

CAPÍTULO X

Otros problemas	188
1. Casos en que el Estado nacionalizador había renunciado a nacionalizar	188
2. Caso de disposiciones retroactivas	191
3. Créditos que el Estado nacionalizador puede invocar contra la empresa afectada	192
4. Litigio sobre productos que existían desde antes de la nacionalización.	197
5. Reconvencción por daños y perjuicios	198

CAPÍTULO X

OTROS PROBLEMAS

1. Casos en que el Estado nacionalizador había renunciado a nacionalizar

En el presente capítulo hemos de ocuparnos de algunos problemas finales que no han encontrado incorporación fácil dentro de los temas incluidos en los capítulos anteriores.

Primeramente veamos el caso en que el Estado que nacionaliza había adquirido antes el compromiso de no nacionalizar. Un compromiso semejante puede tener validez jurídica solamente si se contrae con otro Estado. Un simple particular no es un par del Estado y no es un interlocutor válido para estos efectos.⁴⁹¹

Frente a un particular, sea éste persona natural o persona jurídica, un compromiso de esa clase no podría tener efecto limitativo alguno. En efecto, un Estado soberano no puede poner como materia de un pacto con un particular una abdicación o restricción de su potestad pública como tal. El poder del Estado proviene de su naturaleza, fines y características propios y éstos no son materia jurídicamente posible de una estipulación con un individuo privado, nacional o extranjero, para reducirlo, cederlo o declararlo extinguido. Por consiguiente, aunque se invocara el principio *pacta sunt servanda*, la convención sería radicalmente inválida y no podría producir efecto jurídico alguno.⁴⁹²

⁴⁹¹ Ver: E. Novoa Monreal, *op. cit.*, nota 8, p. 78.

⁴⁹² La Anglo Iranian Oil Co. celebró el 29 de abril de 1933 un convenio con el gobierno iraní conforme al cual (art. 21) la concesión de extracción de petróleo no sería anulada por el gobierno y los términos del mismo no serían alterados en el futuro mediante leyes especiales o generales ni a través de medidas administrativas ni actos de ninguna otra especie de las autoridades ejecutivas del país. Pese a ello ni el Tribunal de Venecia ni el de Roma, en sus sentencias citadas en las notas 5 y 166, admitieron que el gobierno iraní estuviera impedido de nacionalizar los derechos de extracción. Por el contrario, el Tribunal de Roma dijo expresamente: "El orden jurídico italiano prevé, por lo demás, la facultad de expropiación aun respecto de aquellos inmuebles que la administración se ha comprometido a no expropiar en virtud de un contrato."

En todo caso, es menester recordar que la violación de un contrato celebrado entre un Estado y una empresa privada no puede originar responsabilidades de carácter internacional para el primero, según quedó establecido en el párrafo 4 del capítulo VII. Sobre este punto conviene ver las notas 403 y 404.

Si la estipulación ha sido convenida con otro Estado, hay que distinguir. En cuanto un Estado puede llegar a acuerdo con un igual sobre materias que conciernen a su calidad de tal y puede renunciar a potestades, aun públicas, que le corresponden, el pacto podría ser tenido, en principio, como jurídicamente admisible. Pero si el objeto concreto del acuerdo es una limitación de la facultad soberana de nacionalizar por parte de uno de ellos, puede sostenerse con fundamento que no debería reconocérsele validez jurídica.⁴⁹³ La razón es que el derecho de nacionalizar es inalienable, por lo que no puede ser ni renunciado ni cedido, ni aun mediante tratado.⁴⁹⁴ Esta tesis fue sostenida por Argelia ante Francia⁴⁹⁵ y ha encontrado acogida en las Resoluciones 1803 (xvii) y 3171 (xxviii) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, las que en forma expresa afirman el carácter inalienable de ese derecho, calificativo que supone precisamente que su titular no puede desprenderse de él ni aun consintiéndolo. Aunque esas Declaraciones solamente se refieran a la nacionalización de recursos naturales y no a una nacionalización de cualquier empresa productora de bienes y servicios, nos parece que puede extenderse legítimamente su alcance también a estas últimas, por aplicación del principio de que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición.⁴⁹⁶

Es cada Estado el que soberanamente aprecia las necesidades y exigencias de bien público de su pueblo. Si un Estado en un momento dado admitió que podría prescindir de nacionalizaciones en un ámbito determinado de actividades económicas y llegó a acuerdo en ese sentido con el Estado del cual eran nacionales los inversionistas extranjeros en dicha actividad, no queda impedido

