

LA NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS

Alberto M. Tenzillo

— I —

Para abordar el estudio del tema del epígrafe, es menester partir del conocimiento de su trascendencia práctica.

A dichos fines, a su vez, se requiere tener en claro las diferencias existentes entre los regímenes del derecho internacional público (DIP) y del derecho internacional privado (DIPr). Mientras para el primero el tema reside en la nacionalidad, para el segundo la cuestión es en realidad definir el o los ordenamientos jurídicos que han de ser aplicables a una determinada persona jurídica, lo cual ha llevado a buena parte de la doctrina privatista a omitir la referencia al carácter de "nacional"; nuestro ordenamiento interno, por su parte, tiene ya una afosa tradición en ese sentido.

Discernido este aspecto, cabe volver sobre la primera cuestión: cuál es la utilidad del concepto "nacionalidad" aplicado a una persona de existencia ideal, en el campo del DIP? La respuesta se halla principalmente en cuestiones vinculadas estrechamente a controversias, pues las aplicaciones se observan mayoritariamente en el terreno de la protección diplomática, y de los conflictos bélicos (disposiciones sobre propiedad enemiga).

También se acostumbra hacer referencia a la nacionalidad en tratados, por lo general de índole comercial, en que se confieren derechos a los nacionales de las partes. En forma análoga, ocurre con disposiciones de derecho interno. Empero, en estos casos es bastante frecuente que se proporcionen elementos para discernir la nacionalidad, lo cual puede restarles importancia a los fines de la detección de normas generales.

Por ello, la preocupación del estudioso debe centrarse principalmente en los dos primeros temas, en los que la ausencia de provisiones especiales nos llevará a recurrir al derecho que menciona el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y su doctrina.

— II —

El enfoque doctrinario del tema que nos ocupa revela la existencia de tres teorías principales, dentro de las cuales cabe distinguir algunas matices.

La teoría de la incorporación asigna a una persona de existencia ideal la nacionalidad del ordenamiento en virtud del cual ha sido creada, encontrando su raíz —huelga decirlo— en la ficción savigliana.

La teoría organicista de Kierke, por su parte, sirve de fundamento a quienes prefieren asignar la nacionalidad en función del domicilio de la persona. Naturalmente, ello puede acarrear la ulterior discusión acerca del criterio domiciliario, pues algunos se inclinarán por la sede de la ad-

ministración, y otros por la ubicación del establecimiento principal, aunque podría afirmarse que los primeros son mayoría.

De todas formas, no faltará quien sostenga que en un más que apreciable número de ordenamientos, el domicilio condiciona el lugar de creación, como con buen criterio apuntó en una conferencia en 1931 W. E. Becket, haciendo referencia al caso inglés, y a varios Estados europeos. Ello ocurre, también, en nuestra ley de sociedades 19.550.

La tercera postura que encontramos es la llamada teoría del control, que asimila la nacionalidad de la persona jurídica a la de quienes detentan el poder en la misma. Hakam Nial distingue, acertadamente, entre el control y el interés, ya que el primero podría no coincidir exactamente con el segundo en virtud del voto plural que pueden tener las acciones.

Pero más allá de ello —en cierta medida un detalle— la teoría del control requiere una mayor precisión, pues no en todos los casos se identifica nacionalidad de la persona jurídica con la nacionalidad de sus controlantes, sino con la residencia de estos últimos. Ejemplo de ello han sido las disposiciones sobre propiedad enemiga adoptadas durante la Guerra del Atlántico Sur por la recuperación de nuestros archipiélagos ausles (Ley 22.591, B.O. 21May82).

En este punto de nuestra exposición, y antes de pasar al análisis de la práctica y jurisprudencia internacionales, cabría hacer referencia a la aplicabilidad de la doctrina del vínculo genuino —derivada del fallo en el caso *Nottebohm*— al tema que nos ocupa.

Acerca de este aspecto, debe señalarse que, aunque la mayoría de la Corte Internacional de Justicia lo haya considerado inaplicable, contraria es la posición asumida por Fitzmaurice, Jessup, Gross y Sorensen.

Tampoco se pierda de vista que, en definitiva, la teoría del control podría comportar la asunción del criterio del vínculo efectivo hasta sus últimas consecuencias.

— III —

Ante la ausencia de disposiciones vertidas en tratados que contengan previsiones de alcance general sobre la materia, corresponde echar mano de las normas de carácter consuetudinario, a cuyo fin se hace menester el análisis de la práctica de los Estados.

La misma no nos permite detectar la existencia de reglas generales. Sólo podemos llegar a ciertos lineamientos no demasiado definidos.

