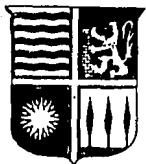


318509
11
25 =



UNIVERSIDAD INTERCONTINENTAL

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
1987 - 1992

"CONSIDERACIONES EN TORNO A LA
NACIONALIDAD DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES
(DERECHO COMPARADO)"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
SILVIA FERNANDEZ POUSA

ASESOR DE TESIS:
Dr. Carlos Casillas Vélez

México, D.F.

1993

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA NACIONALIDAD DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES (DERECHO COMPARADO)

INDICE

* Introducción.	I
* Capítulo I.	
1.1. Planteamiento del problema.	2
1.2. Conceptos Básicos.	3
1.2.1. Concepto de Persona Moral.	3
1.2.1.1. Breve reseña histórica.	5
1.2.1.2. Derecho comparado.	8
1.2.1.3. Naturaleza de las personas morales.	10
1.2.1.3.1. La teoría de la ficción.	11
1.2.1.3.1.1. Crítica a la teoría de la ficción.	13
1.2.1.3.2. Teoría del patrimonio de afección.	15
1.2.1.3.2.1. Crítica a la tesis de Brinz.	17
1.2.1.3.3. Otras teorías negativas.	20
1.2.1.3.3.1. Teoría de la propiedad colectiva.	20

1.2.1.3.3.2. Teoría de Vareilles-Sommiers.	20
1.2.1.3.3.3. Teoría de Duguit.	21
1.2.1.3.3.4. Teoría de Böhlau y Bruns.	21
1.2.1.3.3.5. Teoría de Windscheid.	21
1.2.1.3.3.6. Teoría de Rudolf Von Ihering.	21
1.2.1.3.3.7. La tesis de Giorgi.	22
1.2.1.3.4. La teoría realista.	22
1.2.1.3.4.1. Teorías orgánicas.	24
1.2.1.3.4.2. Teorías del poder de la voluntad.	24
1.2.1.3.4.3. Teoría del interés jurídicamente protegido.	25
1.2.1.3.4.4. La teoría de la institución.	25
1.2.1.3.5. Teorías formalistas.	26
1.2.1.3.5.1. Tesis de Francisco Ferrara.	26
1.2.1.3.5.1.1. Elementos de las personas jurídicas colectivas según Ferrara.	27
1.2.1.3.5.1.2. Crítica a la tesis de Francisco Ferrara.	27
1.2.1.3.5.2. Tesis de Hans Kelsen.	28
1.2.1.3.5.3. Teoría de Cossio.	29
1.2.1.4. Análisis de la teoría de la personalidad moral conforme al Ordenamiento Jurídico Mexicano.	30
1.2.1.5. Diferencia entre el concepto de persona jurídica y personalidad jurídica.	31
1.2.1.6. Clasificación de las personas morales.	33
1.2.1.7. El reconocimiento de la persona moral en el Derecho Mexicano.	35
1.2.1.8. Atributo de las personas morales.	36
1.2.1.9. Principio, funcionamiento y extinción de la personalidad colectiva.	39
1.2.1.10. El registro de las personas morales.	40

1.2.2. Concepto de Nacionalidad.	41
1.2.2.1. La doble acepción de la palabra nacionalidad.	41
1.2.2.2. Referencia a las varias definiciones que de la noción existen.	45
1.2.2.3. Fijación del concepto jurídico.	48
1.2.2.4. Nacionalidad y ciudadanía.	50
1.2.2.5. Naturaleza jurídica del vocablo nacionalidad.	53
 *Capítulo II.	
2.1. La Nacionalidad de las sociedades Mercantiles.	57
2.1.1. Inexistencia de una norma internacional que regule esta materia.	58
2.1.2. Referencia a la doctrina científica.	61
2.1.3. Teorías que niegan la nacionalidad de las sociedades, como consecuencia de considerar ficticia o inexistente su personalidad.	62
2.1.4. El problema conexo de reconocimiento extraterritorial de las personas jurídicas.	64
2.1.5. Doctrina de Niboyet: exposición y crítica.	64
2.1.6. Intento de substituir la noción de nacionalidad por la de domicilio.	67
2.1.7. Teorías contrarias a la atribución de una nacionalidad a las sociedades mercantiles; como consecuencia de un concepto de nacionalidad.	69
2.1.8. Doctrinas que admiten la aplicación del término nacionalidad a los entes colectivos.	70
2.1.9. Tesis que afirman la existencia de una nacionalidad de las sociedades mercantiles.	71
2.2. Determinación de la Nacionalidad de las sociedades Mercantiles.	73
2.2.1. Autonomía legislativa de los Estados en esta materia.	73

2.2.2.Laguna que en ella existen.	76
2.2.3.Criterios doctrinales.	76
2.2.3.1.Criterio de la voluntad de los fundadores.	76
2.2.3.2.Criterio de la autorización.	79
2.2.3.3.Criterio de la constitución-incorporación.	80
2.2.3.4.El de la ley de constitución.	83
2.2.3.5.El del lugar de constitución.	84
2.2.3.6.El sistema de nacionalidad de los socios.	86
2.2.3.7.El del lugar de emisión.	88
2.2.3.8.La teoría del centro de explotación o del principal establecimiento.	90
2.2.3.9.Criterio del domicilio social.	93
2.2.3.10.Especial examen de los sistemas del domicilio y la constitución.	98
2.2.3.11.El doble criterio del domicilio-constitución.	99
2.2.3.12.La teoría del domicilio conexas con el país de constitución.	101
2.2.3.13.Primacía teórica del criterio de constitución.	101
2.2.3.14.Razones por las cuales se reconoce la necesidad de que las sociedades establezcan un domicilio en el país de constitución.	102
2.2.3.15.El criterio del control.	103
 *Capítulo III.	
3.1.Legislación Extranjera. Derecho Interno.	108
3.1.1.Alemania.	109
3.1.2.Argentina.	111
3.1.3.Brasil.	113
3.1.4.Colombia.	113

3.1.5.España.	114
3.1.6.Francia.	118
3.1.7.Estados Unidos.	122
3.1.8.Inglaterra.	124
3.1.9.Italia.	127
3.1.10.Portugal.	129
3.1.11.Uruguay.	131
3.1.12.Otros países americanos.	132
3.2.Derecho Internacional.	133
3.2.1.Tratados Internacionales.	134
3.2.2.Tratados de Paz.	134
3.2.3.Tratados de Montevideo.	134
3.2.4.Código de Bustamante.	136
3.2.5.Intentos de legislación uniforme.	139
3.2.6.Tratados de México con otros países.	140
3.2.7.La Academia Interamericana. La Tercera sesión de la Habana.	140
3.3.Jurisprudencia Internacional.	141
*Capítulo IV.	
4.1.Legislación Mexicana. Jurisprudencia.	144
4.2.Legislación Actual.	146
4.2.1.Artículo 27 Constitucional y su Legislación Reglamentaria.	149
4.2.2.Ley de Nacionalidad y Naturalización.	150
4.2.3.Código Civil para el Distrito Federal.	152
4.2.4.Código de Comercio.	155

4.2.5.Ley General de Sociedades Mercantiles.	157
4.2.6.Ley Federal de Fomento a la Pesca.	159
4.2.7.Ley Federal de Aguas.	160
4.2.7.Ley de Vías Generales de Comunicación.	160
4.3.Jurisprudencia.	161
 *Capítulo V.	
5.1.Introducción. Sociedades Nacionales.	166
5.1.1.Concepto de sociedad mercantil.	167
5.1.2.Consecuencias de la personalidad de una sociedad mercantil.	168
5.1.3.Clasificación de las sociedades mercantiles.	169
5.1.4.Principales requisitos y formalidades para constituir sociedades mexicanas.	171
5.1.5.Clases de sociedades mexicanas en cuanto a extranjeros.	173
5.2.Sociedades Extranjeras.	174
5.2.1.Atribución de la nacionalidad a las sociedades.	174
5.2.1.1. Empresas transnacionales.	175
5.2.2.Determinación de la nacionalidad de las sociedades.	176
5.2.3.Problemas que plantean las sociedades extranjeras.	178
5.2.4.Actuación ocasional de una sociedad.	179
5.2.5.Actuación permanente de una sociedad extranjera.	181
5.2.6.Facultades de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.	182
5.2.7.Reglas para el funcionamiento de la sociedad extranjera.	183
5.2.8.Carácter de comerciante de una sociedad extranjera.	184
5.2.9.Consecuencia de la quiebra de una sociedad extranjera.	184

5.2.10. Incumplimiento de los requisitos legales.	185
5.2.11. Venta de valores extranjeros.	185
5.2.12. Sociedades mexicanas en el extranjero.	186
5.2.13. Nacionalidad de una sociedad y cambio de soberanía territorial.	186
*Conclusiones.	189
*Bibliografía.	200
*Hemerografía.	206
*Legislación.	207

INTRODUCCION

A través de la historia, el hombre ha vivido la necesidad de satisfacer intereses que sólo no podría remediar; el asociarse con sus semejantes ha constituido una alternativa que ha solucionado problemas y alcanzado objetivos.

En la actualidad, el ser humano recurre a las sociedades civiles y a las mercantiles, para conseguir diversidad de objetivos que justifican su existencia.

Es la sociedad mercantil, la que ha fundamentado el estudio de muchos tratadistas, pues existen muchos aspectos que motivan la investigación jurídica de la doctrina. Es la nacionalidad de estas personas morales, la que me ha impulsado a elaborar esta tesis. Las sociedades mercantiles gozan de nacionalidad por ser sujetos de derechos y obligaciones jurídicas; atribuirles personalidad, implica reconocerles los siguientes atributos: capacidad jurídica, patrimonio, nombre, domicilio y entre ellos una nacionalidad. Respecto a la nacionalidad mexicana de dichas personas morales, es importante analizar el doble criterio que el artículo 5º de la Ley de Nacionalidad y Naturalización ha adoptado para otorgarle: "Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes de la República y tengan en ella su domicilio legal." Este sistema tiene las características de formal y real.

Así mismo, existe una diversidad de criterios para otorgar el carácter de nacional a una sociedad mercantil; razón por la cual pretendo elaborar un estudio de las direcciones seguidas por algunos Estados europeos y otros americanos; a través del cual podremos conocer si existe algún sistema dominante, si se ha puesto en práctica otro en alguna época especial y cuál es el más adecuado conforme a las necesidades de los miembros de la comunidad internacional.

En el último capítulo del presente trabajo, elaboro un análisis de las sociedades extranjeras, es decir, aquellas que no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 5º de la Ley de Nacionalidad y Naturalización. La Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, considera extranjera a la inversión en la que participe mayoritariamente el capital extranjero o en la que los extranjeros tengan por cualquier título la facultad de determinar el manejo de la empresa; por lo anterior, podemos afirmar, que, una empresa no será nacional, es decir mexicana, por el origen del capital, este último señala la aplicación de un régimen jurídico diferente.

Aprovecho esta oportunidad, para agradecer la asesoría y atenciones que el Dr. Carlos Casillas Velez, tuvo a bien brindarme en la elaboración de la presente tesis.

Las posibles limitaciones, que el lector encuentre en este trabajo son responsabilidad exclusiva del autor.

La Sustentante

Silvia Fernández Pousa

CAPITULO I

CAPITULO I

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la actualidad, el estudio de las sociedades mercantiles ha sido uno de los principales temas del Derecho Mercantil; también, las cuestiones relacionadas con éstas y, en especial la de determinar su nacionalidad, atraen la atención de los cultivadores del Derecho Internacional Privado.

Los juristas se han planteado y tratado de resolver el problema, muchos y dispares han sido los criterios sustentados. En la primera parte de este trabajo: estudiaremos si existe y puede propiamente hablarse de una nacionalidad de las sociedades o si, por el contrario, es ésta una cómoda expresión aceptada por razones de brevedad y eficacia, para indicar no ya un vínculo de dependencia con un Estado, sino su estatuto personal.

Antes y por razones metodológicas, es conveniente afirmar los dos supuestos básicos del problema, examinando los conceptos de personalidad y nacionalidad, puesto que el resultado de este estudio depende de la extensión y significado que a ellos se atribuya.

Resuelto afirmativamente el problema de si existe y puede propiamente hablarse de una nacionalidad de las sociedades y expuesta la utilidad y conveniencia de esta noción, debemos estudiar la cuestión más debatida de nuestra tesis cual es la de determinar la circunstancia que atribuyen aquella nacionalidad.

1.2. CONCEPTOS BASICOS.

1.2.1. CONCEPTO DE PERSONA MORAL.

Las personas físicas no son las únicas que existen como sujetos de Derecho. También existen las personas morales, llamadas también- según el criterio de diversos autores- civiles, colectivas, incorporales, ficticias, sociales y abstractas. Nuestro Código Civil para el Distrito Federal las denomina personas morales; se cree que dicha expresión proviene de la corriente canonista.

Ruggiero define a la persona moral como: toda unidad orgánica resultante de una colectividad organizada o de un conjunto de bienes, a la que para el logro de un fin social, durable y permanente, se reconoce por el Estado capacidad de derecho patrimonial.

Castan señala que con el nombre de persona moral se designa a aquellas entidades formadas para la realización de los fines colectivos y permanentes de los hombres, a las que el derecho objetivo reconoce capacidad para tener derechos y obligaciones.

Ignacio Galindo Garfias señale que la personalidad jurídica es " un concepto de Derecho o construcción normativa, que se ha elaborado para unificar los derechos y obligaciones que se atribuyen al sujeto de toda relación jurídica: ya se trate de los seres humanos, del conjunto de personas físicas o de bienes debidamente organizados para la realización de una finalidad lícita, permitida por la ley ". (1)

(1) Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil, Primer Curso (Parte General, Personas, Familia). Ed. Porrúa, S.A., 4ª ed., México, 1980, pág: 322.

La posición que adopto la teoría pura del Derecho, cuyo expositor es Hans Kelsen es considerar a la personalidad jurídica un "centro de imputación que ha sido elaborado por el Derecho, como una cualidad del sujeto de la relación jurídica, y que corresponde atribuir a la persona (al ser humano) como a las sociedades, asociaciones, sindicatos y a toda clase de corporaciones, tales como las fundaciones y por supuesto, al Estado como entidad soberana". (2)

Efraín Moto Salazar da un concepto de persona jurídica señalando que "son agrupamientos de individuos que tienen finalidad e intereses lícitos y comunes y a quienes la ley reconoce y protege". (3); es decir, las personas son agregados de individuos con personalidad propia, distintas de las personas físicas que los integran y a quienes la ley reconoce, otorgándoles los atributos propios de la personalidad .

Arturo Orgaz define a la persona moral como: "un ente que sin ser persona física, puede actuar en la vida civil como sujeto de derechos y obligaciones." (4)

El fundamento de las personas morales se encuentra en la necesidad que tiene el hombre, para realizar aquellas actividades que, por sí solo, no podría realizar de manera satisfactoria, y en la inclinación natural que siente de agruparse con sus semejantes.

(2) Ibid., pág: 323.

(3) Moto Salazar, Efraín. Elementos de Derecho. Ed. Porrúa, S.A., trigésima ed., México, 1984, pág: 183.

(4) Orgaz, Arturo. Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales. Ed. Assandri, 1ª ed., Córdoba, Argentina, 1956, pág: 334.

El reconocimiento de las personas morales por parte del Estado tiene un valor certificativo para Savigny, declarativo para Gierke; confirmativo para Karlowa y constitutivo para Ferrara.

El concepto de personalidad hállase íntimamente ligado con el de nacionalidad que siempre habrá de ser una consecuencia del reconocimiento de aquella.

En virtud de este reconocimiento, que es posterior a la creación de una persona moral, se incorpora a esta a la realidad de un mundo jurídico.

Para comprender el origen del concepto de la persona moral, es necesario analizar cómo se fue desempeñando éste a través de la historia.

1.2.1.1. BREVE RESEÑA HISTORICA.

Trazar la línea de origen y evolución del concepto de personalidad jurídica, desde sus primeros y rudimentarios esbozos en el Derecho romano hasta su pleno reconocimiento en los códigos modernos, es una tarea que excede de los límites de esta tesis.

El Derecho romano no elaboró un concepto genérico para designar a todas las especies de personas jurídicas, los jurisperitos de la época del Imperio decían de ellas que eran personas vice fungitur porque en la vida jurídica cumplían funciones análogas a las de las personas físicas utilizándose también indiscriminadamente, la expresión universitas, para denominar unificadamente ya a un conjunto de individuos, ya un conjunto de cosas; en este último concepto subyace ya la idea central de la teoría de la ficción.

Roma conoció diversos tipos de personas jurídicas tales como el Estado aerarium fiscus; las corporaciones e instituciones políticas, sacras,

judiciales, etcétera, reconocidas por el Derecho Público; las organizaciones civiles y fundaciones.

En todos los casos durante el Imperio, se atribuyó a la persona colectiva una existencia abstracta, una subjetividad jurídica unificada y una voluntad diferente de la simple agregación o suma de voluntades de sus miembros.

En la Edad Media, en cambio, se generalizó un concepto mucho menos preciso de la personalidad jurídica que en el Derecho romano.

En el antiguo Derecho germánico se admitieron y reconocieron varias modalidades de acciones y corporaciones, sólo vio en ellas una reunión o pluralidad de individuos y, no llegó a elaborar un concepto que permitiese distinguir entre la capacidad jurídica del ente colectivo y la de sus integrantes.

Tal indeterminación fue superada en parte por los trabajos romanistas (glosadores y posglosadores) y de los canonistas. Los primeros utilizaron las denominaciones *congregatio* y *comunista* para designar unificadamente a las asociaciones y corporaciones voluntarias de individuos, reservando las expresiones *pioe causae* y *ioe corpora* para referirse a las fundaciones.

Los canonistas, aportaron algunos elementos conceptuales que contribuyeron a una distinción más precisa entre el sujeto individual y colectivo de Derecho. Concibieron además aparte del Estado y la Iglesia, otras modalidades de organización como: los capítulos catedrales, las comunidades religiosas, las fundaciones y los establecimientos y asociaciones privadas, todos ellos con carácter de sujetos de Derecho privado y, con capacidad para adquirir bienes y administrar su patrimonio; los denominaron indistintamente: persona representada, persona ficta, persona universalis, persona collegil. Inocencio IV introdujo, para

designar a las comunidades religiosas, la expresión *Corpus mysticum* que, muy probablemente, fue la que dio lugar a las denominaciones "persona mística", "cuerpo moral" o "persona moral" usadas por los autores franceses de los siglos XVII y XVIII, para referirse a los sujetos colectivos de derecho.

La antigua legislación española, inspirada en el Derecho romano y en el canónico, reconoció la personalidad jurídica de Instituciones de Derecho público, tales como el Estado (fisco), los cabildos y la iglesia católica.

No hay, sin embargo, en el antiguo Derecho español, ninguna norma que atribuya a las asociaciones privadas el carácter de personas jurídicas.

En síntesis, podemos decir que "el concepto de personalidad moral, tal cual lo manejamos en la actualidad, es una obra de la antigua Roma, de la Iglesia Cristiana y del Derecho germánico antiguo y moderno. El Derecho romano clásico elaboró la noción de *universitas*; la Iglesia Cristiana de la época imperial y la Edad Media construyó la teoría del patrimonio autónomo afectado a la de un fin ideal o sea la personalidad jurídica de la fundación, y la Alemania moderna ha hecho los más finos análisis de la idea romana y de la idea cristiana y ha entresacado del seno de los textos del cuerpo del Derecho Civil, de las doctrinas jurídicas eclesiásticas y de la contextura de las primitivas asociaciones germánicas, las teorías actuales acerca de la personalidad moral." (5)

(5) Cervantes, Manuel. Historia y naturaleza de la personalidad jurídica. México, 1933, pág: 207. Cit. por Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles. Ed. Porrúa, S.A., 6ª ed., tomo I, revisada y actualizada por José Víctor Rodríguez del Castillo, México, 1981, pág: 105.

A continuación señalo los detalles de la evolución de esta institución, en los tiempos modernos, cuyas características principales son las siguientes:

1º Desconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles y mercantiles (Códigos Napoleónicos).

2º Reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, desconocimiento de la misma a las civiles (Códigos italianos, hasta 1882; doctrina francesa en parte).

3º Reconocimiento de la personalidad jurídica a algunas formas de sociedad mercantil (anónimas) y desconocimiento, más o menos discutido, para los demás (Código de Comercio Alemán, de 1900); personalidad de las sociedades civiles (Código Civil Alemán).

4º Personalidad Jurídica para las sociedades civiles y mercantiles (Código Civil español; Código de Comercio español, Códigos Civiles y mercantiles mexicanos).

1.2.1.2. DERECHO COMPARADO.

A) Doctrina francesa: ha estado vinculada durante mucho tiempo a las influencias filosóficas y políticas que fueron directrices de la Revolución Francesa; las influencias individualistas de ésta, su hostilidad hacia las corporaciones y asociaciones profesionales, y posteriormente, la repulsa de los escritores franceses hacia el concepto de la personalidad jurídica, explican la actitud negativa y el desconocimiento de la personalidad moral. Es representativo al respecto Planiol.

Vareilles-Sommieres, viejos autores franceses comparten la posición de que "las personas ficticias son también denominadas usualmente,

personas civiles y personas morales, e incluso algunas veces se les llama imitando a los alemanes, personas jurídicas." (6)

Sin embargo, se ha venido reconociendo la personalidad jurídica en las sociedades mercantiles y aún de civiles, la que por algún tiempo fue negada.

"La doctrina más reciente, y aún parte de la antigua, recoge esta nueva posición. Entre los nombres más destacados, citaremos a Lyon Caen y Renault, Pic, Josserand, Hauriou, Michoud, y Valery." (7)

B) Italia: el Código de Comercio italiano de 1882, establece que las sociedades serán entes distintos de sus socios frente a terceros. Dentro de las Doctrinas que niegan la personalidad jurídica, se encuentran la de Manara y Navarrini. El primero, sostiene que las sociedades mercantiles son simples comunidades; el segundo, predica la existencia de una mano común germánica. El resto de la doctrina si admite la posibilidad jurídica, sólo hay divergencias en razón de las interpretaciones que se dan a este concepto.

En resumen hoy puede decirse que la doctrina y la jurisprudencia en Italia reconocen la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles y de las sociedades civiles. El Código Civil de 1942 reconoce la personalidad jurídica de éstas últimas en su artículo 13. (8)

C) Alemania: durante mucho tiempo se desconoció la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, pero en el último tercio del siglo XIX algunos tratadistas la admitieron. Desde el punto de vista

(6) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles. Ed. Porrúa, S.A., 6ª ed., tomo I, revisada y actualizada por José Víctor Rodríguez del Castillo, México, 1981, pág: 106.

(7) Id.

(8) Ibid., pág: 108.

legislativo, se reconoció la personalidad jurídica de algunas sociedades (Código de Comercio de 1900).

D) España: el proyecto del Código Civil de 1868 y después, el Código de Comercio Civil de 1889, fueron de los primeros en dedicar un capítulo especial a las personas jurídicas; se reconocía la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles y civiles, posición compartida por la doctrina. "De esta breve consideración acerca de la situación legislativa en los países más importantes del grupo europeo, resulta evidente la afirmación de que el reconocimiento de la personalidad jurídica, como realidad o como instrumento técnico, es un hecho indiscutible en todos los países que acabamos de citar, y en los demás que se mueven en la órbita legislativa de los mismos. (9)

E) México: "La tradición jurídica mexicana puede decirse que es unánimemente favorable al reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles y de las mercantiles." (10)

En el Código Civil del Distrito Federal de 1870 se reconocía en sus artículos 43 a 47; con leves modificaciones, estos principios pasaron al Código Civil de 1884. Por razones de política social el Código Civil vigente, con algunas modificaciones mantiene iguales afirmaciones, al dedicar un título al estudio de las personas morales, enumerándolas en su artículo 25.

El Código de Comercio de 1889 reconoce la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.

1.2.1.3. NATURALEZA DE LAS PERSONAS MORALES.

Las teorías principales en relación a la naturaleza de las personas morales son tres: la de la ficción, la realista y la del patrimonio de afección.

(9) *Ibid.*, pág: 109.

(10) *Id.*

Existe otra clasificación en las que se ubican a las teorías negativas, a las teorías realistas y a las formalistas. Como teorías negativas señalan: a) la teoría que considera a la persona jurídica como una ficción; b) la teoría del patrimonio de la afección; c) una tercera teoría negativa de la persona moral, afirma que la personalidad jurídica es simplemente una propiedad colectiva con un administrador único; d) destaca e individualiza un patrimonio o lo señala como efecto de un contrato, y e) la teoría negativa de Duguit.

Primero procederemos a estudiar las teorías negativas más trascendentales, posteriormente aquellas no tan destacadas dentro del Derecho Civil; continuaremos analizando las teorías realistas y finalmente las formalistas.

1.2.1.3.1. LA TEORIA DE LA FICCION.

Su representante es el jurista Federico Carlos de Savigny; también se encuentran entre sus sustentantes Heisser, Laurent, Esmeln, Geny, Ducrocq, quienes atribuyen a las personas morales un carácter ficticio, reconociendo que el Derecho les otorga personalidad jurídica.

Savigny, partiendo de la tesis del derecho subjetivo de Windscheid, llega a la conclusión de que las personas morales "son seres creados artificialmente, capaces de tener un patrimonio" (11); porque las personas son seres capaces de tener derecho y obligaciones; los derechos y obligaciones; los derechos sólo pueden tener los seres dotados de voluntad;

(11) García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Ed. Porrúa, S.A., 38ª edición, México, 1986, pág: 278.

por tanto la subjetividad jurídica de las personas colectivas es resultado de una ficción, ya que tales entes carecen de albedrío.

La institución de la esclavitud, al igual que la existencia de las personas jurídicas, representan una excepción al principio de que sólo los seres dotados de voluntad son sujetos de derecho.