No han faltado tampoco en esta materia intentos de buscar "teorías jurídicas" que permitan sostener que el Estado queda obligado a nivel internacional en esos casos. Verdross, por ejemplo, en *Protection of private property under quasi-international agreements*, publicado en Mélanges J. François, Leiden, 1959, pp. 355 y ss. trata de introducir una nueva categoría de *quasi-international agreements* y Lord Mc Nair procura invocar cierta clase de contratos "directamente sometidos a los principios de Derecho Internacional generalmente reconocidos por las naciones civilizadas", en "The General Principles of law recognized by civilized nations", publicado en *British Year Book of International Law*, 1957, p. 1.

⁴⁹³ A. S. El-Kocheri acepta, sin embargo, un compromiso internacional verificado mediante un tratado entre Estados, concluido después de obtenida la independencia de uno de ellos, que contenga una promesa formal de no nacionalizar durante un cierto periodo. En consecuencia, pone una doble restricción, por una parte ha de figurar en un tratado de independencia y, por otra, ha de ser de duración limitada (ver *op. cit.*, nota 12, p. 259).

⁴⁹⁴ Cfr. Jean Touscoz, *op. cit.*, nota 7, p. 496.

⁴⁹⁵ *Ibid.*

⁴⁹⁶ Ver: E. Novoa Montreal, *op. cit.*, nota 8, p. 78.

posteriormente para mudar de criterio y considerar que estas actividades deben ser nacionalizadas por exigencias de supremo bien público nacional. El cambio de criterio en materia de esta clase debe ser asimilado a un cambio fundamental de circunstancias objetivas (cláusula *rebus sic stantibus*),⁴⁹⁷ por cuanto la apreciación de aquello que conviene al interés público nacional únicamente queda librada al juicio del Estado correspondiente y no es materia que pueda ser resuelta por otro, ni aun por una jurisdicción internacional, salvo que se compruebe fraude o simulación de necesidad pública.

Es cierto que muchos tratadistas sostienen lo contrario.⁴⁹⁸ Pero su conclusión favorable a un respeto del pacto celebrado, no podría ir más allá de considerar que el quebrantamiento del pacto obliga al Estado infractor a indemnizar perjuicios, sin que con ello se llegue a dejar sin efecto la nacionalización decretada, en cuanto ordena pasar el dominio de los bienes nacionalizados a poder del Estado. Esto por razones semejantes a las que expusimos en el capítulo II, párrafo 7.

Los razonamientos anteriores nos llevan a pronunciarnos contra la llamada "regla del estoppel", según la cual un Estado que ha estimulado la instalación de una industria determinada, invitando a hacer inversiones en ella a una empresa privada, no podría posteriormente nacionalizarla en razón de que con ello contradeciría sus actos propios anteriores e incurriría en un *venire contra factum proprium*.⁴⁹⁹ En efecto, si hemos llegado antes a la conclusión de que un compromiso directo de parte del Estado con un particular no lo priva de su potestad soberana para nacionalizar, *a fortiori* hemos de rechazar también que actos implícitos suyos puedan tener la virtud contraria.

⁴⁹⁷ La Convención de Viena, sobre derecho de los tratados, admite que un cambio fundamental de circunstancias objetivas autoriza la modificación de un tratado ya concluido. En su art. 62 permite que la modificación opere aun cuando el cambio fundamental haya sido debido a la parte que lo invoca, con tal que no haya sido provocado por un acto internacionalmente ilícito.

⁴⁹⁸ Wolfgang Friedmann, en *El Derecho en una sociedad en transformación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1966, p. 467; A. S. El-Kocheri, *op. cit.*, nota 12, p. 259 (con las restricciones señaladas en la nota 493); y Ch. de Visscher, *op. cit.*, nota 12, p. 219. Es de notar que H. W. Shawcross, *op. cit.*, nota 193, pp. 350-353, cree, contra lo que antes se manifestó, que el Estado queda obligado a respetar el pacto de no nacionalizar aún cuando lo haya celebrado con un inversionista extranjero.

⁴⁹⁹ Ver: E. Novoa Monreal, *op. cit.*, nota 8, p. 77, nota 14.

2. Caso de disposiciones retroactivas

Muchos tribunales internos miran con malos ojos las leyes con efecto retroactivo y se ven inclinados a buscar soluciones que les nieguen efectos jurídicos en el extranjero.⁵⁰⁰ Sucede muchas veces que normas sobre nacionalización contienen preceptos de carácter retroactivo precisamente para asegurar la efectividad de la medida, lo que nos lleva a examinar el punto.

