

JOHN M. B. BALOUZIYEH

LAS SOCIEDADES
MERCANTILES
ESTADOUNIDENSES

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2012

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS	9
PREFACIO.....	11

PARTE I INTRODUCCIÓN Y PRINCIPIOS GENERALES

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO II. AGENCIA.....	25
CAPÍTULO III. CONTABILIDAD Y FINANZAS.....	41

PARTE II EL *SOLE PROPRIETOR* (EMPRESARIO INDIVIDUAL) Y *PARTNERSHIP* (SOCIEDAD PERSONALISTA)

CAPÍTULO IV. LA EMPRESA INDIVIDUAL.....	53
CAPÍTULO V. LAS SOCIEDADES PERSONALISTAS.....	59

PARTE III
LA CORPORATION (SOCIEDAD ANÓNIMA)

CAPÍTULO VI. INTRODUCCIÓN A LA SOCIEDAD ANÓNIMA...	79
CAPÍTULO VII. OBLIGACIONES DE ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS.....	89
CAPÍTULO VIII. RESPONSABILIDAD CORPORATIVA	107
CAPÍTULO IX. PROBLEMAS DE CONTROL.....	121
CAPÍTULO X. FUSIONES Y ADQUISICIONES.....	139

PARTE IV
LA LIMITED LIABILITY COMPANY
(SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA)

CAPÍTULO XI. LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA	151
---	-----

APÉNDICES

SOCIEDADES MERCANTILES ESTADOUNIDENSES Y HOMÓLOGAS ESPAÑOLAS	159
GLOSARIO.....	163
CUADRO COMPARATIVO DE LOS DISTINTOS TIPOS DE ENTIDADES	171
ÍNDICE	181

PREFACIO

Es difícil ignorar el modo en que las empresas estadounidenses han crecido a nivel económico durante el siglo xx. Han penetrado en los mercados globales y, en consecuencia, han suministrado y prestado bienes y servicios incluso en las partes más recónditas del planeta. Mercados en aislados poblados del oeste de África venden Coca-Cola, estudiantes universitarios en Estambul se reúnen en McDonald's, gigantescos carteles anuncian productos estadounidenses en la Plaza Roja de Moscú. ¿Cómo han podido las empresas estadounidenses crecer de ese modo? ¿Cómo han podido los empresarios estadounidenses desarrollar productos con ese alcance global?

Una prolija literatura nos explica los éxitos y fracasos económicos de las naciones en base a sus instituciones —tanto formales (por ejemplo, las leyes) como informales (por ejemplo, prácticas culturales y creencias)—. Autores de la llamada doctrina de la Nueva Institución Económica destacan especialmente cómo los sistemas legales de las naciones sirven de índices de predicción de sus éxitos económicos. Dichos autores sostienen que el nivel en el que las leyes facilitan a los empresarios un ambiente comercial favorable influye de modo determinante en la posibilidad de éxito de los negocios.

A modo de ejemplo, existe una teoría que sugiere que los orígenes legales de una nación ayudan a predecir el desarrollo de sus

instituciones financieras las cuales proveen de los recursos económicos necesarios para la inversión de los empresarios¹. Algunos autores sostienen que aquellas naciones cuyos sistemas legales están fundamentados en el *common law* anglosajón otorgan un mayor grado de flexibilidad y protección a los inversores que aquellas basadas en el Código Civil francés², aun cuando ésta no sea una cuestión pacífica entre la doctrina³. En todo caso, este debate no es sino una manifestación más de una creciente literatura que vincula los sistemas legales con la flexibilidad de mercados y el desarrollo económico. De hecho, algunos autores nos explican la superioridad económica de Europa sobre Oriente Medio durante este último milenio gracias a las instituciones legales existentes en Occidente, las cuales han dejado atrás a sus homónimas de Oriente Medio incorporando y adaptando rápidamente nuevas e innovadoras formas societarias, tales como la sociedad anónima. Algunos autores contrastan el sistema legal occidental con el Derecho islámico, que no ha evolucionado tan rápidamente y solamente reconoce a la sociedad colectiva (*general partnership*) como único tipo societario, lo que impide a los inversores entrar en sus mercados de capitales y obtener ventajas de economía de escala en la misma medida que los tipos societarios de Occidente sí lo permiten⁴.