La teoría de Savigny se refiere exclusivamente al Derecho privado, la definición que propone tiene como elemento caracterizable de la personalidad jurídica, la capacidad de tener un patrimonio.

Al referirse a las diversas especies de las personas jurídicas; menciona que algunas tienen existencia natural y necesaria, en tanto que las otras es artificial y contingente, lo que no excluye, es la posibilidad de formas intermedias.

Con respecto a la naturaleza jurídica, las de existencia necesaria son por ejemplo aquellas ciudades y comunidades que existen naturalmente, anteriores en su mayor parte al Estado. Las fundaciones u asociaciones tienen una existencia natural o contingente, no existen sino por la voluntad de uno o muchos individuos. Las corporaciones de artesanos y otras semejantes gozan de naturaleza intermedia; pues a veces se refieren a las comunidades, de las que son como partes constitutivas.

La persona moral posee derechos subjetivos y obligaciones; obra por medio de sus órganos, formado por personas físicas, los actos de éstas, son de la persona colectiva. La persona colectiva está fuera del terreno de la imputabilidad de hechos ilícitos, pues éstos sólo pueden cometerlos los que forman parte de Ella. En lo que se refiere a la personalidad, han dividido sus opiniones los seguidores de la teoría de la ficción. Savigny, Puchta y Barón, consideran como sujeto jurídico de los bienes lo que es fingido como persona, es el fin para el cual dichos bienes son destinados. Unger, la ley hace surgir a

un sujeto ideal invisible para él. Roth afirma que la personalidad se encuentra ligada a un concepto. La diatriba se armoniza en una posición intermedia. En la corporación, el sustrato es una universitas personarum (12), en las fundaciones, el sustrato es una universitas bonarum (13).

Ducrocq, es otro de los representantes de la teoría de la ficción, él llamaba a las personas morales civiles. Estas no pertenecían al mundo de las realidades. Es necesario recurrir a la abstracción para aislar el interés colectivo del particular, es decir, el de los individuos asociados, para asignar a la obra una existencia distinta a la de sus miembros; esta operación del espíritu constituye para Ducrocq la ficción. Es por esta ficción que dichas entidades nacen, obran o mueren. Las personas morales en el concepto de Ducrocq, son personas ficticias porque escapan a la apreciación de nuestros sentidos, porque su existencia está confinada en el dominio del Derecho, porque son sujetos artificiales, abstracciones personificadas. La ficción está provista de efecto jurídico, al reconocerla y sancionarla la ley, de los cuales sólo el poder público tiene la facultad de disponer en su favor.

La teoría de Savigny ha prevalecido en Alemania casi hasta fines del siglo XIX y en Francia hasta principios del actual.

1.2.1.3.1.1 CRITICA A LA TEORIA DE LA FICCION.

Una de las más serias objeciones que se han formulado a la teoría de la ficción es la relativa a la personalidad jurídica del Estado como sujeto de Derecho privado, es decir, como sujeto capaz de poseer, adquirir y transferir bienes; de ejercer, en general, facultades patrimoniales; de estar en juicio, etcétera.

(12) Entendemos por tal la suma de los miembros de la persona colectiva.
 (13) Esta constituye lo que es el patrimonio de la persona moral.

Si el Estado es una persona jurídica, ¿qué autoridad lo inviste de capacidad?. Savigny trató de salvar este escollo dividiendo que las personas colectivas tienen a veces existencia legal y voluntaria, y otras, natural y necesaria, como ocurre en el caso del Estado, que es una organización fundamental de la vida social, no es creado artificialmente. Esto no significa admitir que en la tesis de la ficción existen una contradicción insalvable.

Francisco Ferrara formula algunas otras objeciones, incluyendo la anterior, a la teoría de Federico Carlos Savigny. Eduardo García Máynez elabora un resumen de éstas, en su libro *Introducción al Estudio del Derecho*:

"1.- La teoría de la ficción, como corolario de una falsa concepción del derecho subjetivo es, necesariamente, falsa también... No es verdad que la capacidad jurídica se encuentre determinada por la facultad de querer. Los infantes y los idiotas carecen de ella y son, sin embargo, sujetos de derecho. La circunstancias de que las corporaciones no tengan voluntad propia, no puede invocarse contra su existencia como sujetos jurídicos.

2.- Además, si fuese cierto que la esencia del derecho subjetivo y de la personalidad jurídica es la facultad de proponerse fines y realizarlos o, en otros términos, la voluntad, habría que llegar a la conclusión que, en los entes colectivos, los órganos deben ser considerados como sujetos de los derechos y obligaciones de la corporación, ya que dichos órganos son seres volentes y obran en representación de aquélla.

3.- La tercera objeción, formulada por los defensores de la tesis realista, es que las personas colectivas no son entes ficticios, sino poderosas individuales sociales, que realizan en la vida un papel importantísimo...

4.- Otro de los argumentos refiérese a la limitación establecida por Savigny cuando define a las personas jurídicas como seres creados artificialmente por el legislador, para las relaciones patrimoniales. Dicha limitación no se justifica, porque los entes colectivos poseen múltiples derechos extrapatrimoniales o no patrimoniales, como, por ejemplo los honoríficos.

5.- Por otra parte si las personas jurídicas son seres ficticios creados por la ley, ¿cómo explicar la existencia del Estado? Porque el Estado es también una persona jurídica colectiva..

6.- Por último esta teoría nos ofrece un cuadro deficiente de los medios de extinción de personas jurídicas. Porque todo lo reduce a la destrucción por obra del legislador, y también aquí hace dominar el arbitrio, ya que no opone ninguna condición ética, para la supresión de las personas jurídicas. Y esto puede presentar peligrosos para la libertad de asociación . En tiempo de la Revolución Francesa, en efecto se trato de suprimir las asociaciones religiosas y de confiscar sus bienes y la teoría de la ficción fue el pretexto jurídico para justificar lo que hizo ..." (14)

1.2.1.3.2. TEORIA DEL PATRIMONIO DE AFECCION.

Surge como una reacción contra la teoría de la ficción. Su representante es el jurista alemán Brinz. De acuerdo con ésta, las personas morales son patrimonios de afección, es decir, patrimonios de destino, carentes de titular, verdaderas personificaciones de patrimonio. También es conducta conocida como la teoría de los derechos sin sujeto. Brinz divide a los patrimonios en dos categorías: de persona e

(14) García Máynez, Eduardo. Op. cit. supra., nota 11.

impersonales, llamados también patrimonios afectos a un fin o de destino. Los del primer grupo pertenecen a un individuo. Los del segundo carecen de dueño, pero, se dirigen al logro de una finalidad y gozan de garantías jurídicas especiales. Estos derechos existen, pero no son de alguien, sino de algo, es decir, del patrimonio. Las personas colectivas son un conjunto de bienes destinados a un fin, no hay en ellas un sujeto. Brinz llega a esta conclusión por el siguiente razonamiento: no admite la teoría de la ficción, afirmando que no puede atribuirse personalidad a figuras de la fantasía; también señala, que en el Derecho romano no se contempló una distinción entre personas naturales y jurídicas, reconoció un patrimonio de destino en relación con el Derecho público, pero, extraño al Derecho privado que era esencialmente de los particulares; esta concepción fue superada por el desarrollo sucesivo del Derecho romano.

Bekker maneja los términos patrimonio dependiente y patrimonio independiente. El primero está destinado a un fin concreto, pertenece a una persona, formando parte de su patrimonio general, sin perder su autonomía. El segundo son aquellos de destino que carecen de sujeto.

Los derechos y obligaciones de las personas colectivas según Brinz, pertenecen al patrimonio. Los actos que realizan los órganos de la persona jurídica son en representación del fin al que el patrimonio se encuentra consagrado. Si este patrimonio desaparece, y el fin es de índole privado, el ente se extingue; si es de carácter público, no necesariamente se produce la muerte del ente. El patrimonio de destino no pertenece a alguien, sino a algo, este algo es el fin al que está destinado; como ejemplos de patrimonio de destino, Brinz menciona: el Estado, el municipio, los colegios, las universidades, las fundaciones. La realidad de la persona moral está en el patrimonio adherido a un fin; éste substituye al sujeto de derecho.

1.2.1.3.2.1. CRITICA A LA TESIS DE BRINZ.

Ferrara ha criticado esta teoría, al igual que García Máynez; quien ha formulado la siguiente crítica, llegando a la conclusión de que no pueden existir derechos sin sujeto, y hablar de esto es contradecirse.

1.- No pueden existir derechos sin sujeto. Todo Derecho es facultad jurídica de alguien, y toda obligación supone un obligado.

Es cierto lo que afirma Windscheid de que los derechos pueden transmitirse, sin alteración; pero, esto no quiere decir que el derecho subjetivo sea separable de la persona. Windscheid señala, que el derecho permanece, sólo la persona cambia, por lo tanto el primero es substancial y la segunda accidental. Que el derecho no le sea esencial a determinado sujeto, no quiere decir que no le sea esencial, en absoluto el sujeto, como lo afirma Windscheid, argumentan Unger y Bohlau.

Bonelli es otro de los defensores de la teoría del patrimonio, pero sus argumentos carecen de valor según la crítica anterior.

2.- La clasificación del patrimonio según Brinz, es artificial. Los patrimonios personales también son destinados a múltiples finalidades, como los de destino. Lo correcto según García Máynez sería dividirlos en patrimonios adscritos a un fin especial y patrimonios que no tienen una finalidad determinada. El hecho de que ciertos patrimonios, sean destinados a un fin, no quiere decir que sean sujetos de derecho; son patrimonios que tienen autonomía y forman parte de un patrimonio general de la persona. A través de la historia esto se ha demostrado, a continuación cito algunos ejemplos mencionados por Ferrara:

"El peculio en el Derecho romano. Era este un complejo patrimonial cerrado en sí y autónomo, con administración separada, capaz de deudas propias, destinado al servicio y al goce del hijo o del esclavo, y que también jurídicamente pertenece siempre al pater familias. Aquí, pues, tenemos un patrimonio destinado a un fin especial, especial, cuyo destino es reconocido por el derecho positivo, que goza de autonomía y que también es un patrimonio de persona.

Lo mismo se puede decir del fideicomiso de familia en el derecho común. También este era un patrimonio destinado a mantener el lustre de una familia, que no podía enajenarse sino que debía transmitirse según un cierto orden de sucesión, y que entraba en la propiedad de cada fideicomisario, propiedad limitada por un derecho real de expectativa de los futuros llamados. Ahora bien, en este caso nos encontramos en presencia de un patrimonio perfectamente distinto y autónomo que está dentro del patrimonio de una persona y pertenece a ésta. Un fenómeno análogo encontramos en aquellos sistemas que reconoce la separación del patrimonio comercial y de su patrimonio privado. Aquí vemos que una misma persona tiene dos masas patrimoniales distintas, una destinada a los servicios propios y de la familia, otra dedicada al ejercicio del comercio, y cada una de estas esferas tienen su propia autonomía y gestión, de modo que los acreedores personales del comerciante no pueden embargar los bienes dedicados al comercio, y viceversa.

Más visible se encuentra este efecto en la distinción, mantenida en el Derecho marítimo, entre fortuna de tierra y fortuna flotante de armador. La nave en el mar, si bien forma parte del patrimonio del armador, puede, sin embargo, considerarse en cierto modo como bien separado, del cual surgen y en el cual se localizan las obligaciones y responsabilidades

contraídas por razón de aquéllas, de modo que el armador puede liberarse abandonándola. Aquí se trata ciertamente de una limitación de responsabilidad del armador, pero limitación que se funda en una cierta separación jurídica de la nave del resto del patrimonio del armador, tanto que alguno ha sostenido que la nave es persona jurídica.

Pero sin andar espigando en otros campos, quiero sacar de nuestro Derecho civil un ejemplo típico. Tal es el patrimonio hereditario en manos del heredero beneficiado. Sabido es que la aceptación con beneficio de inventario produce el efecto de impedir la confusión de los patrimonios, de modo que el heredero beneficiado, además de ser titular de su patrimonio privado también titular del patrimonio de la herencia beneficiada; pero este último patrimonio forma una masa distinta que se administra separadamente, incluso el mismo heredero beneficiado, y que está destinado ante todo a su satisfacción. Que el patrimonio hereditario pertenece al heredero beneficiado, resulta entre otras cosas no sólo de que liquidado el pasivo se va a confundir con el patrimonio privado, sino de la facultad de abandono y de la decadencia de beneficio de inventario en caso de ciertas violaciones." (15)

El artículo 1678 del Código Civil, señala lo que es la aceptación de la herencia, a través de ésta, manifiesta su voluntad de adquirir los derechos que le corresponden y aceptar las obligaciones que les sea exigidas al heredero; esta constituye una masa patrimonial distinta, al conjunto de derechos y obligaciones del heredero que se beneficia con éstos. Cuando el beneficiado con la herencia liquide todas las obligaciones del "de cujus", en ese momento ya puede integrar a su patrimonio, la masa hereditaria patrimonial.

(15) Ibid.

3.- Otra objeción hecha a la tesis de Brinz, es que hay personas jurídicas que carecen de patrimonio, sin dejar por ello de ser sujetos de derecho; por ejemplo: un comité destinado a recoger negativos para los afectados por la explosión de los gasoductos en Guadalajara.

Si tomamos la objeción entendiendo al patrimonio desde el punto de vista jurídico, como un conjunto de deberes y derechos de un sujeto, la objeción pierde toda su fuerza. Pero, tomándolo en sentido económico, como designación de bienes susceptibles de estimación pecuniaria es válida.

4.- La teoría del patrimonio de destino, no explica la personalidad jurídica del Estado, ya que ésta no puede definirse como un patrimonio de afectación.

1.2.1.3.3. OTRAS TEORIAS NEGATIVAS.

No sólo la teoría de la ficción y la teoría del patrimonio de destino niega la personalidad moral; existen otras entre las que encontramos las siguientes:

1.2.1.3.3.1. TEORIA DE LA PROPIEDAD COLECTIVA.

Es sostenida por Barthlemy y Planiol; quienes afirman que la personalidad jurídica es simplemente una propiedad colectiva, con administrador único.

1.2.1.3.3.2. TEORIA DE VAREILLES-SOMMIERS.

Para este autor la persona moral es el efecto de un contrato (asociaciones, sociedades), o de una declaración unilateral de voluntad (fundaciones), que destaca e individualiza un patrimonio.

1.2.1.3.3.3. TEORIA DE DUGUIT.

La persona jurídica es inútil porque oculta una actuación jurídica objetiva en que la ley coloca a las sociedades, asociaciones y fundaciones, y en virtud de la cual, el grupo unitariamente adquiere capacidad jurídica.

1.2.1.3.3.4. TEORIA DE BÖHLAU Y BRUNS.

Admiten que ciertos conjuntos de bienes, son equiparados en su trato jurídico al trato que se da a sujetos individuales.

1.2.1.3.3.5. TEORIA DE WINDSCHEID.

Sostiene que el derecho puede existir independientemente del sujeto individualizado. Este, por lo tanto puede faltar ya que no es necesario para la existencia del Derecho, sino sólo para su ejercicio.

1.2.1.3.3.6. TEORIA DE RUDOLF VON IHERING.

El sujeto del derecho es un ser que tiene la actitud necesaria para aprovechar todos los beneficios que el Derecho otorga; de esta manera sostiene que los sujetos de las personas jurídicas, son los designatarios de los bienes que integran el patrimonio colectivo. De acuerdo con ésta tesis el concepto de persona jurídica es sólo un instrumento del cual se vale el legislador para poner en relación a los intereses y distribuir los bienes.

1.2.1.3.3.7. LA TESIS DE GIORGI.

Reduce las personas colectivas al Estado; éste crea entes secundarios confiriéndolos una individualidad subjetiva autónoma. Giorgio del Vecchio, critica esta teoría, expresando que no refleja exactamente la verdad y expresa que "para entender la naturaleza del sujeto de Derecho no se debe considerar el punto de partida si no el de llegada, esto es, la personificación del Derecho fuera del Estado el destacarse el nuevo ente de aquella unidad fundamental." (16).

1.2.1.3.4. LA TEORIA REALISTA.

Esta teoría es defendida por Gierke, Thur, Ferrara, Dhom, Bonnocasse, Josserand, Branca, Kelsen, entre otros (17). Esta se manifiesta frente a los teorías negativas: de la ficción y, la del patrimonio de la afección; declaran que las personas jurídicas, tanto privadas como públicas son realidades. De acuerdo con esta teoría, la persona moral es una unidad real, una entidad sustantiva, no un simple agregado de individuos.

Existen diferentes posturas, y por lo tanto numerosas teorías realistas, entre las cuales podemos citar: el organicismo, en sus distintas manifestaciones; la teoría del alma colectiva; la tesis del organicismo social y, las varias doctrinas que atienden esencialmente al aspecto jurídico del problema como la de Ferrara y Kelsen.

(16) Del Vecchio, Giorgio. *Filosofía del Derecho*. Ed. Unión Tipográfica, Editorial Hispanoamericana, México, 1946, tomo I, pág: 320.

(17) Galindo Garfias, Ignacio. *Op. cit. supra.*, nota 1, págs: 326 a la 331. Galindo Garfias, elabora una teoría de la personalidad colectiva, clasificando a ésta en: teorías negativas, realistas y teorías formalistas, incluye a estas últimas la de Ferrara y la de Kelsen; por la importancia de estas últimas, serán estudiadas en un apartado diverso.

Estas teorías parten del principio de que no solo el hombre es persona, pues las asociaciones, sociedades y fundaciones, también reúnen los requisitos necesarios para ser entes jurídicos; tienen una existencia real por su propia naturaleza: porque son seres orgánicos o, porque han sido creados por la voluntad de uno o varios sujetos, ya porque así lo exige un interés que jurídicamente debe ser protegido, o bien finalmente, porque tienen realidad formal o relativa.

Ignacio Galindo Garfias elabora la siguiente clasificación de éstas:

a) teorías orgánicas, dentro de las cuales encontramos dos grupos, aquellos que las que la comprenden un organismo social; b) teorías del poder de la voluntad y, c) teorías del interés jurídicamente protegido. (18)

Joaquín Rodríguez Rodríguez, considera a la teoría realista, como orgánica, dentro de la cual menciona diversas variantes: la personalidad como función de la voluntad, la teoría de institución. (19)

Otro autor Giménez Artigues ubica a las teorías realistas en el siguiente cuadro: teoría orgánica, teoría de la voluntad colectiva, teoría del organismo social y, teorías formalistas. (20)

Por motivos metodológicos, tomaré en cuenta la clasificación de Ignacio Galindo Garfias, para explicar las mencionadas teorías.

(18) *Ibid.*, págs: 329 y 330.

(19) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. *Op. cit. supra.*, nota 6, págs: 111 y 112.

(20) Giménez Artigues, F. *La nacionalidad de las sociedades mercantiles*. Ed. Bosch, Barcelona, España, 1949, págs: 17 y 18.

1.2.1.3.4.1. TEORIAS ORGANICAS

1.-La persona moral como un organismo biológico:

Esta es defendida por Lilienfeld, Schaffle y Renée de Worms; definen a la persona jurídica como un organismo vivo, como el ser humano, es un organismo totalmente similar al organismo psicofísico del ser humano y hasta con una voluntad estructurada.

2.-La teoría del organismo social.

Es considerada la más famosa teoría realista, es sostenida por el alemán Otto Von Gierke. En virtud de ésta considera a la persona colectiva, un ente real, constituido por individuos reunidos y, organizados para concretar fines que están más allá de los intereses individuales, todo ello a través de una unidad de voluntad y de acción; voluntad superior manifestada a través de los órganos de la comunidad asociada y organizada. La persona jurídica es así un organismo social biológico, una unidad de vida sui generis, una realidad estructural, independiente de los seres individuales. Entre los que apoyan esta teoría tenemos a Wundt, Lasson y-Zittelman.

Según Gierke, las instituciones y fundaciones, son también entes reales, dotados de subjetividad jurídica: su alma la constituye la voluntad del fundador y su cuerpo es la institución.

1.2.1.3.4.2. TEORIAS DEL PODER DE LA VOLUNTAD

Tal teoría es expuesta por Saellies y Jellinek; la base de la personalidad jurídica, se encuentra en el poder de la voluntad; es decir, la existencia de la voluntad colectiva, tiene la virtud de crear la persona moral.

Una crítica que podemos formular a dicha teoría, es que no basta la existencia de las voluntades humanas, para crear un sujeto capaz de adquirir derechos y obligaciones; es necesario que la norma de derecho reconozca a la persona moral del sujeto que se quiere constituir; que la finalidad que se persiga sea lícita y que la persona moral se halle provista de órganos para alcanzar las finalidades propuestas. (21)

1.2.1.3.4.3. TEORIA DEL INTERES JURIDICAMENTE PROTEGIDO.

Para Michoud, exponente de esta tesis, el Derecho es un interés jurídicamente protegido. El objeto de la protección no es la voluntad, sino el contenido. El individuo humano es un centro fundamental de interés y de voluntad de a quien el Derecho reconoce personalidad; para lo cual, debe reunir el grupo social las siguientes condiciones: "a) poseer un interés unificado, distinto de los intereses individuales (22); b) poseer una organización que sea capaz de expresar la voluntad colectiva." (23)

Esta teoría es criticada pues no expone el fundamento racional de la personalidad jurídica; pero, se le reconoce que pone en relieve el interés colectivo, separándolo del interés particular de los socios o fundadores. (24)

1.2.1.3.4.4. LA TEORIA DE LA INSTITUCION.

Como un cuarto apartado de la clasificación de Galindo Garfías, aparece esta tesis. Es elaborada por Haurio; podemos ubicarla dentro del sistema de la realidad. Esta teoría no aclara nada, sobre el concepto de

(21) Galindo Garfías, I. Op. cit. supra., nota 1, pág: 331.

(22) Entendemos un interés colectivo real.

(23) Varios. Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1979, tomo XII, pág: 268.

(24) Galindo Garfías, Ignacio. Op. cit. supra., nota 1, pág: 330.

personalidad jurídica, pero afirma que existe en la realidad social una serie de realidades institucionales; considera a la institución como una idea de obra, de empresa, que se desarrolla, se realiza y se proyecta dando formas definidas al acontecer social.

1.2.1.3.5. TEORIAS FORMALISTAS.

1.2.1.3.5.1. TESIS DE FRANCISCO FERRARA.

Para Francisco Ferrara, la función primordial del Derecho, es regular las relaciones de los individuos, quienes por virtud de ésta, adquieren el carácter de sujetos de Derecho. Para él, la palabra persona posee tres acepciones principales: biológicas, filosófica y jurídica. En la tercera acepción, que la personalidad es producto de un orden jurídico que surge por el reconocimiento del Derecho objetivo. La persona individual no es persona por naturaleza, sino por obra de la ley; como ejemplo podemos citar a los esclavos. Históricamente no ha existido igualdad en los individuos, en cuanto a su personalidad, aún hoy existe una diferencia entre nacionales y extranjeros.

El hombre ha creado diversas formas de convivencia humana, las naturales e históricas (tribus, pueblos, clanes, Estados), y las voluntarias (asociaciones) que pretenden satisfacer necesidades comunes; dentro de estas últimas reconoce dos especies: una de ellas, se constituye como un conjunto de individuos que pretenden lograr un fin o interés común, y están dotadas de un patrimonio propio integrado por los mismos individuos asociados, que son sus propios administradores y beneficiarios. Otra se constituye en torno al patrimonio aportado por un individuo y destinado a los

finés determinados por la voluntad de éste. En ambos casos existen formas de organización social tendientes a concretar una finalidad.

De esta manera la subjetividad jurídica es un atributo tanto del hombre como de los entes colectivos; por lo tanto la personalidad jurídica no es un hecho como tampoco es una ficción.

1.2.1.3.5.1.1. ELEMENTOS DE LAS PERSONAS JURIDICAS COLECTIVAS SEGUN FERRARA

Dichos elementos se desprenden de la siguiente definición de persona jurídica: "asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derecho."

(25)

1.-Una asociación de hombres.

2.- El segundo elemento esencial a las personas jurídicas es el fin a cuyo logro se encuentran destinadas.

3.- Las asociaciones e instituciones en que concurren los dos elementos que acabo de mencionar, tienen la aptitud para convertirse en personas de Derecho. Lo que hace que lleguen a ser tales es un tercer elemento, a saber: su reconocimiento por el Derecho objetivo.

1.2.1.3.5.1.2. CRITICA A LA TESIS DE FRANCISCO FERRARA

Decir que el reconocimiento es un acto constitutivo de la personalidad jurídica, equivale a sostener una opinión esencialmente igual a la defendida por Savigny y sus adeptos. El reconocimiento es parte del Derecho

(25) Ferrara. Teoría de las personas jurídicas. Pág: 339, Cit. por García Máñez, Eduardo. Op. cit. supra., nota 11, pág: 290.

objetivo y, no señala qué entiende por éste. También señala que el reconocimiento tiene una eficacia constitutiva, el empleo del término es inadecuado. Pues se reconoce lo ya conocida, lo preexistente: se constituye.

El declarar que el Estado es el creador de la personalidad jurídica conduce a pensar que la voluntad humana no tiene el poder de crear personas jurídicas. (26)

1.2.1.3.5.2. TESIS DE HANS KELSEN.

Según dicho autor el concepto jurídico de persona, es el modo de realizar la imputación normativa a un posible centro de imputaciones. El ubica el concepto de personas jurídicas tanto para el ser individual como el colectivo. "La persona es sólo una expresión unitaria personificada para un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, para un complejo (sic) de normas". (27)

Por lo tanto: "el concepto jurídico de personas o de un sujeto de Derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes y derechos, es decir, la unidad de una pluralidad de normas que estatuyen esos deberes y derechos. La persona física correspondiente al hombre individual es la personificación, o sea, la expresión unitaria personificada de las normas que regulan la conducta de un hombre... Que el hombre sea o tenga personalidad jurídica no significa, en último término, sino que ciertas acciones u omisiones suyas constituyentes, en una u otra forma, el contenido de normas jurídicas". (28)

(26) Ibid., págs: 293 y 294.