Puede afirmarse, en principio, que la retroactividad de la ley no es en sí misma contraria a los principios jurídicos, salvo cuando opera en materia penal en perjuicio del reo.⁵⁰¹ Prueba de ello es que únicamente esta excepción figura en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La posición jurisprudencial tradicional afirma, en cambio, que medidas retroactivas que afecten el patrimonio de un particular no pueden ser admitidas en tanto surtan efecto respecto de derechos adquiridos.⁵⁰² En otros casos esa posición jurisprudencial se formula en términos menos rigurosos, sosteniendo que la simple retroactividad de una ley extranjera no es por sí misma contraria al orden público internacional, pues a esa propia ley le toca determinar sus condiciones de aplicación en el tiempo; solamente si la retroactividad conduce a resultados injustos puede ser descartada aquella ley de su aplicación por el tribunal del foro.⁵⁰³

La doctrina aprueba esta última tendencia, repitiendo que la retroactividad de una ley extranjera no es por sí misma inaceptable desde el punto de vista jurídico.⁵⁰⁴ Para que así se le considere será necesario que los resultados de su aplicación sean particularmente chocantes, según opinión de los tratadistas franceses.⁵⁰⁵

La casi totalidad de las legislaciones tienen y aplican preceptos

⁵⁰⁰ Cfr. H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, pp. 398 y 399.

⁵⁰¹ Ver: E. Novoa Monreal, en *El Derecho como obstáculo al cambio social*, México, Siglo XXI, 1975, pp. 152-155.

⁵⁰² En el caso "Sté. anon. Potasas Ibéricas c. Nathan Bloch", citado en nota 175, con fecha 14 de marzo de 1939, la Corte de Casación francesa declaró: "El carácter retroactivo de tal disposición no podría, desde el punto de vista de la legislación francesa, producir efecto en contra de derechos adquiridos."

⁵⁰³ En el caso "Potocka c. Potocki", fallado el 26 de febrero de 1958, el Tribunal Civil del Sena, ocupándose de un texto extranjero retroactivo decía: "esta retroactividad no sería contraria al orden público internacional... porque solamente si la ley debiera conducir a resultados injustos debería ser descartada la ley retroactiva" (Gaz. Pal., 1958, I sem., p. 333).

⁵⁰⁴ Christian Gavalda, en su estudio mencionado en la nota 360, expresa que "se sabe que la retroactividad de una ley extranjera no es, según la jurisprudencia, en sí contraria al orden público francés" (p. 6).

⁵⁰⁵ Cfr. H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, p. 399.

retroactivos en materia no penal. No puede tacharse, por ello, a la retroactividad en sí misma. Solamente cuando a la retroactividad se agreguen otros elementos —Batiffol alude al fundamento, al contenido o a los resultados de la ley extranjera—⁵⁰⁶ podría suscitarse discusión acerca de su aceptación por el tribunal del foro.

No está demás agregar que hoy día surgen críticas en el campo jurídico teórico respecto de la doctrina de la irretroactividad de la ley no penal, por considerarse que ella no responde a verdaderos principios jurídicos sino a dictados puramente político-económicos, que buscan conservar lo más inalterado posible el actual orden social que impera en la mayoría de los países occidentales. Se piensa por muchos que el principio básico de la potestad soberana, que unánimemente se reconoce a todo Estado, potestad que le permite legislar en la forma que tenga por más apropiada para resolver sobre el ordenamiento político, económico, social y jurídico del país, dentro del cual se incluye el régimen de propiedad interno y lo concerniente a la adquisición, conservación y pérdida de los bienes, hace posible al Estado poner término hacia el futuro a los derechos que habían adquirido los particulares, sin otra limitación que la de no obrar arbitrariamente, limitación esta última que se confunde con la de legislar con miras al interés social que el Estado tiene a su cargo.⁵⁰⁷ Sin embargo, el pensamiento jurídico tradicional no acepta que una nueva ley pueda alterar en su sustancia o extinguir derechos ya adquiridos.

