

CAPÍTULO IX

Caso en que la nacionalización afecta a una sociedad	172
1. Análisis de algunas formas especiales de nacionalización . . .	172
2. Efectos jurídicos de los diversos procedimientos	175
3. La disolución y la liquidación de la sociedad afectada . .	177
4. Casos en que subsiste la personalidad jurídica de la sociedad afectada por la nacionalización	179
5. El derecho de los socios o accionistas de la sociedad afec- tada	181
6. Nacionalidad de las sociedades	185

CAPÍTULO IX

CASO EN QUE LA NACIONALIZACIÓN AFECTA A UNA SOCIEDAD

1. *Análisis de algunas formas especiales de nacionalización*

Dentro de su potestad soberana, el Estado que resuelve una nacionalización no está limitado en cuanto a los procedimientos que haya de emplear. Puede valerse de cualquiera que tienda al objetivo propio del acto, que es el de adquirir el dominio de una empresa que se halla actualmente en poder de particulares con el fin de que en adelante su explotación sea continuada conforme a las exigencias del interés general por el Estado mismo o por un órgano especial que cree para este efecto. Así lo comprueban no solamente los principios jurídicos, sino también las prácticas reiteradas producidas en diversos países del mundo, de distinto signo ideológico y socio-económico.

Puede decirse, en términos generales, que el objeto de una nacionalización es una empresa o un grupo de empresas. Pero no hay que olvidar que la empresa es un concepto económico y no jurídico;⁴³² lo que en ella predominan son los medios materiales e inmateriales de cualquier clase destinados al cumplimiento de una finalidad económica de producción o de distribución de bienes o de servicios.⁴³³ Desde el punto de vista jurídico, como lo ha explicado Ripert,⁴³⁴ la empresa acude a diversos revestimientos legales para sustentarse, que son, principalmente, el derecho de propiedad, el contrato de sociedad y el contrato de trabajo. Pero puede haber empresas que pertenezcan a un solo capitalista y que no requieran presentarse, por ello, como sociedades.

El mecanismo que emplee el Estado para nacionalizar ese conjunto de bienes, organización y actividades que constituyen la empresa, va a depender frecuentemente de dos factores: uno consistirá en los propósitos que animan al Estado nacionalizador acerca de la estructura y organización futura de la empresa que nacionaliza; el otro consistirá en la situación que dentro de la empresa

⁴³² Cfr. B. Chenot, *op. cit.*, nota 18, p. 367.

⁴³³ Ver el capítulo v, párrafo 4, y, especialmente, la nota 244.

⁴³⁴ Ver la nota 244.

privada anterior presenten los bienes aptos para el tipo de explotación económica que el Estado quiere tomar a su cargo por medio de la nacionalización.⁴³⁵

Si la empresa está constituida jurídicamente como sociedad y el Estado se interesa porque toda la actividad de aquélla pase a manos del Estado (o de un órgano especial suyo destinado a ello), sin que le parezca necesario introducir modificaciones en su estructura o en su régimen de trabajo, el mecanismo de nacionalización más sencillo será el de nacionalizar la empresa en sí misma, que en el caso se sobrepone a la sociedad. Al nacionalizar la empresa, el Estado adquirirá todo el patrimonio social.

También podría el Estado realizar la nacionalización adquiriendo las acciones de la sociedad correspondiente o las cuotas pertenecientes a sus asociados;⁴³⁶ de esta manera la transición de la explotación capitalista a la empresa pública será fácil y operará sin que se trastorne en forma alguna ni la estructura ni el funcionamiento de la empresa; hasta el punto que podrá subsistir la misma personalidad jurídica. Como observa Chenot, esta forma de nacionalización ha sido empleada en Francia, tratándose del transporte aéreo comercial, de los seguros y de la usina Gnome y Rhône.⁴³⁷

En el primer caso la nacionalización recaerá sobre la empresa y todos sus elementos; en el segundo, sobre las acciones o sobre los derechos de los accionistas, con lo que se obtiene jurídicamente una adquisición en bloque de la empresa.⁴³⁸

Si el Estado quiere introducir cambios en la organización de la empresa que le interesa nacionalizar, bien puede proceder nacionalizándola en bloque, por la vía de adquirir sus acciones y cuotas sociales, hecho lo cual le dará la nueva forma de organización que estime adecuada, bien puede proceder nacionalizando únicamente el conjunto de bienes materiales e inmateriales que la forman, con lo cual quedará en aptitud para darle el régimen o estructura que le parezca más conveniente.⁴³⁹

Desde que el objeto normal de la nacionalización es la empresa, a menudo será la nacionalización de todos los elementos que

⁴³⁵ Cfr. B. Chenot, *op. cit.*, nota 18, p. 369.

⁴³⁶ F. Münch, *op. cit.*, nota 18, p. 474; B. Chenot, *op. cit.*, nota 18, pp. 368 y 369; E. Schaeffer, en *Encyclopedie Dalloz*, citada en nota 12, párrafos 57 y 58, y Sarraute y Tager, *op. cit.*, nota 18, p. 528.

⁴³⁷ B. Chenot, *op. cit.*, nota 18, p. 367.

⁴³⁸ Cfr. F. Münch, *op. cit.*, nota 18, p. 479.

