

María Cristina Mercado de Sala

FUNDAMENTO DE LA PONENCIA: LA GLOBALIZACION OBLIGA A UN ESTUDIO PRECISO DE LOS DISTINTOS INSTITUTOS JURÍDICOS CONFORME LOS MISMOS SON RECEPTADOS EN LOS DIFERENTES PAÍSES, A FIN DE LA CORRECTA ARMONIZACIÓN ENTRE LOS DISTINTOS DERECHOS Y DE NO INCURRIR EN INTERPRETACIONES ERRÓNEAS QUE PRODUZCAN EN LA COMUNIDAD COMO "CONSUMIDORA" DEL DERECHO, LA INSEGURIDAD EN EL TRAFICO JURÍDICO Y EL CAOS EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES.

SÍNTESIS DE CONCLUSIONES. PROPUESTAS

1. EL DERECHO AMERICANO SE INSERTA EN EL COMMON LAW CON LAS PARTICULARIDADES PROPIAS DEL SISTEMA FEDERAL DE GOBIERNO. LOS DIFERENTES ESTADOS CONSERVAN LA FACULTAD DE RECONOCER LA EXISTENCIA COMO SUJETOS DE DERECHO A LAS ENTIDADES CORPORATIVAS, MEDIANTE CONCESIONES GRACIOSAS EMANADAS DE SU PODER SOBERANO, DISTINGUIÉNDOLAS DE OTRAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN COMO LAS LLAMADAS "PARTNERSHIP" Y "JOINT VENTURES".

2. RESPECTO DE LA TEMÁTICA DE LAS "UNINCORPORATED ASSOCIATIONS Y LAS CORPORATIONS," EL DERECHO POSITIVO EMANADO DE LEYES DICTADAS POR EL CONGRESO FEDERAL ES "VIRTUALMENTE INEXISTENTE", EXCEPTO PARA REGULACIÓN DE LAS "SECURITIES" Y LAS REORGANIZACIONES PREVISTAS POR LA FEDERAL BANKRUPTCY ACT.

3. NI EL CONGRESO FEDERAL HA DICTADO LEYES NACIONALES PARA REGULAR LOS MEDIOS APTOS PARA LAS RELACIONES NEGOCIALES (BUSINESS LAW-DERECHO DE LOS NEGOCIOS) NI LOS ESTADOS HAN DICTADO LEYES COMUNES.

4. RESPECTO DEL DERECHO CORPORATIVO, LOS ESTADOS HAN DICTADO CÓDIGOS PROPIOS CON DIFERENCIAS DE ALCANCES Y CONTENIDO ENTRE UNA JURISDICCIÓN Y OTRA. RESPECTO DE PARTNERSHIPS, JOINT VENTURES Y LIMITED PARTNERSHIPS LA REALIDAD ES MENOS COMPLICADA DEBIDO A QUE LOS ESTADOS EN GENERAL HAN ADOPTADO LAS LLAMADAS "UNIFORM ACTS", QUE SON PROPUESTAS POR LA "CONFERENCIA NACIONAL DE COMISIONADOS SOBRE LEYES ESTADUALES UNIFORMES.

5. LO EXPUESTO ANTERIORMENTE OBLIGA A UN ESTUDIO MINUCIOSO DEL DERECHO Y LA PROBLEMÁTICA SEGÚN SEA EL ESTADO ORIGEN DE LA ORGANIZACIÓN CON LA QUE SE VINCULEN LOS HOMBRES DE NEGOCIOS Y EMPRESAS, O EN LOS QUE SE PRETENDA ESTABLECER ORGANIZACIONES EMPRESARIAS.

6. PROPONEMOS ESTUDIAR A PARTIR DE PRINCIPIOS DE DERECHO SOCIETARIO LAS DIFERENCIAS FUNDAMENTALES SOBRE LAS QUE SE DEBE INSISTIR A FIN DE EVITAR LA INSEGURIDAD JURÍDICA Y EL CAOS EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES, ATENTO EL RÉGIMEN ESTABLECIDO POR NUESTRA LEY DE SOCIEDADES 19550-Y SUS REFORMAS.