(27) Kelsen, Hans. La teoría pura del Derecho. Ed. Losada, Buenos Aires, Argentina, 1946, pág: 83.

(28) Ibid., págs: 84 y 85.

Continua agregando Kelsen: "la hipótesis de que la persona jurídica sea una realidad diferente de los hombres, pero sensorialmente no perceptible, o un organismo social, supraindividual formado por hombres individuales, es la ingenua hipostatización de un hecho intelectual (gedankendings), de una representación jurídica auxiliar..." (29)

Según la teoría Kelseniana los deberes y derechos de hombres individuales en tanto, conducta humana regulada, pero, son los estatutos de aquella los que deben determinar quiénes de los individuos que la integran deben cumplir o ejercer tales deberes y derechos.

Kelsen denomina imputación central a "los actos que ejecutan los individuos que integran una persona jurídica, en razón de estar regulados por el sistema normativo considerado en su conjunto como un orden jurídico parcial." (30)

Finalmente podemos elaborar la siguiente crítica a la teoría de Kelsen, que no nos dice si esta imputación se puede sólo atribuir a la persona humana o las personas morales.

1.2.1.3.5.3. TEORIA DE COSSIO.

"Cossio se adhiere a la tesis Kelseniana en cuanto para ésta no existe diferencia esencial entre la persona individual y la colectiva pues en ambos casos el pensamiento jurídico piensa a la persona mediante una misma estructura conceptual." (31)

(29) *Ibid.*, pág: 88.

(30) Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. cit. supra., nota 23, pág: 272.

(31) *Id.*

Cossio hace referencia a la teoría pura del Derecho, en cuanto a Kelsen se refiere al concepto de persona, "en tanto estructura formal del pensamiento jurídico, y no al concepto en tanto conocimiento de personas... y que sólo se consideran las acciones humanas prescindiendo de toda referencia al hombre que realiza esas acciones." (32)

Cossio entiende que "la diferencia entre la persona individual y la colectiva no es una cuestión de esencia genérica, sino sólo una división específica de la misma personalidad, que en el primer caso consiste en el facultamiento normativo inmediato y el segundo en el facultamiento normativo mediato, de lo que el hombre, por ser hombre, puede hacer." (33)

1.2.1.4. ANALISIS DE LAS TEORIAS DE LA PERSONALIDAD MORAL CONFORME AL ORDENAMIENTO JURIDICO MEXICANO.

La teoría de la ficción resulta inadmisibles por lo expuesto anteriormente.

Con respecto a la teoría del patrimonio de destino, en el artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal, se muestra la imposibilidad de que existan persona jurídicas sin patrimonio. Las variantes de la teoría orgánica se basan en metáforas y ficciones metajurídicas. En cuanto a la teoría de la institución se refiere, a situaciones sociales ajenas al problema de la personalidad jurídica. (34)

(32) Id.

(33) Cossio, Carlos. La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad. Ed. Losada, Buenos Aires, Argentina, 1944, pág: 210

(34) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Op. cit. supra., nota 6, págs: 113 y 114.

La teoría de Ferrara es la que mejor se ajusta a las normas del ordenamiento mexicano, con algunas variantes. La personalidad es un status jurídico que corresponde al hombre, a entidades de Derecho público y a ciertas situaciones convencionales, aquí queda patente que son consideradas personas por el legislador mexicano. Las personas físicas y morales son sujetos de Derecho. Las morales solo tendrán capacidad jurídica para ser titulares de derechos en función al objeto para el que fueron creadas (art. 26, Código Civil para el D.F.). (35)

En orden al ejercicio de derechos, las personas morales se obligan siempre "por medios de los órganos que las representan" (art. 27, C. Civ. D.F.), de donde se deduce la inexistencia de una voluntad orgánica en el sentido de las teorías orgánicas.

1.2.1.5. DIFERENCIA ENTRE EL CONCEPTO DE PERSONA JURIDICA Y PERSONALIDAD JURIDICA.

Es importante reconocer la diferencia entre estos dos conceptos, para no llegar a confundirlos como la hace Hans Kelsen en su teoría pura de Derecho. Este autor al referirse a la persona, afirma que entendida esta como una cualidad jurídica, es un concepto de pura técnica jurídica, un centro ideal de imputación normativa. La personalidad jurídica, si es un centro de imputación que ha sido elaborado por el Derecho, como una cualidad del sujeto de la relación jurídica, y que corresponde atribuir tanto a la persona física (al ser humano), como a las personas morales (sociedades, asociaciones, sindicatos, fundaciones, el Estado, etc.). (36)

(35) *Ibid.*, pág: 114.

(36) Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit. supra., nota 1, págs: 322 y 323.

Del concepto de persona jurídica, entendida ésta también, como moral o colectiva, ciertamente se sigue el de personalidad. El concepto de personalidad es propio de la dogmática moderna y funciona como sinónimo de capacidad jurídica. Por personalidad se entiende la capacidad de ser persona. Goza de personalidad o capacidad jurídica quien tiene derechos, facultades, obligaciones y responsabilidad jurídicas. Ser persona significa ser titular y ejercer derechos y facultades. (37)

Arturo Orgaz, señala la diferencia entre persona jurídica y personalidad jurídica. Entiende por la primera "ente que, sin ser persona física puede actuar en la vida civil como sujetos de derechos u obligaciones". (38). Define a la segunda como: "condición que poseen los entes que, no siendo personas físicas, pueden actuar en relaciones de derecho como si lo fueran". (39)

Al definir el concepto de personalidad jurídica, Joaquín Rodríguez Rodríguez, de una manera implícita, nos da a entender el de persona: " la personalidad jurídica es la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones. Allí donde encontramos un ente al que, según el ordenamiento jurídico, se reconozca esa capacidad, ahí tendremos una persona, ya sea un individuo, ya un conjunto de personas, de bienes o de ambas cosas a la vez". (40)

(37) Varios. Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa, S.A., Universidad Nacional Autónoma de México, 3ª ed., México, 1989, tomo 3, pág: 2397.

(38) Orgaz, Arturo. Op. cit. supra., nota 4, pág: 334.

(39) Ibid., pág: 335

(40) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Op. cit. supra., nota 6, pág: 104.

1.2.1.6. CLASIFICACION DE LAS PERSONAS MORALES.

Podemos clasificar a las personas morales desde diversos puntos de vista, el general, estructural, necesarias, voluntarias, etc.

Rafael de Pina, desde el punto de vista funcional, las clasifica en dos grandes categorías: en personas jurídicas de Derecho público y personas jurídicas de Derecho privado. Efraín Moto Salazar, las clasifica de igual manera, pero, le da otro nombre a la clasificación, que es desde un ángulo general. Estas persona según su origen y finalidad deben buscarse en la voluntad del Estado, o en la de los particulares.

Cuando el Estado crea a la persona jurídica con el propósito de satisfacer intereses sociales, se trata de un organismo de carácter público; si, por el contrario, se persigue una finalidad privada y son los particulares quienes la crean, estamos frente a un ente de Derecho privado.

Rafael de Pina, las clasifica desde otro punto de vista en necesarias y voluntarias, y al respecto opina que "las primeras constituciones constituyen elementos indispensables para la realización del fin del hombre y las segundas las que el hombre crea como complemento necesarios de su deficiencia y escasos medios, pero que podrían crearse en otra forma, con caracteres distintos del que les dio la voluntad de los hombres al formarles, tales son las asociaciones creadas por los particulares en las distintas formas que existen". (41)

(41) Pina, Rafael de. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa, S.A., 15ª ed., México, 1986, actualizada y revisada por Rafael de Pina Vara, Vol. I, pág: 252.

Desde el punto de vista estructural, Rafael de Pina, las clasifica en: personas de tipo corporativo o asociacional, y personas de tipo institucional o fundacional; " las primeras son colectividades asociadas para obtener un fin propio con medios propios y, por lo general, con libre actividad; las segundas, establecimientos ordenados por una voluntad superior para obtener un fin de otros, con un patrimonio a tal efecto destinado, y ajustándose a una constitución establecida por medio inmutable en el acto de fundación". (42)

Luis Recasens Siches, clasifica a las personas jurídicas colectivas en tres tipos: las corporaciones, las asociaciones y las fundaciones.

" A) Las corporaciones, que son las personas jurídicas creadas oficialmente por el Derecho. Así, entes públicos de la Administración, comenzando por el Estado mismo, e incluyendo los municipios, las provincias, las regiones autónomas, los estados miembros de una Federación, los entes administrativos oficiales descentralizados, los colegios profesionales cuando la pertenencia a ellos tiene carácter obligatorio, etc.

B) Las asociaciones, fundadas por iniciativa de un grupo de individuos, las cuales comprende la asociaciones de todos los tipos (religioso, cultural, filosófico, científico, político, deportivo, benéfico, etc.); las sociedades civiles, las sociedades mercantiles (simples, en comandita, anónimas, de responsabilidad limitada), etc.

C) Las fundaciones, o sea, las consistentes en una masa de bienes adscrita al cumplimiento de una finalidad o funciones, caritativas o filantrópicas, religiosas culturales; es decir, la afectación perpetua de un fondo

(42) Id.

productivo de rentas a la realización, al sostenimiento o al aumento de un servicio determinado. Por ejemplo: una escuela, un asilo, un hospicio, una institución de investigación científica, una institución de ayuda técnica, etc., sobre la base de voluntad fundacional, la cual constituye la norma, o mejor dicho, el conjunto de normas por las cuales se va a regir ese ente". (43)

1.2.1.7. EL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONA MORAL EN EL DERECHO MEXICANO.

El Código Civil para el Distrito Federal, reconoce expresamente su artículo 25 las siguientes personas morales:

- I.- La Nación, los Estados y los Municipios;
- II.- Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley;
- III.- Las sociedades, civiles o mercantiles;
- IV.- Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;
- V.- Las asociaciones corporativas y mutualistas, y
- VI.- Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley.
- VII.- Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736".

(43) Recasens Siches, Luis. Introducción al Estudio del Derecho. Ed. Porrúa, S.A., 7ª ed., México, 1985, págs: 162 y 163.

No todas las personas jurídicas colectivas, que contiene el artículo antes citado, caen bajo la regulación de las normas de Derecho privado contenidas en ese ordenamiento. El Estado, el Municipio y las corporaciones de interés público en general, tienen su regulación en las leyes políticas y administrativas; las sociedades mercantiles en la Ley General de Sociedades Mercantiles; los sindicatos en las leyes de trabajo; las corporativas y mutualistas, en la legislación especial dictadas al efecto.

Las personas morales, de acuerdo a la legislación civil mexicana, asociaciones, sociedades e instituciones de beneficencia privada, están sometidas a las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal (y a las de los Códigos civiles de los Estados de la Federación), y a las de la Ley de Beneficencia Privada.

Podemos afirmar, en resumen que el "Derecho mexicano la personalidad moral es un status de capacidad jurídica subjetiva especial (art. 26, C. Civ. D.F.), que la ley confiere a ciertas y determinada situaciones convencionales, que por virtud legal tienen fuerza para crear una personalidad jurídica (art. 25, C. Civ. D.F.)". (44)

1.2.1.8. ATRIBUTOS DE LAS PERSONAS MORALES.

Los atributos de la persona colectiva o persona moral son los siguientes: a) capacidad, b) razón social o denominación, c) domicilio, d) patrimonio y e) nacionalidad.

La capacidad de las personas jurídicas colectivas, es decir, su aptitud para ser sujetos de derechos y obligaciones, es regida en cada caso

(44) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Op. cit. supra., nota 6, págs: 115 y 116

particular por las leyes que ordenan su organización y funcionamiento. Por ejemplo: las sociedades mercantiles se regulan, en todo lo que a su capacidad se refiere, por la ley relativa. En el artículo 26 del Código Civil se nos señala, que una persona jurídica adquiere su plena capacidad y puede realizar todos los actos necesarios para dar cumplimiento al objeto de su institución.

La capacidad de las personas morales se distingue de la de las personas físicas en dos aspectos: a) En las personas morales no puede haber incapacidad de ejercicio, toda vez que esta depende exclusivamente de circunstancias propias e inherentes al ser humano. b) En las personas morales su capacidad de goce está limitada en razón de su objeto, naturaleza y fines. Podemos formular como regla general la de que dichas entidades no pueden adquirir bienes o derechos o reportar obligaciones que no tengan relación con su objeto o fines propios.

La capacidad de goce y ejercicio va acompañada de la capacidad procesal, v. g. las sociedades mercantiles pueden ser sujetos de toda relación procesal. La capacidad de goce no implica la capacidad de ejercicio. (45)

El patrimonio es un conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas valorizables en dinero y que constituyen una universalidad de derecho. Siempre existirá la capacidad de adquirirlo, por el hecho de ser personas, independientemente del objeto o finalidades deben tener la posibilidad de adquirir un patrimonio. (46)

(45) *Ibid.*, pág: 116.

(46) Soto Alvarez, Clemente. *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y nociones de Derecho Civil*. Noriega Editores, Ed. Limusa, 3ª ed., México, 1989, págs: 88 y 89.

Existe la posibilidad de que algunas personas morales aún sin patrimonio, pudieran llegar a funcionar, entre las cuales podemos citar asociaciones políticas, científicas, artísticas y de recreo; pero, ello no implica la incapacidad para adquirirlo. Otras entidades por su naturaleza requieren para constituirse un patrimonio, o sea, el capital social, tales son las sociedades civiles y mercantiles.

La razón o denominación de las personas morales equivale al nombre en las personas físicas. Es un medio de identificación necesario para sus relaciones jurídicas. Roberto Mantilla Molina señala que "El nombre de la sociedad puede formarse con el de uno o varios socios y entonces es una razón social, o libremente, y entonces es una denominación" (47). El artículo 2693 del Código Civil requiere que el contrato de sociedad contenga la razón social y el 2699 estatuye: "Después de la razón social se agregarán estas palabras: Sociedad Civil."

El domicilio de la persona moral será aquel donde se encuentre establecida su administración; el artículo 33 del Código Civil señala las reglas especiales que se deben tomar en cuenta en relación a éste: "Las que tengan su administración fuera del Distrito Federal, pero que ejecuten actos jurídicos dentro de las mencionadas circunscripciones, se considerarán domiciliadas en el lugar donde las hayan ejecutado, en todo lo que a éstos actos se refiera. Las sucursales que operen en lugares distintos de donde radica la casa matriz, tendrán su domicilio en esos lugares para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las mismas sucursales."

(47) Mantilla Molina, Roberto. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S.A., 24ª ed., México, 1989, pág: 236.

Las personas morales tienen una nacionalidad, a la que ha definido Rafael de Pina como: "vínculo jurídico que liga a una persona con la nación a que pertenece" (48). La nacionalidad de estas personas la determinamos en relación con el artículo 5° de la vigente Ley de Nacionalidad y Naturalización, tomando en cuenta dos criterios: que se hayan constituido conforme a las leyes mexicanas y que, además establezcan su domicilio en el territorio de la República. Cumplidos estos requisitos tendrán la nacionalidad mexicana. Con posterioridad, desarrollaré el estudio de este atributo, en relación con las sociedades; tema principal de la presente tesis.

1.2.1.9. PRINCIPIO, FUNCIONAMIENTO Y EXTINCION DE LA PERSONALIDAD COLECTIVA.

En cuanto al principio de la personalidad moral, debemos distinguir entre las entidades de Derecho público y las de Derecho privado. Respecto a las primeras distinguimos entre la Nación, los Estados de la Federación, los Municipios y organismos descentralizados. Una Nación adquiere personalidad jurídica en cuanto se ha constituido como Estado independiente y soberano y se encuentra políticamente organizado, sin importar su forma de gobierno. Los Estados de la Federación, como entidades libres soberanas en lo que atañe a régimen interior, tienen personalidad jurídica derivada de la Constitución Federal. Las dependencias descentralizadas del poder público, adquieren personalidad jurídica en los términos del decreto que las crea. Las fundaciones gozan de personalidad jurídica, de acuerdo con las leyes de instituciones de asistencia pública y

[48] Pina, Rafael de; Pina Vara, Rafael de. Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa, S.A., 15ª ed., México, 1988.

privada, cuando el acto constitutivo ha sido aprobado por el poder público. En Derecho Privado, las sociedades y asociaciones civiles, tienen personalidad a partir del momento en que el acto constitutivo ha sido inscrito en el Registro Público del domicilio que les corresponde; al igual que las sociedades y asociaciones civiles, las mercantiles surgen de un convenio o acuerdo de voluntades; se ha discutido en la doctrina si el momento en que adquieren personalidad jurídica es aquel en que se realiza el acuerdo de voluntades en que los socios o asociados convienen en formar la persona jurídica o si, por el contrario, el acto decisivo es la inscripción en el Registro Público del acto constitutivo. La personalidad de los sindicatos y asociaciones profesionales, nace cuando se registran en la Junta de Conciliación y Arbitraje que corresponda y ésta, se las otorga. (49)

En cuanto al funcionamiento de las personas jurídicas, éstas actúan y se obligan por medio de los órganos que las representan.

La personalidad moral se extingue por diversas causas, esta equivale a la muerte en las personas físicas, por ejemplo: la voluntad de quienes la crearon, es decir, la voluntad del Estado; la falta de medios para realizar el fin que se han propuesto los fundadores; la inexistencia del propio fin; etc.

1.2.1.10. EL REGISTRO DE LAS PERSONAS MORALES

Las personas morales deben cumplir con una formalidad, que es el Registro, con excepción de las corporaciones de carácter público.

(49) Galindo Garfías, Ignacio. Op. cit. supra., nota 1, págs: 332 a la 335.

Las empresas de participación estatal y los organismos descentralizados se inscriben en un registro especial que lleva a cabo la Secretaría de Patrimonio Nacional. (50)

El Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal en su Reglamento trata de la inscripción de las personas morales. Las sociedades y asociaciones extranjeras están sujetas a la previa autorización de la Secretaría de Relaciones Exteriores. El Código de Comercio señala que la inscripción en el Registro de Comercio es obligatoria para todas las sociedades mercantiles. Las sociedades mercantiles extranjeras, se inscriben cuando cuentan con la autorización de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. Las sociedades cooperativas se inscriben en la Secretaría mencionada anteriormente. (51)

1.2.2. CONCEPTO DE NACIONALIDAD.

1.2.2.1. LA DOBLE ACEPCION DE LA PALABRA NACIONALIDAD.

La palabra nacionalidad es susceptible de ser interpretada en una acepción sociológica, etnográfica, y en una acepción jurídica, "en ambos casos expresa vínculo o ligamen de quienes la poseen, pero mientras en el primer sentido la dependencia manifestada es una Nación, en el segundo es con un Estado, y basta recordar la diferencia existente entre ambos conceptos para comprender la que ha de mediar entre una y otra acepción." (52)

(50) Actualmente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

(51) Pina, Rafael de. Op. cit. supra., nota 41, págs: 257 y 258.

(52) Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 20, pág: 21

El concepto sociológico de nacionalidad, se determina por un conjunto de condiciones o cualidades específicas de ciertos seres humanos que, teniendo una comunidad de origen, de cultura, de religión y de lenguaje, se hallan sentimentalmente vinculados a una Nación. Renan definió a ésta como "un principio espiritual integrado por dos factores: En el pasado, un conjunto de glorias y de recuerdos que compartir. Tradición. En un futuro, un programa común que realizar. Ideal" (53). Hauriou la caracteriza como "un grupo de formaciones étnicas primarias, en el que la cohabitación prolongada en un mismo país, junto con ciertas comunidades de raza, de religión y de recuerdos históricos ha creado una comunidad espiritual base de una formación étnica superior". (54)

Jesús Ferrer Gamboa considera que la Nación es "la sociedad natural de hombres a los que la unidad de territorio, de origen e historia, de cultura, de costumbres o de idioma, inclina a la comunidad de vida y crea la conciencia de un destino común." (55)

Juan Jacobo Rosseau considera que a una Nación la constituye su "determinación de permanecer unida y alcanzar ciertos objetivos comunes." (56)

(53) Maury. Nationalité en Repertoire de Droit International Privé. Tomo IX, pág: 249. Cit. por Giménez Artigues, F., nota 20, pág: 21.

(54) Precis de Droit Constitutionnel. Pág: 80. Cit. por Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 20, págs: 21 y 22.

(55) Ferrer Gamboa, Jesús. Derecho Internacional Privado. Curso Gráfico. Ed. Limusa, 1ª ed., 1977, México, pág: 1.

(56) Pereznielo Castro, Leonel. Derecho Internacional Privado. Editorial Harla, 5ª ed., 1991, México, pág: 31.

Manuel García Morente también da un concepto de Nación, el cual podemos sintetizar en las siguientes palabras: la Nación es un estilo de vida colectiva.

Pascual Estanislao Mancini le confiere primacía al concepto de Nación sobre el de Estado como sujeto de Derecho Internacional. Según él, los factores que contribuyen a formar a las Naciones son de tres géneros: naturales (territorio, raza e idioma), históricos (tradiciones, costumbres, religión y orden jurídico) y psicológicos (conciencia nacional).

Podemos concluir que desde el punto de vista sociológico la palabra nacionalidad (57) es "el vínculo que une a un individuo con un grupo en virtud de diversos factores: la vida en común y la conciencia social idéntica." (58)

El significado que realmente nos interesa es el jurídico, que expresa una relación con el Estado, es decir, con una manifestación de la vida social en la que los fines de conservación y de progreso de organización política y jurídica a un grupo social; que puede estar formado por una Nación o varias Naciones, o por el contrario, carecer de un carácter nacional peculiar.

Jesús Ferrer Gamboa considera al estado como un "Cuerpo político de una Nación. El Estado se caracteriza por la autoridad política soberana, por la existencia de un órgano competente para dictar libremente el Derecho." (59)

(57) Cuyo origen proviene de la palabra nación.

(58) Diccionario Jurídico Mexicano. Op. cit. supra., nota 37, pág: 2173.

(59) Ferrer Gamboa, Jesús. Op. cit. supra., nota 55, pág: 17.

Eduardo Trigueros indica que "la nacionalidad es un vínculo que permite al Estado identificar a los individuos que lo componen" (60); es una figura exclusivamente jurídica.

Hans Kelsen ve a la nacionalidad como una figura jurídicamente importante, pero no necesariamente para la vida de un Estado. Según su concepto, la nacionalidad sería una condición que, establecida entre el individuo y el Estado, fijaría sus derechos y deberes recíprocos.

Henri Batiffol presupone la existencia de un Estado como requisito indispensable para que el concepto de nacionalidad puede originarse.

Lerebours-Pigeonniere al dar un concepto de nacionalidad destaca tres elementos esenciales: el Estado que la otorga, el individuo que la recibe y el nexo que se establece entre ambos. El define a la nacionalidad como "La calidad de una persona en razón de su nexo político y jurídico que la une a un Estado, del cual ella es uno de los elementos constitutivos." (61)

Si analizamos éstos dos conceptos podemos llegar a la siguiente conclusión: que no basta la Nación para constituir la nacionalidad, ya que el Estado no puede corresponder a la Nación y el término nacionalidad se refiere básicamente al lazo jurídico que liga con el Estado, aún cuando el Estado no corresponda a la Nación. Cada Estado determina dentro de su autoridad soberana, quienes son sus nacionales. En Estados Federales, cada miembro del Estado Federal conserva su propia legislación con una autonomía solamente limitada por las leyes federales. Las particularidades que sobre nacionalidad produzcan las constituciones locales en los Estados Federales se unifican o se someten a la Constitución Federal y leyes relativas, v.g.

(60) Pereznieta Castro, Leonel. Op. cit. supra, nota 56, pág: 32.

(61) Ibid., pág: 33.

indigenato. Podemos resumir lo anteriormente dicho señalando al Estado como el único que en las relaciones internacionales debe considerarse, ya que es el que ejerce la autoridad política soberana.

1.2.2.2. REFERENCIA A LAS VARIAS DEFINICIONES QUE DE LA NOCION EXISTEN.

Considero importante señalar brevemente, la evolución que ha tenido la nacionalidad dentro del Derecho Romano, en la Edad Media y en la época moderna.

1.- Derecho Romano: Se presenta como un fenómeno de ligamen jurídico con base en la pertenencia a una comunidad. La nacionalidad en Roma se guía por el *ius sanguinis*. En el Derecho Romano se marcó la distinción entre la *natio* significando un grupo sociológicamente formado, y el *populus* agrupación unificada por el Derecho.

2.- Edad Media: Los pueblos invadidos adoptaron en gran parte el Derecho Romano, conservando el sistema que otorga la nacionalidad con base al *ius sanguinis*, es decir, de acuerdo al parentesco consanguíneo. En cambio los germanos conservaban la institución del *ius soli*, la cual atribuye la nacionalidad si existe una afiliación a una determinada tribu. Cuando se adopta el feudalismo en la sociedad europea, el individuo pasa a ser parte del señor feudal, el vínculo tiene un carácter perpetuo, el súbdito no tiene capacidad para modificar su nacionalidad, sólo el soberano puede modificarla. También se toma a la nacionalidad, como punto de conexión en relación con la vigencia extraterritorial de las normas jurídicas. La distinción entre un grupo sociológico y otro jurídico, es decir, la *natio* y el *populus* respectivamente, comienza a desvanecerse hasta el Renacimiento cuando comienzan a usarse los términos de nación y pueblo.

3.- Epoca Moderna: La palabra nacionalidad es de origen reciente; cuando desaparece la monarquía absoluta se busca un concepto de índole democrático y así surge la nacionalidad como vínculo de los miembros de un pueblo con el Estado mismo. Es en 1835 cuando aparece la voz nacionalidad en el vocablo de la Academia Francesa. Es en el siglo XIX, en el que el Estado comienza a señalar circunstancias personales o familiares para otorgar la nacionalidad.