⁴³⁹ Cfr. S. Bastide, *op. cit.*, nota 12, p. 107.

forman la empresa la que será necesaria, cualquiera que sea el procedimiento que se emplee para ello. ⁴⁴⁰

Cuando el Estado opte por nacionalizar las acciones de la sociedad o las cuotas de los asociados, podrá hacerlo respecto de una sociedad que era ya mixta, esto es, constituida por una asociación del Estado y de los particulares, en cuyo caso, para adquirirla, solamente habrá de nacionalizar las acciones o cuotas de estos últimos. ⁴⁴¹ El caso inverso, o sea, aquel en que el Estado toma para sí una parte de las acciones o cuotas, para formar una sociedad mixta, no puede considerarse que corresponda a lo que propiamente denominamos nacionalización. ⁴⁴²

Puede suceder, también, que el Estado no se interese por el total de la actividad industrial o de servicios que desarrolla la empresa correspondiente, sino solamente por una rama especial de ella o por una sucursal suya. ⁴⁴³ De ser así, su acto nacionalizador estará dirigido únicamente a aquel conjunto de bienes y elementos aptos para que la rama o parte de su interés pase a dominio suyo. Será el Estado quien, conforme a su propósito, determinará los bienes, derechos y aun obligaciones que quedarán comprendidos en la nacionalización. Sobre esto no hay criterios predeterminados, pese a que algunos autores dan reglas que creen que deberían ser seguidas, pues el Estado queda en plena libertad para escoger los bienes y elementos que le permitan "componer" su nueva empresa estatal. ⁴⁴⁴ Y es de notar que esos bienes y elementos, que van a constituir una empresa destinada a ser explotada estatalmente, hasta podrán ser extraídos de empresas diversas, sea que ellas están comercialmente vinculadas entre sí o no. ⁴⁴⁵

Esta última forma de nacionalizar fue empleada también en Francia respecto de las minas, del gas y de la electricidad. ⁴⁴⁶

Los autores que se ocupan de los procedimientos para nacionalizar ⁴⁴⁷ suelen mencionar otros. ⁴⁴⁸ A nuestro juicio, los anteriores cubren en forma amplia todos los posibles.

⁴⁴⁰ Sarraute y Tager, *op. cit.*, nota 18, p. 528.

⁴⁴¹ Ver en el capítulo x, párrafo 1, parte final, la aplicación del principio *venire contra factum proprium*.

⁴⁴² Sarraute y Tager parecieran entender el problema de manera diferente, de atenerse a lo que expresan en *op. cit.*, nota 18, p. 528.

⁴⁴³ B. Chenot, *op. cit.*, nota 18, p. 369.

⁴⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁴⁷ Son los autores que mencionamos en la nota 436.

⁴⁴⁸ F. Münch, *op. cit.*, nota 18, pp. 474, 480-481.

2. Efectos jurídicos de los diversos procedimientos

Para determinar los efectos jurídicos que traen los diferentes procedimientos de nacionalización antes explicados, es preciso distinguir entre ellos.

a) Si la nacionalización tiene por objeto todo el patrimonio de la empresa, sea que ese total se capte mediante una expresión genérica, como por ejemplo: "se nacionaliza la empresa X", sea que se capte acudiendo a un inventario detallado pero completo de sus bienes, la sociedad que pudiera haber amparado jurídicamente a la empresa se disuelve, en razón de que ha sido privada de todos los medios para cumplir su finalidad social y de que el Estado ha resuelto asumir él mismo el cumplimiento de ella, lo que impide que los particulares puedan intentarla. La falta de medios y la falta de objeto posible hacen que la sociedad privada no pueda subsistir.⁴⁴⁹

b) Si el Estado necesita para realizar la explotación por cuenta propia solamente una parte de los bienes y elementos de la empresa privada, ya porque ésta abarque varias tareas económicas, de las cuales hay sólo una o algunas que interesan al Estado,⁴⁵⁰ ya porque éste considere que para proseguir la explotación basta con una parte de esos bienes y elementos, la sociedad que pueda amparar a la empresa puede subsistir o no. Subsistirá si la privación de los bienes nacionalizados no le impiden el cumplimiento de sus fines por bastar los restantes para ello. En caso contrario, deberá tenérsela por disuelta en virtud de razones explicadas en la letra anterior.⁴⁵¹

c) Cuando la nacionalización se lleva a cabo mediante adquisición por el Estado de las acciones sociales o de los derechos de los socios, la sociedad podrá subsistir en calidad de estatal,⁴⁵² salvo que la misma ley nacionalizatoria disponga otra cosa.⁴⁵³ Hay, sin embargo, legislaciones que no admiten la existencia de una sociedad cuando todas las cuotas o derechos se han reunido en una sola mano; en este caso, el Estado.⁴⁵⁴ Los accionistas o socios

⁴⁴⁹ Cfr. E. Schaeffer, en su artículo de la *Encyclopedie Dalloz* mencionado en la nota 12, párrafo 62; Sarraute y Tager, *op. cit.*, nota 18, p. 538, y F. Münch, *op. cit.*, nota 18 p. 474.

⁴⁵⁰ A. S. El-Kocherí propone el caso de que el Estado nacionalice una sucursal local de una empresa extranjera, *op. cit.*, nota 12, p. 267.

⁴⁵¹ Sarraute y Tager, *op. cit.*, nota 18, p. 538.

⁴⁵² Cfr. S. Bastide, *op. cit.*, nota 12, p. 107.

⁴⁵³ Cfr. F. Münch, *op. cit.*, nota 18, pp. 474, 479.

