecto se plantee el problema de la ley que la reglamenta y de la jurisdicción competente."

Frente a las crisis que provocan las empresas de forma generalizada o en virtud de situaciones que dejan inhabilitadas cualquier acción de los contenidos o procedimientos de la justicia, la ley queda paralizada y no tiene elementos de cómo sortear el efecto de las circunstancias provocadas por las empresas con la capacidad de respuesta jurídica para que sea posible solucionar o hacer más llevadera la situación. Para tener algunos elementos claros al respecto, es necesario revisar cual ha sido el panorama en las que se han presentado problemas de índole empresarial, que han conducido a paradojas,

[1] Decreto 1890 Ponencia sobre proyectos de desarrollo.

vicisitudes y situaciones de no respuesta por parte de los sistemas jurídicos cuando son las empresas las que ponen en jaque los sistemas jurídicos con sus actuaciones. Al respecto señala (Jara Diez, 2006: 8 -9):

"A la vista de la reciente introducción de la responsabilidad penal empresarial en diversas legislaciones europeas de la nueva situación que plantea el artículo 31, 2 del vigente código penal. (En este sentido debe destacarse la legislación suiza C:P, suizo, Art. 100 quarter y 200 quinquies)- en vigor desde el 12 de diciembre de 2002 – la Polaca (Ley sobre responsabilidad penal de los sujetos colectivos por hechos castigados con penas) – en vigor desde el 28 de noviembre de 2003- y la austriaca (Ley sobre responsabilidad de la empresa)- que entra en vigor el 1 de enero de 2006. En concreto se parte del concepto constructivista de culpabilidad empresarial cuya fundamentación pormenorizada no puede, por motivos obvios, desarrollar en una contribución de este tipo. Lineamientos generales del concepto constructivista de culpabilidad empresarial. Adquiere su denominación del hecho de estar basado en el constructivismo operativo corriente epistemológico de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos (Niklas Luhman). Esta teoría, no cuenta con excesivos partidarios en el derecho penal tradicional, parece haber encontrado cierto acomodo en el ámbito del derecho penal empresarial, de tal manera que son variadas las culturas que explícita o implícitamente se remiten a ella en la fundamentación de sus posiciones."

Esta situación es mucho más profunda, cuando se señala que las situaciones jurídicas internacionales han tenido que ser resueltas o conducidas por alternativas provistas por las mismas empresas internacionales, quien bajo su propia garantía y transparencia, respaldan al denominado derecho internacional privado. En suma, éste último en conjunto con las controversias internacionales han motivado que avance con fuerza y criterio el derecho internacional privado, como una forma que pretende no saltarse a las estructuras y sistemas tradicionales para tener cierto grado de respuesta y coherencia en temas que por cuenta de los sistemas jurídicos en general son pocos los que muestran respuestas o claridad frente a los fenómenos económicos y de negocios internacionales. Esquematiza (Márquez, 2004:71-74):

"Modus Operandi de la delincuencia corporativa. Hace referencia cuando empresas u organizaciones legalmente establecidas, aprovechándose de las oportunidades que se ofrecen a los que ejercen la profesión, cometen infracciones, normalmente para mejorar su situación económica. En el derecho sancionador, para poder establecer una responsabilidad penal, el sujeto activo tiene que ser una persona física. Cuando se trata de corporaciones grandes y actividades que pueden haber transcurrido durante mucho tiempo, a veces es imposible encontrar una persona física responsable. Se puede concluir que una compañía puede tener una personalidad delictiva propia, independiente de las personas que ocupan cargos de responsabilidad."

Con mediación directa de la globalización, las empresas internacionales siguen aumentando su presencia en el mundo. Sin embargo, frente al tema jurídico se evidencia una exagerada definición de dichos temas por parte del componente económico en comparación con el legal. Es decir que, el derecho internacional privado no ha mediado para que se conozca aun más sobre la realidad jurídica empresarial internacional. Por ello, es importante analizar hasta qué punto la globalización como tal ha contribuido para fortalecer al derecho internacional privado en cuanto a los campos señalados, y que tanto las disputas y controversias internacionales entre ellas, que en ocasiones han involucrado a los mismos Estados, hayan contribuido para definitivamente hablar con propiedad de un derecho autónomo y claro para las empresas internacionales. Suggest (Bhattacharya et. al, 2007:633):

"When comparing the market´s reaction to litigation, it is important consider that news of li-

tigation may take longer to reach foreingn markets".

