

ANOMALIA LEGISLATIVA EN LA LEY DE PRESERVACION DE BIENES Y PATRIMONIOS CULTURALES

ALEJANDRO PABLO MONTELEONE LANFRANCO

RESUMEN

En esta ponencia, se destacan dos errores en la redacción de la ley Nro. 25.750, y la forma en que, a juicio del autor, debió haberse legislado.

I. SÍNTESIS

La ley N° 25.750¹ al equiparar mediante sus arts. 2° y 4° los conceptos de “empresa”, “persona física”, y “persona jurídica”, incurrir en una grave imprecisión terminológica.

Asimismo, al atribuir nacionalidad mediante el art. 4° a “empre-

¹ Sancionada el 18/6/03, promulgada de hecho el 04/07/03, B.O. 7/07/03.

sas” y “personas jurídicas”, contradice el estado actual de la doctrina y jurisprudencia, mayoritariamente negatorias de la nacionalidad de las sociedades como atributo de su personalidad jurídica.²

II. INTRODUCCIÓN

La ley N° 25.750 establece en su art. 4° textualmente: “*A los fines de esta ley se entenderá por empresa nacional:*

- a) *Personas físicas de nacionalidad argentina, y jurídicas constituidas, domiciliadas en el país e integradas mayoritariamente por ciudadanos argentinos.*
- b) *Personas jurídicas constituidas en el país o en el exterior, controladas directa o indirectamente por personas físicas de nacionalidad argentina y domiciliadas en el país:*

A los efectos de esta ley se entenderá por empresa extranjera:

- a) *Personas físicas de nacionalidad extranjera o;*
- b) *Personas jurídicas constituidas en el país o en el exterior controladas directa o indirectamente por personas físicas de nacionalidad extranjera.”*

Ello impone efectuar las siguientes consideraciones.

III. EMPRESA Y EMPRESARIO

Un primer aspecto que llama la atención en la norma en análisis, es la errónea asimilación que efectúa la norma entre los conceptos de “empresa” y “empresario”. En efecto, al asimilar los conceptos de “empresa”, “persona física” (sea esta nacional o extranjera), y “perso-

² Ricardo A. Nissen. “Curso de Derecho Societario”. Ed. Ad-Hoc 1998, pg. 313. En postura intermedia, considerando la nacionalidad de la sociedad, como “inserción de la misma en un determinado régimen legal” :Marcelo L. Perciavalle: “Sociedades extranjeras. Teoría y práctica de su funcionamiento”. Ed. Errepar 1998, pg. 4.

na jurídica" (sea esta constituida en el país, en el exterior, o controlada directa o indirectamente por personas físicas de nacionalidad extranjera), incurre en una grave imprecisión terminológica.

Con respecto al concepto de empresa, se ha sostenido que "a pesar de los notables esfuerzos realizados en la doctrina nacional y extranjera, se ha llegado a la conclusión de que la ciencia jurídica carece de las herramientas necesarias para definir jurídicamente la idea de empresa"³

La empresa, conforme ha sostenido desde antaño la doctrina mercantil⁴, constituye una noción surgida "en el campo de la economía política, para designar determinadas organizaciones de los factores de la producción". Asimismo, Fontanarrosa, se ocupó de diferenciar adecuadamente los conceptos de "empresa" y "empresario". En tal sentido, sostuvo que "la empresa no debe ser confundida con el empresario. Aquélla es la actividad de organización de los factores de la producción; ó, en otros términos, es el ejercicio de una actividad económica organizada para ciertos fines, es decir, algo inmaterial. El empresario es la persona, física o jurídica, que crea la empresa, la organiza, la explota, aprovecha sus beneficios y soporta sus riesgos....Como una persona física no puede ser nunca una empresa sino un empresario, así ocurre también con las sociedades comerciales; la persona jurídica es simplemente empresario y, como tal, titular de la empresa, pero no la empresa misma".

Más recientemente, José María Curá⁵ ha sostenido que la empresa no es sujeto sino objeto de derechos. "Sólo entendida la empresa como organización económica con trascendencia a lo jurídico puede entenderse aquel concepto de empresario, organizador que asume la titularidad y los riesgos propios de la explotación. No hay norma en el derecho mercantil que precise el concepto de empresa".