⁴⁵⁴ Para evitar el problema es posible crear dos o más entes estatales que pasen a actuar como socios.

privados dejarán de serlo y en reemplazo de sus derechos obtendrán el de percibir la parte proporcional de la compensación que por éstos pueda pagar el Estado. El Estado, a través de los derechos sociales adquiridos, se transformará en dueño de todo el patrimonio social.

d) Si la sociedad que es base jurídica de la empresa tiene bienes, sucursales o dependencias en el extranjero, sobreviene el problema de la extraterritorialidad de la nacionalización, que antes hemos tratado (ver capítulo v, párrafo 5).⁴⁵⁵ Si el país extranjero en el cual se encuentran esos bienes admite el efecto extraterritorial de la nacionalización, el Estado nacionalizador, en cuanto así lo disponga, se hará también dueño de ellos. Pero, si como muchas veces ocurre, no se reconocen allí efectos extraterritoriales a la nacionalización, esos bienes podrán ser considerados *res nullius* o ser reconocidos por el Estado del territorio correspondiente como bienes que pertenecen a los antiguos asociados privados, los cuales deben liquidarlos y distribuirlos entre sí en proporción a sus respectivos derechos.⁴⁵⁶ Podría ocurrir que la ley del territorio en que esos bienes se encuentran aceptara que con ellos los antiguos asociados privados pueden continuar sus operaciones sociales.⁴⁵⁷ Como se aprecia, en estos casos será la ley del lugar de los bienes, la que habrá de decidir la cuestión.⁴⁵⁸

Es curioso observar cómo un apreciable número de juristas tradicionales, que simpatizan poco con el concepto mismo de nacionalización, estima que el procedimiento de nacionalizar acciones o cuotas sociales es un subterfugio que tiende a que la nacionalización adquiera efectos extraterritoriales; en efecto, al hacerse dueño el Estado de todo el patrimonio social, como consecuencia

⁴⁵⁵ Cfr. Sarraute y Tager, *op. cit.*, nota 18, pp. 1144 y 1146.

Es conveniente relacionar esto con lo que se expresa en el párrafo 4, *infra*.

⁴⁵⁶ Ver: F. Münch, *op. cit.*, nota 18, p. 477, y E. Schaeffer, en su artículo de *Encyclopedie Dalloz*, citado en nota 12, párrafo 65.

⁴⁵⁷ Cfr. F. Münch, *op. cit.*, nota 18, p. 475; E. Schaeffer, en su artículo mencionado en nota 12, párrafo 66, y Sarraute y Tager, *op. cit.*, nota 18, p. 512.

⁴⁵⁸ Según el art. 35 del Código Bustamante: "La ley local se aplica para atribuir los bienes de las personas jurídicas que dejan de existir, si el caso no está previsto de otro modo en sus estatutos, cláusulas fundacionales o en el derecho vigente respecto de las sociedades."

J. P. Niboyet, *op. cit.*, nota 210, tomo iv, números 632-633, dice que: "En virtud del fenómeno de las fronteras, que viene a intercalarse entre la sede y las diversas sucursales, cada país podrá dictar una reglamentación diferente para los establecimientos que se encuentran situados en su suelo y le están conectados. La universalidad de los fondos de comercio no puede realizarse sino cuando todos los elementos están en el mismo país. De otro modo se asiste a un verdadero desmigajamiento jurídico."

necesaria de la adquisición de todas las acciones, aparece en el extranjero como el sucesor de la antigua sociedad, que tenía allí una parte de sus bienes, y como el único propietario de éstos. Censuran ellos este procedimiento, porque permitiría eludir el efecto puramente territorial.⁴⁵⁹

En todo caso, una nacionalización, cualquiera que sea el procedimiento que se emplee para realizarla, jamás puede producir dentro del territorio del Estado que la decreta otros efectos jurídicos que los que él mismo previó dentro de su mandato. La nacionalización no supondrá, por ello, el que el Estado tome a su cargo las obligaciones de la empresa si él no lo desea.⁴⁶⁰ Por cierto que los acreedores, en el caso de que todo el patrimonio de la antigua empresa haya desaparecido, podrán hacer efectivos sus créditos sobre la compensación que se pague por la empresa. Si quedaran prácticamente sin acción posible respecto de los primitivos deudores, podrán considerarse como afectados por la nacionalización y, en tal calidad, gestionar el pago de una indemnización ante el Estado nacionalizador.⁴⁶¹

3. La disolución y la liquidación de la sociedad afectada

Sea que la ley de nacionalización disponga la disolución de la sociedad que correspondía a la empresa nacionalizada, sea que esa disolución sea el efecto jurídico necesario de la imposibilidad en que quedará esa sociedad de cumplir sus fines en virtud del hecho de la nacionalización, en muchos casos deberá considerarse el término del contrato de sociedad, que se denomina jurídicamente disolución.⁴⁶²

⁴⁵⁹ F. Münch, *op. cit.*, nota 18, p. 479, y E. Schaeffer, en su artículo de *Encyclopedie Dalloz* citado en nota 12, párrafo 58.

⁴⁶⁰ E. Schaeffer, en su artículo mencionado en la nota 12, párrafo 73, expresa que una nacionalización que recae sobre la sociedad en sí misma, supone que se toma a cargo el pasivo, pues de otro modo la persona jurídica deudora o los acreedores sufrirían una expoliación. Si lo que entiende este autor es que se trata de la nacionalización de una sociedad por la vía de adquirir el total de sus acciones, su conclusión parece correcta. Lo importante es no suponer que tal efecto de asumir el pasivo haya de producirse necesariamente cuando el Estado se limita a nacionalizar una empresa.

Ver el párrafo 4 del capítulo v, y, especialmente, sus notas 238 y 239.

⁴⁶¹ Sarraute y Tager, *op. cit.*, nota 18, p. 528.

⁴⁶² F. Münch, *op. cit.*, en nota 18, pp. 474 y 477; Sarraute y Tager, *op. cit.*, nota 18, pp. 536-538; y E. Schaeffer, en su artículo citado en nota 12, párrafo 60.

Es de recordar que ante las nacionalizaciones soviéticas, varios tribunales franceses admitieron que ellas tenían el efecto de disolver las sociedades afectadas, aun cuando no aceptaron que el Estado soviético pudiese considerarse su dueño, en razón de no haber pagado indemnización. Pueden mencionarse las sentencias de la

La disolución tiene efectos inmediatos diversos según las diferentes legislaciones. Conforme a algunas, producida la disolución se extingue la personalidad jurídica y la sociedad fenecida pasa a transformarse en una comunidad de bienes sobre la cual los antiguos socios tienen copropiedad en proporción al porcentaje del interés social que les correspondía. Según otras legislaciones, con la disolución de la sociedad no se extingue su personalidad jurídica, la cual subsiste hasta que se hayan practicado todas las operaciones que conduzcan a su total liquidación.⁴⁶³ Ocurre que se adopte la primera solución cuando se trata de sociedades civiles y la segunda con las sociedades mercantiles.