No obstante, más que buscar un respaldo, que ya lo tiene, el derecho internacional privado quiere refrendar el hecho de que los países carecen del conocimiento suficiente para resolver no solo disputas en dichos temas concernientes a empresas, y en ocasiones presentan fallas a la hora de resolver disputas entre Estados soberanos. Es esta marcada constante la que de manera permanente exige una profundización en los análisis y estudios concernientes a la estructura legal internacional que cobija a las empresas en el marco jurídico de los países de manera particular, pero a su vez, enmarcada en acuerdos y tratados de liberación.

El Sujeto Empresa como Ordenador del Derecho Empresarial Internacional.

Las grandes empresas en el mundo atienden claramente cuando son consideradas sujetos económicos internacionales, en cuanto a su capacidad y personalidad de actuar en defensa de sus intereses y propósitos. De otro lado, también han sido contempladas en calidad de formas estaduales; al punto que han tenido que actuar en países en donde no existe tal, pues es quien genera y promueve la economía a la vez que lo necesario para sobrevivir. Sin embargo, dentro de la perspectiva del derecho internacional público, es imposible homologar un emporio económico hasta dicha magnitud por todos los preceptos que contiene la figura la figuran del Estado en cuanto a soberanía, poder militar y sistema judicial ejercidos básicamente sobre un territorio sobre el cual se circunscribe o se define su denominación como nación. Sin embargo, ha dejado de ser un asunto estadístico, el tema cuando se infiere que existen empresas más poderosas que algunos Estados, y que en ocasiones dicha circunstancia les permite tener más fuerza que ellos en temas jurídicos, económicos y de denominación de derechos reales entre otros así como los de la misma propiedad internacional. Considerer (Georgakopoulos, 2005, p.105):

"A problem with assuming enforcement costs are transaction costs is that context matters. Despite that the cost of litigation may prevent some parties from collecting; litigation provides a service to society by advancing legal interpretation by filling the gaps in the law. Despite that out is a transaction cost for the parties, litigation produces a benefit for society. Society would incur a cost to obtain the refinement of interpretation, the coverage of gaps, the resolution of contradictions between rules and their adaptation to the evolving socioeconomic circumstances. Therefore, litigation can be interpreted as producing a service that society obtains. In exchange for it, society spends resources on the legal system. The litigants also expend resources which, from their perspective, likely are transaction costs. "

Es imperante, identificar los sujetos que hacen empresas y negocios en los países en donde se asientan, pues éstos gozan de la calidad de personas no solo jurídicas o naturales, sino que en sí forma un sujeto integral de éstas dos dimensiones. Hasta ahora, lo único que se ha logrado con ellas es el de denominarlas empresas internacionales. Sin embargo, el incremento de las relaciones internacionales y de la necesidad de un derecho internacional más fuerte para ellas, obliga a poner el tema en consideración de una manera que se avance en la definición de los mismos y la claridad frente a sus actuaciones por encima de las prescripciones expuestas en los códigos. Tras de dichos sujetos, se considerará que habrá más claridad en cuanto a la perspectiva de los negocios internacionales. Temas como las relaciones financieras creadas a través de las bolsas son sólo una de las tantas opciones que tienen las autoridades jurídicas para analizar la estructura de las empresas. Es importante, entrar a analizar de dónde surge la idea de considerar a la empresa como persona y todo lo

que alrededor de ella es creado. Argumenta al respecto (Jara Diez, 2006:12-13)[2]:

"La culpabilidad empresarial y la culpabilidad individual no son iguales, pero si funcionalmente equivalentes. En concreto, el concepto constructivista de culpabilidad empresarial se basa en tres equivalentes funcionales que se corresponden con los tres pilares del concepto de culpabilidad individual: la fidelidad al derecho como condición para la vigencia de la norma; el sinalagama básico del derecho penal, y por último, la capacidad de cuestionar la vigencia de la norma."