Si el tribunal del foro, acogiendo a la tesis tradicional, desecha la aplicación de una ley extranjera retroactiva, por estimar que lesiona derechos adquiridos o que produce otro efecto chocante, debería aplicar en su reemplazo la ley extranjera antigua que regía la materia.⁵⁰⁸

3. *Créditos que el Estado nacionalizador puede invocar contra la empresa afectada*

Dentro de las prácticas internacionales ha sucedido varias veces que el Estado que nacionaliza se pretenda acreedor de la empresa nacionalizada. Esta situación conducirá frecuentemente a que la indemnización que aquel Estado reconozca en favor del afectado por la nacionalización pueda verse extinguida total o parcialmente por su compensación con el crédito que éste adeuda al Estado.

⁵⁰⁶ Ver: H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, p. 399.

⁵⁰⁷ Ver nota 501.

⁵⁰⁸ *Cfr.* H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, p. 399.

Operaría en tal caso el modo de extinción de las obligaciones denominado compensación, que permite dar por desaparecidas obligaciones recíprocas líquidas que tengan entre sí dos diferentes sujetos jurídicos, hasta concurrencia de sus valores.

Cuando Perú nacionalizó su petróleo en 1968, invocó en contra de la empresa concesionaria una cantidad elevada que ésta le adeudaría en razón de impuestos evadidos.⁵⁰⁹ Por su parte, al nacionalizar Chile las grandes industrias extractivas de cobre, dispuso que de la indemnización correspondiente fueran deducidas las rentabilidades excesivas que aquellas industrias habían obtenido en los últimos 15 años.⁵¹⁰

Esta limitación de las utilidades de las empresas que son objeto de nacionalización se da dentro de un contexto de aspiraciones de los países subdesarrollados a que las grandes empresas extranjeras no obtengan dentro de ellos ganancias desmesuradamente superiores a las que pueden lograr en su propia patria o en países industrializados.⁵¹¹ Con ello esos países subdesarrollados quieren obtener una reparación histórica del hecho de que, por falta de una regulación adecuada sobre las inversiones que los países ricos hacen en los países pobres, son estos últimos los que en definitiva afectan la economía de aquéllos —mediante la remesa de tasas de ganancias tan altas que, ciertamente, vulneran la equidad y aceleran su empobrecimiento— al permitir que su riqueza sea aprovechada en su mayor parte por grandes y poderosas empresas privadas transnacionales.⁵¹²

⁵⁰⁹ Leopoldo González Aguayo, en *La nacionalización de bienes extranjeros en América Latina*, UNAM, México, 1969, tomo II, pp. 13-21.

⁵¹⁰ La ley de nacionalización chilena es de reforma constitucional y lleva el número 17.450, de 16 de julio de 1971. En materia de rentabilidades excesivas, declaradas deducibles de la indemnización por esa ley chilena, puede verse: a José Echeverría Yáñez, en "Enriquecimiento Injusto y Nacionalización", publicado en *Revista Mensaje*, núm. 207, marzo-abril de 1972, pp. 111 y ss. y a E. Novoa Montreal, *op. cit.*, nota 1, pp. 208 y ss. y 275 y ss.

⁵¹¹ Cfr. Peter Behrens, *op. cit.*, nota 24, p. 413.

Debe recordarse que conforme al art. 37 de la Decisión núm. 24, adoptada por el Acuerdo de Cartagena, el 31 de diciembre de 1970, los inversionistas extranjeros que aportan capitales a los países del Pacto Andino, solamente podrán transferir al exterior en divisas libremente convertibles utilidades netas comprobadas que provengan de su inversión directa, que no sobrepasen el 14% de ésta.

⁵¹² En el Decreto Supremo núm. 92, de 28 de septiembre de 1971, en el que el presidente Salvador Allende determinó las rentabilidades excesivas que debían serle descontadas de su indemnización a las empresas del cobre afectadas por la nacionalización, se dieron los siguientes fundamentos, entre otros:

"Las relaciones económicas internacionales que ha sufrido nuestro pueblo se basan sobre una estructura constitutivamente injusta, que impone a los países dependientes decisiones adoptadas unilateralmente por los hegemónicos. Unilatera-

La deducción chilena de rentabilidades excesivas no es algo aislado. Tiene precedentes en la nacionalización del petróleo de Irán de 1952, en la nacionalización del Canal de Suez por Egipto, en 1956, y estuvo implícita en la nacionalización por Libia de su petróleo, en 1972. En países altamente industrializados se han

lidad que, violando incluso compromisos públicamente contratados, ha venido perjudicando gravemente los intereses económicos de Latinoamérica y de Chile en particular."