Cuando el fin del contrato social provoca una comunidad de bienes entre los asociados, han de seguirse las reglas legales propias de esta institución jurídica, la cual, como es sabido, no goza de personalidad jurídica.⁴⁶⁴ Esto no impide que, para los efectos prácticos, muy comúnmente se considere que el patrimonio de la sociedad fenecida conserva su unidad y se proceda a finiquitar las operaciones sociales que estaban pendientes, con el fin de que los exasociados, hoy comuneros, cuenten con un haber líquido divisible que repartir entre ellos.

Si se trata de sociedades cuya personalidad jurídica subsiste hasta que haya finalizado su liquidación, es preciso proceder a ésta. En este caso, cesa la representación que había sido otorgada a los socios administradores para obrar en los negocios sociales en el nombre de toda la sociedad y comienza la actuación de los liquidadores, los cuales deben proceder a dar término a esos negocios y a determinar, luego de cobrados los créditos y pagadas las deudas, el saldo que quede para una distribución entre los exsocios.

Para proceder a la liquidación debe estarse, en primer término, a las reglas y personas que para este efecto designe el contrato

Corte de Apelaciones de Bordeaux, de 2 enero de 1928, publicada en *Clunet*, 1929, p. 115; de la Corte de Apelaciones de París, de 13 de junio de 1928, publicada también en *Clunet*, 1929, p. 119, y de la Corte de Casación, de 29 de julio de 1929, publicada en *Revue de Droit International Privé*, 1931, p. 342. En opinión de Sarraute y Tager, esta jurisprudencia se inspira en sentencias del Tribunal Federal Suizo de 10 de diciembre de 1924 y de 4 de junio de 1926, publicadas en *Clunet*, 1925, p. 788 y 1928, p. 219.

⁴⁶³ Ver art. 35 del Código Bustamante, citado en nota 458.

⁴⁶⁴ El art. 118 del Código Bustamante dispone: "La comunidad de bienes se rige en general por el acuerdo o voluntad de las partes y en su defecto por la ley del lugar. Este último se tendrá como domicilio de la comunidad a falta de pacto en contrario." Y el precepto siguiente dice: "Se aplicará también la ley local, con carácter exclusivo, al derecho de pedir la división de la cosa común y a las formas y condiciones de su ejercicio."

social. Normalmente existen reglas legales supletorias que indican, en defecto de ellas, la forma de proceder. Estas reglas serán las del Estado cuya legislación rige como ley de fondo para el contrato social.⁴⁶⁵

Producida la disolución son los liquidadores previstos y no los gerentes o administradores que tuvo la sociedad, los que podrán actuar en nombre de ésta para el cobro de los créditos o el pago de las deudas y para distribuir entre los antiguos socios el saldo líquido que arroje el proceso liquidatorio.⁴⁶⁶ Esto tiene especial importancia cuando es una nacionalización la que causa la disolución, porque de ser necesaria una liquidación en la forma dicha, los antiguos gerentes o administradores no podrán ejercer los derechos de la sociedad afectada en relación con la nacionalización, pues esa tarea corresponderá a los liquidadores. Con mayor razón, no corresponderá derecho alguno a los exsocios para reclamar cobro de indemnización o para discutir el monto de ésta, pues ellos solamente deben atenerse al resultado que arroje la liquidación. En principio, por consiguiente, los asociados en la sociedad afectada por una nacionalización no tienen otro derecho que reclamar la parte que les toca dentro de la liquidación de ella. Esto, sin perjuicio de lo que se va a expresar en el párrafo 5 de este capítulo.

4. *Casos en que subsiste la personalidad jurídica de la sociedad afectada por la nacionalización*

Aun cuando no es propiamente la sociedad, sino la empresa a que ella se sobrepone la que puede ser objeto de nacionalización, esto con todas las precisiones que ya se dieron en el párrafo primero de este capítulo, no es una licencia de lenguaje excesiva referirse a que la sociedad misma puede quedar afectada por esa medida soberana, si se considera lo que antes, y especialmente en el párrafo dos de este mismo capítulo, se ha expuesto.

Conforme a los principios ya examinados si una sociedad que tiene agencias, oficinas o sucursales dependientes, que no gozan de personalidad jurídica propia, en varios países extranjeros, como sucede a veces con las llamadas sociedades internacionales, se ve privada, en virtud de una nacionalización producida en el territorio que corresponde a la casa matriz, de los bienes que le permiten cumplir su fin social o se ve impedida de proseguir éste

⁴⁶⁵ Cfr. F. Münch, *op. cit.*, nota 18, p. 475.

⁴⁶⁶ Cfr. Sarraute y Tager, *op. cit.*, nota 18, pp. 536 y 538.

porque el Estado se lo reservó para sí, esa sociedad debe entenderse disuelta.⁴⁶⁷

Sin embargo, apareció en Alemania no hace muchos años,⁴⁶⁸ una teoría llamada "de la escisión" (*Spaltungstheorie* o *Binnen-theorie*), conforme a la cual en tal caso —repetimos, de sociedad matriz con agencias, oficinas o sucursales en países extranjeros— la nacionalización no puede tener efecto disolutorio de la personalidad jurídica sino dentro del territorio correspondiente, atendido el efecto exclusivamente territorial de ella.⁴⁶⁹ Esto significa que las agencias, oficinas o sucursales situadas en países extranjeros se entendería que siguen amparadas por una personalidad jurídica que ya desapareció en el país de origen. Esa personalidad cubriría las ramas que se hallan fuera del territorio del Estado nacionalizador. Examinada con alguna amplitud esta teoría podría no violar los principios antes recordados, por corresponder, en cierta medida, a lo que se expuso en el párrafo dos de este capítulo, bajo la letra d).