Para señalar el concepto jurídico de nacionalidad, es necesario estudiar varios de los que han sido expuestos por distintos autores; ya que es imposible encontrar en términos concretos y precisos una fórmula que pueda ser por todos aceptada; ya que depende de ésta la posibilidad de que les sea atribuída la nacionalidad a las sociedades mercantiles.

Existen varias definiciones que califican el vínculo entre un Estado y un individuo o una persona moral y aún una cosa, como natural, jurídico, político, juridicopolítico o económico.

El profesor Zeballos le otorga un carácter natural, a diferencia de Perassi que le da una calidad jurídica, ya que es atribuída por el ordenamiento jurídico del Estado de cuya nacionalidad se trata.

La mayoría de los autores califican aquel lazo de unión, de vínculo jurídico atribuído a quienes lo poseen de derechos y obligaciones que, mientras para unos son variables y accidentales, para otros constituyen su esencia. La nacionalidad no se halla en estos derechos y deberes aisladamente considerados, sino en la substancia de los mismos. Los derechos y deberes superiores de los nacionales nacen de una cualidad substancial de la persona y, sin bien es cierto que los extranjeros pueden gozar de éstos derechos, es por razones extrínsecas y accidentales a su personalidad, tales como el domicilio o la residencia. Para Isay la nacionalidad

se integra por dos elementos: uno pasivo, sumisión al poder del Estado y otro activo que es el derecho de protección por el Estado, considerándolos desde las múltiples relaciones jurídicas que varían en tiempo y en el espacio. (62)

Algunos autores le dan a la nacionalidad un carácter juridicopolítico y, la definen como "vínculo político y jurídico creado por la decisión de un Estado, persona internacional, que convierte a un individuo en sujeto, es decir, en miembro del Estado". (63)

Hans Kelsen define a la nacionalidad como "una institución común a todos los órdenes jurídicos nacionales modernos" (64); otorga a este vínculo un carácter jurídico político.

J. P. Niboyet le da un carácter meramente político, afirmando que ésta es la única definición que el Derecho Internacional conoce; la define diciendo que "es el vínculo político y jurídico que relaciona a un individuo con un Estado" (65). Dicho concepto excluye la nacionalidad de las personas morales y de las cosas. Estoy de acuerdo con lo que Carlos Arellano García opina de ésta: "adolece de un doble defecto: 1º Introduce el elemento de vinculación política que no es necesario en la nacionalidad y que sí lo es en la ciudadanía, y 2º Emplea en forma demasiado amplia la expresión vinculación jurídica sin precisar a que tipo de

(62) Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 20, pág: 27.

(63) Lerebours-Pionniere. Précis de Droit International Privé. Pág: 43. Cit. por Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 20, pág: 28.

(64) Pereznieta Castro, Leonel. Op. cit. supra., nota 56, pág: 33.

(65) Niboyet, J. P. Principios de Derecho Internacional Privado. Ed. Nacional, S.A., México, 1951, pág: 77. Cit. por Arellano García, Carlos. Derecho Internacional Privado. Porrúa, S.A., 1ª ed., México, 1989, pág: 173.

enlace jurídico se refiere de tal manera que pueda distinguir la nacionalidad de otros vínculos jurídicos que unen al individuo con el Estado". (66)

Para otros tratadistas la nacionalidad es un vínculo jurídico que al ser aplicado a un individuo se manifiesta se carácter esencialmente político, mientras que en las personas morales presenta un carácter económico.

Entre las definiciones que eliminan la vinculación política tenemos la de Eduardo Trigueros y la de Francisco Ursúa. El primero define a la nacionalidad como "El atributo jurídico que señala al individuo como miembro del pueblo de un Estado" (67); el segundo, la conceptúa como el "... El vínculo jurídico que liga al hombre con el Estado al cual pertenece" (68). Ambos identifican a la nacionalidad con un carácter exclusivamente jurídico; lo mismo ocurre con Henri Batiffol.

En mi opinión la definición más precisa, es la de Carlos Arellano García, ya que incluye a las personas y a las cosas dentro del concepto de nacionalidad y, le da un carácter jurídico; por lo que considero necesario hacer mención de ella: "La institución jurídica a través de la cual se relaciona una persona física o moral con el Estado, en razón de pertenencia, por sí sola o en función de cosas de una manera originaria o derivada". (69)

1.2.2.3. FIJACION DEL CONCEPTO JURIDICO.

Cuando se manifiesta que una persona tiene nacionalidad en un Estado determinado, se expresa la relación

(66) Arellano García, Carlos. *Derecho Internacional Privado*. Editorial Porrúa, S.A., 1ª edición, México, 1989, pág: 174.

(67) Id.

(68) Id.

(69) *Ibid.*, pág: 175.

de la personalidad jurídica de aquel individuo con el Estado cuya nacionalidad se le atribuye. Esta relación es jurídica, de ella se desprende derechos y obligaciones recíprocos. Estos derechos y deberes no son esenciales a la idea de nacionalidad, de forma que su inexistencia no determine a la de aquélla.

Tampoco debemos considerar lealtad como de esencial existencia, pues con ella confundiríamos a la nacionalidad, que es un vínculo jurídico, con el patriotismo; que es un sentimiento el cual sólo son susceptibles de poseer las personas individuales.

Giménez Artigues expresa que "la nacionalidad no es un vínculo afectivo: patriotismo; ni un vínculo político: ciudadanía, sino aquella cualidad, ... por la que el sujeto jurídico se vincula con una soberanía de la que depende y por la que es protegido. Lo que no impide que en muchos casos y tratándose de sujetos idóneos para poseerlos tenga como base el sentimiento de lealtad y como consecuencia la otorgación de derechos y obligaciones de carácter político a quienes mediante ella se unen jurídicamente con un Estado determinado". (70)

El concepto jurídico de nacionalidad se finca en una relación con base en normas jurídicas independientemente de factores históricos, políticos o especulativos que puedan ligar o separar a los seres humanos. Tiene la ventaja de que puedan ligar a personas morales. En el punto anterior mencioné que estaba de acuerdo con la definición de Carlos

(70) Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 20, pág. 30.

Arellano García, propone; concepto plenamente jurídico, libre de toda influencia sociológica. (71)

1.2.2.4. NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA.

Como ya lo especificamos, la nacionalidad no es un vínculo político, se ha otorgado a dicho lazo de unión el vocablo ciudadanía.

Los vocablos nacionalidad y ciudadanía son utilizados con regularidad como sinónimos e incluso en el Tratado de Amistad, Paz y límites entre México y los Estados Unidos de América. que se firmó en el año de 1848, se habla de ciudadanía cuando en realidad se pretende mencionar la nacionalidad.

Etimológicamente la palabra ciudadanía deriva de la voz latina civitas, cuyo significado equivale al concepto de Estado Moderno, antigua organización soberana. En épocas anteriores ciudadanía y nacionalidad podían utilizarse como sinónimos; pero, actualmente ya no, porque el término ciudadanía se refiere al goce de derechos políticos por parte del nacional, cuando cumple con ciertos requisitos.

Etimológicamente la palabra nacionalidad, nos inclina a interpretarla en su acepción sociológica: de pertenencia a una nación; de modo que sólo por la frecuente equiparación de este concepto con el Estado, puede entenderse su acepción jurídica: de sujeción a una soberanía. Existe cierta tendencia doctrinal que considera que la palabra ciudadanía podría substituir con ventaja a la de nacionalidad, al no tener una cualidad de aceptaciones; pero, existe una tendencia que, lejos de equipararlas, las

(71) Arellano García, Carlos. Op. cit. supra., nota 66, pág: 180.

diferencia, utilizándolas como expresivas de ideas no coincidentes. (72)

En nuestra Constitución, en el artículo 30, determina quienes son nacionales y en el artículo 34 quienes son ciudadanos. En los artículos 31 y 32, se mencionan los derechos de los nacionales y las prerrogativas de los ciudadanos respectivamente. En el artículo 36 se fijan los deberes de los ciudadanos. En el artículo 37, en las secciones A y B, señala las diversas causas de pérdida de la nacionalidad y ciudadanía. Por lo anteriormente señalado, en México es erróneo confundir a la ciudadanía (73) con la nacionalidad.

Carlos Arellano llega a la conclusión de adoptar a la expresión nacionalidad por el: "arraigo de la denominación no sin desconocer lo impropio de la terminología por aludir a la nación que es una expresión de contenido sociológico, no obstante que el concepto jurídico es el relevante como vinculatorio de la persona al Estado" (74). Se han propuesto otras denominaciones, pero, no han tenido la aceptación necesaria; entre ellas encontramos: a la estatalidad, a la condición de miembro de pueblo, a la naturaleza, al domicilio de origen, al indigenato, etc. como ya lo he citado anteriormente.

(72) Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 20, pág: 31.

(73) Otras nociones afines al concepto de nacionalidad han sido el domicilio de origen, cuyo uso es inconveniente, porque produce confusión con el domicilio; la sujeción, no se ha utilizado porque es confundido con la ciudadanía; la protección, es equívoco los nacionales de un Estado protegido no adquieren automáticamente la nacionalidad del protector; la permanencia, es errónea porque hay una vinculación entre el individuo y un grupo social sometido a un orden jurídico y, el indigenato, también llamado regionalidad, que es la vinculación de los individuos con alguna de las regiones en que jurídica o sociológicamente se divide un Estado.

(74) Arellano García, Carlos. Op. cit. supra., nota 66, pág: 181.

En el derecho existente durante la monarquía portuguesa se utilizaba el término de naturalidade (naturaleza) para designar lo que hoy se denomina nacionalidad. La palabra naturaleza significa actualmente: "vinculo territorial por nacimiento, el lugar del nacimiento". (75)

De Garay, antiguo profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires, en su tesis expresaba que un sujeto podía ser nacional de un Estado y ciudadano de otro. La nacionalidad lo juzgaba como un hecho consecuencia del nacimiento, y la ciudadanía como un derecho consecuencia del nacimiento. La nacionalidad no podía cambiarse mientras que la ciudadanía sí. Actualmente está tan arraigada la idea de que la ciudadanía tiene como presupuesto la nacionalidad, que no puede tomar vida dicha teoría. Esta tesis, tan arraigada en Sudamérica, precisa a que pueden adquirir la ciudadanía, el goce de los derechos políticos de un país, los súbditos extranjeros que en él residen, sin que por ello pierdan su nacionalidad ni adquieran la del Estado cuya ciudadanía se les otorga.

Este dualismo de opiniones, respecto a dos vocablos que, mientras para unos autores son considerados sinónimos, presentan una marcada homonimia para otros, es una de las causas que, nos inclina a aceptar a la palabra nacionalidad para expresar el vínculo cuyo concepto se ha venido estudiando.

(75) Texeira Valladao, Haroldo. Derecho Internacional Privado. Introducción y parte general. Ed. Trillas, 1987, 1ª ed., México, pág: 354.

1.2.2.5. NATURALEZA JURIDICA DEL VOCABLO NACIONALIDAD.

Es importante conocer a la nacionalidad como vínculo jurídico; pero, es más trascendente, debido a las consecuencias que de ella han pretendido derivarse con relación a la nacionalidad de las sociedades mercantiles, la fijación del carácter público o privado de esta relación.

Giménez Artigues considera que "el punto de vista tradicional para clasificar en uno u otro campo del Derecho una relación jurídica, el criterio teleológico, ha dado pie a la divergencia doctrinal y ha llevado a los autores que ven en la nacionalidad el vínculo que, uniendo al individuo con el Estado, determina uno de sus elementos, la población, a incluir esta relación dentro del Derecho Público, ya que indudablemente ha de afectar al interés estatal una noción de la que depende la propia existencia de la organización soberana; al tiempo que hace incluirla en el ámbito del Derecho privado a aquellos que, de modo preferente, ven afectado el interés de los particulares, sobre cuya condición jurídica ejerce una profunda influencia, determinando en la mayoría de los ordenamientos el estatuto personal" (76). Mientras que para Barrault, debería adoptarse una posición mixta, que califique de pública-privada la institución de la nacionalidad.

Están equivocados aquellos que pretenden distinguir el carácter público o privado, atendiendo al texto legal que lo regula; porque, no es por los textos que la regulan ni por los intereses que afecta por lo que se clasifica una relación jurídica, es decir, a la nacionalidad.

El criterio subjetivo de distinción, atiende a la posición de los sujetos que intervienen en la relación; a continuación señalaré aquellas teorías que derivan al mencionado criterio.

(76) Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 20, págs: 34 y 35.

Atendiendo a la voluntad de quienes intervienen, existen dos teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica de la sociedad. La primera considera a la nacionalidad como un contrato sinalagmático que liga al individuo y al Estado" (77). La segunda, le da a la nacionalidad la categoría de un acto unilateral del Estado comprendido dentro del Derecho público interno. La teoría del acto contractual localiza la doble voluntad, la del Estado expresada en una ley o un tratado y la voluntad de los particulares, manifestada a través de la solicitud del otorgamiento de una nacionalidad y, tácitamente cuando no realiza actos para sustraerse de la aplicación de la nacionalidad; esta tesis es útil para explicar la naturaleza jurídica de la naturalización solicitada, pero no es aplicable en el caso de los incapacitados, pues éstos no pueden manifestar su voluntad no tácita ni expresadamente. La segunda teoría, que toma a la nacionalidad como un acto unilateral, no es aplicable a aquellos casos en que es necesaria la manifestación de la voluntad.

Dentro de la reglamentación jurídica de la nacionalidad, en diversos países y en diferentes supuestos, la manifestación de la voluntad de los interesados puede tener o no relevancia, v.g. la naturalización y la nacionalidad por nacimiento respectivamente. La voluntad de los particulares está sometida a la voluntad con mayor potencia, es decir, a la estatal, y sólo recupera su posibilidad de expresión cuando el Estado lo permite. (78)

Carlos Arellano García al analizar lo que expresé en el anterior párrafo opina que el Estado a través "de los actos jurídicos de Derecho

(77) Arellano García, Carlos. Op. cit. supra., nota 66, pág: 189.

(78) Id.

Internacional o de Derecho Interno... " (79), posee una facultad discrecional que la ejerce, en la forma que los gobernantes crean más conveniente para los intereses estatales, pudiendo darle o no relevancia a la voluntad de los particulares.

No debemos omitir hacer referencia a la siguiente cuestión: que ningún Estado prescinda de darle relevancia a la voluntad de los particulares en ciertos casos.

La facultad discrecional del Estado para otorgar su nacionalidad, no es absoluta, está limitada, pues hace uso de ella atendiendo a las necesidades demográficas o de otra índole que constituye la ratio legis de las normas jurídicas.

Podemos concluir expresando que en ningún momento de la historia los sujetos de la relación jurídica de la nacionalidad, han obrado en un plan de igualdad; la calidad de soberano con que el Estado interviene y su carácter impositivo, nos obliga a pensar que en la actualidad, debemos considerarla dentro del ámbito del Derecho público.

(79) *Ibid.*, pág: 190.

CAPITULO II

CAPITULO II

2.1. LA NACIONALIDAD DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

Las sociedades mercantiles tienen una personalidad jurídica diversa a la de los miembros que la componen, así lo reconocen la mayoría de los ordenamientos jurídicos otorgándoles la cualidad de sujetos de derecho. Todo sujeto de derecho es regido por una ley, en relación de dependencia con una entidad soberana, dicha relación es fijada en la mayoría de los Estados por el vínculo de la nacionalidad. Existe un principio de Derecho Internacional que señala "Nadie puede permanecer sin nacionalidad". Si esta relación de dependencia fuese tan sólo necesaria para determinar la ley que regule al ente colectivo, no habría necesidad de acudir al concepto de nacionalidad, como adelante lo menciono.

Es el concepto de nacionalidad quien da los parámetros para aceptar o rechazar la nacionalidad de las sociedades mercantiles.

Si la noción de nacionalidad toma en cuenta alguna característica exclusiva de las personas físicas, como sería el elemento del Estado llamado población (elemento humano nacional); lógicamente rechazaríamos la nacionalidad de las sociedades mercantiles. Admitiríamos esta última, si consideramos dentro del concepto de nacionalidad, que ésta puede presentarse aunque no forme parte de la esencia del Estado.

Al admitir la nacionalidad de los entes colectivos, sociedades mercantiles, aceptamos que no en todo existen rasgos comunes con la de las personas físicas. Bastará que existan las características suficientes, para vincular jurídicamente a la persona moral con el Estado en razón de pertenencia.

El Estado pasivo del concepto de nacionalidad es la dependencia jurídica que aquél implica y, el estado activo es la protección exterior, diplomática o consular, vinculada exclusivamente a la nacionalidad en este caso, de no reconocérsele nacionalidad a las sociedades mercantiles, un Estado no podría defender los intereses económicos y jurídicos de los que pueden ser ubicados en la hipótesis de nacionales, cuando actuasen como particulares, no podría hacerlo cuando por las necesidades del mundo actual en materia de comercio, hubiesen creado una sociedad, a la que, habiéndosele atribuido una personalidad jurídica, no se le otorgase el carácter de nacional.

El afirmar o negar la nacionalidad de las sociedades será consecuencia de un análisis científico, de ahí que sea indispensable recurrir al estudio de la doctrina.

2.1.1. INEXISTENCIA DE UNA NORMA INTERNACIONAL QUE REGULE ESTA MATERIA.

Habiendo especificado los conceptos de personalidad jurídica y nacionalidad, procederé a analizar, si es posible atribuir éste último a todo sujeto que posea derechos y obligaciones, o por el contrario sólo constituye una nota específica de las personas físicas.

Al analizar diversos ordenamientos jurídicos, observamos que no existe una opinión generalizada, aceptada por todos los legisladores; pero, es cierto que predomina la idea de que la nacionalidad es un atributo de las sociedades mercantiles.

Las leyes internas de la mayoría de los Estados, reconocen la nacionalidad de las sociedades mercantiles, entre ellos se encuentran: "Bélgica, Decreto de 11 de mayo de 1931; Colombia, Decreto 15 de marzo de 1920, artículo 3; Chile, Decreto-Ley de 14 de agosto de 1925, artículo 7; China, Ley del 5 de agosto de 1918, art. 3; España, Código civil, artículo 28; Estados Unidos, Air Commerce Act 1926, artículo 9; Honduras, Ley del 12 de febrero de 1906, artículo 7; Guatemala, Código Civil, artículo 57; Tánger, Dahír 15 de enero de 1925, artículo 7..." (1), a pesar de los trabajos realizados por la Organización de las Unidas y, anteriormente por la Sociedad de Naciones, por codificar el Derecho Internacional (2), no se ha logrado una solución mundial uniforme en relación a este punto (3), ya que existen algunos países, principalmente sudamericanos, que por motivos económicos (entre los cuales encontramos los efectos de la expansión económica de otros Estados) y políticos se contraponen a la aceptación del concepto de la nacionalidad de las sociedades mercantiles.

(1) Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 20-capítulo I, pág: 38.

(2) Entre los autores que apoyan una legislación unificada, por mencionar algunos, encontramos a Enrique Aztiria, Giménez Artigues, Lambert y Sugiyama Naojiro.

(3) Texxeiro Valladeo, Haroldo. Op. cit. supra., nota 75-ca- pítulo I, pág: 350. "Mundialmente la divergencia legislativa en materia de nacionalidad es considerable y profunda; los conflictos de leyes sobre nacionalidad son frecuentes".

El proyecto Bustamante, aceptaba plenamente la idea de la nacionalidad de las sociedades mercantiles; al discutirse éste en la VI Conferencia Panamericana, algunos países desvirtuaron sus efectos al añadir en la redacción definitiva del Código el artículo 21, en el que se establecía que las disposiciones de los artículos 9, 18 y 19 (4) "no serán aplicadas en los Estados contratantes que no atribuyen nacionalidad a las personas jurídicas"(5). Esta limitación no satisfizo plenamente a Argentina, Paraguay, Costa Rica, Colombia y Santo Domingo, ya que en la Conferencia Internacional Americana reunida en Río de Janeiro del 18 de abril al 20 de mayo de 1927, rechazaron la idea de la nacionalidad de las sociedades, considerando que las personas morales existen porque la ley del Estado las autoriza y por lo mismo no son ni nacionales ni extranjeras. Sobre este particular Enrique Helguera indica que "no le parece correcto que, por razones políticas, se niegue la aplicación de una institución jurídica, máxime si la

(4) Art. 9.- "Cada Estado contratante aplicará su propio derecho a la determinación de la nacionalidad de origen de toda persona individual o jurídica y de adquisición, pérdida o reintegración posterior, que se hayan realizado dentro o fuera de su territorio, cuando una de las nacionalidades sujetas a controversia sea la de dicho Estado. En los demás casos, regirán las disposiciones que establecen los artículos restantes de este capítulo".

Art. 18.- "Las Sociedades civiles, mercantiles o industriales que no sean anónimas tendrán la nacionalidad que establezca el contrato social y, en su caso, la del lugar donde radicare habitualmente su gerencia o dirección principal".

Art. 19.- "Para las sociedades anónimas se determinará la nacionalidad por el contrato social y en su caso por la ley del lugar en que se reúne normalmente la Mutua General de accionistas y, en su defecto, por la del lugar en que radique su principal junta o Consejo directivo o administrativo".

(5) Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 1, pág. 39.

defensa puede ser más satisfactoria por medio de normas que fijen la condición jurídica de las sociedades extranjeras colocándolas, si así lo requiere la Economía Nacional, en situación de desventaja respecto a las sociedades nacionales".(6)

En el Tratado de Montevideo se regula a las sociedades mercantiles; pero, no se refiere expresamente al concepto de nacionalidad. Existen otros tratados de paz que las regulan, pero, son pocos los que denominan a las sociedades como súbditos.

En los Tribunales Mixtos de Arbitraje, existe una indecisión, puesto que en sus resoluciones encontramos fallos en los que se determina la nacionalidad de las sociedades y, otros en los cuales sólo se limitan a fijar el carácter de enemigos o no.

El Instituto de Derecho Internacional ha vacilado en cuanto a la resolución de este problema, pues ha evitado el uso de la palabra nacionalidad en todas aquellas ocasiones en las que ha regulado el estatuto jurídico de las sociedades, y así en las reglas relativas en los conflictos de leyes de sociedades anónimas, elaboradas en la Sesión de Hamburgo en el año de 1891, habla de sociedades constituidas conforme a las leyes de su país de origen; lo mismo ocurre en la de Nueva York en el año de 1929.

2.1.2. REFERENCIA A LA DOCTRINA CIENTIFICA.

Existen tres tendencias fundamentales en la doctrina a través de las cuales se valora el concepto de nacionalidad de las sociedades

(6) Arellano García, Carlos. Op. cit. supra., nota 66-capítulo I, pág: 301.

mercantiles, dichas posturas tratan de determinar: "A) si es éste un error lingüístico que induce a confusión, o B) si es una frase admisible: a) por enunciar un concepto análogo al de la nacionalidad de las personas físicas, que difícilmente se expresaría con otra palabra; b) por convenir su noción con la de nacionalidad, lo es propiamente y existe, por tanto, y puede propiamente hablarse de una verdadera nacionalidad de las sociedades".(7)

2.1.3. TEORIAS QUE NIEGAN LA NACIONALIDAD DE LAS SOCIEDADES, COMO CONSECUENCIA DE CONSIDERAR FICTICIA O INEXISTENTE SU PERSONALIDAD.

Los autores pertenecientes a este criterio niegan la existencia de una personalidad jurídica de los entes colectivos y aun aquellos que reconociéndola, es esta consecuencia de una ficción.

Es en las teorías negativas en las que se pretenden establecer los argumentos en virtud de los cuales hay impedimento para considerar que las personas morales carecen de nacionalidad.

La posición de estos autores es lógica; pues toman como premisa del concepto de nacionalidad el reconocimiento de una personalidad a quien ha de atribuirse. Las sociedades mercantiles al no tener derechos y obligaciones, no podrán tener una nacionalidad y, si su personalidad jurídica es ficticia, debido a que el legislador la ha creado para su comodidad o

(7) Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 1, págs: 41 y 42.

conveniencia, consecuente es la posición de quienes consideran absurda la asimilación de las personas jurídicas en lo que concierne a la nacionalidad; esta posición la sostiene el general Leclerc, quien dice que "por esfuerzo de imaginación que se haga, no se puede decir que un ser ficticio, inexistente, sea francés, inglés, alemán o belga"(8). Una persona jurídica con existencia ficticia, no puede existir en un país distinto del que la creó, ya que como lo explica Weiss, una ley que le da origen a una persona jurídica, no tiene autoridad más allá de los límites en que rige, "El interés que la ley se ha propuesto, por ser creación suya, es puramente nacional; no puede ser de otra forma, pues carece de autoridad para hablar en nombre del interés del mundo entero"(9). En el extranjero la sociedad tendrá la existencia que expresa o tácitamente la ley de ese país le reconozca; no pudiendo en un principio hacer valer algún derecho ante los tribunales.

El jurista mexicano Eduardo Trigueros se adhirió a esta corriente al sostener que: "La nacionalidad, tal como la concebimos, con el sentido con que es técnicamente útil en el conocimiento jurídico, no puede de manera alguna referirse a la persona, sino al hombre. Sólo un equívoco que identifique totalmente el concepto abstracto de persona con el concepto real de hombre puede justificar la idea, muchas veces expuesta, de que nada se opone a la aplicación del concepto de nacionalidad a las personas morales".(10)

(8) Principes de Droit Civil Français. Tomo I, pág: 404. Cit. por Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 1, pág: 43.

(9) Weiss. Traité de Droit International Privé. Tomo II, pág: 455. Cit. por Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 1, pág: 43.

(10) Perezniето Castro, Leonel. Op. cit. supra., nota 56-ca- pítulo I, pág: 70.