"Contra semejante situación se rebela hoy, con ímpetu vehemente, la conciencia que de su propia personalidad, de sus derechos y esperanzas, están alcanzando los pueblos relegados de todo el mundo, haciendo que entren en conflicto abierto los intereses egoístas de empresas y carteles poderosos y las aspiraciones libertadoras de los pueblos secularmente sometidos."

"Que la Constitución establece un procedimiento para fijar la indemnización en favor de las aludidas empresas. Rectificando un pasado histórico que permitió la explotación de los recursos naturales básicos de la Gran Minería del Cobre por parte de inversionistas particulares, sin una adecuada legislación que preservara para el Estado su derecho a recibir los beneficios de tal explotación, la Constitución ha dispuesto que se pueden deducir los excesos de rentabilidad obtenidos por las empresas extranjeras, como una manera de restituir al país la legítima participación que éste debió obtener de dichos recursos naturales. Esta declaración corresponde a la voluntad de reconocer, por sobre los intereses privados, ya sean éstos nacionales o extranjeros, que el patrimonio nacional formado por los recursos naturales básicos debe estar al servicio de los intereses nacionales."

"Que el atraso y la pobreza que afectan a numerosos pueblos de la Tierra no son fenómenos que puedan analizarse fuera del contexto de las relaciones económicas internacionales entre países pobres y países ricos. La inversión extranjera es uno de los mecanismos que —se afirma— pueden contribuir a la elevación de los niveles de vida y al aumento de las tasas de crecimiento de los países subdesarrollados. En el hecho, sin embargo, tal mecanismo se ha convertido en un elemento más que, junto a la dependencia financiera y el intercambio desigual, configuran la subordinación de las naciones atrasadas frente a las económicamente poderosas."

"Que tanto en Chile como en el resto de América Latina, los ingresos provenientes de aportes de capital foráneo son muy inferiores a los egresos correspondientes a utilidades de inversiones ya efectuadas. La inversión extranjera no ha sido hasta ahora, por falta de regulación adecuada, un mecanismo en virtud del cual los países ricos aportan al desarrollo de los países pobres —y con ello a la paz y convivencia internacional— sino, a la inversa, un mecanismo por el cual estos últimos aportan a la economía de aquéllos."

"Que una de las razones fundamentales que explican la magnitud de este fenómeno es la condición excepcionalmente favorable tolerada en el pasado al inversionista extranjero, especialmente por las elevadísimas tasas de rentabilidad que alcanzaban."

"Que las empresas The Anaconda Company y Kennecott Copper Corporation, que han operado en la Gran Minería del Cobre, constituyen sociedades que actúan internacionalmente con numerosas inversiones, tanto en los Estados Unidos como en el resto del mundo. Si se comparan las rentabilidades de las empresas que operaron en Chile —calculadas como la razón entre las utilidades netas anuales y el valor de libro— con la rentabilidad de la matriz en el conjunto de sus operaciones internacionales, la obtenida en Chile es muy superior. Este fenómeno ocurre

aceptado criterios semejantes.⁵¹³ Por ejemplo, en Estados Unidos se han aprobado impuestos gravosos sobre utilidades excesivas, aun con efecto retroactivo,⁵¹⁴ y se ha considerado ilegítimo que un proveedor del Estado obtenga mediante un contrato conmutativo una utilidad superior al 20% del monto total de la operación;⁵¹⁵ en Gran Bretaña la Comisión de Monopolios ha deducido retroactivamente ganancias extraordinarias a ciertas empresas engrandecidas por sus alianzas económicas.⁵¹⁶

Existen criterios diversos en la doctrina sobre el tratamiento jurídico que debe darse a estos créditos que invoca el Estado nacionalizador contra la empresa que nacionaliza. Algunos los consideran al tratar del monto de la indemnización que se regule, como

sea que la comparación se haga con los resultados alcanzados por la respectiva sociedad en su conjunto de operaciones, incluidas las agencias chilenas, sea comparando, como resulta más pertinente, con la lograda en el conjunto de las operaciones de The Anaconda Company y Kennecott Copper Corporation, excluidas sus filiales chilenas."

"Que se han considerado las rentabilidades obtenidas por esas compañías respecto de sus valores libro, en el conjunto de sus operaciones internacionales; la rentabilidad de otras empresas mineras norteamericanas en Estados Unidos de Norteamérica y Canadá; los casos de límite de rentabilidad de libre disposición que el Estado de Chile ha fijado para inversionistas extranjeros, y otros casos de rentabilidad de inversiones en los países desarrollados y subdesarrollados."