Pero a esta teoría se le ha dado, por algunos autores y jurisprudencia una latitud aún mayor, dentro de la cual sí hay clara pugna con los principios referidos. Consiste ella en sostener que las sociedades disueltas por una nacionalización continúan existiendo, con su personalidad jurídica, en todo país extranjero en donde se encuentre una parte de su patrimonio, por pequeña que sea esa parte.⁴⁷⁰

Es cierto que la teoría de la sociedad escindida ha sido objeto de numerosas críticas, según lo reconoce Münch;⁴⁷¹ sin embargo, ella sigue imperando en la práctica de varios países europeos en forma excesivamente amplia, de modo que sobrepasa en mucho el único fundamento que para ella se da, el que no es otro que la

⁴⁶⁷ Corresponde a la situación que se explicó *supra*, en el párrafo 2 de este capítulo, bajo la letra d.

⁴⁶⁸ Según F. Münch, *op. cit.*, nota 18, p. 475, el cambio se produce después de la Segunda Guerra Mundial.

⁴⁶⁹ *Cfr.* F. Münch, *op. cit.*, nota 18, pp. 475 y 476. Ver también A. S. El-Kocheri, *op. cit.*, nota 12, pp. 267 y 268.

⁴⁷⁰ Parecería ser el caso de F. Münch, de estarse a sus palabras de su *op. cit.*, nota 18, p. 476. En todo caso, el Landgericht de Hamburgo, en su sentencia dictada el 22 de enero de 1973, en el caso del cobre chileno, citada en la nota 52, atribuyó subsistencia en Alemania Federal a una sociedad chilena, regida por la ley chilena según sus estatutos, cuyos bienes y su dirección estuvieron en Chile, no obstante que conforme a la ley chilena debía tenérsela por disuelta, en razón de que en Alemania conservaba vigencia una inscripción de propiedad industrial, que, en relación con el activo total de la empresa, tenía un valor absolutamente insignificante.

⁴⁷¹ F. Münch, *op. cit.*, nota 18, p. 476.

necesidad de limitar los efectos de las medidas nacionalizatorias al plano estrictamente territorial del Estado que las adopta y de dar por subsistente el *status* jurídico de los bienes sociales que están situados en el extranjero, y dentro de éstos, de las oficinas o establecimientos subsidiarios.⁴⁷²

En cuanto sobrepasa su estricto fundamento jurídico, ella no ha de ser tenida por una solución correcta, sino como una exteriorización del propósito de muchos tratadistas y tribunales europeos, principalmente de países exportadores de capital, que miran con resistencia a la nacionalización y que procuran en toda forma limitar sus efectos, bien sean extraterritoriales, bien sea de reconocimiento extraterritorial de su efecto territorial. Para ello algunas veces no trepidan en acojerse a verdaderas distorsiones del derecho.

5. *El derecho de los socios o accionistas de la sociedad afectada*

Hemos visto ya que si la liquidación de una sociedad disuelta queda encargada a personeros especiales (liquidadores) o si durante ella subsiste su personalidad jurídica, mientras la liquidación perdure solamente pueden obrar en nombre de la sociedad en liquidación quienes están facultados para representarla y no sus socios o accionistas. Esto es una mera consecuencia de que existan personeros especiales que tienen por misión ocuparse de los intereses sociales y de que se mantenga con vida un ente jurídico cuya personalidad es distinta de la de esos socios o accionistas.⁴⁷³

⁴⁷² Parece ser la posición de A. S. El-Kocheri, *op. cit.*, nota 12, p. 267.

⁴⁷³ En su esquema de defensa de los intereses chilenos, la Agencia Jurídica del Cobre en Europa, afirmaba, en 1973, que: "Braden (la demandante) carece de derecho a interponer la acción que ha deducido: a) SMETSА (la sociedad mixta que fue objeto de la nacionalización chilena) es una sociedad que se formó en Chile, con socio mayoritario chileno (Braden, el socio norteamericano, era socio simplemente minoritario), regida por la ley chilena y con domicilio en Chile; b) Las partes están de acuerdo en que SMETSА ha quedado disuelta; c) Según la legislación chilena, cuando una sociedad anónima se disuelve, no se produce una comunidad de bienes entre los que fueron socios, sino que subsiste la personalidad jurídica de la sociedad para los efectos de su liquidación y esta última queda regida por sus estatutos (art. 114 de la ley chilena sobre sociedades anónimas); d) Durante la liquidación de la sociedad anónima ésta es representada por el o los liquidadores, los cuales son los únicos que pueden ejercitar las acciones judiciales que corresponden a la sociedad en liquidación (arts. 410, 416 y 465 del Código de Comercio chileno); e) La cláusula 48 del estatuto de SMETSА indica expresamente la forma como se procede a la liquidación, quiénes obran como liquidadores y cómo se administra la sociedad entretanto se concluye la liquidación de ella; f) Por consiguiente, Braden, como ex-asociada minoritaria de la sociedad disuelta y en liquidación, no puede representar a ésta en juicio ni ejercitar sus acciones. Tampoco se ha producido una comunidad de bienes como ella lo pre-

No obstante, también en este punto, tan claramente ajustado a los principios jurídicos clásicos, suelen encontrarse criterios discrepantes.⁴⁷⁴ Se trata, curiosamente, de los mismos juristas tradicionales que procuran oponer a la nacionalización cuanto puedan aprovechar en su contra dentro de dichos principios, pero que rehúsan aplicar éstos si de ello se sigue un efecto que restrinja el derecho de los particulares o que favorezca la defensa del Estado nacionalizador.⁴⁷⁵