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que confundir el principio atinente a la personalidad jurídica de

³ Javier A. Lorente. "La ley de industrias culturales y la preterición del cramdown: nunca es triste la verdad, lo que no tiene remedio". ERREPAR. Doctrina Societaria y Concursal N° 191, Octubre 2003, pg. 993 y sigs.

⁴ Derecho Comercial Argentino. Parte General. Pg. 173 y sigs. (Ed.Zavalía 1997).

⁵ "Del bastardo empleo de la voz 'empresa' en el nuevo Derecho del Trabajo (Un reiterado error técnico). Rev. Información Empresaria N° 262 (Octubre 1995).

las sociedades con la noción de empresa que constituye una unidad económica independiente, importa,...una equivocación grave y descalificadora”⁶.

En definitiva, una empresa, nunca puede ser (por más que la ley diga lo contrario) una persona física ni una jurídica, se halle esta constituida y domiciliada en el país que fuere. La empresa, es una actividad, realizada por determinada persona física o jurídica, consistente en la organización de determinados factores de la producción, para la obtención de determinados fines.

IV. NACIONALIDAD

Tema aparte, lo constituye el relativo a la nacionalidad de las sociedades. La ley que comentamos, parece enrolarse⁷ en la teoría afirmatoria de la nacionalidad de las sociedades⁸. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia nacional no han sido pacíficas al respecto.

El primer antecedente -como ya es notoriamente conocido- lo constituyó la tesis del Dr. Bernardo de Irigoyen, como canciller argentino en respuesta al reclamo diplomático de Gran Bretaña con respecto al Banco de Londres y Río de la Plata.⁹ En dicha oportunidad, sostuvo que “las personas jurídicas deben exclusivamente su existencia a la ley del país que las autoriza y por consiguiente ellas no son ni nacionales ni extranjeras. La sociedad anónima es una persona jurídica distinta de los individuos que la forman, y aunque ella sea exclusivamente formada por ciudadanos extranjeros no tiene derecho a la protección diplomática”. Por lo tanto, hasta aquí, el país adhirió a la tesis negatoria de la nacionalidad de las personas jurídicas.

Sin embargo, más recientemente, la doctrina mayoritaria ha opinado de manera diversa. Daniel R. Vítolo, ha sostenido que “una sociedad constituida de acuerdo con las disposiciones de la ley N°

⁶ Voto en disidencia de los ministros Cavagna Martínez, Nazareno y Moliné O’ Connor en “REIG VAZQUEZ GER Y ASOCIADOS C/M.C.B.A.” S.C.J. 14/5/1991. Fallos 314 - 463.

⁷ Al menos, “a los fines de esta ley” (art. 4°).

⁸ Javier A. Lorente, op. cit. pg. 1000.

⁹ Citada por Daniel R. Vítolo en “Manual Económico Jurídico de la Empresa y de las Inversiones Extranjeras”. Ed. Ad-Hoc 2003, pgs. 75 y sgts.

19.550, aunque la totalidad de sus integrantes y miembros de los órganos de administración sean personas físicas extranjeras, no se considera sociedad constituida en el extranjero. No cabe asimilar la noción de nacionalidad de las sociedades con las personas físicas, por su distinto origen, sus diversos derechos y obligaciones y sus disímiles consecuencias. Desde el punto de vista jurídico cabe exclusivamente determinar el status operativo de la sociedad constituida en el extranjero, a fin de indicar los puntos de conexión que permitan establecer su calidad de sujeto de derecho, el régimen de capacidad y las normas que rijan su organización”¹⁰. Vale decir, solo cabe determinar la ley aplicable a su constitución, funcionamiento, transformación, reorganización y disolución. Tal lo dispuesto por el art. 118 de la ley de sociedades comerciales.