⁵¹³ Cfr. P. Behrens, *op. cit.*, nota 24, p. 414.

⁵¹⁴ Ver J. Echeverría en trabajo mencionado en nota 510 y E. Novoa, *op. cit.*, nota 1, p. 218.

⁵¹⁵ En causa "United States c. Bethlehem Steel Corporation" (315 US 289), la Corte Suprema Federal norteamericana desechó por mayoría de votos una acción entablada por el gobierno de los Estados Unidos en contra de una constructora de barcos, demandada por haber obtenido ganancias que se estimaron desusadamente altas, porque llegaban al 22% del total de la operación. Este juicio, que manifiesta el criterio con que el gobierno norteamericano enfoca *internamente* los problemas de ganancias excesivas, fue tramitado a lo largo de 25 años, a partir de la Primera Guerra Mundial y fue apoyado, por consiguiente, por sucesivos gobiernos y por sucesivos procuradores generales. El gobierno norteamericano sostenía que la tasa de ganancias admitida para esa clase de negocios era de solamente el 10% y que al convenirse un contrato que permita obtenerlas en monto mucho mayor, debían los tribunales anular la estipulación.

⁵¹⁶ Cfr. Behrens, *op. cit.*, nota 24, p. 414, explica que la deducción de rentabilidades excesivas existió también en la nacionalización iraní de 1951, aceptada, como se ha visto en las notas pertinentes, por los tribunales italianos y japoneses, y en la nacionalización del Canal de Suez. Agrega este autor que una deducción de rentabilidad excesiva parece haber estado implícita en la nacionalización libia según Wesley; que en los Estados Unidos el concepto de *excess profits* es aplicado aún con efecto retroactivo, y que en Inglaterra la Comisión de Monopolios ha deducido ganancias extraordinarias en forma retroactiva a empresas dominantes.

Por su parte, Ph. Kahn, *op. cit.*, nota 42, p. 233, expone que "en principio la noción de beneficio excesivo no parece una noción desconocida en el derecho francés: ha existido toda una legislación que sancionaba las utilidades ilícitas hechas durante la guerra".

una deducción que debe efectuarse sobre ella.⁵¹⁷ A nuestro juicio ese enfoque dificulta la defensa del Estado que adopta la medida nacionalizatoria, porque refunde en un solo concepto dos materias que, tratadas en la forma separada que demanda su autonomía, pondrían de manifiesto ventajas en favor de aquel Estado.

Postulamos que cuando un Estado sustenta la existencia de estos créditos es conveniente y clarificante examinar por separado la regularidad de la nacionalización y la del fundamento del crédito invocado.⁵¹⁸ En lo relativo a nacionalización hemos puntualizado todo lo que puede decirse para obtener un respeto de ella ante tribunales extranjeros. En cambio, el problema del crédito estatal será una materia que habrá de ser analizada independientemente, considerando las amplias facultades de legislar con que cuenta todo Estado soberano, la equidad de la determinación que origina el crédito, las prácticas internacionales que apoyan medidas que lo originen y el deber de todo tribunal interno de no inmiscuirse en el ejercicio de las potestades soberanas de otro Estado y de no calificarlas jurídicamente.

En caso alguno podrá admitirse, como lo expresamos en la parte final del capítulo v, párrafo 6, que un tribunal del foro se arrogue el derecho de suponer intenciones a otro Estado independiente y de concluir, por ejemplo, que el crédito invocado en contra del particular que pretende indemnización ha sido creado ficticiamente con el fin de no pagar indemnización por la nacionalización o de pagar una indemnización reducida.

En efecto, si no corresponde a un tribunal interno entrar a pronunciarse sobre la validez o invalidez de un acto soberano extranjero, mucho menos se puede tolerar que califique móviles de un Estado independiente o que le atribuya intenciones diversas de las manifestadas. Esto constituiría una acusación inadmisibles contra un Estado extranjero, que no puede ser aceptada a un tribunal de esta clase ni dentro del contenido de sus resoluciones decisorias y ni siquiera dentro de las consideraciones destinadas a fundamentar una decisión para la cual tenga competencia propia. Una intromisión de esa clase habría de ser tenida como un verdadero atentado en contra de la soberanía del Estado extranjero

⁵¹⁷ Este es el caso de P. Behrens, *op. cit.*, nota 24, p. 413.