2.1.4. EL PROBLEMA CONEXO DE RECONOCIMIENTO EXTRATERRITORIAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS.

La teoría de la ficción conduce a la negación de la nacionalidad de las personas jurídicas así como al reconocimiento en país distinto del que las creó. Trías opina al respecto que el Derecho otorga personalidad a los seres físicos y a los seres colectivos, por lo tanto las sociedades mercantiles son una realidad social que se reviste de forma jurídica, sujeto de derechos, lo cual es una forma legal adecuada a dicha realidad, que, por otra parte, debe ser reconocida en todos los Estados, excepto aquéllos en los que su objeto estuviera en contra al ordenamiento jurídico, en los cuales podría negarse la existencia jurídica de la sociedad extranjera.

Los miembros de la comunidad jurídica internacional se encuentran en la necesidad de reconocer a las personas jurídicas extranjeras. Asser (11) afirma que este reconocimiento y el de las personas individuales, tienen su fundamento en los principios generales de derecho, con respecto a esto, Giménez Artigues se muestra en contra.

2.1.5. DOCTRINA DE NIBOYET: EXPOSICION Y CRITICA.

Niboyet afirma que es imposible que una sociedad, creación emanada de un contrato privado, origine una relación de tipo político entre el Estado y ésta, como sucede con las personas físicas.

(11) Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 1, pág: 45.

Este autor es el mayor antagonista de la nacionalidad de las sociedades mercantiles, elabora cuatro razonamientos, en el año de 1927, para fundamentar dicha posición.

1.- Dentro de la nacionalidad debe darse una relación de orden político entre una persona individual y el Estado.

2.- Los nacionales constituyen la esencia de un Estado, no pudiendo admitirse que un Estado se compone de sociedades mercantiles. Para él, la seudonacionalidad de las sociedades es una irrealidad, ya que un país que tiene cuarenta millones de habitantes, en el que hay un millón de sociedades, la población no será por eso de cuarenta y un millones.

3.- La sociedad es producto de un contrato, no pudiendo un simple contrato de Derecho privado procrear un ser dotado de nacionalidad, entendiéndose con atributos políticos.

4.- La nacionalidad ordinaria y la seudonacionalidad tienen diversas reglas, demostrando lo equivocado que es atribuir a las sociedades una verdadera nacionalidad.

Giménez Artigues (12) explica que ninguna de las argumentaciones de Niboyet, posee fuerza suficiente para eliminar la posibilidad de que, pueda atribuirse una nacionalidad a las sociedades mercantiles:

1.- Si se admite que la nacionalidad es un vínculo político que se substancia en unos derechos y deberes de tal naturaleza, en favor de su

(12) *Ibid*; págs: 47 a la 52.

aplicación a las sociedades mercantiles, no es cierto que no pueda concebirse una relación de orden político entre una persona moral y un Estado; pues no de otro orden son las que con él mantienen los organismos políticos como los sindicatos y municipios y, aún a los entes mercantiles, refutando la posibilidad de tenencia de derechos políticos, afirmando que éstos son en parte por ellos poseídos, observándolo en la representación corporativa formando parte de las cámaras de comercio y de otros organismos públicos.

El concepto de nacionalidad que se tenga, influye mucho para poder otorgársele éste a las sociedades mercantiles; pues en ocasiones los nacionales no tienen derechos políticos, como ocurre en varios países, y no por ello dejan de ser nacionales.

2.- La creación de personas colectivas no hará nunca que en un país haya más personas físicas. Aún en el supuesto de que la nacionalidad sirva para determinar la esencia del Estado, la actividad económica tendrá como consecuencia la fortaleza de un país y, la creación de grandes sociedades aumenta la potencia de un Estado en mayor grado que el aumento de la población.

3.- Pocos son aquellos que defienden el criterio de que la nacionalidad de los entes jurídicos les es atribuida por el contrato de constitución. Un ente colectivo no obtiene su personalidad de un contrato, sino por un acto de Gobierno o por una ley del Estado, que, al conferirle y reconocerle aquélla, bien puede atribuirle una nacionalidad.

4.- La nacionalidad de las sociedades se adquiere y se pierde de modo distinto que la de las personas físicas. La diferencia que existe entre la naturaleza de ambas, influye en la distinción de estas dos en las formas de creación y extinción de una relación jurídica, como es el caso de la nacionalidad, sin que por ello sea una de ellas distinta o inexistente.

La solución de los conflictos de leyes en materia de nacionalidad de las sociedades es distinta a la de las personas físicas; esto no dice nada en contra de la nacionalidad de las personas jurídicas.

Errónea es la conclusión a la que llegó Niboyet, según la cual, "lo que sucede en esta materia es que se ha hecho, equivocadamente, un problema de nacionalidad de lo que no es sino una cuestión de conflicto de leyes y un problema de goce de derechos, ya que ello presupone, además de un desconocimiento de carácter unitario que como consecuencia de la personalidad tiene el ente colectivo, una confusión entre lo que es la causa y lo que son sus efectos..." (13)

2.1.6. INTENTO DE SUBSTITUIR LA NOCION DE NACIONALIDAD POR LA DE DOMICILIO.

Los autores pertenecientes a esta corriente asimilan que lo que nombramos nacionalidad de las sociedades no es más que esto: un domicilio, el cual determina el estatuto personal de la sociedad.

Pillet comenta que se han confundido las nociones de nacionalidad y domicilio, ya que, se ha recurrido a este

(13) *Ibid.*, pág: 51.

último para determinar aquélla. En su opinión "el domicilio de la sociedad es el estatuto que fija la ley aplicable y resuelve los problemas de su funcionamiento extraterritorial, sin necesidad de recurrir a la noción de nacionalidad". (14)

El punto de vista de Pillet, sólo sería válido en aquellos países que toman al domicilio como sistema determinativo de la nacionalidad; pero, sería inexacto para aquellos países que adopten criterios diversos o adicionales.

Con respecto al problema de la personalidad jurídica, Planiol opina que "las pretendidas personas morales no tienen domicilio, puesto que no viven, y el domicilio es ante todo el lugar de residencia habitual de un ser vivo"(15). Esta teoría, junto con las contrarias a la nacionalidad de las sociedades es impugnada por Arminjón (16), quien observa que estas doctrinas pretenden rectificar el lenguaje corriente negando unos la nacionalidad y otros el domicilio. Trías (17) al respecto juzga que, el tratar de llamar con otro nombre el vínculo de dependencia entre una soberanía y un ser colectivo, es crear confusiones en el tecnicismo jurídico, y el denominarle domicilio en vez de nacionalidad, es confundir el origen o la causa con el efecto.

No podemos rechazar que es verdad que no es indispensable ser nacional, para estar sometido a las leyes de un país. La nacionalidad es un

(14) Arellano García, Carlos. Op. cit. supra., nota 6, pág: 299.

(15) Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 1, pág: 52.

(16) Ibid., págs: 52 y 53.

(17) Ibid., pág: 53.

concepto más amplio que el de domicilio, ya que resuelve no sólo que legislación debe regir a una sociedad, sino otros aspectos que el concepto de domicilio no resolvería.

2.1.7. TEORIAS CONTRARIAS A LA ATRIBUCION DE UNA NACIONALIDAD A LAS SOCIEDADES MERCANTILES; COMO CONSECUENCIA DE UN CONCEPTO DE NACIONALIDAD.

Existe un grupo de autores que niegan la nacionalidad de las sociedades mercantiles, pues este es un concepto que lo posee aquella "persona con obligaciones militares que cumplir, derechos políticos que ejercer, porque se está obligado de corazón a la vida de esas colectividades, a las que se da el nombre de naciones" (18). Consideran que este concepto procede de la familia y está formado de tradiciones, de costumbres comunes y de un espíritu propio a los hombres que forman parte de un Estado, diferente al de otros Estados y otras razas. Es indubitable que partiendo del anterior concepto, las personas jurídico colectivas, en especial las sociedades mercantiles, al no tener un corazón que lo una a una nación, no pueden poseer una nacionalidad. En esta ocasión Landry, uno de los representantes de dicho concepto, está confundiendo "la noción de nacionalidad en su acepción jurídica con su acepción sociológica o con la idea de patriotismo, que, ciertamente, son exclusivas de los seres individuales". (19)

Antonio Linares, partidario de estas teorías, afirma que las sociedades mercantiles no poseen una nacionalidad,

(18) *Ibid.*, pág: 54.

(19) *Id.*

porque "para él la nacionalidad es la condición de que una persona natural ligada a un Estado por vínculos de lealtad espiritual o política". (20)

Es conveniente hacer la observación de que la lealtad espiritual es una característica subjetiva y no un elemento objetivo de la noción de nacionalidad.

Lo anterior ya lo hemos explicado en el capítulo primero; con posterioridad lo estudiaremos más ampliamente, ya que es esencial para la solución del problema que se examina.

2.1.8. DOCTRINAS QUE ADMITEN LA APLICACION DEL TERMINO NACIONALIDAD A LOS ENTES COLECTIVOS.

Estas doctrinas, no consideran a la nacionalidad de las sociedades mercantiles igual a la de las personas físicas; pero, si admiten tal expresión de las sociedades mercantiles pues no encuentran en su fondo "otra cosa" para denominarla. Para Rühländ "otra cosa", consiste en que "mientras la nacionalidad de las personas físicas es una pertenencia... la de las personas morales es una relación con un organismo jurídico determinado" (21). Hablar de nacionalidad de las sociedades para estos autores es una concepción cómoda para traducir ciertas soluciones

[20] Arellano García, Carlos. Op. cit. supra., nota 6, pág: 301.

[21] Rühländ. Le problème des personnes morales en Droit International Privé. Recueil 1933, tomo XLV, pág: 399. Cit. por Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 1, pág: 55.

reconocidas como ventajosas, tanto en el aspecto teórico como en el práctico, ya que respeta la terminología establecida en la legislación, en las convenciones y en la jurisprudencia, lo que no sucede con los términos de extraterritorialidad y soberanía.

La noción de "nacionalidad de las sociedades" recibe involuntariamente homenaje de los adversarios cuando titulan sus trabajos con este calificativo, que nos permite comprender fácilmente la relación de pertenencia de una sociedad a un Estado, su dependencia a las leyes del mismo y la competencia de éstas para regular su constitución, su estatuto y sus funciones esenciales. Moel-Fatio manifiesta al respecto "la expresión usual y cómoda de sociedad extranjera o nacional no implica el reconocimiento de una nacionalidad de las sociedades." (22)

2.1.9. TESIS QUE AFIRMAN LA EXISTENCIA DE UNA NACIONALIDAD DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

La valoración del concepto de nacionalidad de las sociedades mercantiles depende del que se tenga de nacionalidad; aceptando el de personalidad de las sociedades mercantiles.

La doctrina clásica, reconoce la nacionalidad de las sociedades mercantiles, afirmando que:

"* El punto de partida de dicha doctrina es la pretendida similitud en cuanto a derechos y obligaciones que presentan

(22) Moel-Fatio. La nationalité des Sociétés. Págs: 19 y 117. Cit. por Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 1, pág: 56.

tanto las personas físicas como morales. La persona moral es un ente independiente de sus asociados, por lo menos en las sociedades anónimas; la persona moral contrata, compra, vende, se compromete y exige sus derechos; la vía judicial le está abierta; jurídicamente no se diferencia en mucho de la persona física y, por tanto, tiene el derecho a gozar de una nacionalidad, como persona física.

* Si la persona física vive y trabaja en favor de su país, de la colectividad que forma su Estado, y éste le otorga su nacionalidad, la persona moral tiene el mismo derecho, pues beneficia a su colectividad, ofrece oportunidad a sus connacionales, coadyuva al desarrollo económico de su país y, en tiempos de guerra, trabaja para la defensa de su patria.

* Una sociedad nace bajo las leyes de un Estado y, bajo ellas, normalmente vive. El solo hecho de su creación y de su sumisión como ente jurídico es requisito suficiente para otorgarle una protección, una identificación y una nacionalidad." (23)

Estas tesis surgen con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, y fueron sostenidas principalmente por Mazeaud (1920) y Ferrara (1929). En México, dos autores se han pronunciado en favor de esta tendencia: Enrique Helguera (1953) y Carlos Arellano García (1974).

Dichos autores se han fundamentado en el concepto de personalidad jurídica de las sociedades, por dicho motivo, estas últimas son susceptibles de adquirir una nacionalidad.

(23) Perezniето Castro, Leonel. Op. cit. supra., nota 10, pág: 69.

Algunos autores que aceptan la nacionalidad de las sociedades mercantiles se expresan de la siguiente forma: Mondon "...las sociedades tienen una verdadera nacionalidad" (24); Galvañ "en buenos principios jurídicos, podemos hablar de nacionalidad de las sociedades" (25); Isay "no son sólo las personas físicas, sino también las personas morales, las que son aptas para tener una nacionalidad" (26) y Travers también concluye en no repugnar la idea de una nacionalidad de las sociedades.

2.2. DETERMINACION DE LA NACIONALIDAD DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

Habiendo ya tratado el concepto de nacionalidad y el de personalidad jurídica y resolviendo positivamente éstos con respecto a las sociedades mercantiles, procederemos a determinar los aspectos que se han utilizado para atribuir la nacionalidad a las mencionadas sociedades mercantiles.

2.2.1. AUTONOMIA LEGISLATIVA DE LOS ESTADOS EN ESTA MATERIA.

El problema que hemos venido tratando, perdería su importancia y complejidad si existiese un acuerdo internacional que en su expresión consuetudinaria o convencional, obligase con carácter general a la aceptación,

(24) De la Nationalité des Sociétés de Commerce. Pág: 14. Cit. por Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 1, pág: 57.

(25) Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 1, pág: 57.

(26) De la Nationalité, Recueil des Cours. 1924, tomo IV, pág: 434. Cit. por Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 1, pág: 57.

por parte de los Estados, de un determinado criterio. Sabemos que esto no ha resultado y el mismo tratadista francés Cavaglieri lo señala, pues la libertad para legislar en esta materia, es poco menos que absoluta.

Isay (27) opina que los Estados al regular la nacionalidad de las sociedades mercantiles, están más vinculadas por normas de Derecho Internacional, que no lo están al regular la de las personas físicas. Otros autores sin adherirse a la opinión de éste, sustentan la existencia de límites jurídicos internacionales a la libertad de los Estados y afirman que: "si uno de ellos se decidiese a aplicar a una sociedad su propia nacionalidad sin tomar en consideración la circunstancia de referencia reconocida como aplicable por otro Estado, ello equivaldría a una limitación de la soberanía de éste último" (28); o que: "no se puede considerar internacionalmente válida la nacionalidad concedida por un Estado en cuyo territorio no tenga su asiento la sociedad" (29). El criterio de domicilio, actualmente es el más utilizado para otorgar la nacionalidad a una sociedad mercantil; su aceptación y manejo se encuentra distante de alcanzar un carácter universalmente necesario para constituir una norma internacional que comprometa a los Estados a reconocerlo.

En nuestros días, no existe una discriminación jurídica de la competencia de los Estados para fijar el criterio que más convenga a éstos, para otorgar su nacionalidad.

(27) Giménez Artigues, F. Op. cit supra., nota 1, pág: 64.

(28) Rundstein. Rapport presentado al Subcomité de expertos de la Sociedad de Naciones. Vid. American Journal of International Law, volumen XXII, número 1, pág: 183. Cit. por Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 1, pág: 64.

(29) Michoud. La Théorie de la Personalité Morale. Volumen II, pág: 336. Id.

Cada Estado, como consecuencia de una soberanía absoluta, excluyendo las tendencias apositivistas, sería competente para atribuir su nacionalidad a cualquier sociedad, como lo indica Lefebvre; esta competencia se encuentra doctrinalmente limitada, y aún en la práctica; lo anterior lo podemos desprender de las respuestas dadas por diversos Estados, al cuestionario del Comité de Expertos de la Sociedad de Naciones (30):

a) No puede ser reconocida internacionalmente, la atribución de una nacionalidad absolutamente arbitraria, sin tomar en cuenta la relación de una sociedad con un Estado. Se cometería un ilícito si un Estado otorgase su nacionalidad, a una sociedad, sin tener vínculo alguno con ésta.

b) Un Estado no puede otorgar a través de su ordenamiento jurídico, una nacionalidad extranjera; por ejemplo, las leyes mexicanas no pueden otorgar la nacionalidad canadiense, norteamericana, etc., sólo podrán otorgar la mexicana.

Salvando los anteriores obstáculos y, aquellos que los Estados establezcan entre sí mediante la ratificación de un tratado, podemos decir que un Estado, se encuentra en plena libertad para fijar las condiciones bajo las cuales otorgará su nacionalidad a una sociedad, ya sea por motivos jurídicos, políticos o económicos; todo ello con base a que esto es materia reservada a las legislaciones internas de los Estados.

(30) Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 1, págs: 65 y 66.

2.2.2. LAGUNA QUE EN ELLA EXISTEN.

Existen algunos ordenamientos jurídicos internos, que no han hecho uso de su autonomía legislativa en esta materia, no contienen normas específicas que determinen la atribución de su nacionalidad a las sociedades mercantiles, sólo se limitan a establecer una distinción entre sociedades nacionales y extranjeras, regulando estas últimas. Es la doctrina y la jurisprudencia, las que en estos casos determinan el criterio de diferenciación, deduciéndolo de aquellos textos positivos que hacen referencia a la cuestión o prescindiendo de ellos a través de la valoración según la cual el autor, cierta circunstancia vincula a una sociedad con un Estado.

Para determinar la nacionalidad de las personas jurídicas, existen varios hechos que pueden ser tomados en cuenta, respecto a esto Giménez Artigues opina que existe una "variedad y complejidad de teorías que se han creado al tratar de llenar aquellas lagunas legislativas que respecto a esta materia existen en los ordenamientos jurídicos, tanto en los internos como en el internacional" (31).

2.2.3. CRITERIOS DOCTRINALES.

A continuación se examinarán un grupo de criterios que han sido sustentados por el Derecho positivo de diversos países, como determinativo de la nacionalidad de las sociedades mercantiles, de acuerdo a las necesidades prácticas de los Estados.

2.2.3.1. CRITERIO DE LA VOLUNTAD DE LOS FUNDADORES.

La autonomía de la voluntad juega un papel muy importante en esta materia, llegando a tener el valor de criterio de la voluntad de los fundadores.

Aceptando la libertad de los Estados para atribuir su nacionalidad a una sociedad, debemos saber si esta atribución, la realiza con carácter impositivo, o si, por el contrario, depende del libre albedrío de los particulares, es decir, se resuelve mediante el principio que esta doctrina sustenta: la autonomía de la voluntad de las partes.

Cuando una persona moral nace de la iniciativa individual, libres son de ponerse bajo la protección de una como de otra soberanía y para ello lo hacen constar en la escritura constitutiva. Este sistema le concede a los socios, la facultad de atribuirle al ente moral que fundan la nacionalidad que le corresponde.

Carlos Arellano García rechaza este criterio pues sólo se concibe en una situación de extrema debilidad estatal; este criterio estuvo en vigor en China y Siria. Entre los conceptos contrarios a éste menciona los siguientes:

"a) Es el Estado, y no los socios, quien puede atribuir la nacionalidad a los entes morales ya que es el Estado el creador de normas jurídicas generales a las cuales se adecúan los socios al constituir una sociedad que pretende ser reconocida por el Derecho estatal.

b) Se defraudarían los intereses de los terceros y los de los Estados, principalmente los intereses estatales de tipo fiscal.

c) La voluntad de los particulares tendrá superior rango a la voluntad estatal."(32)

Giménez Artigues opina con respecto a este criterio: "La voluntad de las partes únicamente tiene fuerza normativa en el campo del Derecho cuando le es reconocida por un legislador, el cual, de jure conditio, no les

(31) Ibid; pág: 68.

(32) Arellano García, Carlos. Op. cit. supra., nota 6, pág: 310.

concede la facultad de determinar la nacionalidad, ni, por otra parte, de jure condenda, puede concedérsela dado el carácter público de esta noción y el fuerte interés estatal que la misma juega" (33). Lefebvre (34) explica que sólo podría admitirse dicha libertad si se considera la nacionalidad de las sociedades mercantiles como un simple requisito; pero no es admisible en cuanto se le da una aplicación práctica, de fijación del estatuto personal.

Esta libertad les es reconocida a los fundadores de una sociedad para elegir los factores que atribuirán la nacionalidad a ésta; es al legislador y a la doctrina a los que compete escoger aquéllos que impliquen una relación entre el Estado y el ente constituido por los particulares. De esta manera se evitaría la arbitrariedad de los socios de un ente colectivo para elegir una nacionalidad, a pesar de que al Estado que se le atribuya no la considere dentro de su jurisdicción.

Podemos aceptar que el criterio que hemos estudiado en este apartado, tiene la posibilidad de crear una sociedad, de ubicarse en los extremos fácticos de la legislación del Estado del cual pretenden que la sociedad que constituyen sea nacional.

El carácter público de la nacionalidad y el hecho de que las sociedades mercantiles no sean un contrato, sino un producto del mismo y del otorgamiento de la personalidad jurídica por un Estado, imposibilita la aceptación del criterio, ya que la voluntad de las partes sólo tiene valor para señalar los elementos que la determinarán. Un grupo de personas físicas extranjeras tiene como voluntad crear una sociedad mexicana, debe trasladarse a México, constituir una sociedad

(33) Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 1, págs: 71 y 72.

(34) Ibid., pág: 71.

de acuerdo a las leyes mexicanas y fijar el domicilio de la sociedad en nuestro país.

2.2.3.2. CRITERIO DE LA AUTORIZACION.

A partir de la segunda mitad del siglo pasado comenzaron a eliminar el requisito de una previa autorización, actualmente en pocos Estados subsiste y aún por lo que se refiere a ciertas clases de sociedades.

Antiguamente la constitución de una sociedad dependía de una autorización gubernativa, dicho acto administrativo otorgaba la nacionalidad. Weiss opina que esta era una forma muy fácil de determinar el carácter nacional de una sociedad. (35)

Una sociedad obtiene personalidad jurídica mediante un acto administrativo de autorización. En consecuencia adquirirá la nacionalidad del país que la autorice. Este sistema funcionaría en aquellos Estados en los cuales una sociedad no requiriese de la autorización estatal para gozar de personalidad jurídica.

A pesar de que esta teoría es reconocida por la casi totalidad de la doctrina científica como la mejor; pero, su tendencia apositivista, su inadecuación a las legislaciones actuales, la hace rechazable.

Diena es uno de los autores que crítica a esta doctrina por el hecho de que una sociedad puede llegar a tener varias nacionalidades.

Arellano García resume en dos incisos las críticas que le han formulado a este criterio:

"a) Una sociedad que requiera y obtenga autorizaciones en diversos Estados para funcionar en ellos, tendrá varias nacionalidades.

(35) Ibid., pág: 72.

b) Se confunden actos jurídicos distintos, con bases distintas, como son la autorización de funcionamiento con el otorgamiento de la nacionalidad." (36)

2.2.3.3. CRITERIO DE LA CONSTITUCION -INCORPORACION-.

Tradicionalmente es manejado por el Derecho anglosajón y defendido por Ferrara, Pillet, Frankenstein, Nusbaum y Fiore. El ente moral obtendrá la nacionalidad del Estado conforme a cuyas leyes se constituyó. El fundamento lógico jurídico de esta tesis es el hecho de que una sociedad nace con personalidad jurídica por la voluntad de un Estado, entonces la nacionalidad es el nexo que une al Estado y a la sociedad mercantil.

Neumeyer y Anzilotti son quienes dan a este criterio el nombre de "ley de constitución" (37) o el de "país de incorporación". En realidad continua siendo el de autorización, sólo varía su denominación. Para ellos el hecho de que la constitución de una sociedad esté refrendada por una ley de carácter general en nada modifica las causas del problema y sólo formalmente destruye el valor jurídico del sistema anteriormente expuesto. (38)

El Lic. Carlos Bernal Vereza, considera que el criterio de incorporación es uno de los dos sistemas más importantes, aplicado por los países sujetos al Common Law y por algunos países de derecho escrito. Existe jurisprudencia que establece que la nacionalidad de una sociedad es la misma que la del Estado que la ha incorporado; es decir, donde ha

(36) Arellano García, Carlos. Op. cit. supra., nota 6, pág: 311.

(37) No debemos confundir este sistema con aquél que establece que una sociedad tendrá la nacionalidad de aquel Estado, que regule el contrato de su constitución.

(38) Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 1, pág: 74.

sido registrada; por lo mismo tendrán un domicilio, según el cual los tribunales tendrán jurisdicción. La nacionalidad de las sociedades, en el derecho Inglés, en raras ocasiones es relevante para las finalidades del derecho interno. En los Estados Unidos, también es manejado este sistema; que en la práctica seguida por los tribunales, para determinar la nacionalidad de las sociedades, será en función de la "diversidad de jurisdicciones y del derecho constitucional".(39)

Los autores anglosajones, estiman que la ley personal de una sociedad, su nacionalidad, debe estar determinada por el lugar de incorporación; sostienen que el *ius soli*, es el único que puede atribuirse a las personas morales, aquí afirman que existe una analogía con las personas físicas. La nacionalidad de las sociedades mercantiles será en el país, en el que por primera vez adquirieron la calidad de personas jurídicas, podemos decir que está determinada por el lugar de nacimiento.

Este criterio también es defendido por aquellos tratadistas que comprenden que no puede existir vínculo más profundo y más fuerte que aquel que se establece entre la sociedad y el Estado. Un Estado que atribuye personalidad, tiene la potestad sobre la persona que ha creado, es mediante la voluntad de ésta que posteriormente puede existir jurídicamente. Así, las personas morales deben adquirir la nacionalidad del Estado o del legislador de quien han recibido la existencia.