7. LA PRESENTE PROPUESTA SE CIRCUNSCRIBE A LA PROBLEMÁTICA DE LA PERSONALIDAD.

Todo aquel que sienta la tentación de estudiar el derecho de otro país debe ser consciente que tal tarea debe hacerse desde un punto de vista objetivo que le asegure la posibilidad de llegar a la esencia del mismo. Sin embargo es obvio que desde el momento que el objeto de estudio lo aborda un sujeto, éste por objetivo que pretenda ser estará condicionado por sus propios conocimientos y en especial el concepto que reconoce a los institutos dentro del derecho de origen.

Estudiar el derecho americano precisa de conocimientos de los principios que rigen el common law, e incluso manejo de la lengua inglesa, que no se agota para el caso del derecho con un conocimiento simplemente académico del inglés sino también con el especial conocimiento del inglés jurídico, el que obviamente está condicionado por los conocimientos que se tengan de derecho.

El propio derecho positivo americano estadual al regular los institutos comienza por explicitar el contenido de los términos que utiliza, buscando así evitar conflictos de interpretaciones terminológicas.

La riqueza de nuestro idioma castellano con abundantes sinonímias a veces resulta más simple que el inglés en cuanto éste puede utilizar la misma palabra con diferentes implicancias.

Asímismo la traducción literal de una palabra puede llevar a una interpretación errónea del contenido jurídico de la misma. El caso por ejemplo de la “STATUTORY LAW”, es a veces mal interpretada entendiendo por ello simplemente “estatuto”. En nuestro derecho civil y comercial se llaman estatutos las normas reglamentarias que rigen la formación, el funcionamiento y la disolución de las asociaciones y sociedades, que se integran al contrato. Sin embargo en el ámbito del derecho americano por “STATUTORY LAW “ debe entenderse el “CUERPO LEGAL CREADO POR RESOLUCIONES DE LA LEGISLATURA POR OPOSICIÓN AL DERECHO PROVENIENTE DE DECISIONES JUDICIALES (JURISPRUDENCIA) O DECISIONES ADMINISTRATIVAS”.

Como es obvio es abismal el alcance jurídico de una u otra traducción. El estatuto adoptado contractualmente es disponible por las partes, la “STATUTORY LAW” sólo la modifica otra ley emanada del órgano legislativo del estado de que se trata.

Podríamos agregar ejemplos, pero consideramos suficiente recomendar prudencia en el análisis de los institutos para el caso de que se carezca de amplio manejo del idioma y el derecho común. Una actitud contraria nos llevará a incessantes discusiones sobre la correcta interpretación del instituto sin resultado constructivo alguno.

A. CORPORATIONS.

La “corporations” o “asunción de un cuerpo-encarnación” traducido etimológica y literalmente, como formas de organización en sí mismas se desarrollaron en la Edad Media al influjo de la codificación civil y el derecho canónico. Las primeras corporaciones fueron las ciudades, las universidades y las órdenes eclesiásticas y no “business corporations” (corporaciones de negocios) ni la clase de organizaciones que actualmente conocemos.

Muchos siglos pasaron hasta que se permitió esta forma para los negocios, con la característica común de su existencia independiente respecto de los integrantes, aunque con la gran diferencia de que las primeras no eran propiedad de los integrantes. Por ejemplo un Monasterio pertenecía a la Orden en sí misma, sin que individuo alguno tuviera participación alguna respecto del mismo.

Al decir de los autores refiriéndose a su naturaleza es “*A FICTITIOUS PERSON EXISTING IN CONTEMPLATION OF LAW*”, o sea una persona ficticia existente por virtud de la ley.