Las actividades que estas desarrollan se diseminan en el terreno administrativo, contable, económico y financiero, y claro esta de mercado. Sin embargo, para la ley cada uno de estos elementos es diferente. Para definir la empresa se ha recurrido a la labor comercial, económica o productiva, fuentes que han servido para profundizar en el discurso, pero no para afianzar la estructura y constitución legal de las empresas. Aparentemente, están creadas para hacer de todo, y no hay cómo mediatizarlas a un escenario concreto, dejando a los contextos prescriptivos de su actuación sin más aporte que la redacción de un manual de cómo reproducir una forma de empresa, pero que no constituye en esencia lo que realmente éstas significan. Expresa (Jara Diez, 2006: 6-7):

"En un célebre manual de 1978 Rodríguez Mourullo[3] escribía que las personas jurídicas carecen de voluntad en sentido "carecen de la voluntad en sentido psicológico, por lo que en verdad no es que la persona jurídica concluya por sí misma contratos, sino que queda vinculada por los contratos que celebran en su nombre las personas individuales que actúan como órganos suyos – otro gran maestro del derecho penal contemporáneo, Gunther Jakobs[4] escribía recientemente una crítica a la posibilidad de concebir una verdadera culpabilidad de las personas jurídicas basándose en argumentos semejantes, si bien desde una fundamentación diferente" P6. Así, señalaba, por un lado, que en caso de imputarle a la persona jurídica de la culpabilidad de su órgano, la necesaria consecuencia para por desimputársela a este – lo cual sería, según este autor político criminalmente inaceptables -; y, x otro lado, si se construyen una culpabilidad propia de la persona jurídica –es decir, no imputándole la de su órgano-, entonces, en realidad, no se trata de una verdadera culpabilidad, ya que la persona jurídica carece de autoconciencia y, consecuentemente, no se sabe así misma libre. En definitiva, estas argumentaciones conducen irremediablemente a la consecuencia de que las personas jurídicas no son imputables en derecho penal."

La salvedad que se hace al respecto, es que las empresas son reproducciones sociales que se componen de la forma como ésta las aprecia. La empresa como sujeto económico legal, debe tener un carácter de persona y no una definición convencional, y en ello ha de nuevo señalarse que para el common law, la empresa no puede ser más grande que la sociedad o un ciudadano, como sucede en la mayoría de los países del mundo. Frente a ello, es importante conocer la labor de las empresas multinacionales y transnacionales, sobre la base de lo ancho de la forma como son asimiladas, con el propósito de confirmar que tan cierto o lejano es el hecho de que estas se encuentran por encima de la capacidad de respuesta de los sistemas jurídicos ante un desmán o sin salida manifestada por

[3] Rodriguez, Maurullo (1978). La legítima defensa real y putativa en la doctrina del tribunal supremo, Calateo, Universidad de Compostella, España.
[4] Gunther, Jakobs (1937). Consideraciones sobre el derecho penal moderno. Monchengladbach, Alemania.

alguna empresa de dicho carácter. El derecho comparado ha sido la puerta utilizada para dejar a un lado la discusión de los sistemas para generar propuestas y no descansar en el debate de la superioridad de uno u otro que en nada ayuda. Pero ahora, es la fuerza del derecho internacional quien empieza a tener impacto en las decisiones tanto de carácter público como privado. Argumenta (Zapata, 2003: 211):

"Sin embargo existe un antecedente importante. En 1997 el Ministerio de Justicia y del derecho creo el plan de armonización del derecho internacional privado (PADIP) para promover el estudio y la adopción en nuestro ordenamiento jurídico de los instrumentos del derecho mercantil internacional, elaborados por organismos internacionales como la comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI) y el instituto internacional para la unificación del derecho privado (UNIDROIT)."