Si es cierto que el sistema legal de una nación nos ayuda a explicar sus éxitos y fracasos comerciales, entonces el estudio del Derecho de sociedades estadounidense nos ayudará a entender cómo las sociedades estadounidenses han alcanzado dimensiones tales que les han permitido penetrar en los lugares más recónditos del planeta. Ello, además, nos arrojará algo de luz sobre cómo la normativa

¹ Thorsten BECK, Asli DEMIRGÜÇ-KUNT y ROSS LEVINE, «Law, Politics, and Finance» (The World Bank Development Research Group, April 2001), p. 39.

² Rafael LA PORTA, Andrei SHLEIFER, Florencio LÓPEZ DE SILANES y Robert W. VISHNY, «Law and Finance», *Journal of Political Economy*, vol. 106, núm. 6 (diciembre 1998).

³ Véase, entre otros, Naomi R. LAMOREAUX y Jean-Laurent ROSENTHAL, «Legal Regime and Business's Organizational Choice: A Comparison of France and the United States», *NBER Working Paper*, No. W10288 (enero 2004).

⁴ Véase, entre otros, Fatiha TALAHITE, «Trois approches néo-institutionnelles du développement dans le monde musulman: D.C. North, A. Greif, T. Kuran», *Sciences de l'Homme et de la Société* (CNRS, 2008), 10 de enero de 2008 (que ofrece una visión general de la literatura).

y jurisprudencia estadounidenses han permitido a los inversores beneficiarse de tratamientos fiscales favorables, limitaciones de responsabilidad, flexibilidad de gestión y acceso a los mercados masivos de capitales —todos ellos aspectos claves que permiten a los inversores lanzar empresas que compitan de forma exitosa en el mundo—.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1. NOTAS PRELIMINARES

La presente obra pretende ofrecer una breve reseña de la normativa y jurisprudencia por la que se rigen las organizaciones empresariales estadounidenses. Los capítulos abarcan una amplia gama de materias, guiando al lector a través de una exposición detallada de una variedad de organizaciones, desde los simples empresarios individuales a los más complejos conglomerados empresariales multi-nivel. Al revisar las leyes por las que se gobiernan las sociedades anónimas, sociedades personalistas y empresas establecidas por ley (*statutory companies*), este estudio analizará cómo se constituyen, rigen, tributan y se disuelven las organizaciones empresariales. Asimismo, también se analizarán cuestiones de responsabilidad, propiedad y gestión propias de cada modelo de negocio, así como las características propias de las sociedades anónimas (tanto cotizadas como cerradas) y sociedades personalistas (tanto generales como limitadas) bajo las leyes federales y estatales de los Estados Unidos.

2. A QUIÉN VA DIRIGIDO

El presente volumen está dirigido a estudiantes de Derecho estadounidense, así como a emprendedores y líderes de negocios que desean tener un mayor conocimiento de las leyes que rigen las organizaciones empresariales estadounidenses. También será útil para los estudiosos del Derecho comparado que deseen conocer mejor el sistema legal estadounidense. Con esta obra el lector se familiarizará con la terminología y los principales preceptos legales relacionados con el funcionamiento y gobierno de las sociedades anónimas, personalistas y otras entidades comerciales de los Estados Unidos de América.

Este estudio también será útil para los abogados extranjeros cuya práctica se centre en el Derecho internacional privado. En nuestro mundo cada vez más globalizado, dada la gran cantidad de sociedades anónimas estadounidenses que participan en contratos internacionales, fusiones y adquisiciones, es común que los profesionales del Derecho internacional se encuentren con cláusulas de jurisdicción que optan por el Derecho estadounidense para que gobierne una transacción en particular. Como resultado, la ley estadounidense ha influido en las reglas del comercio internacional y no es raro encontrar conceptos jurídicos que se derivan de la jurisprudencia o de la normativa estadounidense en contratos o incluso en jurisprudencia extranjera. Los abogados interesados en el ejercicio multi-jurisdiccional de la profesión se beneficiarán de una comprensión de los principios básicos jurídicos de los Estados Unidos de América, especialmente si sus clientes están inmersos en operaciones internacionales. En este volumen se ofrecen a esos abogados las bases necesarias para entender la ley estadounidense, al tiempo que se les facilitan numerosas referencias a casos y normativa para su estudio.