Por lo expuesto considero que por “corporation” en sentido genérico y amplio debe entenderse “persona jurídica”, independientemente que la misma sea pública o privada, cerrada o abierta, y no restringirla al concepto de sociedad comercial ni a tipicidad de segundo grado alguna de nuestro derecho. Es la “business corporation” la que encuentra su correspondencia con nuestra sociedad anónima sin que por ello se entienda que se trata de institutos regulados de forma idéntica por ambos derechos-

Las primeras coporaciones reconocidas de negocios inglesas fueron compañías de participaciones representadas en acciones, tales como la Compañía de las Indias Orientales y la Compañía de la Bahía de Hudson, a las que se les reocnoció personalidad separada en ciertos casos.

Podemos afirmar que en términos de tamaño, e influencia la corporación se ha transformado en la “forma” dominante para emprender negocios en los países industriales occidentales, ejerciendo influencia también dominante no sólo en lo económico, sino en lo social, político y cultural.

INCORPORACION, ORGANIZACION, NATURALEZA

Entenderemos en esta instancia por corporación al ENTE LEGAL CREADO (RECONOCIDO) POR LEY CON UNA IDENTIDAD DISTINTA Y SEPARADA DE SUS MIEMBROS U ORGANIZADORES Y DOTADO DE CIERTOS PODERES Y FRANQUICIAS PARA SER EJERCITADOS BAJO SU NOMBRE CORPORATIVO.

Se le reconocen como atributos el nombre, sello, domicilio, capacidad y patrimonio. Por efecto del reconocimiento de TALES ATRIBUTOS SE LE RECONOCE: 1. Existencia a perpetuidad sin que la afecten los cambios de asociados ni tenedores de participaciones. 2. Existencia distinta de la de sus miembros o accionistas. 3. Patrimonio propio poseído en beneficio propio y no en el de los accionistas.

4. ni la corporación es deudora de los acreedores de los accionistas ni éstos

generalmente son deudores de las deudas de la corporación, aún cuando la totalidad de las acciones de la corporación pertenezca a una única persona. 5. Derecho de demandar y ser demandada. 6. Derecho a ser titular de derechos de propiedad.. 7. Derecho a funcionar y desarrollar las actividades autorizadas a nombre corporativo. 8. La teoría de la separación corporativa entre la corporación y los tenedores de sus acciones sean éstos personas físicas u otras corporaciones, cede en el supuesto de que la corporación esté organizada y controlada y sus negocios sean conducidos de tal manera que la corporación en definitiva resulte una agencia o instrumento u “alter ego” de otra persona física o corporación. Ello en virtud de la teoría del “Disregard of legal entity”.

Bajo el derecho americano una corporación es una “persona” en el sentido de la 5ta y 14 enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos por las cuales “ninguna persona puede ser privada de “vida, libertad o propiedad sin el debido proceso”. En la mayoría de los casos no se la considera “ciudadana” en cuanto a los privilegios e inmunidades, sin embargo en algunos casos ha sido considerada tal. (Ej. el caso de conflictos internacionales.

No es posible hacer una única clasificación de las coporaciones sino que debe atenderse a parámetros diferentes. Así, históricamente la primera clasificación atendió al número de instituyentes o constituyentes. Se distinguió la “CORPORATION SOLE” de la “CORPORATION AGGREGATE”, o sea la de único miembro de la colectiva.

Las primeras generalmente se debían a un obispo u otro eclesiástico cuya principal característica corporativa era la sucesión a perpetuidad de la propiedad de la iglesia en virtud de la asunción de la función eclesiástica; también corporaciones públicas o municipales de diferentes clases y los numerosos “trade guilds” (gremio -comunidad-cuerpo-corporación-hermandad de comercio-negocio-profesión—empleo-oficio-industria) que no desarrollaban negocios sino que simplemente regulaban las actividades de sus miembros y los “peace guilds” (gremio-comunidad etc de paz) organizados para la protección mutua de sus miembros.

Otra clasificación admite distinguir las públicas de las privadas. Las privadas se pueden distinguir a su vez en con finalidad de lucro (de negocios) y sin finalidad de lucro (de beneficencia o caridad). Finalmente las llamadas “holding corporation” que tiene como único objeto administrar el paquete accionario de una o más corporaciones de las que mantiene la titularidad suficiente que le permite el control de la misma.