Va de suyo que la mayor preocupación acerca de la nacionalidad de las personas jurídicas existirá en aquellos países exportadores de capital. Ello es, por otra parte, un hecho empíricamente verificable.

En los Estados Unidos de América, el criterio ha sido asignar la nacionalidad en función de la teoría de la incorporación, para brindar protección diplomática exclusivamente a aquellas entidades controladas por estadounidenses, o donde los nacionales de aquel país tengan intereses más o menos significativos. Debe observarse que, en estos casos, la distinción entre los accionistas nacionales de los EE.UU. y la compañía por ellos controlada, carece de la nitidez que desearíamos. Empero, en virtud del decisorio in re *Barcelona Traction*, deberíamos admitir que —en principio— la protección se confiere a la persona jurídica (aunque existen casos en que claramente ocurrió lo contrario).

Además, se preguntará el lector cuál es el objetivo, entonces, de asig-

nar nacionalidad por la incorporación: la respuesta debe buscarse en los derechos que un sinnúmero de tratados conceden a nacionales de los Estados Unidos. Las compañías fundadas en su territorio pueden gozarios con independencia de ser controladas por extrajeros.

Es en estos mismos lineamientos que se inscribe el Tratado de Roma de 1957, conforme el cual a ciertos fines quedan asimiladas a los nacionales de los países miembros las sociedades constituidas de conformidad a la legislación de un Estado miembro, y que posean al mismo tiempo su sede social, administración central o principal establecimiento en el interior de la Comunidad Económica Europea.

Empero, en algunas oportunidades corresponden obligaciones y no sólo derechos a las compañías nacionales; tal es el caso de la Export Administration Act de 1980, que califica como nacional de los Estados Unidos a una compañía donde los accionistas norteamericanos cuenten con más del 25% del capital. Otros países exportadores de capitales han criticado severamente este criterio para la asignación de nacionalidad (Reino Unido).

Francia ha aplicado en general la teoría de la sede social para conferir su nacionalidad a las sociedades. Gran Bretaña, por su parte, se inclina más bien por la de la incorporación. Sin embargo, no han faltado oportunidades en que ambos Estados aplicaran la teoría del control, sea en actos de derecho interno, o en tratados internacionales.

Desde el punto de vista de los países importadores de capital, la solución al problema es totalmente inversa a la de los exportadores. En América Latina, la legislación sobre inversiones extranjeras, que otorga derechos y obligaciones a los inversores no nacionales, adopta en forma prácticamente uniforme diversas modalidades de la teoría del control.

Lo hasta aquí expuesto se ha referido, exclusivamente, al acontecer en tiempos de paz. Si pasamos a los días de conflicto armado, la teoría del control surge en forma invariable como parámetro para considerar a una determinada corporación, nave, etc., como de propiedad enemiga. Del mismísimo Tratado de Versalles surgen elementos contundentes para sustentar dicha afirmación.

—IV—

Un somero análisis de la jurisprudencia internacional permite confirmar los criterios antes enunciados.

Así, mientras en el caso "Ruden y Cia." se considera poco importante la cuestión de la nacionalidad de la firma, de "Interhandel" se deduce que, por más que se adopte la teoría de la incorporación, el control es quien define la condición de propiedad enemiga. Claro está, llevando la investigación teórica hasta sus últimas consecuencias, podríamos observar que el ser de "propiedad enemiga" no significa lo mismo que poseer la "nacionalidad enemiga". En particular, si se tiene en cuenta que en el primer caso se habla de una atribución de un objeto, y en el segundo de una atribución que cabe a un sujeto.

Sin embargo, esa digresión comportaría a mi criterio un exceso de rigorismo que terminaría por confundir conceptos que han sido elaborados con una finalidad eminentemente práctica, como son los relativos a la nacionalidad de las personas de existencia ideal.

En otras oportunidades se ha aplicado, igualmente, la teoría del control, aunque con fundamentos no siempre homogéneos. Más aún, en el

célebre caso de la jurisprudencia inglesa "Daimler Co. c/Continental Rubber", citado usualmente como el principal expositor de la teoría del control, ésta se aplica en consideración de la propiedad enemiga, pero se asume una posición negativa frente al concepto de la nacionalidad de las personas jurídicas.

En el caso de la reclamación Rumano-Americana, por su parte, Estados Unidos intentó aplicar la teoría del "disregard" para fundar su legitimación, pero sin éxito.

En cambio, el mismo Estado reclamó en otras oportunidades —éxitosamente en el punto— alegando la nacionalidad no de la sociedad, sino de accionistas norteamericanos (The Delagoa Bay Railroad, El Triunfo Co.). Sobre el valor de estos casos, véase lo expuesto en III, pág. 3.