3. UN APUNTE SOBRE LA JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE

Los abogados o juristas extranjeros que no estén familiarizados con la ley estadounidense, o con el sistema jurídico anglosajón en general, pueden sorprenderse por las constantes referencias a casos particulares en las páginas de este libro. Este enfoque en el caso

concreto puede ser especialmente ajeno a los profesionales del Derecho de la Europa continental, donde los casos son vistos como la mera *aplicación* de la ley, y no como una *fuerza vinculante* de la misma. En Francia, por ejemplo, la jurisprudencia se considera sólo una fuente de *persuasión* de la ley. Del mismo modo, en España, con la excepción de la interpretación de la ley que haga el Tribunal Supremo por lo menos tres veces en el mismo sentido, un juez no está vinculado por la interpretación de otros tribunales¹.

En los Estados Unidos, en cambio, los jueces no sólo interpretan las normas que han sido promulgadas, sino que también, cuando el legislador no ha dispuesto nada al efecto, pueden *determinar* la ley mediante la elaboración de una decisión judicial que se convierte en vinculante para otros jueces. El papel del juez no se limita, por tanto, a la aplicación de un código jurídico abstracto. Más bien, el juez tiene la autoridad para desarrollar reglas abstractas que se derivan de casos específicos. Por consiguiente, cuando un juez resuelve un caso, no sólo interpreta los códigos legislativos, sino también, interpreta y aplica «jurisprudencia», compuesta por las decisiones tomadas por otros jueces en casos anteriores con los que comparta unos hechos similares.

Teniendo en cuenta esta particularidad del derecho anglosajón, el presente volumen tratará los múltiples casos que siguen con la misma atención y detalle con que trata a las normas, ya que los casos también son fuentes vinculantes del Derecho.

4. LA ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL: UNA APROXIMACIÓN

4.1. Definición

Una organización empresarial es una persona jurídica a través del cual los inversores y emprendedores ofrecen bienes y servicios y participan en el comercio y otras actividades generadoras de riqueza. Tradicionalmente, la gama de las organizaciones empresariales de los Estados Unidos estuvo integrada por la sociedad perso-

¹ Código Civil Español, art. 1.6 (según el cual sólo la doctrina que, «de modo reiterado», establezca el Tribunal Supremo servirá como fuente del Derecho).

nalista (*partnership*) y la sociedad anónima (*corporation*). Otras entidades, como las sociedades de responsabilidad limitada (*limited liability companies*) y las sociedades personalistas de responsabilidad limitada (*limited liability partnerships*), son en muchos aspectos híbridos o variaciones *ad hoc* de las sociedades personalistas o las sociedades anónimas.

Aunque una empresa puede parecer una única asociación empresarial, en realidad puede llegar a ser un conglomerado de varios niveles formado por diversas sociedades anónimas, sociedades personalistas y otras entidades empresariales. De hecho, éste es el caso de muchas grandes sociedades anónimas y otras organizaciones. Con el fin de eludir las limitaciones sobre el tipo de actividades que pueden realizar, muchas compañías se organizan con estatutos sociales muy generales, cuyo lenguaje se articula de manera que puedan participar en «cualquier actividad lícita», lo que les permite servir como paraguas de un conjunto amplio y diverso de compañías filiales.

4.2. La variedad de organizaciones empresariales

Tradicionalmente ha habido una tensión entre los empresarios, que llevan mucho tiempo tratando de ampliar la gama de formas de negocios, y los gobiernos, que han resistido a estos esfuerzos mediante la limitación de la gama disponible. En Estados Unidos, el empresario tiene, no obstante, una amplia variedad de organizaciones empresariales entre las que elegir, desde las pequeñas empresas cerradas hasta las grandes sociedades anónimas cotizadas.

Las prácticas de gestión de las organizaciones empresariales pueden ser tan diversas como las formas que las organizaciones empresariales pueden adoptar. Mientras que en las pequeñas empresas, los propietarios y gerentes son por lo general el mismo grupo de personas, en las grandes organizaciones un gran número de accionistas generalmente pasivos (y que, por lo general, son distintos de los gerentes) posee la empresa². Así, en las pequeñas empresas, donde un pequeño número de administradores son dueños del negocio, las decisiones se adoptan generalmente por consenso. En las

² Sin embargo, los gerentes pueden percibir una parte de su remuneración en forma de acciones/participaciones en la sociedad.

grandes organizaciones, por el contrario, puede haber decenas de miles de accionistas, lo que hace inviable la adopción de decisiones por la vía del consenso. En estas organizaciones, los acuerdos generalmente se adoptan por la vía del voto mayoritario.