La clasificación brevemente mencionada nos permite concluir que bajo el único apelativo “corporación”

se subsumen los variados nombres dados a distintas organizaciones personificadas por nuestro derecho, así, : sociedades, asociaciones, gremios y cámaras, colegios y consejos profesionales, obras sociales, fundaciones, mutuales, etc. Obviamente que visualizar las diferentes organizaciones bajo la única óptica del reconocimiento de su calidad de sujeto de derecho distinto de sus asociados y fundadores, simplifica la normatización y el estudio de las mismas .

Si bien en un comienzo las corporaciones eran creadas en virtud de concesiones especiales o leyes especiales, en la actualidad se constituyen y organizan mediante la adecuación a las normas prescriptas.

En esta instancia debemos hacer ciertas precisiones.. El comienzo y duración

III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998) de la corporación (puede ser por plazo determinado o a perpetuidad) depende de la ley y de los términos de los llamados “ARTICLES OF INCORPORATION”.

Si nos ha quedado claro el concepto de corporation, deberíamos concluir que por la misma no entendemos exclusivamente el sujeto organizado bajo el tipo sociedad anónima de nuestro derecho, sino a los sujetos de derecho reconocidos por el Código Civil arts. 30 y ss, y en especial el art 33, independientemente de que como el mismo art 31 lo expresa deba estarse a lo que “en los casos dados” deba estarse a lo que “les conceden o niegan las leyes”, ej. la ley de sociedades.

En esta ocasión debemos precisar términos y preguntarnos qué se entiende por “ARTICLES OF INCORPORATION” y “BYLAWS”.

“ARTICLES OF INCORPORATION” = CERTIFICATE OF INCORPORATION”= instrumento básico registrado en oficina gubernamental competente, cuyo contenido está predeterminado en la ley positiva (statute) general de incorporación. Algunas jurisdicciones indican forma especial y la existencia de la corporación comienza con el registro, por ante el secretario de estado. En otras se registra el duplicado y la existencia corporativa comienza con la emisión de un certificado formal. Pueden exigirse otras condiciones previas al inicio de los negocios.

Contenido: Nombre, duración, objeto, derechos, acciones autorizadas, clases de acciones, emisión en series, capital mínimo integrado, derecho de preferencia, disposiciones adicionales, dirección de la sede, designación de “agent”, directores iniciales, designación de incorporadores (constituyentes)-(algunas exigen un mínimo de tres, otras sólo uno aún otra corporación-algunas tienen exigencia de residencia y de suscripción de acciones por su parte). Todas las jurisdicciones exigen que el o los incorporadores firmen la carta de incorporación bajo certificación, y algunas exigen además el registro de los duplicados originales. El incorporator recuerda a la figura del promotor, y la prepresentación de los articles de incorporation (carta de incorporación) al programa y en definitiva a lo que nosotros llamamos “estatutos” en nuestra L.S. Todo ello en lo referido a sociedad anónima. De ahí tal vez la tendencia a identificar “corporation” con “sociedad anónima”.

“BYLAWS”= reglamentación, ordenanzas, reglas o normas adoptadas por una asociación o corporación o similar para su gobierno. Sería un mix-mezcla de lo que nosotros llamamos “estatutos y reglamentos societarios” en la anónima, estatutos sociales en las asociaciones, estatutos de las fundaciones, salvando la más que significativa diferencia en cuanto a obligatoriedad de registracion de unos y otros en nuestro derecho.

En general no están registrados en ninguna oficina pública como los anteriores y por ende eluden un control administrativo. Deben dictarse conforme a la carta de incorporación y ajustarse a las leyes de corporaciones y la constitución.

Las leyes estatales difieren en cuanto al contenido permitido y respecto de quienes tiene competencia para adoptarlos y derecho de modificación. En la práctica se dan bylaws breves y sucintos por un lado o manuales supercompresivos y detallados. Lo importante si embargo es que una disposición que podría no tener valor como bylaw obliga como contrato a los accionistas que lo aprobaron. Se distinguen así en lo contractual colectivo las disposiciones normativas de las simplemente contractuales.