En contra de este criterio se ha objetado que no es cierto que no puedan separarse los conceptos de personalidad y el de nacionalidad, que la dependencia de un Estado no viene determinada por la atribución de aquella sino que, siendo el señorío del Estado territorial, debe prevalecer la

(39) Bernal Vereza, Carlos. Revista de Investigaciones Jurídicas. Año: 2, No. 2, 1978, México, D.F., págs: 281 y 282.

teoría de que el fundamento de la nacionalidad de las sociedades sea la existencia de su domicilio en el territorio del Estado, es así como puede éste tener potestad sobre las sociedades.

Este sistema cae en un error, al no considerar la posibilidad de que la personalidad jurídica de una sociedad mercantil se atribuya a varios Estados a la vez y no sólo al que se la otorgó; de ahí, como diría Giménez Artigues: "es incorrecto decir que una persona moral depende jurídicamente, tiene la nacionalidad, del Estado al que debe su existencia jurídica". (40)

Carlos Arellano García también discrepa con esta teoría y al respecto formula la siguiente opinión: "La circunstancia de la constitución de una persona moral conforme al sistema jurídico de un país, no es por sí sola suficiente para que haya una adhesión entre Estado y el ente moral puesto que habrá adhesión jurídica pero podrá faltar la adhesión material, lo que constituirá un peligro de infiltración extranjera bajo el disfraz de sociedad nacional. Entrarán al rubro común de nacionales las sociedades ligadas materialmente con el Estado de la constitución, auténtica o realmente nacionales y no sólo formalmente nacionales y la sociedad con exclusivo ligamen jurídico sin identidad material con el Estado de su nacionalidad, y lo que es peor aún, con nexos materiales con otros Estados. Estos nexos materiales pueden ser políticos y económicos principalmente".(41)

(40) Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 1, pág: 76.

(41) Arellano García, Carlos. Op. cit. supra., nota 6, págs: 311 y 312.

2.2.3.4. EL DE LA LEY DE CONSTITUCION.

Este criterio de la constitución, ha caído en el error de considerar que una persona moral debe vincularse al Estado cuyas leyes han regido el contrato de constitución; para comprender con claridad este criterio, me permito enunciar a continuación el siguiente ejemplo: si unos canadienses, fundan en su país una sociedad, cuyo estatuto se redacta de conformidad con lo establecido en nuestra legislación, deberá obtener la nacionalidad mexicana.

Esta opinión fue sustentada por M. Neukamp: "una persona moral, y particularmente una sociedad anónima, tiene la nacionalidad del Estado cuyas leyes han regido la creación de sus estatutos en el momento de su constitución" (42). Varios autores, refutando esta posición, han llegado a la conclusión de que esta concepción no implica más que la aceptación simple del sistema de la autonomía de la voluntad, que ya hemos rechazado.

Lo anteriormente expuesto, no impugna la teoría que atribuye la nacionalidad, que se sustenta en el criterio del otorgamiento de personalidad jurídica por un Estado. Esta teoría se refiere exclusivamente a la que estima como elemento determinativo de la nacionalidad de las sociedades mercantiles, la ley que regula su constitución. Giménez Artigues señala que no debemos confundirlas, aunque ambas sean enunciadas por la mayoría de los autores con el nombre de "ley de constitución", que, aún estimándolo erróneo, expresa que "la primera teoría, y a fin de evitar los equívocos a que doctrinalmente puede dar lugar, debe ser substituido por el país que crea la sociedad o por el de criterio de la constitución". (43)

(42) Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 1, pág: 77.

(43) Ibid; págs: 78 y 79.

No se considera errónea la denominación "ley de constitución", si tomamos en cuenta que en el Derecho positivo, ambos sistemas coinciden prácticamente, ya que los Estados sólo otorgan personalidad jurídica a las sociedades cuyo contrato se regula de acuerdo a su legislación.

La frase "ley de constitución", puede dar a entender que la circunstancia que se considera como determinante de la nacionalidad de una sociedad es la ley que le reconoce y otorga personalidad jurídica; si llegamos a interpretar la palabra sociedad como expresiva de un determinado acto contractual, también, podemos entender que la circunstancia enunciada es el ordenamiento jurídico que regula el contrato. Por lo anteriormente señalado, podemos concluir que dicha frase no es suficientemente clara.

2.2.3.5. EL DEL LUGAR DE CONSTITUCION.

Otro sistema relacionado con la palabra constitución (no debemos confundirlo con los anteriores criterios) es el que conocemos con el nombre "lugar de constitución". Otorga la nacionalidad a una sociedad, de acuerdo al país en cuyo territorio se ha constituido.

La nacionalidad del ente moral, se determinará por el territorio del país en el cual se constituyó. No debemos confundirlo con el criterio de la ley de constitución; en ambos se toma en cuenta la constitución de la sociedad, con la diferencia de que en uno la enfoca hacia las leyes y en otro al territorio. Al respecto, Carlos Arellano García, explica lo siguiente: "Si la ley es territorial en materia de constitución de sociedades la coincidencia será total pero, si se admite la aplicación extraterritorial pasiva en materia de sociedades, una sociedad podría constituirse en un Estado bajo la férula de una legislación extranjera y entonces no habría vinculación formal, sólo habría una vinculación material con la base territorial que no es suficiente para identificar

los intereses materiales del Estado con ninguno de los intereses materiales de la sociedad que pueden estar vinculados a un Estado diferente".(44)

Debemos, en esta ocasión, expresar nuevamente que el término sociedad puede tener un doble significado; el primero, como contrato y el segundo, como expresivo de la personalidad jurídica de que aquél puede resultar.

Si en este criterio hacemos referencia a la personalidad jurídica de una sociedad, la palabra "lugar" expresa el ordenamiento jurídico de aquel Estado en que se ha constituido, este sistema deberá ser identificado con el de "constitución". Si tomamos en cuenta el vocablo sociedad como un contrato, ésta debe ser regulada por la legislación del lugar donde se celebra. Se han formulado objeciones contra este último, pues desconoce la diferencia existente entre el contrato de sociedad y la sociedad dotada de personalidad jurídica, señala como reguladora de ésta y determinativa de su nacionalidad, a una ley, originaria del lugar donde se celebró el contrato; en la práctica difícilmente es distinta de la que otorga personalidad jurídica al ente creado por cuanto no es fácil que un Estado admita la constitución en él de una sociedad siguiendo la ley de otro, pueden no coincidir pues la "ley de constitución" no es idéntica a la "ley del lugar de constitución".

Giménez Artigues, señala que el "sistema de la ley del lugar" no puede ser aceptada por lo siguiente: "1o. Contrario a los principios jurídicos, que no pueden admitir, y de hecho no admiten, que la nacionalidad de las sociedades, ni aún estas mismas, se regulen por la voluntad de las partes; 2o. Porque abre la puerta a los fraudes (sic) y a todas las injusticias al permitir

(44) Arellano García, Carlos. Op. cit. supra., nota 6, pág: 312.

superfluas las precauciones que con relación a las sociedades mercantiles haya podido tomar el legislador, y 3o. Porque es contrario a la realidad de las que puedan convertirse en cosas, puesto que trata de determinar la nacionalidad atendiendo a una simple fase del acto social, la redacción de su contrato, que no implica la existencia de la sociedad persona jurídica y que no expresa relación alguna con un Estado". (45)

2.2.3.6. EL SISTEMA DE NACIONALIDAD DE LOS SOCIOS.

Este criterio establece la nacionalidad de la sociedad a través de la nacionalidad de sus asociados. Los que han apoyado esta teoría, explican que una sociedad deberá tener la nacionalidad de sus socios, pues es un grupo de individuos unidos por intereses comunes. Varielles-Sommiers al considerar que una sociedad no tiene personalidad jurídica, apoya la fundamentación de este criterio. Larnaude, coincide con el anterior autor, al afirmar que los intereses de una sociedad pertenecen a los miembros que la han fundado, dando como consecuencia que dichos individuos determinen su nacionalidad.

Aparentemente esta teoría justifica el hecho de que los miembros de una sociedad determinen su nacionalidad; pues, en el caso de que un grupo de bolivianos constituyan una sociedad, ésta deberá tener la misma nacionalidad y no la brasileña, atendiendo a otras circunstancias; pues si así fuera los socios gozarían de derechos que de manera individual se les negarían, se desconocería que este ente moral es reflejo de la voluntad de los socios que la integran.

(45) Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 1, págs:82 y 83.

No existe motivo por el cual se les otorgue a las compañías mercantiles la nacionalidad de sus miembros, pues, éstas gozan de personalidad, tienen un patrimonio propio y un domicilio distinto del de sus socios; además, su fundamento lógico es aparente, puesto que la verdadera consecuencia de la negación de la personalidad de las sociedades mercantiles es la de negar el que pueda atribuírseles una nacionalidad.

Este criterio presenta un problema práctico, el determinar la nacionalidad de las compañías mercantiles cuando sus socios poseen diversas nacionalidades. Es imposible atribuir dos o más nacionalidades a una sociedad y, el considerar a una mayoría como solución práctica, no es una respuesta jurídica, además, podrían presentarse abusos, pues si los fundadores desearan que su empresa tuviese determinada nacionalidad, podrían colocar en mayoría numérica a los socios que tuvieran ésta, sin darles una intervención directa en el negocio. Leonel Perezniето (46) otorga a este criterio, por lo anteriormente expuesto, un carácter secundario.

No podemos aceptar este sistema en los siguientes casos:

1) Cuando una sociedad está integrada por socios de varias nacionalidades. Manuel Aspiroz (47), resuelve este problema cuando en su proyectado código, supera esta objeción, diciendo que con cierto porcentaje de socios de una nacionalidad, la sociedad tendría la nacionalidad de esos socios. Este autor no previene el problema en el caso de que no se alcance el porcentaje elegido por individuos de una nacionalidad en especial.

2) Podría afectarse frecuentemente, la nacionalidad de las sociedades y por lo tanto no habría estabilidad,

(46) Perezniето Castro, Leonel. Op. cit. supra., nota 10, pág: 72.

(47) Arellano García, Carlos. Op. cit. supra., nota 6, págs: 312 y 313.

cuando el tenedor o endosatario de una acción, se modificará de acuerdo a las operaciones de entrega o de endoso de acciones a individuos de diversas nacionalidades, como sucede en las sociedades anónimas.

3) Sánchez Bustamante (48), agrega esta tercera objeción planteando que en los países de gran inmigración, todas las sociedades locales organizadas por inmigrantes, serían extranjeras, desligadas del Estado de su nacionalidad en el aspecto material.

Algunos autores, como es el caso de Carlos Arellano García, plantean alguna utilidad a este criterio: "en aquellos casos en que existe control de socios que permite conocer su nacionalidad y en donde existe predominio de socios de una cierta nacionalidad. En estos casos puede desprenderse con claridad que se trata de una sociedad aparentemente nacional pero de claros intereses materiales de extranjeros... México empleó este criterio durante la Segunda Guerra Mundial y pudo intervenir sociedades mexicanas que operaban en México con socios alemanes." (49)

2.2.3.7. EL DEL LUGAR DE EMISION.

Armijón considera a este criterio como una variante del anterior. Se sustenta sobre la idea de que lo más seguro es que los subscriptores de la emisión de capital se hallen domiciliados en el país donde ésta se realiza, sean nacionales del mismo; éstos mismos desean que la actividad de la sociedad cuyas acciones subscriben, venga regulada por las leyes de su Estado.

Thaller apoya esta opinión; establece que para una sociedad los vocablos nacionalidad y domicilio son uno mismo, este último debe ubicarse

(48) Ibid; pág: 313.

(49) Id.

en el lugar de suscripción de las acciones y, por lo tanto, será la circunstancia que determine aquélla. En el caso de que sean varios los países de emisión, el citado autor, resuelve en el sentido de que será un juez quien apreciará si en aquel en que existe el domicilio social, ha tenido lugar una fracción suficientemente elevada de suscripción. Podemos concluir que para este autor la nacionalidad de las sociedades se determina por su domicilio social, éste debe ubicarse en el lugar de emisión y suscripción de acciones en una fracción suficientemente elevada que los Tribunales estimen. Pineau con posterioridad a la publicación de Thaller, acepta esta teoría, pero, la modifica en el caso de multiplicidad de lugares de emisión que él resuelve en favor de aquél en el que se han hecho las primeras suscripciones. (50)

En el caso de la sociedad "Barcelona Traction", resuelto por la Corte Internacional de Justicia el 5 de febrero de 1970, ésta es una compañía holding constituida de acuerdo a las leyes de Canadá, y tiene su domicilio social en Toronto. Su objeto principal era la constitución y operación de plantas de energía eléctrica en Cataluña, España. Si la Corte Internacional de Justicia hubiese tomado en cuenta este criterio, le hubiera otorgado la nacionalidad belga a esta sociedad, como resolvería Pineau, pues en Bélgica se hicieron las primeras suscripciones de acciones, siendo accionistas mayoritarios.

(50)Ibid., págs: 88 y 89.

Sólo podemos aplicar este sistema a las sociedades anónimas; además parte de la afirmación completamente gratuita al considerar que los individuos que subscriben en un país las acciones de una sociedad serán nacionales del mismo siendo que aveces no es cierto; y aun cuando así fuera, la garantía de los subscriptores es dada por las condiciones de la emisión sin que precise que ésta esté dada por su ley nacional.

Podemos concluir que las desventajas que tiene este sistema son las siguientes:

- a) Sólo alude a sociedades anónimas.
- b) Pueden ser varios los lugares de emisión.
- c) Es de difícil aplicación.

2.2.3.8. LA TEORIA DEL CENTRO DE EXPLOTACION O DEL PRINCIPAL ESTABLECIMIENTO.

Entendemos por lugar de explotación, aquél en que la sociedad cumple su fin; es éste, el que según esta teoría debemos tomar en cuenta para determinar la nacionalidad de una sociedad.

Leonel Pereznieto define a este criterio explicando que "el centro de el lugar donde la sociedad suele materializarse, donde su actividad aflora y, por tanto, facilita su localización; sin embargo, el lugar donde la sociedad se materializa puede no coincidir con su dirección; así mismo puede haber varios centros de explotación, incluso, ubicados en países diferentes" (51). El mismo autor le otorga un carácter secundario a este criterio.

(51) Pereznieto Castro. Leonel. Op. cit. supra., nota 10, pág: 72.

Lyon-Caen y Renault, apoyan esta teoría, justificándose en el hecho de que un juez sólo debe tener jurisdicción sobre aquellas sociedades que funcionen en su territorio. (52)

Otras ideas en las cuales se inspira esta teoría son que los fundadores no pueden por ninguna razón influir en la determinación de la nacionalidad de una sociedad y el único vínculo que existe con un Estado es el domicilio, donde se efectúan las actividades de acuerdo al objeto de la empresa, el cual difícilmente puede ser simulado como sería el caso del domicilio en el cual se encuentra la representación legal, es decir, donde se establezcan los órganos jurídicos de la sociedad.

Debemos señalar que sí interviene la voluntad de los fundadores, para elegir el lugar más funcional, para cumplir con su fin y no por el deseo de no observar una ley, como sucede en el caso que ya explicamos con anterioridad, de la residencia de la dirección de la sociedad.

A pesar de que este criterio evita la simulación, no puede ser aceptado, si tomamos en cuenta que el lugar de explotación sólo debe servir para determinar en que medida una sociedad extranjera, se sujetará a la ley territorial de un país como es el caso de dictar normas en favor de terceros y no para determinar la nacionalidad de una sociedad. También como lo explicamos anteriormente, no debemos substraer totalmente la voluntad de los fundadores.

Existen otras razones que se oponen a este criterio y se deducen de su aplicación. No existiría problema si sólo existiese un lugar de explotación, o dentro de un mismo país, varios. Encontramos dificultades

(52)Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 1, págs: 91 y 92.

cuando los centros de explotación se encuentran en diversos países y no tenemos un parámetro para determinar cuál es el principal.

Los que defienden esta teoría tratan de resolver los anteriores contratiempos de la siguiente manera: dejando a los tribunales competencia para resolver cuál es la principal sociedad, en el caso de que existan varias y en diversos países; otros, señalan como respuesta el lugar donde también se encuentre la dirección de la sociedad; lo cual equivale a recurrir, como complemento, a otro criterio: el del domicilio social, el cual explicaremos en el siguiente punto.

Es Niboyet quien explica que de acuerdo a esta teoría la sociedad tendrá la nacionalidad del país donde tiene lugar la explotación. Este autor elabora una crítica a este sistema; cuando los trabajos de explotación se realizan en varios lugares, la sociedad tendría varias nacionalidades. Existen sociedades como las compañías aéreas o de transportación marítima que pueden proporcionar simultáneamente, por su propia naturaleza, un servicio, teniendo su lugar de explotación en varios países. Enrique Helguera se pronuncia también en contra de este sistema; por las razones citadas anteriormente. (53)

Jorge Aurelio Carrillo, aunque se pronuncia en contra de este sistema, encuentra una situación ventajosa: en el caso de países que teniendo riquezas explotadas por capitales extranjeros se evitan la interposición diplomática o reclamaciones de cualquier índole considerando a las sociedades que explotan sus riquezas como nacionales. (54)

(53) Arellano García, Carlos. Op. cit. supra., nota 6, pág: 314.

(54) Id.

Este criterio, como lo señala Carlos Bernal Verea (55), puede tener cierta relevancia para la fijación de impuestos, así como para otras instancias del régimen jurídico de las sociedades.

2.2.3.9. CRITERIO DEL DOMICILIO SOCIAL.

De acuerdo con este criterio, la sociedad posee la nacionalidad del país de su domicilio social. Entendemos por domicilio social el lugar donde se administra el ente moral, en donde se reúnen sus directores; es decir, el lugar donde se centralizan sus servicios. Este criterio fue aceptado por la jurisprudencia francesa antes de la Primera Guerra Mundial, también por el Tribunal Permanente de Arbitraje de la Haya; existen autores que mencionan que es el más difundido, tanto en las legislaciones positivas como en la doctrina. Este sistema resuelve uno de los problemas que se presenta en el criterio del lugar de explotación. El problema que encontramos en este sistema es la dificultad de determinar la base bajo la cual se considera el domicilio social; la cual haría que la nacionalidad de la sociedad variara. (56)

Como ya observamos en el párrafo anterior este criterio, toma en consideración para determinar la nacionalidad de las sociedades mercantiles su domicilio, entendiéndolo por éste, el centro de la actividad productora de

(55) Bernal Verea, Carlos. Op. cit. supra., nota 39, pág: 283.

(56) Considerando los diferentes conceptos que por domicilio entendemos: a) el lugar donde se reúne la Asamblea; b) el sitio en que se encuentra el Consejo de Administración; c) la sede real, como ejemplo señalamos la Ley Holandesa del 25 de julio de 1954, que toma en cuenta este concepto, d) la sede estatutaria, como se observa en el concepto de incorporación del Common Law.

la sociedad; donde encontramos la dirección y los órganos de acción del ente moral, donde deben reunirse los socios agrupados en las Asambleas Generales, donde deben celebrar sus reuniones aquéllos socios que han recibido el mandato de administrar el patrimonio social y que constituyen el Consejo de Administración; es del domicilio social donde parten las órdenes generales que dirijan la actividad social en uno u otro sentido, donde se concretan las operaciones más importantes y debaten las principales cuestiones. Finalmente agregamos que es allí donde se encuentran centralizados todos los servicios de contabilidad, donde se resuelven las cuestiones que la sociedad tenga con los accionistas, principalmente en cuanto al trámite de acciones nominativas.

Este sistema se fundamenta en la idea de que el domicilio es el único que establece un vínculo efectivo de relación de relación entre la sociedad mercantil y la organización soberana.

Los defensores de esta teoría opinan que esta solución es la más adecuada a la esencia de la nacionalidad, no ocurriendo lo mismo con el criterio del lugar de explotación; ya que la nacionalidad debe estar determinada por la residencia habitual de los órganos jurídicos de los estudiados entes morales.

No encontramos ningún problema al determinar el domicilio social, de las sociedades personalistas, compañías; esto, si ocurre cuando se trata de sociedades capitalistas, ya que al cumplir con los elementos que anteriormente señalamos, éstos no coinciden en un mismo lugar. En esta ocasión debemos fijar con anterioridad, cuál de ellos tiene el carácter preponderante que permita recabar para sí la condición de órgano director.

La opinión de la doctrina se encuentra dividida por lo que se refiere a la determinación del elemento que señala el domicilio social; unos

autores aprecian que es la Junta General, que es el lugar donde regularmente se reúne; otros, opinan que es el Consejo de Administración, una tercera parte señala que el domicilio social no sólo lo compone un elemento, rechazan las anteriores ya que en su opinión ninguno de estos órganos tiene carácter permanente, pues pueden celebrar sesiones en diversos lugares, según éstos últimos la determinación depende del juicio de un Tribunal o por los criterios establecidos por los ordenamientos jurídicos positivos. Si tomamos en cuenta el lugar donde una empresa lleva su contabilidad, debemos señalar que ésta integrará el domicilio administrativo y no el social.

Dependiendo del elemento indicador del domicilio, se tendrán diferentes direcciones; es Lefebvre quien califica a éstos en cinco: "a) aquella que indentifica el domicilio social con el lugar de reunión de la junta general; b) la que lo hace con el del consejo; c) la que estima que son los tribunales los que deben decidir entre uno y otro elemento; d) la que cree que esta determinación viene dada por los principios establecidos por la ley, y e) aquella que lo identifica con el centro de explotación ..." (57)

La crítica más fuerte que se elabora en contra de esta teoría es la posibilidad que ofrece de que la nacionalidad de una compañía sea arbitrariamente determinada por sus fundadores. Recordemos que los fundadores de este sistema exigen que el domicilio que ha de determinar la nacionalidad del ente social debe ser real y no elegido fraudulentamente. El fraude a la ley y la simulación interfieren en el punto que hemos venido tratando.

(57) Lefebvre. *La Nazionalità delle società commerciali*, págs: 6 y 90. Cit. por Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 1, pág: 99.

La noción del fraude a la ley ha representado dificultades en la doctrina, por la impresión con que es usado; existe una oposición contra el interés individual y el del Estado o general, que provoca en el primero el deseo de incumplir la norma jurídica expresión del último; este se puede realizar de doble manera: a) de simple violación de la ley, o b) mediante la ejecución de actos que tienen por objeto eludirla. En la primera se incurre en la sanción del precepto violado. En la segunda se pretende evitar la sanción legal, ésta presenta dos modalidades: la primera, una simulación, que abarca todo acto que tiene por finalidad eludir una ley poniéndose en condición de invocarla mediante el cumplimiento ficticio de sus disposiciones; la segunda, el fraude, que engloba todas las maniobras reales, deseadas y realizadas, siendo lícitas si se les considera separadamente, al ser combinadas entre sí, producen en la ley efectos contrarios a su fin, al dejar de ser, jurídicamente, a ellos aplicada. No deben ser confundidas estas dos modalidades, ya que la primera se relaciona con la violación y la segunda con el fraude.

La simulación es necesariamente una actuación en contra de la ley, por lo que no podemos hablar técnicamente de ésta en el fraude a la ley, sino de simulación ilícita.

El fraude a la ley, en estricto sentido, significa un cambio del Estado de hecho regulado por la norma jurídica mediante la realización efectiva de uno o varios actos que la hacen inaplicable. La simulación trata de rehuir a la ley o de hacerla aplicar mediante la ocultación de la verdad, en tanto que el acto fraudulento no vela la realidad, sino que se ampara en una disposición jurídicamente para escapar de la aplicación de otra.

Habiendo estudiado las anteriores nociones, concluimos que el criterio del domicilio social, no tendrá valor para determinar la nacionalidad del ente colectivo en aquella situación en que haya sido ficticia o

fraudulentamente determinado. El domicilio de una sociedad será ficticio, cuando se establezca en un país diverso, al que en realidad se encuentra, en el que al efecto se haya simulado; por ejemplo, mediante el establecimiento de un despacho; si se descubre este engaño puede negársele una nacionalidad y atribuirle la que efectivamente le corresponde.

En el caso de que el domicilio no esté indicado por los estatutos de una sociedad, es el asiento real el que se toma en cuenta para determinar su nacionalidad, la noción de la simulación no es suficiente para evitar que los socios fundadores, establezcan realmente el domicilio en otro país, pero, de aplicarse el sistema del asiento social, cobrará su nacionalidad. Para evitar que este sistema coincida con el de la autonomía de la voluntad, sus simpatizantes exigen que el asiento social, además de ser real, no haya sido elegido con la finalidad de sustraerse al ordenamiento jurídico normalmente aplicable y exprese una vinculación seria con el Estado en el que se halla. Para ello recurren a la noción del fraude a la ley, negando que pueda determinar la nacionalidad el domicilio que aun siendo efectivo, sea fraudulento. Lo anterior sólo puede ser apreciado por los Tribunales.

Es un error recurrir a la excepción del fraude a la ley en la aplicación práctica del sistema del domicilio social porque: puede que exista una confusión con la simulación o se desconozca su concepto técnico, que tiene como requisito esencial el que la admisión del acto suponga el incumplimiento de una ley de carácter imperativo. En segundo lugar, no es admisible que el hecho de haber utilizado el criterio del domicilio social sea censurable, ya que, en definitiva, se substituya por el arbitrio judicial; pues se introduce inseguridad y la duda en las relaciones comerciales.

Existe un inconveniente en este sistema, cuando la nacionalidad de una sociedad es determinada arbitrariamente por la voluntad de los socios,

al exigirse como único requisito que el domicilio sea efectivo, no limitándose jurídicamente la libertad de los socios. A este inconveniente se une el que se deduce del hecho de que siendo el domicilio un elemento coetáneo a la creación de una sociedad no puede indicar la ley que ha de regir su constitución.