Como último punto de contraste, las pequeñas empresas generalmente funcionan de manera informal y sin una jerarquía, mientras que las grandes organizaciones se rigen por un conjunto formal de normas que establecen los niveles de control y funciones entre los accionistas, administradores y empleados. Las relaciones entre estos actores se estudiarán en los siguientes capítulos.

5. FACTORES A TENER EN CUENTA A LA HORA DE ELEGIR UNA FORMA SOCIETARIA

5.1. Panorama general

Los individuos que desarrollen un negocio deben ponerse de acuerdo en cuestiones tan fundamentales como el control, la propiedad y la disolución de la empresa. Cuando los individuos eligen una entidad específica para llevar a cabo la actividad, muchas de estas preguntas se responden automáticamente a través de lo legalmente establecido para esa determinada entidad. Los individuos que forman la compañía podrán obviar totalmente las normas supletorias o bien «personalizar» la configuración predeterminada con el fin de adaptarla a las necesidades de su negocio, siempre y cuando las nuevas normas se ajusten a los principios de orden público. Una cláusula cuyo contenido contravenga tales principios de orden público (por ejemplo, una denegación del Derecho de terceros a presentar reclamaciones contra la conducta imprudente de los propietarios) se reputará nula de pleno derecho en la jurisdicción correspondiente y la normativa supletoria resultará de aplicación.

5.2. Factores

Antes de elegir una forma societaria en particular, deben evaluarse los objetivos de los propietarios a la luz de los siguientes factores:

5.2.1. *Tratamiento fiscal*

La forma jurídica que tiene una entidad tendrá un impacto significativo en el tratamiento fiscal que reciba. La ley grava a algunas organizaciones empresariales, exime totalmente a otras y, en el medio, ofrece una zona gris para muchas otras. Algunas de las asociaciones que entran en esta zona gris son las que están exentas de impuestos hasta que alcancen un determinado tamaño o margen de beneficio. Cuando alcanzan tales dimensiones, se ven gravadas como entidades con personalidad jurídica ordinaria. Cuando esto ocurre, se aplica la doble imposición, ya que se grava no sólo a la sociedad sino también a los dividendos que perciben los propietarios. Por ejemplo, si los propietarios constituyen una *C corporation*, la tributación se aplicará tanto a los dividendos de los accionistas como a los beneficios de la sociedad. Sin embargo, si los propietarios optan por una *S corporation*, entonces será de aplicación el régimen de transparencia fiscal, quedando únicamente sujetos a gravamen los dividendos de los accionistas (la propia sociedad no será reconocida por ley como persona jurídica y, por tanto, no estará sujeta a impuestos). Además de las *S corporations* (sociedades anónimas tipo «S»), las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades personalistas están sujetas al régimen de transparencia fiscal. Todas estas organizaciones son «invisibles» en el código tributario, que somete a impuestos únicamente los sueldos o los dividendos de los respectivos socios o accionistas.

5.2.2. *Responsabilidad de los propietarios*

La medida en que los propietarios de un negocio puedan ser responsables por las deudas de éste está relacionada con la forma societaria elegida para el negocio. Algunas organizaciones, como la sociedad anónima, protegen a sus administradores de las deudas sociales en la medida en que éstos ejerzan su cargo con la debida diligencia empresarial y tomen sus decisiones con una investigación previa razonable. En otras organizaciones los propietarios, administradores o socios son personal y solidariamente responsables de las deudas sociales, con independencia del nivel de diligencia en el ejercicio de su cargo. Por lo tanto, la creación de una empresa

ofrece a los empresarios una valiosa protección que les permite realizar actividades que de otro modo podrían resultar demasiado arriesgadas.

5.2.3. Gobierno

El concepto «gobierno» se refiere a la cuestión de a quién se le da el derecho de participar en la gestión y la toma de decisiones de una empresa. Las reglas de gobierno vienen sustancialmente determinadas por la forma jurídica que los propietarios eligen para un negocio, y estas reglas varían considerablemente entre las sociedades personalistas y sociedades anónimas, mientras que las sociedades de responsabilidad limitada ofrecen un régimen que combina elementos tanto de la sociedad anónima como de la sociedad personalista. Además, la cuestión del gobierno puede influir en si los propietarios son directamente responsables de la gestión de la organización o si la dirigen por medio de otros a los que han designado. Por ejemplo, en las sociedades anónimas cotizadas, los accionistas gobiernan a través de los administradores que designan quienes, a su vez, eligen a la mesa de la sociedad anónima (el presidente, tesorero, etc.) Por el contrario, los propietarios de una sociedad anónima cerrada son directamente responsables del gobierno de la misma.