Un ejemplo bien claro de un criterio de este orden se exteriorizó en los tribunales de Alemania Federal con motivo de la nacionalización del cobre chileno. Esta nacionalización afectó a una empresa mixta de nacionalidad chilena, encargada de faenas extractivas y de procesamiento de cobre, de la cual era asociada minoritaria una firma norteamericana. La empresa mixta quedó disuelta como consecuencia de la nacionalización y debió procederse a liquidarla en la forma prevista en su estatuto social. Sin embargo, el *Landgericht* de Hamburgo aceptó que la firma norteamericana, asociada minoritaria, impulsara una acción reivindicatoria sobre un embarque de cobre enviado a Alemania después de la nacionalización, sin otro requisito previo que la designación judicial de un personero especial para la empresa nacionalizada a la sola instancia de la firma norteamericana, personero que hizo (como era de

tende, que le permita reclamar derechos en forma directa, sino que subsiste la sociedad con personalidad jurídica separada de la de sus socios, mientras no termina su liquidación."

⁴⁷⁴ Sarraute y Tager comprueban que la Corte de Apelaciones de París admitió la supervivencia de los derechos de accionistas de empresas que habían sido nacionalizadas en la URSS, no solamente en casos en que se trataba de accionistas que vivían en Francia o que allí tenían sus títulos, sino aun en casos de accionistas que eran ciudadanos soviéticos y que jamás habían abandonado su país. Se trata de la sentencia de 13 de julio de 1943, inédita.

⁴⁷⁵ Por ejemplo, F. Münch, deseoso de encontrar un "argumento" que permita admitir acciones judiciales de parte de los accionistas, en el caso de sociedades anónimas nacionalizadas, las cuales, por su diferente personalidad jurídica, debieran actuar judicialmente mediante sus órganos propios, concluye que *il faut percer le voile de la personnalité juridique* (hay que rasgar el velo de la personalidad jurídica) para llegar a captar las personas naturales que son, por así decirlo, la sustancia social" (ver *op. cit.*, nota 18, p. 478).

También S. Petren, *op. cit.*, nota 12, p. 509, acepta que el Estado de los accionistas puede reclamar por hechos que afectan a una sociedad extranjera, si la sociedad tiene la nacionalidad del Estado reclamado.

Por consiguiente, aunque la sociedad tiene una personalidad jurídica separada y distinta de la de sus asociados, si se tocan los derechos patrimoniales de éstos, este autor y quienes lo acompañan, proponen que nos olvidemos de que hay una persona jurídica diferente y que "rasgando el velo" admitamos la ingerencia de asociados que, jurídicamente, no son propietarios de los bienes que componen el activo de la sociedad, ni pueden arrogarse la representación de la sociedad.

esperar) a nombre de la empresa chilena todas las alegaciones que convenían a dicho socio norteamericano. Es de notar que la empresa afectada por la nacionalización era indiscutiblemente de nacionalidad chilena por haber sido constituida en Chile, conforme a la ley del país, por tener allí su sede social, por estar sujeta al control de la autoridad chilena en virtud de leyes aceptadas expresamente por el socio extranjero, por ser mayoritario un socio chileno y por haber convenido los asociados, que el contrato social se regiría por la ley chilena. Pese a todo eso, se aceptó que un asociado hiciera valer derechos sin acudir al procedimiento de liquidación previsto en el estatuto social, procedimiento que correspondería aplicar según la ley del contrato, puesto que quedó disuelta la sociedad afectada en virtud de la medida nacionalizatoria.⁴⁷⁶

También se ha reconocido algunas veces derecho a actuar extrajudicialmente por sí mismo a un accionista, no obstante tratarse de materias que interesan a la sociedad como tal, tratándose de la institución de Derecho Internacional Privado denominada amparo o protección diplomática.⁴⁷⁷ La protección diplomática expresa

⁴⁷⁶ Se trata del asunto judicial a que se refiere la sentencia que se cita en la nota 52. Ver, además, las notas 470 y 473.

⁴⁷⁷ P. de Visscher, en "La protection diplomatique des personnes morales", publicado en R. C. A. D. I., 1961, vol. I, pp. 399-513, proporciona una sutil y elaborada presentación para justificarlo. En efecto, tratándose de la situación del accionista de una sociedad, empieza por distinguir entre dos casos diversos: primero, aquel en que el hecho del Estado (nacionalización, por ejemplo) afecta directamente los derechos de los accionistas (como sería el caso en que el Estado nacionalizara las acciones de ellos, según se explicó en el párrafo 2 de este capítulo, letra c), y, segundo, aquel en que el hecho del Estado daña los derechos propios de la sociedad (por ejemplo, nacionalización de los bienes de la sociedad sin pago de indemnización). En este último caso, reconoce De Visscher que no es el accionista el lesionado, sino la sociedad; el accionista queda afectado solamente "de rebote", en cuanto disminuye el valor de su derecho sobre el activo. Para este segundo caso, De Visscher declara que "en principio" el accionista debe seguir la suerte de la sociedad, pues ésta, como persona jurídica autónoma, ha sido alcanzada en sus derechos propios y dispone por sí misma de medios para obtener la reparación del daño que ha sufrido (p. 464). Proclama De Visscher, en este instante, que el accionista, que aprovecha de la distinción de patrimonios y de personalidad, debe aceptar tanto los inconvenientes como las ventajas, con lo cual se mantiene dentro de los principios jurídicos comúnmente aceptados.