Temas como la responsabilidad del sujeto empresarial, quien encabeza a las organizaciones debe igualmente ser considerado de manera concreta en los diferentes sistemas, dado que es otro símil que comparten los sistemas jurídicos como tal, no obstante, el llamado es a darle el carácter de persona no solo a quien es la cabeza de la organización sino a la misma empresa en donde se acomete alguna acción delictiva o sucede algún hecho que requiere intervención legal. No es conveniente que un mundo que está siendo conducido a la estrechez de los sucesos aun pretenda dividir la persona quien dirige la empresa de la persona jurídica que encarna la empresa ensimisma, como en el caso de la legislación en Colombia. Reitera (Zapata, 2003:379):

"El país se encuentra en mora de contar con un instrumento legislativo que responda a las necesidades del mundo moderno, caracterizado por su interdependencia y por la circulación internacional de personas, bienes y servicios. Entre tanto, la comunidad espera un papel protagónico de sus jueces para que a través de sus decisiones permitan la consolidación de un derecho internacional privado que abra las puertas del mundo para aquellos colombianos cuyas actividades desbordan nuestras fronteras."

Las empresas preocupadas por los costos de transacción o que evalúan el acceso a los mercados cuando se trata de adquirir empresas, hacerse a nuevos negocios o emprender proyectos similares en distintos países deben tener como medida no solo el tema del riesgo jurídico, también es necesario apostar para que dichas condiciones sean las que permitan no solo ordenar la proliferación de contratos, sino en la medida de los mismos una relación exponencial que permita mostrar la seguridad y credibilidad en los sistemas jurídicos. Entre los sistemas jurídicos existen diferencias en lo que se atiende a la figura de la contratación internacional, pues para algunos sistemas es una acción que se pule con el tiempo por cuanto el contrato no es adherente a un gobierno sino a un Estado que responde a una nación a diferencia en otras latitudes en donde los contratos representan no más allá de un registro, y cada acción nueva en la materia requiere una formalización de los mismos. Ejemplariza (Guerra, 2006: 7):

"Las normas de defensa de la competencia de casi todos los países del mundo persiguen fundamentalmente dos tipos de conducta: los acuerdos entre competidores de operadores económicos orientadas a la fijación común de precios, reparto de mercados o limitación de la producción, y las prácticas abusivas derivadas de situaciones de posición de dominio.[5]"

En términos de los negocios internacionales, no existe un lugar único para desarrollar actividades o relaciones económicas. El tamaño de

[5] Fuente: Revista Internacional No 11. Foro de Derecho Mercantil, p. 7-29.

los flujos de bienes y servicios mundiales de las empresas supera la capacidad jurídica de respuesta. La acción jurídica frente de las organizaciones internacionales ha tratado de superar los conflictos a través de: el minitrial[6], el arbitraje[7] y la conciliación[8], siendo el arbitraje el más utilizado. Sin embargo, la medida de apuño en éste análisis, será el de considerar como característica que lo que existe en el fenómeno de internacionalización de las empresas es una ola de acumulación de ganancias o segmentación de las mismas para el aumento de los beneficios de las organizaciones económicas internacionales lo cual será avalado o compensado con la misma concepción de posesión, capacidad o integración financiera a medida que la organización crece, diversifica sus negocios o amplia o explora nuevos mercados, hecho que identifica la disparidad de ideas que existen en la actualidad cuando se dice que cuando desaparece una industria o se transforma puede ser por causa de un fenómeno de desindustrialización, fenómeno que es contraproducente frente al comportamiento o ascenso de la inversión y los grados de movilidad con que éstas se mueven. Opina (Roemer, 1994, p. 25):

"El uso de métodos analíticos del derecho, al igual que muchos otros usos de la metodología, implica el establecimiento de lo que en ocasiones se conoce en el derecho consuetudinario con el nombre de hechos legislativos. Es decir, hechos que ocurren en el mundo. Son relacionados para determinar lo que debiera ser una norma legal. Los métodos analíticos sirven también para determinar lo que a veces con el nombre de hechos adjudicativos, es decir, hechos relacionados con la determinación de si una norma legal es aplicable a una determinada transacción y cómo."