Podría concluirse que los artículos de incorporación tendrán como contenido algunos de los incisos del art 11 y el 166 LS. En tanto que los bylaws se reservan a la esfera interna del ente (incs. del 11), a lo contractual, de ahí la obligatoriedad para los que los aprobaron.

B. DERECHO AMERICANO CORPORATIVO.

Resulta difícil hacer referencia al “colectivo” “Derecho Americano” por aquello de Federalismo que anotáramos, por ello al referirnos al tema corporaciones prefiero hacer referencia a la jerarquía de leyes a partir de la Constitución Federal y a la ley Estatal de un Estado específico. Un ejemplo de ello sería gráficamente el esquema que extraído del libro “LAW OF CORPORATIONS, Henn Harry G.Handbook Series, pg 32, se acompaña como pg. 9 de la presente colaboración.

C. UNINCORPORATED ASSOCIATIONS: “ASOCIACIONES NO AUTORIZADAS)

1. LA AGENCY: NO ES EQUIVALENTE AL CONTRATO DE AGENCIA DEL DERECHO CONTINENTAL LATINO. NI ES NEGOCIO ASOCIATIVO AUNQUE A VECES PUDIERA EXTERIORMENTE APARECER COMO TAL.

CONCEPTO: “RELACIÓN CONSENSUAL FIDUCIARIA QUE RESULTA DE LA MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO DE UNA PERSONA HACIA OTRA, PARA QUE ESTA ACTÚE EN SU INTERÉS Y CON SUJECCIÓN A SU CONTROL, Y EL CONSENTIMIENTO DE LA OTRA EN ACTUAR DE ESA MANERA.” (CONF.RESTATEMENT OF THE LAW- PUBLICACIÓN DE ENTIDAD PRIVADA FORMADA POR PROFESORES, JUECES Y ABOGADOS). “EXCEDE A LA TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN EN NUESTRO DERECHO, YA QUE ABARCA TODOS LOS ACTOS MEDIANTE LOS CUALES UNA PERSONA ENCOMIENDA A OTRA REALIZAR DETERMINADA ACTIVIDAD, MATERIAL O FÍSICA, CONSISTENTE EN ACTOS JURÍDICOS O NO, (INCLUYE DESEMPEÑO EMPLEADOS)”- DOBSON-EL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

Concepto de relación fiduciaria: Amplio y general. “Es la obligación que tiene una persona, voluntariamente asumida, de realizar actos en beneficio de otra persona, conduciéndose con escrupulosa buena fe y sinceridad”.

2. LA PARTNERSHIP: Modalidad asociativa : a. se funda en la libre asociación, la libertad contractual y no requiere autorización alguna. b. adaptación por el common law de la ley mercantil que hace evolucionar la teoría de la representación generando un régimen legal que admite la representación conjunta de varios por uno quedando todos obligados (sin que ello sea sinónimo de responsabilidad ilimitada).c. posibilita la creación de relaciones jurídicas tanto entre las partes como con terceros derivados de un contrato con elementos fiduciarios (relación principal-agente). d. se caracteriza por acuerdos que pueden llegar a crear

III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998)
una estructura interna compleja aún cuando desde el punto de vista del derecho positivo es la menos regulada y más versátil manera por la cual dos ó más personas se constituyen copropietarios de una empresa de negocios. e. funciona como medio residual para toda empresa conducida por más de una persona y que no califica dentro de otro instituto asociativo. f. se reconoce como consecuencia legal del hecho de que dos o más personas se hallan unido en procura de un lucro, ya sea que lo hicieren por medio de un acuerdo expreso o por el reconocimiento de los tribunales de que de hecho se ha alcanzado tal relación.

NORMAS LEGALES

1. UPA DE 1914- PROPUESTO POR LA CONFERENCIA NACIONAL DE COMISIONADOS EN LEYES ESTADUALES UNIFORMES Y ADOPTADO HASTA 1993 POR TODOS LOS ESTADOS EXCEPTO LOUISIANA.