Sin embargo, agrega este mismo autor, esta regla, que no sufre verdadera excepción, reconoce límites y esto ocurre cuando la justificación racional que le sirve de soporte es contradictoria, de hecho. Y continúa, en la p. 465: "Si en principio los accionistas deben seguir la suerte de la sociedad, es porque la persona jurídica es un sujeto de derechos capaz de defender por la acción social los intereses que los accionistas han comprometido allí...", pero esto no significa, en manera alguna, que los accionistas hayan sido despojados de su personalidad propia. Por ello, fallida esta justificación racional —lo que en su concepto ocurre cuando la sociedad es de la nacionalidad del Estado que adopta la medida que la

una forma de hacer efectiva la responsabilidad internacional de un Estado autor de un hecho ilícito que afecta los derechos de un individuo (persona natural o jurídica) extranjero. El particular afectado puede en tal caso solicitar la protección diplomática del Estado del que es nacional, con tal que haya agotado las vías legales internas en el Estado infractor y que su propia conducta no ofrezca reparos.⁴⁷⁸ Si el particular afectado por el hecho estatal contrario a derecho es una sociedad nacional, no puede ésta demandar protección diplomática a ningún otro Estado. En cualquier caso, si la perjudicada es una sociedad, no debería aceptarse que los miembros de ella que son extranjeros demandasen tal protección a los Estados de los que son nacionales. Sin embargo, se han dado casos en que este procedimiento irregular ha sido admitido y aun se han celebrado convenciones internacionales en las que ya se le contempla.⁴⁷⁹ La Corte Internacional de Justicia, en

afecta— la personalidad jurídica de la sociedad no es más que una ficción vacía de todo sentido, dentro de cuyo fondo no pueden verse sino derechos individuales.

A su juicio, la jurisprudencia evoluciona en el sentido de que un Estado puede dar protección diplomática a los accionistas de su nacionalidad, que formaban parte de una sociedad de otra nacionalidad, que fue objeto de medidas que la lesionaban de parte del Estado nacional de esta sociedad (que es el caso en que la personalidad social autónoma se convierte —a su modo de ver— en una ficción vacía).

Por consiguiente, acepta que, en principio, no puede negarse la admisibilidad de la protección diplomática de los accionistas por su Estado individual, entendiéndose que el accionista no puede beneficiar de la protección por perjuicios indirectos sufridos por la sociedad, sino cuando toda protección diplomática en favor de la sociedad es jurídicamente imposible, caso que se presenta cuando la sociedad lesionada tiene la nacionalidad del Estado que toma la medida. Llega hasta el extremo de que acepta la protección diplomática del accionista por el Estado nacional, aun en el caso de que la sociedad sea nacional de un tercer Estado, si puede suponerse que éste no defenderá a la sociedad ante el Estado que adoptó la medida que afecta a ésta. Agrega que si el acto ilícito estatal provoca la disolución de hecho o de derecho de la sociedad, debe permitirse a los accionistas extranjeros ejercitar sus derechos por sí mismos, porque la desaparición de la personalidad jurídica suprime la posibilidad de ejercer recursos internos y de agotarlos (pp. 472-474).

⁴⁷⁸ Sobre el concepto de protección diplomática, ver el párrafo 7 del capítulo IV y, especialmente, la nota 199.

⁴⁷⁹ P. de Visscher, *op. cit.*, nota 477, cita jurisprudencia que ha acogido la protección diplomática de los accionistas en varios litigios internacionales. Pero debe reconocer que no es una jurisprudencia unánime, pues hay otros fallos que se ligan a la "antigua concepción" (o sea, aquella que es consecuente con el reconocimiento de la sociedad como un sujeto de derecho diverso de sus asociados). Es importante señalar que toda la jurisprudencia, afirmativa y negativa, es bastante antigua, algunos fallos son del siglo pasado y los más recientes datan de casi medio siglo (ver pp. 466-471).

Ch. Rousseau cita convenciones internacionales en que ha sido admitida la

un fallo reciente, se ha pronunciado en contra de esta viciada práctica.⁴⁸⁰

6. Nacionalidad de las sociedades

Determinar la nacionalidad de una sociedad —o, en general, de una persona jurídica—⁴⁸¹ tiene importancia dentro del tema que tratamos por varias razones: *a*) porque la nacionalidad de ella se liga estrechamente a la determinación de la ley que rige el contrato social; *b*) porque solamente podrá invocar protección diplomática una sociedad que no sea nacional del Estado que nacionaliza; *c*) porque solamente podrá invocar violación del derecho internacional una sociedad que sea extranjera frente al Estado que adopta la medida; *d*) porque es preciso determinar el Estado a cuyo control quedará sometida la sociedad.

Esta materia, como casi la totalidad de las que cubre el derecho internacional privado, está sujeta a intensa controversia y ni los autores ni la jurisprudencia de los diversos países la resuelven en forma pareja.

La discusión empieza acerca de si una entidad ficticia, como es una persona jurídica, puede tener nacionalidad.⁴⁸² En estricto rigor jurídico es difícil hablar de nacionalidad de algo ficto, pero la práctica hace conveniente que se atribuya a la sociedad una nacionalidad, especialmente para fines de control jurídico de sus

protección a los accionistas por lesión a los intereses sociales, *op. cit.*, nota 59, pp. 113 y 114.

En su reunión de San Salvador, en abril de 1965, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos preparó un informe que procura reflejar la contribución de los países americanos para la formación del Derecho Internacional en materia de responsabilidad del Estado, especialmente en relación con los extranjeros. En el principio iv que se contiene en ese informe, se dispone que el Estado queda exonerado de toda responsabilidad internacional si el extranjero había renunciado contractualmente a la protección diplomática de su gobierno o si la legislación interna sujeta al contratante extranjero a la jurisdicción local o si lo asimila al nacional para todos los efectos del contrato. Los Estados Unidos no aprobaron este criterio y pidieron la confección de un informe suplementario.

⁴⁸⁰ Sentencia de la Corte Internacional de Justicia dictada en el conocido caso "Barcelona Traction", con fecha 5 de febrero de 1970 y publicado en el *Recueil des Arrêts* del mismo año, por la que se deniega una reclamación interpuesta en nombre de accionistas belgas, que tenían derechos sobre una sociedad canadiense.