Por su parte, Marcelo L. Perciavalle, sostiene que “...la nacionalidad de la sociedad implica la inserción de la misma en un determinado régimen legal, respecto del cual dependerá jurídicamente; implica la determinación del estado jurídico y le otorga la calidad de sujeto de derecho, delinea su capacidad y establece las normas que rigen su organización, funcionamiento y extinción. Esto permite relativizar el concepto de nacionalidad, que no implica un atributo de su personalidad jurídica, sino más bien una subordinación jurídica al país donde desarrolla sus actividades”.¹¹

Javier A. Lorente, sostiene que al definir la empresa bajo el signo de la nacionalidad, lo hace “...de modo diametralmente opuesto al criterio del lugar de constitución que es el elegido por la ley de sociedades comerciales para calificar a una sociedad como extranjera, sin importar ni la nacionalidad ni el domicilio de sus integrantes”.¹²

En resumen puede sostenerse, que hablar de la “nacionalidad” de las sociedades, al menos en el estado actual de nuestro sistema legal, constituye una “anomalía legislativa”.

¹⁰ Daniel R. Vitolo “Manual Económico Jurídico de la Empresa y de las Inversiones Extranjeras”. Ed. Ad-Hoc 2003, pg. 78.

¹¹ Marcelo L. Perciavalle. “Sociedades extranjeras. Teoría y práctica de su funcionamiento”. Ed. Errepar 1998, pg. 5.

¹² Op. cit. pg. 1000.

V. USO DEL GIRO “A LOS FINES DE ESTA LEY”

No obstante la confusión que genera la utilización por parte de la norma, de conceptos diferentes como idénticos (tal el caso de los giros “empresa”, “sociedad” y “empresa extranjera” a que nos hemos referido al comienzo), al legislador no le es ajena dicha confusión.

Por ese motivo, en el art. 4º que comentamos, al definir los conceptos de “empresa nacional” y “empresa extranjera”, intenta limitarlos utilizando el giro habitual en materia legislativa: “a los fines de esta ley”.

Mediante el mismo, se expresa que el significado que una norma otorga a un término determinado, es utilizado únicamente a los efectos de la norma en cuestión, independientemente del significado que el término pueda o pudiere haber tenido en otro contexto.

Esta aclaración, debería, cuanto menos en principio, servir de atenuante del error de asimilar términos de significado diverso. De alguna manera, se estaría circunscribiendo el significado (erróneo) de un término, a una norma particular.

Sin embargo, quizá no esté de más recordar dos reglas de técnica legislativa¹³. En lo referente a las definiciones, sostiene Leiva Fernández, que no debe “definirse varias veces y de modo distinto una misma expresión. En derecho difícilmente hay sinónimos. Una vez definido un término debe mantenerse la definición en todo el ordenamiento.

De allí que convenga evitar las definiciones efectuadas al solo efecto de una ley determinada”. “Las definiciones se encuentran sujetas a dos reglas básicas: intercambiabilidad y no creatividad. Intercambiabilidad significa que ambos términos deben ser equivalentes...no creatividad es el límite que tiene quien define y que debe obstar a la incorporación en forma subrepticia de elementos ajenos a lo definido”.

¹³ Luis F.P. Leiva Fernández. “Fundamentos de técnica legislativa”, pgs. 264 y 269. Ed. La Ley 1999.

A nuestro juicio, e independientemente de que se coincida o no con la filosofía que inspira la norma, una correcta técnica legislativa hubiese impuesto la siguiente redacción:

Art. 2: “Establécese, a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, que la propiedad de los medios de comunicación que se detallan en el art. 3° de la misma, deberá ser de personas físicas de nacionalidad argentina o personas físicas de nacionalidad extranjera, en este último caso limitado hasta un 30% de la propiedad total.

En caso de ser titulares de la propiedad de dichos medios personas jurídicas cuyo capital se encuentre representado por acciones o cuotas sociales, las personas físicas extranjeras y las sociedades u otros entes ideales constituidos en el extranjero, sólo podrán ser propietarios, directa o indirectamente, de hasta un 30% del capital accionario o cuotas representativas del capital, y que otorgue derecho a voto por el mismo porcentaje.

No se encuentran alcanzados... inc. a) de personas físicas extranjeras o jurídicas controladas directa o indirectamente por personas físicas extranjeras o personas jurídicas constituidas en el extranjero”.

Art. 4: Derogado. De esta manera, se eliminan (junto con toda la norma, los dos párrafos del artículo, que podrían llevar, en caso de interposición de personas jurídicas al seguimiento de una cadena interminable).