2. RUPA DE 1993 - IGUALMENTE NCCUSL PROPUESTO Y ADOPTADO A 1993 POR MONTANA Y WYOMING. CARACTERÍSTICA: COMPARTIR LA GANANCIA GENERADA POR UN NEGOCIO ES PRIMA FACIE EVIDENCIA DE LA EXISTENCIA DE UNA PARTNERSHIP, AUNQUE ADMITE PRUEBA EN CONTRARIO. (TIENE CARACTERES COMUNES CON NUESTRA COLECTIVA-PERSONALIDAD- PRESCINDENCIA- ART 54?).

3. LA JOINT VENTURE:

a. MEDIO PARA LOS NEGOCIOS TRANSNACIONALES, COMPARTIR TECNOLOGÍA EN EL MERCADO Y LA FORMACION DE ALIANZAS ESTRATÉGICAS ENTRE ENTIDADES O PERSONAS QUE SIN EMBARGO DESEAN MANTENER SU AUTONOMÍA.

b. de constatarse el acuerdo reemplaza la presunción “residual” de partnership del UPA O RUPA.

c. los integrantes sólo tienen obligaciones fiduciarias respecto del proyecto o tarea específica, por lo demás pueden actuar hasta como competidores.

4. LA LIMITED PARTNERSHIP: DIFERENCIAS CON LA GENERAL PARTNERSHIP Y LA JOINT VENTURE: A. responsabilidad limitada de algunos de su miembros y B. es “creature of estatute” con lo que su existencia depende de su adecuación a las leyes estatales.

Normas: c.1. ULPA 1916- ABANDONADO POR LA MAYORIA DE LOS ESTADOS, a cambio de . c.2. RULPA 1976 . c.3 amendments al RULPA 1986. FORMA ORGANIZATIVA DE UTILIDAD INCALCULABLE EN LOS 60S.

Caracteres semejantes a nuestra en comandita: general partners y limited partners, al menos un socio de cada categoría. Para funcionar como tal debe obtener un “certificado de partnership limitada”.

DIFERENCIA FUNDAMENTAL: Se considera partnership de jure si el acuerdo es expreso, y aunque una práctica más segura es la de implementar el acuerdo por escrito, no es éste requisito exigido por la ley. “An oral agreement is as effective as a written one in creating the conscious bond of a partnership”.o si bien técnicamente a un socio limited no le está prohibido participar y aún dominar la administración, pierde la protección legal de la responsabilidad limitada.