La equivalencia jurídica intenta promover el dialogo en temas de negocios internacionales, tutelados por las mismas instancias de decisión jurídica de los sistemas como tal. Consiste en considerar la evaluación jurídico-económica no bajo la perspectiva de un ranking sino de unicidad y homogeneidad en lo que corresponde a los elementos básicos como sujeto empresa y las funciones sobre las cuales estaría dispuesta a aceptar el vínculo jurídico con algún país. Más allá del contrato internacional está la adhesión a una normatividad, hecho común, cuando la función o actividad de las empresas se convierten en interpretativas por desconocimiento. Considera (Cabanellas, 2005: 13): y 14):

"Si en otras materias del Derecho de defensa de la competencia existe un amplio consenso respecto de las reglas aplicables para lograr las metas de esa disciplina jurídica, y una prolongada tradición de aplicación de ciertos instrumentos regulatorios, ello no ha sido así en materia de las concentraciones económicas y otros actos con efectos estructurales sobre la competencia."

La equivalencia jurídica internacional en el contexto empresarial parte de la premisa de que el hecho económico empresarial es el mismo en todos los lugares del mundo. Las empresas abren sus puertas bajo dos propósitos; el generar ganancias, producir y servir. Sin embargo, la estructura jurídica y el modelo económico redefinen la composición inter e intra-empresarial de la misma. No obstante, la ambigüedad de los sistemas no es la cuestión central para señalar la falta de correspondencia jurídica económica en la interpretación de lo que significa y constituye el contexto de las compañías. De nuevo plantea (Cabanellas, 2005:14):

[6] Cuando las partes de un litigio, previo acuerdo, deciden presentar sus actos para resolver sus conflictos a través del dialogo con un juez. Fuente: http//www.bibli@udica.org/libros/5/2264/19.pdf

[7] Mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto, difieren su solución a un tribunal arbitral. Fuente: http//www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=42/arbitraje.

[8] Mecanismos para resolver un conflicto de manera amistosa y equitativa con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador. Centro de conciliación. Fuente: http//www.colegasabogados.org/conciliación.htm

"Existen dos dimensiones fundamentales en las que se manifiestan discordancias estructurales. La primera se refiere al criterio para evaluar los actos. La segunda dimensión, es la relativa al procedimiento aplicable para el control de fusiones y otras concentraciones económicas".

Las empresas contratan, se financian, ofrecen activos a cambio del producido de sus actividades, pero todo se hace en desconocimiento del impacto y fuerza de la ley que les permite acometer dichas acciones, a no ser que acontezca algún sobresalto para que entrase la ley. Ante esta pasividad se requiere afianzar la justicia económica internacional. La movilidad de las empresas les da el carácter de sujetos económicos internacionales, hecho que resalta no la función bajo la cual se determina el principio y actividad sino el escenario y contexto a los que están dedicados. El registro mercantil y comercial sirve como información, pero como sustento jurídico económico sobresale la magnitud de las diferentes actividades que se desarrollan en la empresa bajo su nombre. Se trata de entender claramente a que se dedican las empresas, tarea que no es fácil, pero que es uno de los caminos para reconocerse como actor económico internacional. Considera (Calvo y Carrascosa, 2008, p.6-7):

"Las obligaciones extracontractuales constituyen uno de los sectores más relevantes del DIPr. Del siglo XXI. Ello se debe a dos fenómenos. Primero, a que la responsabilidad civil ha sido y es uno de los contextos de renovación teórica más importantes del DIPr. Para el desarrollo del New Learning. Y segundo, a los caracteres singulares de las obligaciones extracontractuales en el comercio internacional actual. En la actualidad, resulta habitual que las obligaciones extracontractuales presenten un carácter internacional. Obligaciones respecto de las cuales es preciso fijar la competencia internacional de los tribunales y autoridades para conocer de dichas reclamaciones y la Ley regulatoria de tales obligaciones. La deslocalización de empresas y de la producción industrial comporta un incremento espectacular de obligaciones extracontractuales de carácter internacional."

Asimismo, por cuenta del acceso a los mercados y a las diferentes economías, las empresas promueven pasivamente la posibilidad de diálogo permanente de carácter global. La apertura jurídica no descansara solo en la entronización del derecho internacional privado (DIPr), entrará cuando las empresas consideren viable y necesario el entendimiento y correspondencia jurídica económica entre ellas. La realidad es, que temas como el daño, el abuso de posición dominante, el control del mercado o el monopolio son ingredientes de una misma receta. No se conoce la funcionalidad de la empresa, expresión desde la cual se ha permitido abandonar la idea de que la empresa es un producto social y como tal puede moldearse y adaptarse pero con interdicción de la sociedad.