Pero más allá de la evidente heterodoxia que con respecto al tema que nos ocupa evidencian los fallos citados, probablemente el caso más célebre en la materia sea el relativamente reciente decisorio de la Corte Internacional de Justicia in re "Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd."

Como es sabido, se trataba de una compañía constituida en Canadá, con socios mayoritariamente belgas, y que desarrollaba su objeto social en Cataluña (España), donde se decretó su quiebra.

El Gobierno de Bélgica reclamó por los daños sufridos por sus nacionales, accionistas de la compañía. La Corte, por una mayoría abrumadora, rechazó la demanda. El fundamento para ello, acerca de lo cual hubo prácticamente unanimidad entre los Jueces, fue la imposibilidad de admitir un reclamo a nombre de los accionistas, cuando el mismo estaba expedito para la compañía. Esta, a su vez, debía ser representada por el Estado de su nacionalidad. Y en este punto, que es el que en definitiva nos ocupa, la Corte Internacional de Justicia no pareció tan contundente al adoptar la teoría de la incorporación.

La lectura de las opiniones separadas deja bien a las claras que el tema —atento el planteamiento de las partes— no fue analizado pormenorizadamente, subsistiendo como interrogante uno que ya se apuntara: ¿qué hubiera pasado de exigirse un vínculo genuino con Canadá para asignar esa nacionalidad a la Barcelona Traction?

En el campo doctrinario, en 1969, David Harris consideró que dicho criterio no era en DIP aplicable a las personas morales. Entre otras cosas, sostuvo que la Corte en el caso *Nottebohm* tuvo en sus miras individuos y no compañías; asimismo, observó que entre antes y después del célebre decisorio sobre nacionalidad, los criterios de la jurisprudencia sobre las personas jurídicas fueron idénticos y adecuados a las posiciones sustentadas por las partes (C.P.J.I., caso *Wimbledon*; C.I.J., *Anglo Iranian Oil Co., Interhandel*).

A la afirmación del autor mencionado en el párrafo precedente, me permito elevar dos objeciones: por un lado, que en ninguno de los fallos que menciona existió una controversia específicamente sobre nacionalidad como en el de *Nottebohm*; por el otro, que el fallo de la *Barcelona Traction*, y en especial sus opiniones separadas (que plantean la cuestión), tienen lugar con posterioridad, en el año 1970.

De todo lo expuesto, resulta en suma que extraer una conclusión profunda y decisiva resulta en realidad harto dificultoso.

Antes bien, por el contrario, el investigador debe conformarse con afirmar que no existen reglas uniformes para el otorgamiento o imposición de nacionalidad a las personas jurídicas, razón por la cual cada Estado puede proceder aplicando los criterios que considere más aceptables, doctrina ésta que fuera sentada en punto a las personas físicas en el caso de los decretos de nacionalidad en Túnez y Marruecos.

Ahora bien, para que esa nacionalidad sea oponible a terceros Estados, ¿es menester acreditar la existencia de un vínculo genuino entre Estado y corporación, tal como lo indicaría el fallo in re *Nottebohm*? La respuesta parece ser afirmativa, aunque sólo tímidamente.

Ello así, por cuanto si bien podemos afirmar la existencia de una norma consuetudinaria que prescribe la necesidad de algún vínculo entre el Estado y la persona jurídica (sea el haber sido creada en el mismo, tener allí su domicilio, o ser controlada por personas físicas nacionales o domiciliadas en ese Estado), ello no significa que podamos exigir a esa vinculación el fuerte vigor que se requiere para la persona física.

Por otra parte, ello no deja de parecer razonable si tenemos en cuenta la evidente diversidad entre la condición jurídica de una y otra y, además, la gran dificultad que conlleva la exigencia del vínculo genuino a ultranza. Téngase en cuenta que en la mayor parte de los casos habrá de tratarse de sociedades por acciones, con lo cual será bastante dudosa la posibilidad de acreditar el efectivo control. Ello, a su vez, provocaría una gran inseguridad en el campo de esta materia, con lo cual se conspiraría contra una de las finalidades que persigue todo ordenamiento jurídico: el brindar un esquema claro para el desenvolvimiento de las relaciones humanas.

En suma, en el presente estado de nuestra materia, debemos conformarnos con afirmar simplemente que "algún" vínculo debe existir entre un Estado y la persona jurídica a la cual le atribuya su nacionalidad. De allí en más, va de suyo que la mayor o menor intensidad de aquél será quien dirima los conflictos que puedan suscitarse ante la existencia de más de uno.

Buenos Aires, febrero/marzo de 1963.

* Profesor adjunto (int.). Derecho Internacional Público - UBA.