⁵¹⁸ Ph. Kahn, *op. cit.*, nota 42, p. 234, exterioriza el criterio de que el problema de las rentabilidades excesivas debe ser examinado separadamente del problema de la indemnización.

y como una ingerencia indebida en las decisiones públicas que él adopta.⁵¹⁹

4. *Litigio sobre productos que existían desde antes de la nacionalización*

Lo que hemos explicado antes dentro de este trabajo se refiere a productos que fueron extraídos o elaborados en la empresa nacionalizada después que tomó posesión de ella el Estado y prosiguió su explotación por sí mismo o por medio de alguna empresa estatal especial. Puede suceder, no obstante, que la discusión ante tribunales extranjeros se suscite en relación con productos que fueron extraídos o elaborados cuando el antiguo dueño privado estaba aun a cargo de la empresa, esto es, antes que se hiciera efectiva la nacionalización de ésta.⁵²⁰

Resolver a quién corresponde el dominio de los productos generados antes de la nacionalización es algo que toca exclusivamente a la ley nacionalizatoria. Aun cuando en principio la nacionalización tiene por objeto medios de producción, podrá darse el caso

⁵¹⁹ En su esquema de defensa de los intereses chilenos, la Agencia Jurídica (chilena) del Cobre en Europa, sostenía: "La nacionalización chilena reconoce el derecho a una indemnización adecuada, porque: a) el texto constitucional reconoce el derecho a indemnización, regula la manera de determinarla y establece una jurisdicción para conocer de las reclamaciones consiguientes; b) el derecho de la indemnización está consagrado en la norma y si no hay pago efectivo de ella, es porque dicha indemnización queda absorbida por un crédito del Estado por las utilidades excesivas de las empresas; c) las utilidades excesivas constituyen una medida jurídica diferente de la nacionalización, que no tiene con ésta sino una coincidencia cronológica y de ocasión (así lo resolvió el Tribunal Constitucional el 11 de agosto de 1972); d) el Derecho Internacional no prohíbe exigir la restitución de rentabilidades excesivas percibidas más allá de los límites normales del comercio; los Estados Unidos han aceptado la legitimidad del concepto de utilidades excesivas; e) el tribunal del foro no está autorizado para atribuir al Estado chileno el propósito de disfrazar una intención de no pago de indemnización valiéndose del recurso de descontar utilidades excesivas, porque aparte de la gravedad de formular un juicio semejante en contra del Estado de Chile, cosa que el tribunal del foro no está facultado para hacer dentro de su jurisdicción, en caso alguno podría arrogarse tal facultad sin antes oír al Estado chileno así imputado; f) en todo caso, el tribunal del foro no posee la facultad de resolver si las autoridades chilenas hicieron buen o mal uso de las atribuciones que les fueron concedidas por la reforma constitucional en materia de rentabilidades excesivas o para fiscalizar la manera como estas autoridades han ejercido sus atribuciones. El tribunal francés, conforme a la doctrina imperante en Francia, solamente puede dejar de aplicar una ley extranjera en el caso en que la aplicación de ésta se intentara dentro de Francia y perturbara gravemente las concepciones francesas fundamentales de orden jurídico y social, lo que no se produce en la especie."

⁵²⁰ Es lo que parece haber ocurrido respecto del petróleo iraní, sobre cuyo dominio se discutió en Japón, de acuerdo con lo que se expresa por el Tribunal Civil de Tokio, en su sentencia citada en la nota 106.

en que productos no extraídos totalmente, ni plenamente procesados o cuya elaboración no ha concluido, puedan ser incorporados al conjunto de bienes que ella abarca.⁵²¹ O, en otros casos, para continuar la producción podrá ser necesario contar con una cantidad de productos ya plenamente extraídos y elaborados. Decidir si ellos quedan comprendidos en la adquisición de bienes que hace el Estado solamente puede ser resuelto mediante el examen de los preceptos que dispusieron la nacionalización.

Si en éstos no aparece clara una voluntad en contrario, habrá de entenderse que los productos terminados no han salido del dominio del empresario privado que los produjo.⁵²²

En todo caso, para así resolverlo será necesario que esté suficientemente probado, como un hecho, que esos productos fueron extraídos y elaborados antes de la nacionalización. En otro caso, se les aplicará lo que se explicó antes de este párrafo.