Conclusiones

Es importante que se anticipe la acción empresarial en cuanto a la forma de sancionar o juzgar los diferentes hechos delictivos y de daños que provocan los empresarios o que se cometen en contra de las empresas ó, a expensas de éstas. Independiente a los sistemas jurídicos, los Estados en si no han arraigado realmente a la empresa como centro de la acción jurídica y económica, por cuanto tras alguna sentencia que no puedan capturar o responder, las empresas terminan abocadas a cerrar o declararse en incapacidad de respuesta ante los requerimientos legales.

Para que la aplicación del derecho en temas de delitos empresariales y de negocios internacionales sea parte de la concepción jurídica de dichos temas se requiere que estos sean revisados en strictu sensu desde la perspectiva económica, dado que los delitos que comúnmente se desarrollan y ejecutan en las empresas son de esta naturaleza en lo que al campo de los negocios internacionales se refiere. La economía debe

ser asumida como principio jurídico no solo en cuanto a la economicidad sino a la aplicabilidad de la justicia en temas concernientes al campo empresarial y de los negocios internacionales.

Frente a la mundialización y la globalización económica, las empresas en su trasegar han expuesto la necesidad de contar con mecanismos que no solamente correspondan a sus intereses, sino que lleven consigo bajo la mayor idoneidad posible la solución de diferencias, conflictos o rupturas entre ellas y otras instancias institucionales. La transición económica hacia una economía de mercado globalizada y el consecuente surgimiento de nuevos actores económicos en el contexto internacional, ponen en evidencia la crisis del derecho nacional como normatividad estática, para lo cual, se hace necesario la adopción de nuevas normas que respondan a la movilidad del mercado y que faciliten el desarrollo de las relaciones comerciales entre los actores económicos.

Por cuenta de la ambigüedad temática y apreciativa sobre el contexto en que se mueven las empresas internacionalmente, no puede permitirse la carterizacion de la justicia, pero sí puede ser parte del maletín de trabajo de las empresas cuando de su parte o por cuenta de situaciones ajenas a ella, solicitan la revisión jurídica o la evaluación de instancias por ejemplo para hacer de un hecho jurídico, algo creíble. Sin embargo para muchos, esto puede significar mayores costos, pero en evidencia la curva de acción jurídica económica en el tiempo puede girar hacia el origen, convirtiendo a ambas, en herramientas de trabajo, y no en lanzas de repercusiones incalculables ante los actos premeditados o presentados en las empresas.

El propósito es ahondar con respecto a las personas involucradas en las empresas. En algunos países, prevalece la diferencia entre persona natural y jurídica, como sí se tratará de dos objetos y razones diferentes. Las diferentes actividades que realizan las empresas no permiten estas separaciones, hecho demostrado cuando aparecen sanciones jurídicas que en ocasiones no tienen efecto directo en las personas sino en las organizaciones; característico del sistema romano-germano. Sin embargo, las empresas y sujetos empresariales internacionales deben estar expuestos a la responsabilidad y obligación de sus actuaciones.

Referencias

Zapata de A, A. 2003. Derecho internacional de los negocios y alcances. (1a.ed),; Homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de rectoría) Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Calvo C., A. L. y Carrascosa G., J. 2008. Las obligaciones extracontractuales en Derecho Internacional Privado. El Reglamento "Roma II", (1a. ed.). Granada, España Editorial Comares.

Márquez C., Á. E. 2004. La delincuencia económica. (1a. Ed.). Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Medellín.

Roemer A. 1994. Introducción al análisis económico del derecho. (1a. ed.). Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, Fondo de Cultura. Economía Contemporánea.

Guerra F., A. 2006. La definición del mercado relevante en casos de abuso de posición de dominio. LEGIS. Foro de Derecho Mercantil Revista Internacional (11): 7-29.

Bioca C., Basz. 1997. Lecciones de Derecho Internacional Privado, (1a.ed). , Edigraff, Buenos Aires.