2.2.3.10. ESPECIAL EXAMEN DE LOS SISTEMAS DEL DOMICILIO Y LA CONSTITUCION.

Los sistemas del domicilio social y el de constitución son los más estudiados por los juristas y los más acogidos por el derecho constituido. A ambos se les han formulado objeciones. En cuanto al del domicilio social, sabemos que el elemento base del cual se desprende, el domicilio, al ser fingido, es refutado pues debe ser real, negando todo valor al simulado; no sucede lo mismo con el que se deduce del hecho, que de la aplicación pura del sistema puede resultar, que el domicilio sea el único vínculo que una a una sociedad con el Estado del que se la considera nacional, y aún menos con la que pone de manifiesto la posibilidad, de que la ley nacional de una sociedad, al ser por él determinada, sea distinta de la que regula su estatuto social, por lo tanto, puede conocerse cuando la sociedad esté ya constituida e incluso funcionando.

En cuanto al criterio que atiende al país de constitución, es insuficiente para determinar la nacionalidad de una sociedad mercantil que se encuentra materialmente vinculada con el país en cuyo territorio se encuentra su domicilio; por lo que debe ser la ley de este país la competente para regir las operaciones de la sociedad y sus relaciones con terceras personas y en consecuencia la que debe ser tomada en consideración para determinar su nacionalidad.

Enrique Helguera (58) observa que el criterio de constitución es bueno teóricamente y malo prácticamente, sucediendo lo contrario con el sistema del domicilio.

A fin de evitar las críticas y objeciones de la aplicación práctica de uno de estos dos sistemas; la mayoría de los autores y de los ordenamientos positivos tienden a unirlos, adoptando un solo sistema: "domicilio-constitución", o si prefieren uno de ellos, lo ponen en conexión con el otro; de esta manera si prefieren el del domicilio social, estiman necesaria la constitución de la sociedad según su ley nacional o, sí el que prefieren es el de constitución consideran obligatorio para las sociedades nacionales, el que su domicilio se encuentre dentro del territorio del propio Estado.

2.2.3.11. EL DOBLE CRITERIO DEL DOMICILIO-CONSTITUCION.

Rundstein es el principal defensor de esta teoría; presentó al Comité de expertos de la Sociedad de Naciones un informe, el cual fue adoptado en su tercera sesión, Marzo-Abril de 1927. En este informe manifiesta su conformidad con la opinión de Anzilotti de que la ley de constitución es un elemento esencial para fijar la nacionalidad de una sociedad; pero, se formula la interrogante de que si ésta puede ser la única circunstancia distintiva que sirva para determinar aquélla, y considerando que el señorío del Estado es un señorío territorial que debe estar fundado sobre circunstancias materiales, responde negativamente, y añade a esta circunstancia un elemento material cuya calificación jurídica depende de la ley de constitución, siendo este la sede real y no fraudulenta de la

(58) Arellano García, Carlos. Op. cit. supra., nota 6, pág: 315.

sociedad, ya que viene a constituir un lazo necesario sobre el que se basa la unidad de la ley reguladora de la existencia de la sociedad. (59)

De esta manera, la competencia del país de la sede y el de la constitución coinciden en un sólo Estado el elemento material y el formal que les sirve de fundamento y que en este doble criterio del "domicilio-constitución" tienen el mismo valor para determinar el carácter nacional de una sociedad mercantil. No es necesario recurrir a un tercer elemento, que sería el vínculo de fondo, pues ya está implícito al exigir que el elemento material, el domicilio, no sea ni ficticio ni fraudulento.

Enrique Helguera coincide en que este criterio es la fórmula más feliz para la determinación de la nacionalidad de las sociedades. Lefebvre también señala la complementación de estos dos criterios, para determinarla.

Este doble sistema es sustentado por nuestra Ley de Nacionalidad y Naturalización, en su artículo 5o.: "Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes de la República, y tengan en ella su domicilio legal". Nuestro sistema legal consagrado en la Ley de 1886, también se basa en este doble criterio.

Carlos Arellano García discrepa con el punto de vista de Enrique Helguera, que considera a este criterio como la fórmula más feliz. Considero que la unión de estos dos criterios no es suficiente para vincular realmente a una sociedad con el Estado mexicano. Existen sociedades mexicanas que funcionan como tales; pero, que tienen de nacionales sólo los dos requisitos que la ley menciona; las otras características: socios, capital, dinámica, sistema de organización y funcionamiento, personal, directores, etc. son extranjeras. Estas sociedades son las que provocan una

(59) Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 1, págs: 109 y 110.

descapitalización de nuestro país, que deben ser balanceadas con los préstamos que conceden instituciones internacionales.

2.2.3.12. LA TEORIA DEL DOMICILIO CONEXIONADA CON EL PAIS DE CONSTITUCION.

Cuando en la doctrina se reconoce primacía uno de los dos criterios, el del domicilio o el de constitución, buscan una conexión obligando al que consideran jurídicamente irrelevante para determinar la nacionalidad de una sociedad mercantil venga a coincidir con el otro.

Streit (60) tiene preferencia por el del domicilio social y con el fin de proteger los intereses del comercio internacional contra la posibilidad de que las sociedades mercantiles se constituyan mediante una legislación distinta de aquélla de su domicilio, formula la conveniencia de que los Estados acuerdan no admitir como legalmente constituidas en ellos a aquéllas cuyo domicilio efectivo se encuentre en otro territorio.

2.2.3.13. PRIMACIA TEORICA DEL CRITERIO DE CONSTITUCION.

Al contrario que en el anterior punto analizado, en esta ocasión se le da la mayor importancia al criterio de constitución. El criterio de constitución no necesita estar integrado por ningún otro factor material; pues, se apoya sobre una conexión jurídica, se encuentra en la aparición de la persona jurídica, y que por este motivo, recogiendo el momento de vinculación entre el ente que atribuye y el ente que recibe la personalidad

(60) *Ibid.*, págs: 111 y 112.

jurídica, determina a un mismo tiempo esta personalidad y la nacionalidad a ella conexas. Es Lefebvre quien defiende la presente. (61)

En nuestro primer capítulo estudiamos los conceptos de nacionalidad y personalidad, llegando a la conclusión de que sólo podemos hablar de una nacionalidad de las sociedades mercantiles en cuanto les sea reconocida una personalidad jurídica; es por eso que coincido con la opinión del profesor italiano. El reconocimiento de la personalidad jurídica lleva consigo la atribución de la nacionalidad si tomamos en consideración el criterio de la ley de constitución y no el del domicilio social en el que si se hiciese se caería en el primero y la precedente personalidad jurídica, y con ello la nacionalidad extranjera, serían irrelevantes.

2.2.3.14. RAZONES POR LAS CUALES SE RECONOCE LA NECESIDAD DE QUE LAS SOCIEDADES ESTABLEZCAN SU DOMICILIO EN EL PAIS DE CONSTITUCION.

Las exigencias de orden metajurídico que determinan la necesidad de que las sociedades establezcan su domicilio en el país de constitución, son de orden práctico, político y económico.

El factor económico en la nacionalidad de los entes colectivos mercantiles, afirmado por algunos autores, es que ésta no es más que una vinculación económica, al negarlo, no desconozco el papel importante que juega en la vida de una sociedad y en la ley que ha de regularla. Es por eso que un Estado, al atribuir su nacionalidad se vincula jurídicamente con la sociedad y la sujeta a su propia economía y a sus intereses políticos,

(61) *Ibid.*, págs: 112 y 113.

controlando su funcionamiento y sus relaciones con terceros, para lo cual es necesario que tenga su domicilio dentro de su ámbito jurisdiccional, no por ello, afirmamos que este elemento material tenga la categoría de circunstancia determinativa de la nacionalidad de las sociedades mercantiles.

La vinculación jurídica entre un ente colectivo mercantil y un Estado, es reconocida en cuanto el domicilio de ésta se establezca dentro de los límites territoriales de éste. La no existencia de este requisito, indispensable, implica la no atribución de la nacionalidad a ésta.

El Estado, de conformidad con sus leyes respecto a las cuales se constituya una sociedad, puede demandar el cumplimiento de algunos requisitos necesarios para preservar intereses que el criterio del domicilio social no salva; lo anterior, lo vemos ejemplificado en la Primera Guerra Mundial (1914-1918), que dio origen al denominado criterio de control, que a continuación estudiaremos.

2.2.3.15 EL CRITERIO DEL CONTROL.

Al iniciarse la Primera Guerra Mundial dominaba el criterio del domicilio social.

Esta primera conflagración originó que los Estados abandonaran su antigua forma de determinar la nacionalidad de las sociedades mercantiles. Así: el Decreto francés del 27 de septiembre de 1914; la Proclama real inglesa del 5 de agosto del mismo año; el decreto italiano del 24 de junio de 1915, y el Decreto alemán del 26 de noviembre de 1914 y la Ordenanza del 16 de diciembre de 1916. Las anteriores tienen como finalidad impedir el comercio con los súbditos enemigos, encontrándose los bienes de éstos sujetos a secuestro. Los países tenían la necesidad de quitar la careta a aquellas sociedades aparentemente nacionales, para poner de manifiesto su verdadera

nacionalidad. Para lograr dicho objetivo, hizo aparición el sistema de nacionalidad de los socios que ya preconizara Vareilles-Sommières, y cuya fórmula se anticipa al criterio del control, que, en un comienzo se estructuró concediéndoles a los tribunales la facultad de investigar en cada caso si la sociedad no era más que la persona interpuesta que permitía a los enemigos actuar, en contra de los intereses nacionales.

Posteriormente se abandonó esta fundamentación, distinguiéndose entre nacionalidad pública y nacionalidad privada, misma que es elaborada por el ministro de Justicia francés en una circular del 29 de febrero de 1916 en la que se decía que "todos los datos a que se atiende el derecho privado para determinar la nacionalidad de una sociedad son inaplicables cuando se trata de fijar el carácter real de un ente mercantil desde el punto de vista del derecho público" (62), y así, a pesar de que se reconocía que la nacionalidad de derecho privado se fijará con relación al domicilio social o de acuerdo a otros criterios, se señala que los intereses de orden público obligan a que se señale como enemigo a aquellos nacionales, que al ser investigados por los tribunales, pertenezcan o se encuentren controlados por súbditos que posean aquella condición.

En los Tratados de Paz: Versalles, de Saint-Germain y Trianon, emplean la fórmula denominada "del control" en la que deberá determinarse quien controla la sociedad. Será extranjera, si es controlada por extranjeros. Se pretende que la fijación de la nacionalidad se haga investigando la nacionalidad de las personas físicas que manejan la sociedad.

(62) Ibid., págs: 119 y 120.

Leonel Pereznieto afirma que "es el criterio más completo, ya que en realidad, se trata de un criterio múltiple" (63). El opina lo anterior, pues señala que abarca el criterio de la nacionalidad de los asociados, de los cuadros directivos, de los capitales, origen de la toma de decisión, etc.

Nos surge la interrogante de que este denominado criterio de control, afecte la noción de nacionalidad de las sociedades mercantiles y modifique el sistema de determinación de la misma.

La doctrina ha llegado a la conclusión de que este criterio del control, no es de utilidad por las siguientes razones: en primer término, porque él, como su precedente (64), conduce a la negación de la noción de personalidad jurídica del ente colectivo y, en consecuencia, a la de su nacionalidad, que no puede distinguirse en pública y en privada, pues sería ilógico sostener que un ente posee dos nacionalidades. En segundo lugar, no es aceptable, porque es de difícil aplicación práctica.

Cabe señalar que el criterio del control pone de manifiesto la inestabilidad del sistema del domicilio social para atribuir la nacionalidad a una sociedad mercantil y afianza, por el contrario, el de constitución, que permite a los Estados asegurar sus intereses políticos y económicos, al poder adoptar medidas restrictivas para la constitución de sociedades mercantiles.

Podemos concluir que los inconvenientes teóricos de este criterio, son los siguientes: "a) pueden ser personas de diferentes nacionalidades las que controlan a la sociedad; b) en las sociedades de múltiples socios no es posible saber a ciencia cierta quién ejerce el control sin una investigación

(63) Pereznieto Castro, Leonel. Op. cit. supra., nota 10, pág: 72.

(64) El criterio del domicilio social.

previa lo suficiente exhaustiva y minuciosa; c) el control es una situación de hecho que es variante en cada caso por lo que el criterio sería polifacético. La mejor demostración de esta objeción está en el hecho de que Niboyet enumera algunos medios de determinar que el control es extranjero por ejemplo: 1o. la sociedad es sucursal de una casa extranjera y ésta ejerce el control; 2o. una sociedad está administrada en su mayoría por extranjeros; 3o. el capital está en manos de extranjeros. d) Señala Helguera como objeción la presencia de arbitrariedades que pueden cometerse para descubrir si una sociedad está controlada por el enemigo." (65)

Habiendo elaborado un examen doctrinal de los criterios de determinación de la nacionalidad de las sociedades mercantiles, procederemos a estudiar el Derecho interno y el Derecho internacional que se refiere a la materia de esta investigación.

(65) Arellano García, Carlos. Op. cit. supra., nota 6, pág: 317.

CAPITULO III

CAPITULO III

3.1. LEGISLACION EXTRANJERA. DERECHO INTERNO.

Habiendo elaborado un examen de aquellas doctrinas que determinan la nacionalidad de las sociedades mercantiles, observamos, la casi completa inasistencia en los ordenamientos jurídico positivos, tanto en los internos como en el internacional, de normas referentes a la materia que estudiamos.

En este tercer capítulo, estudiaremos los diferentes criterios tomados en cuenta por el derecho constituido; para lograr este propósito se investigarán las direcciones seguidas por algunos Estados europeos y otros americanos.

En la América Latina los ordenamientos legales se orientan en dos direcciones principalmente: la primera, ha colocado las sociedades extranjeras en paridad de derechos con las nacionales; la segunda, establece una notable diferencia entre las dos posturas. Hanse Voelkel (1), ha clasificado las legislaciones centro y sudamericanas de acuerdo a las siguientes orientaciones: 1º) principio angloamericano, según el cual la ley del país donde se ha constituido la sociedad determina su nacionalidad; 2º) el antiguo principio francés (Old French Rule), al decir del autor, según el cual el principal establecimiento o centro de explotación decide la cuestión respecto

(1) Hanse Voelkel, G. Tulane Law Review. Diciembre, 1939. Cit. por Aztiria, Enrique. La nacionalidad de las sociedades mercantiles en la Academia Interamericana. Prólogo de Marcos Satanowsky, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1948, pág: 61.

que si la sociedad es extranjera o no y 3º) el principio del control como determinante de la nacionalidad de una sociedad.

3.1.1. ALEMANIA.

Nos encontramos con una dificultad en el ordenamiento jurídico positivo alemán, pues no podemos deducir claramente el sistema utilizado para determinar la nacionalidad de las sociedades mercantiles.

En Alemania, cuando un grupo de personas físicas, deciden celebrar el contrato de sociedad, a través del cual crean una nueva persona moral, eligen la sede social y concomitantemente hacen una elección indirecta de la ley aplicable (2). El sistema utilizado para determinar la nacionalidad es la sede social. Durante la Primera Guerra Mundial se dictaron dos decretos en los cuales se señalaba que el criterio a aplicarse sería el del control.

La legislación en otros tiempos clasificaba como sociedades extranjeras a las sociedades anónimas cuyo domicilio se encontrase en el extranjero, partiendo de este punto la jurisprudencia ha considerado, generalmente, que la nacionalidad del un ente jurídico viene fijada por el lugar donde la misma reside -tiene su domicilio efectivo- que es el que debe prevalecer (3) independientemente de que pueda haberse establecido en la escritura de constitución; por el contrario, existen resoluciones en las que se afirma ser suficiente el domicilio formal y en las que no se pide que en

(2) Aztiria, Enrique. La nacionalidad de las sociedades mercantiles en la Academia Interamericana. Prólogo de Marcos Satanowsky. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1948, págs: 55 y 56.

(3) Sentencias del Reichsgericht de fecha 14 de mayo de 1892, 9 de marzo de 1904, 16 de diciembre de 1913, 3 de junio de 1927, entre otras.

el lugar designado como domicilio se desarrolle la actividad efectiva de la persona jurídica. (4)

La mayoría de los autores opinan que en Alemania ha dominado el criterio del domicilio social para determinar la nacionalidad de las sociedades mercantiles. La dirección doctrinal alemana, más moderna, cree que su posición es la admitida por el Derecho positivo; ha inclinado su balanza por el criterio de constitución; apoya los considerandos de la sentencia del 10 de julio de 1934, en relación a los cuales: "la nacionalidad de los socios, al igual que la de los gerentes, no tiene ninguna influencia sobre la de la sociedad, puesto que una sociedad constituida con arreglo al derecho alemán, que ha fijado en sus estatutos su domicilio en Alemania y que se ha inscrito en el Registro de Comercio alemán, tiene necesariamente la nacionalidad alemana" (5); de estos considerandos podemos responder que, no pudiendo constituirse en este país una sociedad, especialmente anónima, si no conserva su domicilio dentro de Alemania, la consideración anterior del criterio del domicilio social debe substituirse por el sistema de constitución. Mezger señala que "una vez inscrita la sociedad en el Registro alemán -una vez constituida- ha adquirido ya la nacionalidad alemana y la conserva incluso en el caso de que, por no ser el domicilio indicado por los estatutos conforme con lo dispuesto por la ley, la sociedad puede ser anulada, pues una sociedad anulable es una sociedad alemana que debe ser liquidada de conformidad con las disposiciones alemanas". (6)

Carlos Arellano García discrepa con el punto de vista de Giménez Artigues, quien opina, que en la sentencia

(4) 19 de enero de 1918 y 3 de junio de 1927.

(5) Giménez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 20-capítulo I, págs: 124 y 125

(6) Id.

dictada de 10 de julio de 1934, se manejó el criterio de la constitución; el cree "... que es indiscutible la exclusión de criterio de la nacionalidad de los socios pero, no excluye esta sentencia el viejo criterio alemán de la sede social puesto que este fallo también se refiere a que se haya fijado el domicilio en Alemania. En realidad, en esta sentencia hay una aglutinación de los criterios de domicilio social, de autorización y de constitución para determinar la nacionalidad alemana de una corporación". (7)

Alemania ha admitido la nacionalidad de las sociedades mercantiles en algunos tratados tales como el Tratado de Paz de Frankfort, artículos 11 y 15; Acuerdo con Austria y Hungría de 1878. Acuerdo Germano-Americano de 1909 para la defensa de los Derechos Industriales.

3.1.2. ARGENTINA.

En el derecho argentino, el problema de la nacionalidad no ha sido resuelto con firmeza, mientras que con relación al aspecto del estatuto aplicable a la constitución y funcionamiento de la sociedad, llamada por ellos extranjera, existen normas que resuelven casuísticamente las varias situaciones que pueden presentarse en esta materia.

A mediados del siglo XIX encontramos en Argentina la doctrina que niega la nacionalidad de las sociedades mercantiles. Inglaterra en el año de 1876, realizó una reclamación diplomática a Argentina, como consecuencia de la liquidación de la sucursal local del Banco de Londres y Río de la Plata; Bernardo Irigoyen, Ministro de Relaciones Exteriores Argentino, respondió a esta interposición, sosteniendo que "la sociedad anónima es una persona jurídica distinta de los individuos que la forman y aunque ella sea

(7) Arellano García, Carlos. Op. cit. supra., nota 66-capítulo I, pág. 320.

exclusivamente formada por ciudadanos extranjeros, no tiene derecho a la protección diplomática ..." (8). Estos son algunos de los antecedentes doctrinarios de la Argentina en cuanto a la negación de la teoría de la nacionalidad.

Cuando se discute el Código de Bustamante en la Habana, Cuba, Argentina se mantuvo en la posición de negar la nacionalidad a los entes jurídicos mercantiles. Zeballos, jurista argentino, señaló: "En nuestro Derecho hablan de sociedades mercantiles locales o constituidas en país extranjero". (9)

En el Código de Comercio argentino, se observan tres posiciones con respecto a la personalidad de las sociedades mercantiles foráneas:

"a) Realización de actos aislados de comercio, para los cuales no se necesita autorización gubernativa ni el cumplimiento de formalidad alguna;

b) Establecimiento de sucursales o cualquier representación, en cuyo caso deben cumplir los requisitos de las nacionales. Las sociedades anónimas no requieren autorización si comprueban su constitución legal en su país y se inscriben en el Registro Público de Comercio, siempre que exista reciprocidad en el país de origen;

c) Constitución en el extranjero para realizar su principal comercio en la República. Las sociedades en este caso pueden llegar a considerarse nacionales a todos sus efectos, siempre que tengan su sede social (directorio y asamblea de socios) en el país o suscriban en la República la mayoría de su capital".(10)

(8) Ibid., pág: 321.

(9) Aztiria, Enrique. Op. cit. supra., nota 2, pág: 39.

(10) Ibid., pág: 79.

Emilio Hofmannsthal (11), profesor de Derecho en el Instituto Argentino de Derecho Internacional, en Buenos Aires, adopta el régimen atributivo de la nacionalidad que deriva de la incorporación de la entidad; señala que se debe aceptar la teoría de la nacionalidad del registro.

3.1.3. BRASIL.

En la legislación brasileña se reconoce la nacionalidad de las sociedades mercantiles. La nacionalidad de las sociedades se rige en Brasil por los artículos 2o. y 21 de la Introducción al Código Civil, el artículo 19 del mismo, el Decreto núm. 1524, del 23 de octubre de 1913 y el artículo 47 del Decreto núm. 434, del 4 de julio de 1891. Posteriormente se dictan disposiciones relativas a sociedades extranjeras dentro de la reglamentación general de sociedades por acciones de 1940; en la Ley de Sociedades por Acciones, en el artículo 60, se declaran brasileñas las sociedades organizadas conforme a la ley brasileña y que tengan en Brasil la sede de la administración; como notamos, se toma en cuenta un doble criterio para otorgar la nacionalidad, el de la constitución y el del domicilio social.

3.1.4. COLOMBIA.

La Constitución de 1886, en el artículo 14, establecía: "Las sociedades o corporaciones que sean en Colombia reconocidas como personas jurídicas, no tendrán otros derechos que los correspondientes a personas colombianas".

(11) *ibid.*, pág: 72.

La escuela Argentina ha tenido influencia en la doctrina colombiana, en materia de nacionalidad de sociedades. En 1936 se realizó una reforma al artículo 14, se reemplazó por el siguiente: "La capacidad, el reconocimiento, y, en general, el régimen de las personas jurídicas se determinarán por la ley colombiana". Dicha reforma significó para muchos la consagración del principio de no nacionalidad. Según José Joaquín Calcedo Castilla (12), la razón de dichas reformas, consistía en que se deseaba consagrar en la Constitución la doctrina que rechaza la nacionalidad de las sociedades, pero esto tuvo resistencia, aceptándose el texto transcrito en segundo lugar como una fórmula transaccional. Por tanto, si la legislación secundaria (13) no niega la nacionalidad, las personas morales seguirán teniendo nacionalidad pero, la constitución ya no era un obstáculo para que el legislador ordinario niegue la nacionalidad de las personas morales que hemos venido estudiando.

3.1.5. ESPAÑA.

El ordenamiento jurídico español, en su legislación interna es uno de los pocos que expresamente se refiere a la determinación de la nacionalidad de las personas morales el criterio que la informa se encuentra lejos de una interpretación única. Existen tres criterios dominantes en la legislación española: el del domicilio, el de la constitución y el del domicilio-constitución.

(12) Derecho Internacional Privado. 5a. Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1960, pág: 162. Cit. por Arellano García, Carlos. Op. cit. supra., nota 7, pág: 321.

(13) La Corte Suprema de Justicia en dos pronunciamientos del año de 1937 y el Decreto núm. 65 de 1941, reconocieron la existencia de sociedades mercantiles, no negando la nacionalidad.

En el artículo 28 del Código Civil, se han dado tres interpretaciones; en el párrafo primero se establece que "Las Corporaciones, Fundaciones y Asociaciones reconocidas por la Ley y domiciliadas en España, gozarán de la nacionalidad con arreglo a las disposiciones del vigente Código" la mayoría de los autores (14) han llegado a la conclusión de que "el domicilio es el vínculo distintivo de la nacionalidad de la persona jurídica o moral", otros juristas en el mismo párrafo interpretan que el criterio dominante es el del "domicilio-constitución" (15), ya que en dicho artículo se exigen, sobre la condición esencial de que las Asociaciones que han de poseer una nacionalidad española sean personas jurídicas los dos requisitos de: a) haberse constituido según la Ley Española y b) tener el domicilio en España, de esta manera observamos que se cumplen con las condiciones del criterio del domicilio-constitución.

Por otra parte en el párrafo 2o. del mencionado artículo 28, se hace referencia a las personas morales extranjeras citando a las Asociaciones domiciliadas en el extranjero; a pesar de que en la legislación civil existen otras disposiciones que ratifican el criterio del domicilio, por otra parte, permiten, y ello de modo especial si se constriñe el problema a las sociedades mercantiles y se presta preferente atención al Código de Comercio, sustentar la vigencia del sistema de la constitución y aún afirmar que el único criterio de distinción entre sociedades españolas y extranjeras a que atiende la

(14) Gay, Lasala, Leven, Manresa, Travers, Trisas, entre otros.

(15) Rühlend. Recueil des Cours de l'académie de Droit International, 1933, volumen III, pág: 422. Cit. por Gimenez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 5, págs: 126 y 128.

legislación de este país, para lo cual debemos acudir a la interpretación del artículo 15 de Código de Comercio, ya que emplea para designar a las sociedades mercantiles extranjeras la frase de "las sociedades constituidas en el extranjero"; también, en el último párrafo del artículo 21 se señala que las sociedades extranjeras, para poder establecerse en España, deberán comprobar que han sido debidamente constituidas de acuerdo a la legislación de su país respectivo.