5.2.4. La obtención de capital

Otro factor a que afecta la elección de la forma societaria es el de las opciones de que los empresarios disponen para recaudar fondos para su negocio. Algunas organizaciones requieren que sus propietarios aporten capital directamente con sus propios fondos o por medio de préstamos, mientras que otras les permitan recaudar fondos indirectamente, por ejemplo, mediante la emisión de acciones. El importe de los fondos necesarios para iniciar un negocio puede, por tanto, influir en la elección de la forma societaria. Por ejemplo, cuando el capital inicial requerido es pequeño, los propietarios pueden optar por una *limited liability company* (sociedad de responsabilidad limitada), pero cuando tienen que obtener sumas más im-

portantes, pueden formar una sociedad anónima, que permite a los inversores externos comprar una participación en la sociedad en forma de acciones.

5.2.5. Estrategias de salida

Por último, los empresarios deben considerar las estrategias de salida que ofrece la forma societaria elegida. En algunas organizaciones, como las *S corporations* (sociedades anónimas tipo «S»), la estrategia de salida es relativamente complicada, ya que no existe un mercado para la venta de la participación. En otros, como las sociedades anónimas cuyos títulos cotizan en bolsa, la salida es mucho más simple y consiste en la venta de acciones en el mercado.

CAPÍTULO II

AGENCIA

1. DEFINICIÓN DE AGENCIA

La agencia se puede definir como la relación fiduciaria que resulta de la manifestación de: (i) el consentimiento de una persona a otra para que actúe por cuenta y bajo el control de la primera y (ii) la aceptación de la última para actuar de este modo¹. El agente tiene el deber fiduciario frente a la otra parte, denominada principal, la cual consiente que el agente actúe por su cuenta. El agente tiene el poder de alterar las obligaciones y derechos legales del principal, quien queda vinculado y es responsable de los actos y omisiones del agente.

El principal es una persona que designa a un agente para llevar a cabo una determinada actuación por cuenta del principal. Una vez que el principal designa al agente comienza la relación de agencia. Por ejemplo, en el caso *Gorton vs. Dolty* (Idaho Ct. App. 1937), el demandante demandó al propietario de un vehículo involucrado en un accidente de tráfico que había dañado al demandante. El propietario no conducía el vehículo en el momento del

¹ Art. 1 del Segundo Texto Refundido de la Ley de Agencia [*Restatement of the Law (Second) of Agency*, §1].

accidente. Por lo tanto, no era directamente responsable del accidente. No obstante, el tribunal halló responsable al propietario del vehículo de las lesiones causadas al demandante sobre la base de que había prestado el coche a un tercero con la condición de que el designado tercero fuese el único conductor del vehículo. El tribunal concluyó que se había creado una relación de agencia dada la referida condición (*condition precedent*) impuesta por el propietario del vehículo que había prestado el coche, condición que había sido aceptada por el tercero conductor. Además, existe una presunción de que el propietario del vehículo es principal del conductor que lo ha tomado prestado. Se habría creado una relación de agencia y por lo tanto el propietario del vehículo demandado era el responsable.

El voto particular (*the dissent*) esgrimió la posibilidad de que la petición del demandado de que sólo condujera el tercero no era un beneficio o favor al demandado sino que, por el contrario, era una petición basada en el ánimo de respetar la ley y evitar así que algunos adolescentes miembros de una liga de deportes que iban en el coche condujeran el vehículo de forma ilegal. Dado que ninguna prueba había demostrado que el demandado ordenó al tercero coger el coche, nunca había existido relación de agencia.

Un factor a analizar para determinar si existe una relación de agencia es el control. Cuando un tercero tiene control, normalmente existe una relación de agencia. Por ejemplo, un deudor puede ser considerado agente de un acreedor si resulta que el acreedor está suficientemente involucrado en el control de la gestión ordinaria del deudor.

Por ejemplo, en el caso *Gay Jenson Farms Co. vs. Cargill, Inc.* (Minn. 1981), el demandante demandó a un deudor y un acreedor por desvío de fondos cuando el deudor cesó en el pago de sus contratos. Se entendió que el acreedor demandado era el principal del deudor porque había estado activamente involucrado en las operaciones del deudor dando recomendaciones, requiriendo su autorización previa para constituir hipotecas y decidiendo cuestiones económicas del deudor. El acreedor fue, por tanto, declarado responsable de las deudas.