Jara D., C. Gómez. (2006)¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Culpabilidad e imputabilidad empresarial en un verdadero derecho penal empresarial. Univer-

sidad autónoma de Madrid. Legis editores. Bogotá. Revista Internacional. 15: 5-34.

Rodríguez C.A. 1998. Globalization and the rule or law, (2a., ed.). ILSA y Universidad de Wisconsin – Madison. Jeffrey Sachs, Yale Law School Occasional.

Dshneiderman D. 2008. Constitutionalizing economic globalization: Investment rules and democracy´s promise, (1a. ed). Cambridge University Press, United Kingdom.

Fondevilla E. 2002. Derecho y Economía. El economista y los tribunales de justicia, (1ª ed.). Barcelona.1-52.

Fonade. 1996. Constitución Económica Colombiana, (1a. ed.). El Navegante editores, Colección Derecho Económico y de los Negocios. Bogotá.

Foro Económico Mundial de Davos (1973). Tema: La gestión ética para las medianas empresas. Mejor calidad de los Trabajadores. Reunión anual; Beneficios a los trabajadores. Suiza.

Galgano F. 2003. Foro de Derecho Mercantil (1a. ed.). Legis, Revista Internacional, Bogotá.

Bernate O., F. 2006. Estudios de Derecho Penal Económico. (1a.ed.). Editorial Ibáñez, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006).

Cabanellas de las Cuevas G. 2005. Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia. (2a.ed.). Editorial Heliasta, Buenos Aires.

Sánchez L., G. 2005. Legislador y Juez: ¿Garantías o Amenazas al modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios? En: Marco Antonio Velilla Moreno, Los Servicios Públicos como instrumento de solidaridad y Cohesión social del Estado, (1a. ed.) Edicionnes jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá: 189-201.

Kung H. 1999, Una ética mundial para la economía y la política. (1a.ed.).Editorial Trotta, Simancas Ediciones. Valladolid.

Hansmann H. 1990. Ownership of the firm (chapter 9, 1990). En: BEBCHUK, Lucian Arye (1990). Corporate Law and economic analysis first published, Cambridge University Press, Cambridge; 281-315.

Cuevas H., Alexei J., Núñez R., Peña O D, y Villa E. 2002. Teorías Jurídicas y Económicas del Estado. (1a. Ed.). Universidad Externado de Colombia, Bogotá,

Katz I M. 2001. La constitución y los derechos privados de propiedad. (1a. ed.). Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Departamento de Economía, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Trachtman J P. 1997. Externalities and extraterritoriality: The law and economics of prescriptive jurisdiction. En Jagdeep Bhandari S., and Alan Sykes O., Economic Dimensions in International Law. Comparative and Empirical Perspectives, 642-684 (1a. Ed.). Cambridge University Press. United Kingdom.

Gonzales J I.2008. Hurwicz y el juez de última instancia, Revista Economía institucional, Universidad Externado de Colombia 10 (19): 115-129.

Cossío D. J R. 1997. Derecho y Análisis Económico. (1a. Ed.). Instituto Tecnológico Autónomo de México–Fondo de Cultura Económica D.F., México.

Velilla M., M A. 2002. Introducción al derecho de los negocios. Los nuevos dominios de la

administrativización del derecho comercial. (1a.ed.). Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, El Navegante Editores, Biblioteca Millennio, Colección Derecho Económico y de los Negocios. Bogotá.

Georgakopoulos N L. 2005. Principles and Methods of Law and Economics. (1a. ed.). Indiana University, Tools for Normative Reasoning, Basic Cambridge University press, New York, USA.

Marzoratti O J. 2003. Derechos de los negocios internacionales (3a.ed.). Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires.

Bhattacharya U. Galpin N, and Haslem B. 2007. The Home Court advantage in International Corporate Litigation, The Journal Law and economics, The University of Chicago Press, Illinois. 50 (4): 625-659.

Dezalay Y y Garth, B. 2002. La Internacionalización de Las Luchas por el Poder. La competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados latinoamericanos, (Coedición. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad de Chicago, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. ILSA Bogotá.