5. *Reconvención por daños y perjuicios*

De lo que se ha expuesto se desprende que proponer la discusión de un acto de nacionalización ante un tribunal interno de otro país no tiene asidero jurídico y que los antiguos propietarios que así proceden intentan aprovechar más bien la gran complejidad de la materia, las vacilaciones de alguna doctrina y jurisprudencia o las preferencias políticas personales de algunos jueces para obtener, en verdadero golpe de suerte, una sentencia definitiva en su favor. Pero, antes que eso, que exige plazos largos y muy dilatadas discusiones, lo que pretenden es entrabar mediante medidas cautelares que pueden adoptarse judicialmente respecto de los productos objeto del litigio, el libre comercio exterior de ellos por parte de los órganos del Estado nacionalizador. Perturbar ese comercio, in-

⁵²¹ En el mismo caso anterior, la Corte Suprema de Tokio estimó que no estaba claro si el petróleo disputado estaba o no extraído en el momento en que entró en vigor la ley iraní de nacionalización. Sobre este punto expresó: "Si el petróleo en cuestión había sido ya extraído cuando se puso en vigor la ley de nacionalización, resulta, como ya se explicó, que forma parte de las propiedades expropiadas por Irán al amparo de esa ley y, por consiguiente, los demandantes perdieron sus derechos sobre ese petróleo. Si, por el contrario, dicho petróleo fue extraído después de la puesta en vigor de la ley... no puede considerarse que sea de propiedad de los demandantes, en tanto se considere válida la ley de nacionalización."

⁵²² En el caso sobre petróleo mexicano seguido ante el Tribunal de Arnhem, por "Petroservice c. Cía. Mexicana de Petróleo El Águila", la sentencia de 13 de junio de 1939, publicada en *Nederlandsche Jurisprudentie*, 1940, pp. 26 y 27, se examinó precisamente si el petróleo en disputa correspondía o no a existencias que la demandante tenía desde antes de la expropiación.

quietar a los clientes extranjeros y desplazar a la empresa estatal nueva del mercado internacional, son las metas inmediatas, de gran eficacia como arma de presión en contra de aquel Estado.

Puede contemplarse, por consiguiente, la posibilidad de que los demandados que comercian los productos en el extranjero pudieran perseguir, a su vez, la responsabilidad de esos antiguos propietarios por el acto doloso e ilícito que cometen con su acción reivindicatoria carente de justos fundamentos jurídicos.

Salvadas todas las dificultades que significa dejar en claro ante el tribunal del foro que la demanda carecía del menor asidero jurídico y de que su interposición estuvo animada por el torcido propósito de menoscabar el comercio y clientela de los productos de la empresa nacionalizada en el exterior, queda abierta a los demandados la posibilidad de accionar judicialmente en contra de los primitivos demandantes, para obtener de ellos la indemnización de los daños y perjuicios causados.⁵²³

Tratándose de una acción destinada a perseguir responsabilidad extracontractual, para el éxito de ella deberán estar demostrados los extremos siguientes: *a*) que el proceso judicial malintencionado fue provocado por las personas a las cuales se quiere responsabilizar; *b*) que los principios y normas jurídicos no admiten una acción de esa clase, destinada a que el tribunal del foro invalide o desconozca un acto soberano de nacionalización dispuesto por un Estado independiente, respecto de bienes que entonces se hallaban en su territorio; *c*) que las personas a las cuales se responsabiliza obraron a sabiendas de la ilegitimidad de la acción reivindicatoria o, a lo menos, temerariamente; *d*) naturaleza y monto de los perjuicios efectivamente ocasionados por la acción reivindicatoria o por las medidas judiciales cautelares obtenidas con motivo de ella.

Hay legislaciones que aceptan que una contra demanda de esta clase sea ventilada ante el mismo tribunal del foro que conoce de la demanda original, por vía de una reconvencción que se tramita conjuntamente con el proceso a que ella da lugar. Otras, exigen que haya concluido definitivamente la primera acción y que en los actos judiciales que le ponen término haya quedado establecido que los actores procedieron dolosa o culpablemente.

Si es el Estado nacionalizador el que entabla la reconvencción

⁵²³ Hipotéticamente, también podría fundamentarse una acción en contra del demandante, en esta clase de juicios, en una competencia desleal provocada por él en contra de otros vendedores de productos análogos a los que comercia.

o la contra-demanda, es preciso tener en cuenta que su actividad con motivo de ellas podría ser estimada como una renuncia tácita a su propia inmunidad de jurisdicción.⁵²⁴ Sin embargo, la cuestión es dudosa.

México, D. F., 31 de octubre de 1975

⁵²⁴ Ver capítulo III, párrafo 3, parte final.