CONCLUSIONES

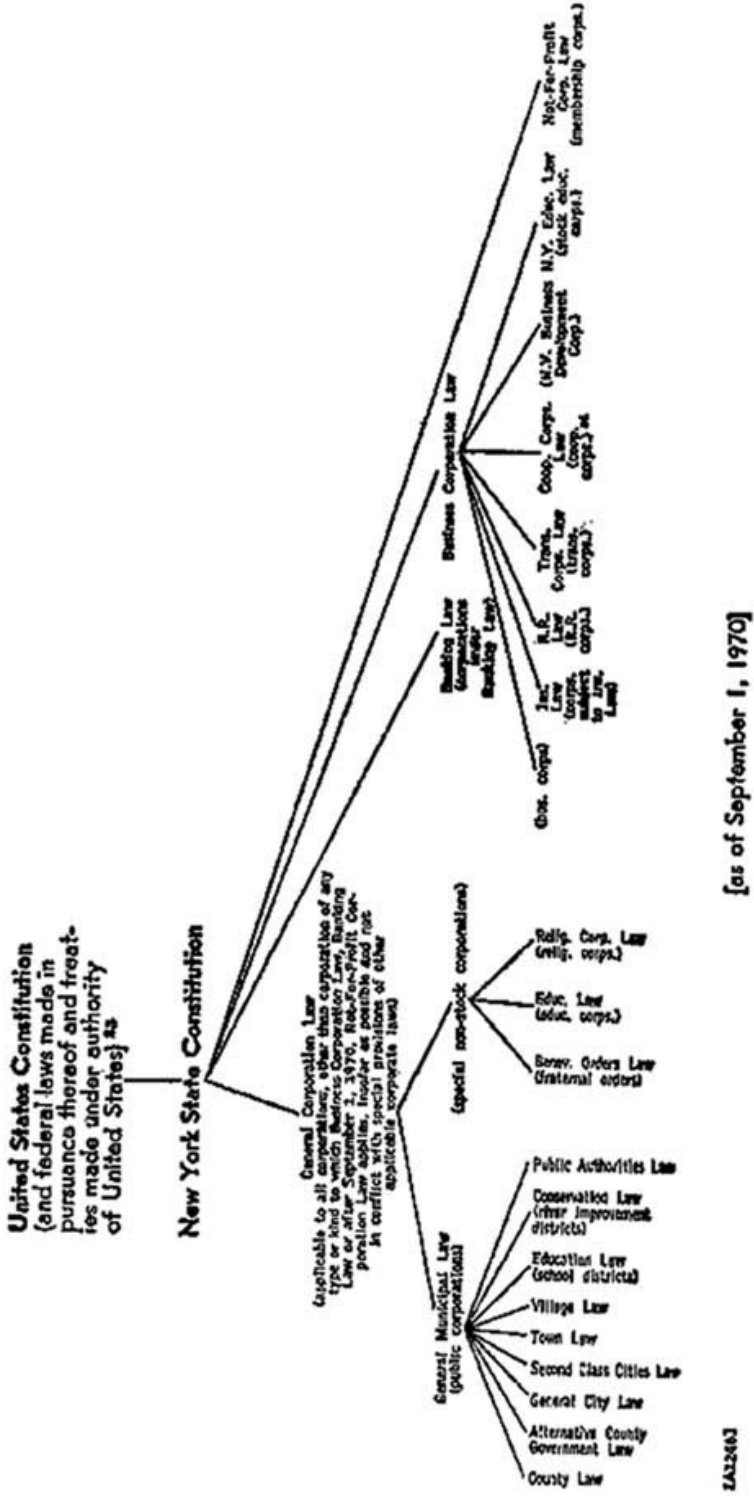
1. El período inicial de “autorización específica previa” es continuado por autorizaciones generales para cualquier propósito lícito y ejercicio de la actividad económica bajo forma social con responsabilidad limitada de los socios.

2. El dictado por parte de los estados de diferentes leyes de sociedades anónimas produjo la consabida disparidad por lo que las organizaciones intermedias especializadas manifestando su preocupación, ofrecieron soluciones. Así La Conferencia Nacional de Comisionados para la Unificación de la Legislación Estadual produjo una ley tipo en 1938 y la American Bar Association sugirió la Model Business Corporation Act. Sin embargo puede decirse que cada Estado por los derechos reservados ha sancionado su propia ley en materia de sociedades anónimas con matices diferenciales. Estos matices se justifican en el interés que el estado deposite en el establecimiento de corporaciones en su territorio.

3. Es conocido Delaware, pequeñísimo Estado, económicamente importante sin embargo, por favorecer el establecimiento de corporaciones y así en 1981, el Secretario de estado afirmó que no existe ley más liberal que la propia. Entre otras ventajas la ley de 1981 establecía “ausencia de límites mínimos en cuanto a capital, monto de pasivo, posibilidad de integrar el capital con servicios, libre valuación de servicios, muebles e inmuebles aportados”.

4. CONCLUSIÓN FINAL: POR TODO LO EXPRESADO ES QUE RECOMIENDO UN ESTUDIO MINUCIOSO, PRECISO Y SIN PRECONCEPTOS, AL MOMENTO DE ESTUDIAR LOS INSTRUMENTOS Y BRINDAR ASESORAMIENTO ADECUADO.

PORQUE CADA ESTADO HA RESERVADO SU DERECHO A LEGISLAR SEGÚN SU CONVENIENCIA Y NECESIDAD O DESEO DE ATRAER O NO INVERSORES.



EA2363