⁴⁸¹ Pueden verse sobre esta materia los trabajos de Paul de Visscher, citado en la nota 477 y de Yvon E. Loussouarn, "La condition des personnes morales en Droit International Privé, publicado en *R. C. A. D. I.*, 1959, vol. I, pp. 447-552.

⁴⁸² Ver Y. Loussouarn, *op. cit.*, nota precedente, pp. 453-459.

actividades, para designar la ley que ha de regirla y para que haya un Estado que asuma su protección.

Se debate también acerca del fundamento que ha de permitir determinar la nacionalidad de la persona jurídica.⁴⁸³ Para unos será la nacionalidad predominante entre las personas físicas que formen parte de ella, para otros, el lugar en que desarrolla su actividad. Estos criterios, sin embargo, no gozan del favor de los juristas, los cuales prefieren buscar otros que permitan determinar una ley única e invariable que rija el contrato social.

Porque la verdad es que cuando se habla de la nacionalidad de una sociedad se trasponen a ésta las reglas del estatuto personal, razón por la cual se concluye que ella queda sometida a su ley nacional. Con ello la determinación de la nacionalidad lleva en vuelta la determinación de la ley a que está sometida la sociedad.⁴⁸⁴

En los países anglosajones se adopta el sistema de la incorporación, según el cual la sociedad tiene la nacionalidad del lugar en que fue constituida y se cumplieron sus formalidades de constitución.⁴⁸⁵ Es un criterio que favorece a los países exportadores de capital, porque la sociedad conserva la protección del Estado que se elige por sus fundadores, cualquiera que sea el país en que actúe o en que tenga su explotación.⁴⁸⁶

⁴⁸³ En el caso "Nottebohm", la Corte Internacional de Justicia, por sentencia de 6 de abril de 1955, contenida en el *Recueil des Arrêts*, declaró que un vínculo de nacionalidad establecido según los criterios del derecho interno de un país no es suficiente para ser invocado como conexión bastante que haga admisible una reclamación internacional contra un Estado extranjero. Pues para que una demanda de protección diplomática sea oponible internacionalmente a un Estado extranjero es preciso que la nacionalidad del protegido concuerde con un vínculo efectivo entre él y el Estado que lo ampara. En esta forma dicho Tribunal Internacional consagró la teoría de que la nacionalidad requiere de un lazo sustancial y que no bastan criterios puramente formales que a veces adoptan las legislaciones internas. Según esa Corte, la nacionalidad es un vínculo jurídico que tiene en su base un hecho social de contacto, una solidaridad efectiva de existencia, de intereses, de sentimientos, junto a una reciprocidad de derechos y de deberes. Ese fallo se publica en *Petit Manuel de la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice*, editado por P. M. Eisemann y otros, Editions Pedone, París, 1970, p. 48. Dicha sentencia se refiere a una persona natural, pero sus argumentos pueden trasponerse sin dificultad alguna a las personas jurídicas.

⁴⁸⁴ Cfr. Y. Loussouarn, *op. cit.*, nota 481, p. 461.

El Código Bustamante en sus arts. 33 y 34 dispone: "Salvo las restricciones establecidas en los dos artículos anteriores, la capacidad civil de las corporaciones se rige por la ley que las hubiere creado o reconocido", y "Con iguales restricciones, la capacidad civil de las sociedades civiles, mercantiles o industriales se rige por las disposiciones relativas al contrato de sociedad."

⁴⁸⁵ Cfr. Y. Loussouarn, *op. cit.*, nota 481, p. 460, y H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I p. 239.

⁴⁸⁶ S. Petren, *op. cit.*, nota 12, pp. 499-509.

En Europa continental predomina el criterio de que la sociedad tiene la nacionalidad del país en el que está radicada su sede social de manera real y seria.⁴⁸⁷ La sede social se sitúa en el lugar donde se ejerce la dirección de la sociedad y donde residen sus órganos jurídicos (administradores, asambleas, etcétera). Si estos órganos están repartidos, se atiende al lugar en que opera la dirección social superior.⁴⁸⁸

Sin embargo, este criterio ha sido complementado por el del control. Especialmente a raíz de las guerras mundiales, se ha apreciado la necesidad que tienen los Estados de adoptar medidas de control y aun de intervención sobre sociedades que operan en su territorio y tienen allí su sede social, pese a que la mayor parte de sus socios son extranjeros. Este elemento práctico ha hecho pensar a algunos que el control del Estado debe predominar sobre la sede social, en tanto que los más prefieren atenerse al lugar de la sede social y tener el criterio del control como un factor puramente complementario.⁴⁸⁹ Niboyet ha propuesto que para determinar la ley aplicable a la sociedad debería seguirse el criterio de la sede social y que el control se aplique únicamente en lo relativo al goce de derechos por parte de la sociedad y a las obligaciones a que ella está sujeta.

Es de tener presente que una sociedad, al igual que una persona natural, puede cambiar de nacionalidad.⁴⁹⁰

⁴⁸⁷ Cfr. Y. Loussouarn *op. cit.*, nota 481, pp. 474-480; H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, pp. 238-246, y S. Petren, *op. cit.*, nota 12, p. 499.

⁴⁸⁸ H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, pp. 238 y 240.

⁴⁸⁹ Y. Loussouarn, *op. cit.*, nota 481, p. 481, expresa que: "El control es polimórfico, puede ser sobre los asociados, sobre los dirigentes y sobre los capitales. Todos esos elementos pueden ser tomados en cuenta. El legislador aplica control en leyes especiales diversas."

⁴⁹⁰ Cfr. Y. Loussouarn, *op. cit.*, nota 481, pp. 489 y ss.