Los autores que se niegan a aceptar el criterio del domicilio, ateniéndose únicamente al párrafo primero del artículo 28 del Código Civil observan como al lado del elemento domiciliar se exige que las Asociaciones se constituyan de acuerdo a la legislación española; este es el concepto que determina la nacionalidad por lo cual no debe dársele más valor al párrafo 2o.; también, refiriéndose al problema conexo de la condición jurídica, que atiende sólo al domicilio, interpretan como una imprecisión del legislador ya que por un lado, la mayoría de sus disposiciones que se refieren a las sociedades extranjeras hablan de sociedades constituidas y domiciliadas en el extranjero y que esta doble enunciación de elementos de conexión se puede ver en las Sentencias del Tribunal Supremo español en las cuales sin utilizar el término de nacionalidad se fija la condición jurídica de sociedades constituidas y domiciliadas en el extranjero. (16)

El artículo 28 del Código civil en la primera parte, es muy elocuente. Atribuye la nacionalidad española a las personas morales que reúnan un doble requisito: que estén domiciliadas en este país y que sean reconocidas por su legislación. Es evidente la aceptación del doble criterio "domicilio-constitución". No se deja de admitir la existencia

(16) Ibid., págs: 128 y 129.

de disposiciones que están influenciadas por la doctrina del control en materia de concesiones de minas, por reciprocidad, en la constitución de nuevas industrias y sobre la inscripción de bienes a favor de Congregaciones Religiosas, Ordenes e Iglesia.

Como se mencionó en el párrafo anterior existen argumentos que responden negativamente, si deseamos señalar que el criterio del domicilio es el que designa la nacionalidad de las sociedades mercantiles, ellos son: las disposiciones legales, en las que para hablar de las sociedades extranjeras únicamente se hace referencia el elemento "constitución" o claramente se manifiesta la irrelevancia del domicilio (artículo 8o. del R. D. L. del 12 de julio de 1924) e incluso quizá el mismo Tribunal Supremo (en algunas sentencias sin mencionar la noción de nacionalidad, pero refiriéndose a ella, habla de personalidad propia, constitución con arreglo a las leyes e innecesariamente, del centro de explotación de la sociedad, pero no de su domicilio social) apoyaría esta interpretación que hace coincidir el derecho positivo español con lo sustentado. Para obtener la nacionalidad española, las sociedades deben constituirse de acuerdo con la legislación de este país, y aún cuando esta prohíba expresamente que una sociedad constituida por ella se encuentre en el extranjero (17) puede estimarse que, tácitamente se impone la obligación de situarlo en España. Aún considerando que el único elemento determinativo de la nacionalidad es su constitución, este reportará las ventajas prácticas del mixto, domicilio-constitución; estos son compatibles con aquella facultad del Estado de tomar medidas que estime necesarias para

(17) Artículo 1o. del Decreto-Ley del 17 de julio de 1947. Este artículo exige la tenencia del domicilio social en territorio sometido a la soberanía del Estado español.

no autorizar la nacionalidad, de aquellas sociedades cuyos objetivos fuesen contrarios a los intereses políticos o económicos de la nación.

En los convenios internacionales que España ha ratificado con otros Estados, se han adoptado sistemas diversos, la tendencia más reciente para determinar la nacionalidad de las sociedades, es el doble criterio domicilio-constitución; en el Tratado firmado con Inglaterra el 27 de junio de 1924, el sistema de constitución se complementa con el de la autorización. Estos criterios tienen un valor relativo, pues sólo se ponen en práctica en aquellos casos estipulados en el Tratado.

3.1.6. FRANCIA.

George Ripert (18) coincide con Gimenez Artigues, en que la ley francesa no da ninguna solución general o criterio para determinar la nacionalidad de las sociedades mercantiles.

La ley francesa nada expresa en concreto sobre la noción de nacionalidad. No existe ley alguna en Francia, que legisle sobre un criterio de distinción entre las sociedades francesas y las extranjeras. El legislador de este país no se ha preocupado por resolver este problema y ha dejado a los tribunales la libertad de resolver la cuestión de acuerdo a las características de cada caso, esto se deduce de la exposición de motivos de la ley de 1883, que "sólo si los tribunales no vienen sujetos por un texto, podrán fácilmente rehusar o conceder la nacionalidad francesa según la diversidad de hipótesis que ante ellos se presentarán".

(18) Tratado Elemental de Derecho Comercial. Tomo II, Sociedades. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, págs: 29 y 30. Cit. por Arellano García, Carlos. Op. cit. supra., nota 7, pág: 322.

Una de las razones por las cuales le era complicado tomar una posición al legislador, era que la jurisprudencia se mostraba vacilante, indicando tan pronto como sistema determinativo de la nacionalidad de las sociedades el de la nacionalidad de los socios (sentencia del 26 de mayo de 1884), como el del lugar de explotación (sentencia del 10 de febrero de 1863), como el del domicilio social (sentencia del 20 de marzo de 1893), cuando no el del lugar de constitución (sentencia del 10 de febrero de 1881).

Es a finales del siglo pasado que la jurisprudencia francesa comenzó a adoptar un criterio uniforme, que se hubiese terminado de discutir si no hubiese sido por la primera conflagración mundial. Este sistema, era el del domicilio social, definiendo como centro administrativo donde residen los órganos directivos y donde se reúne el consejo de administración (Sentencia de Lille del 21 de mayo de 1908 y de Perpignan del 12 de junio de 1916).

El domicilio debía ser real, en caso de ser ficticio, el tribunal era el que podía señalar cuál era el efectivo, siendo el que establece una relación entre la sociedad mercantil y el Estado que otorga su nacionalidad, además servía como fundamento para determinar esta.

El carácter ficticio del domicilio social no se establecía sólo con base a la existencia o no de los órganos directivos cuya residencia en un lugar lo determina, sino que la jurisprudencia francesa, confundiendo el significado de simulación con fraude a la ley, estableció que si una sociedad llegase a presentar todas las características de una sociedad francesa, tenía derecho a decir que la designación de domicilio social en el extranjero no era sino una ficción. De esta manera se apoyaba en elementos extraños a la noción del

domicilio social (19), se aplicó la noción de fraude a la ley a las sociedades mercantiles.

Durante los años 1914-1918, mismos en los que tuvo lugar la Primera Guerra Mundial, la jurisprudencia francesa señaló que existe una diferencia entre nacionalidad pública y la privada, se guió por el denominado criterio del control para determinar la aplicación a las sociedades de los decretos que durante esta época se dieron, tomando en cuenta la nacionalidad de la mayoría de los socios (sentencia de Rouen del 19 de enero de 1916) o de la mayoría del capital (sentencia del Sena del 26 de octubre de 1916), o requiriendo, en ocasiones, la concurrencia de ambas circunstancias (sentencia del Sena del 28 de diciembre de 1915), mientras que incompatiblemente, en otras resoluciones se tomaba en consideración la existencia de cualquier otro indicio de control enemigo (sentencia de París del 7 de julio de 1916 y 27 de febrero de 1917).

Finalizada la guerra, los tribunales volvieron a tomar en consideración el sistema del domicilio social, único que determinaba la nacionalidad de las sociedades, con independencia de la nacionalidad de los socios, en las sociedades de personas y de la procedencia de sus capitales, en las sociedades capitales. Solá Cañizares (20), señala en un interesante estudio, que la tendencia legislativa es contraria a la doctrina clásica y favorable a considerar la sociedad como francesa o extranjera según la nacionalidad de los que poseen la mayoría del capital.

(19) Tales como las circunstancias concurrentes a la formación de una sociedad, la nacionalidad de los socios, el origen del capital o la ausencia de interés en el país donde se encuentra el domicilio social.

(20) Solá Cañizares, Felipe de. "La Ley". Tomo 47, Sección Doctrinaria, pág: 1052.

Las sociedades extranjeras de personas siempre han podido actuar con libertad, sin necesidad de autorización; pero, las sociedades de capital deben ser expresamente reconocidas.

En una sentencia del 25 de julio de 1925 se declara incompetente a los tribunales judiciales, para tomar en cuenta el domicilio social como base para determinar la nacionalidad de Derecho público de una sociedad mercantil.

En la Segunda Guerra Mundial, la Ley del 10. de septiembre de 1939, volvió a considerar como enemigos a las corporaciones que dependen de uno o varios individuos que se determinan como enemigos. Nuevamente al tomar en cuenta el denominado criterio de control, podemos afirmar que éste, más que un sistema de determinación de la nacionalidad, es una medida para limitar el ejercicio de ciertos derechos. La jurisprudencia generada con motivo de esta última guerra, acentúa su dirección en el sentido de que la nacionalidad de la sociedad debe determinarse por la calidad de aquellos que la controlan, es decir, la personalidad de sus dirigentes y el origen de sus capitales.

Podemos concluir señalando que el legislador francés se ha limitado a establecer que una sociedad por acciones francesa no puede cambiar de nacionalidad, lo que nos induce a pensar que existe un reconocimiento tácito de la nacionalidad de las sociedades. Son los tribunales, los que han tenido que enfrentar dicha cuestión y determinar bajo que circunstancias a una sociedad se le va a estimar como francesa o extranjera, todo ello lo ha hecho a través de su jurisprudencia. En la anterior se han sustentado diversos criterios, algunas veces, la nacionalidad de los socios, otras el lugar de explotación, el domicilio social, o el lugar de constitución hasta que al final, se admitió un criterio constante consistente en el llamado "domicilio efectivo" pero, durante la primera conflagración mundial este último

fue substituido por criterios como nacionalidad de los socios, mayoría del capital, ambos elementos, o el control por el enemigo; terminada esta primera guerra se regresó al sistema del domicilio social; es en la segunda que se vuelve a adoptar el criterio del control.

3.1.7. ESTADOS UNIDOS.

Los Estados Unidos de Norteamérica, poseen en común con el Derecho ingles el sistema de incorporación para las sociedades mercantiles.

En las Cortes de Justicia se ha tomado en cuenta el principio de la territorialidad de las leyes, por lo que han limitado la existencia de la sociedad a las fronteras; es decir, de este principio derivan su domicilio y, como consecuencia, su nacionalidad. No se han tomado como elemento para determinar la nacionalidad, por considerarlo no importante, a la nacionalidad de los asociados: directores, administradores o simples accionistas. Esta doctrina se ha aplicado en un caso celebre: "Continental Tyre and Rubber Co. Ltd. v. daimler Co. Ltd" (1915), se declaró inglesa una sociedad cuyo país de constitución es Inglaterra, sus accionistas y Consejo de Administración estaban formados por ingleses, menos uno, el cual era alemán. La ley norteamericana, coincide con la legislación inglesa, en haber considerado nacional a esta sociedad, por haberse constituido en Inglaterra. Uno caso similar se presentó en los Estados Unidos en el "Estado de Nueva York, en relación con la firma Fritz Schultz Co., constituida en el mismo y compuesta también por personas en su mayoría de nacionalidad germánica". (21)

En los Estados Unidos se admite la tesis afirmativa de la nacionalidad al distinguirse entre "domestic corporation" y

(21) Aztiria, Enrique. Op. cit. supra., nota 2, pág: 48.

"foreign corporation". Tiene el carácter de domestic aquella que se ha constituido de acuerdo con las leyes de una entidad federativa y es foreign la que se estructuró conforme a otras leyes. En el régimen federal de los Estados Unidos se consideran extranjeras, en cada Estado, las personas jurídicas a las que nos hemos referido en los demás; si una sociedad es constituida en Virginia, será extranjera en el Estado de California; existe una excepción, cuando la sociedad es federal, es decir proviene de la autoridad del gobierno federal, de las leyes federales. En tal caso, se considera nacional en cualquiera de los Estados que desarrolle su actividad. Existen algunos Estados (22) en los cuales no se considera esta excepción, considerándose igualmente sociedades extranjeras. Carlos Arellano afirma que para moderar esta postura se ha admitido la ficción de que "todos los miembros de una sociedad de capitales se considera como si habitasen en el territorio del Estado en el que la sociedad tiene establecida su sede". (23)

La doctrina y la jurisprudencia americana definen a las sociedades constituidas conforme a la ley de un país extranjero como "alien corporations". (24)

Existe una distinción entre Inglaterra y Estados Unidos, pues, este último, reconoce como nacional de un país a la sociedad que se ha constituido conforme a las leyes de ese país, frente al criterio de domicilio y aún frente al criterio del control en épocas anormales. No se llegó a considerar como enemigo, a una sociedad formada por personas físicas enemigas, sino nacional, pero, sí se podía proceder contra

(22) Alabama, Connecticut, Delaware, Idaho, Kentucky, Maine y Minnesota.

(23) Arellano García, Carlos. Op. cit. supra., nota 7, pág: 323.

(24) Id.

las personas físicas accionistas enemigos a quienes se le podrán secuestrar sus acciones. Los Estados Unidos en situaciones difíciles, como una guerra, no varía su sistema para determinar la nacionalidad. Sólo actúan respecto de sus socios.

3.1.8. INGLATERRA.

El Derecho Inglés, es consuetudinario por excelencia, este mismo se ha delimitado con precisión a través de la jurisprudencia, ha admitido la teoría afirmativa de la nacionalidad de las sociedades y ha atribuido la nacionalidad basándose en el criterio de la constitución.

En el siglo pasado el principio dominante era el de que "toda corporación regularmente constituida en su país del origen es reconocida como tal en Inglaterra" (25). Es hasta el año de 1908, en que se regula directamente el problema de la nacionalidad de las sociedades mercantiles. La ley fundamental de este año y el Companies Act de 1929, que la substituyó, regulan (artículo 343-353 de la segunda) las sociedades constituidas fuera de la Gran Bretaña y que ejercen en ella el comercio.

El criterio de distinción de sociedades nacionales y extranjeras no es posible deducirlo directamente de la legislación, ya que, en el Company Act, evitan emplear el calificativo de nacional, dividiendo las sociedades: en incorporadas en la Gran Bretaña e incorporadas fuera de los territorios de esta; para conocerlos debemos recurrir a la jurisprudencia, la cual presenta una simplicidad que Gimenez Artigues define de la siguiente manera: "tres

(25) Comunicación de Decugis. Travaux du Comité français de Droit International Prive. Volumen I, pág: 72. Cit. por Gimenez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 5, pág: 135.

minutos bastan para exponerlo, siendo verdaderamente un éxito de la legislación (sic) Inglesa el de permitir regular en unas frases una cuestión tan compleja" (26). Son consideradas nacionales las sociedades incorporadas en la Gran Bretaña y extranjeras las demás. Durante la guerra este criterio no fue tomado en cuenta para determinar la nacionalidad de las sociedades; pero, la solución antes mencionada, tiene su fundamentación en la estimación de que la sociedad es creada, como persona jurídica independiente de los socios, por el ordenamiento jurídico de un Estado, que es el único capaz de regular su estatuto personal, que, cuando se refiere a las personas morales, no es determinado por su domicilio, a menos que se comprenda este, como el lugar de registro o incorporación.

En la legislación correspondiente a la primera conflagración (27), fue sostenido el principio de que la nacionalidad e incluso el carácter enemigo de las sociedades se determinaban por el país de incorporación; una nueva proclama del 14 de septiembre de 1915, estableció la posibilidad de que incluso una sociedad incorporada en Inglaterra fuese considerada como enemiga si desarrollaba su actividad en país enemigo, el criterio tradicional no fue modificado hasta que la reclamación de una cantidad a la Compañía Daimler, por la Continental Tyre and Rubber C. Ltd., creada de conformidad con la ley inglesa, pero cuyo capital era poseído en casi su totalidad por alemanes, planteó a los tribunales ingleses la cuestión de determinar su carácter enemigo o no. En la primera instancia y en la apelación se tomó en cuenta el criterio tradicional y pensando que la situación de que sus socios o sus directores sean súbditos enemigos no afecta el carácter de una sociedad,

(26) Gimenez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 5, pág: 136.

(27) I with de Enemy Proclamation del 9 de septiembre de 1914, así como la Act of Parliament del 18 de septiembre del mismo año.

por lo tanto la consideraron inglesa; pero, el 30 de junio de 1916, la Cámara de los Lores, al resolver este problema en sentido contrario, retomando la tesis sustentada por Lord Parker, y afirmando que una sociedad al no tener conciencia se halla falta de presupuesto necesario para tener una propia nacionalidad, por lo que, según que sus representantes residan en país amigo o enemigo, debe tener el carácter de amiga o enemiga, la calidad enemiga de los accionistas no puede, por sí misma, afectar la de la sociedad, ha de tenerse sin embargo en cuenta esa calidad para saber si las personas que obren en nombre de la persona moral y que dirigen su actividad reciben la inspiración del enemigo o aceptan el control de este; el carácter de enemigo no viene directamente determinado por la nacionalidad de los socios, sino por el hecho de que sus directores tomen instrucciones o actúen bajo el control de enemigos, formuló el criterio del control; es en este momento que es adoptado por los tribunales ingleses, siendo retomado nuevamente en la Segunda Guerra Mundial, siendo recogida por el propio *Enemy Act* del año 1939, en la segunda sección de esta acta, para determinar el carácter enemigo (28), se atiende a dos sistemas: el de incorporación y el del control.

En el Congreso de la Haya, en 1932, Williams-Crusschi (29), declaró que el criterio del control no atribuye una nacionalidad enemiga, sino la condición de tal, que la nacionalidad en el derecho inglés se determina por el criterio de incorporación.

(28) Que se conceptúa como: a) todo grupo de personas en sociedad o sin ella que efectúen negocios en cualquier lugar, mientras el grupo este controlado por cualquier persona que conforme a esta sección sea enemigo, y b) todo grupo de personas constituido o incorporado en o bajo las leyes de un Estado en guerra con la Gran Bretaña.

(29) Gimenez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 5, pág: 138.

Enrique Helguera sostiene: "La Gran Bretaña ha sido la nación que tradicionalmente ha sostenido el criterio de la constitución (Incorporation), al grado de que se le conoce con el nombre de sistema anglosajón". (30)

3.1.9. ITALIA.

La escasa regulación de las sociedades extranjeras en Italia, nos permite realizar una interpretación, en la cual se deduce el criterio de determinación de la nacionalidad de las sociedades y ofrece en la doctrina italiana una mayor desigualdad.

Se dedicaba la cuestión en el Código de Comercio de 1882, en los artículos 230, 231 y 232, y en el nuevo Código civil contiene un capítulo, con seis artículos, del 2505 al 2510, que trata de las sociedades constituidas en el extranjero o que operan en el extranjero.

Algunos autores (31) y en abundante jurisprudencia (32) atienden para fijar la nacionalidad de los entes jurídicos mercantiles al criterio de la sede, que deducen de los artículos del Código Comercio, interpretando el artículo 230, párrafo 1o., refiriéndose a las sociedades extranjeras, como aquellas que tienen su domicilio en el extranjero y que establecen sucursales en Italia; en el párrafo 4o. del citado artículo y en el 232, se entiende a sociedades nacionales a las constituidas en el extranjero que tienen en Italia su domicilio y el objeto principal. Otros juristas (33) y una

(30) Arellano García, Carlos. Op. cit. supra., nota 7, pág: 323.

(31) Manara, Diena, Vivante y, de alguna manera, Cavaglieri.

(32) Turín, 17 de diciembre de 1903; Palermo, 28 de diciembre de 1908; Ancona, 9 de mayo de 1919, etc.

(33) Anzilotti, Balladore-Pallieri, Fedozzi, Lefebvre, entre otros.

también abundante jurisprudencia (34) admiten como criterio distintivo entre sociedades nacionales y extranjeras el de la constitución, estimando que del artículo 230 al 232 se refieren a las sociedades extranjeras, que lo son todas las que han sido legalmente constituidas en el extranjero, debiendo entenderse como Italianas las que han recibido su existencia jurídica de la legislación italiana, la cual impondría la obligación de que, para que la sociedad se constituya regularmente, su domicilio se encuentre dentro del territorio; sin que por ello el domicilio juegue ningún papel en la determinación de la nacionalidad de las sociedades mercantiles, ya que, incluso en el caso de que la sociedad constituida en Italia estableciese su domicilio en el extranjero, sería una sociedad irregular, pero del mismo modo italiana, porque el criterio que rige en esta legislación es el contrato de constitución y la que ha atribuido la condición de sujeto autónomo de derechos.

En el Código de 1942, podemos deducir el criterio de constitución, aunque en el artículo 2505 podemos deducir el del domicilio y aun el del lugar de explotación; el legislador al referirse a las sociedades extranjeras, considera como tales a las constituidas en el extranjero (artículos 2505 al 2507) y que, por el contrario, al hacerlo (art. 2509) a las que operan en el extranjero, las sujetase a las disposiciones de la ley italiana si se han constituido en el territorio del Estado, da bases para interpretar que en este Código se formula el criterio del lugar de constitución, que en el Derecho positivo coincide con el de ley de constitución.

Para Francisco Ferrara "el problema de la nacionalidad de las sociedades no surge cuando la sociedad se crea en el Reino y está destinada

(34) Genova, 16 de julio de 1924; Turín, 2 de febrero de 1927, etc.

a operar igualmente dentro del Reino, porque entonces es claro que su nacionalidad es italiana... pero, también son consideradas como italianas otras sociedades: a) Las constituidas en el territorio del Estado, aunque el objeto de su actividad este en el extranjero (art. 2509). b) Aquellas que tienen su domicilio administrativo en el territorio del Estado, aunque se hayan creado en el extranjero y en el tengan el objeto principal de la empresa (art. 2505). c) Aquellas que tienen el objeto principal de su empresa en el territorio del Estado, aunque se hayan creado en el extranjero y en el tengan el domicilio de su administración". (35)

3.1.10. PORTUGAL.

En el pasado Código Portugués no se encontraba ninguna regla relativa a las sociedades extranjeras. En la Ley del 11 de septiembre de 1861, tampoco se definieron de manera expresa cuáles eran estas sólo se les consideraba como aquellas que han sido autorizadas por gobiernos extranjeros. El criterio que tomaban en cuenta era el de la autorización, el cual fue abandonado por la Ley del 22 de junio de 1867, que consideraba extranjeras a las sociedades anónimas que se han constituido en el extranjero conforme a las leyes de este país en el que ejercen su actividad.

El Código de Comercio Portugués de 1888, es influenciado por el italiano de 1883, por lo tanto, este mismo ha motivado disparidad doctrinal en su interpretación. Esta disparidad no se extiende al campo jurisprudencial por el motivo de que "ninguna de las sentencias que sobre el régimen jurídico de las sociedades se han dictado discute aquel problema". (36)

(35) Empresarios y Sociedades. Editorial Revista de Derecho Privado. Pág: 385. Cit. por Arellano García, Carlos. Op. cit. supra., nota 7, pág: 324.

(36) Gimenez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 5, págs: 141 y 142.

Los artículos, referentes a la materia estudiada, del Código antes mencionado, son 109, 110 y 111, así como el 54. Para interpretar la legislación portuguesa, la doctrina ha tomado en cuenta los decretos de 23 de diciembre de 1899, 24 de noviembre de 1917, 27 de noviembre de 1917, 27 de marzo de 1918, 30 de mayo de 1919, relativos a las colonias; el artículo 49 del decreto de 21 de octubre de 1907, sobre seguros; el decreto de 20 de marzo de 1925, sobre comercio bancario; el artículo 13 del Código de Procedimientos comerciales y alguna otra disposición.

Vilalta, se refiere a los anteriores textos opinando que "a) que la nacionalidad de las sociedades se encuentra relacionada con tres elementos: país de constitución, sede social y ejercicio del comercio principal; b) que país de constitución legal equivale a país de la sede, pues según el legislador Portugués sólo en este país se puede constituir legalmente una sociedad; de lo que deduce, lógicamente c) que el elemento país de constitución no es independiente, sino que es absorbido por el de la sede, distinto del de comercio principal, que por otra parte d) es absorbido por aquel que, e) y en consecuencia, siempre que tenga carácter de real, es el que fija en el Derecho positivo Portugués la nacionalidad de las sociedades mercantiles". (37)

El oponente del texto antes citado es Barbosa de Magelhaes, entre los que comparten su opinión encontramos a Moreira, Reis, Belrao, a pesar de que es partidario de la teoría del domicilio social, reconoce que el criterio que predomina en la legislación es el de constitución; por lo tanto, una sociedad es extranjera cuando se constituye en el extranjero y, es nacional cuando se constituye en Portugal. Este autor, al comentar el artículo 230 del

(37) *Ibid.*, págs: 142 y 143.

Código Italiano de 1883, interpreta el artículo 110 de Código Portugués, el cuál señala: "Las sociedades que quieran constituirse en el extranjero, pero que deban tener su sede en el país y ejercer en el su principal comercio serán consideradas para todos los efectos como sociedades nacionales y estarán sometidas a las disposiciones del presente Código", si una sociedad tiene su domicilio en Portugal y su principal establecimiento serán sometidas a la legislación constituyan en dicho país, a estas, el ordenamiento jurídico, no les impone que establezcan su domicilio en Portugal, pero, presuponen que así lo harán.

Existe un criterio complejo para determinar la nacionalidad de las sociedades cuya actividad, es de interés de este país, pero, sólo serán nacionales las que se político o económico para el Estado Portugués (38); dicho criterio lo establece la Ley de nacionalización de capitales de 13 de abril de 1943, la cual exige que a) que estén constituidas en Portugal, b) que tengan su sede en la metrópoli y c) que la mayoría de los socios y de capital sean portugueses.

3.1.11. URUGUAY.

En el ordenamiento jurídico uruguayo, los extranjeros pueden ejercitar el comercio con los mismos derechos y obligaciones de los ciudadanos. En materia de nacionalidad de las sociedades mercantiles se adoptan los principios del sistema francés. En relación a la constitución y funcionamiento, se encuentran normas en el Código de

(38) Aquellas sociedades que hayan de fundar, adquirir, poseer o explotar establecimientos destinados a la gestión o ejercicio de servicios públicos, o actividades con régimen de exclusiva o que le interesen fundamentalmente al Estado.

comercio; la sociedad extranjera con establecimiento en el Uruguay está obligada a cumplir la formalidad del registro en el lugar de domicilio. Para las sociedades anónimas se exige con carácter previo la autorización gubernativa.

3.1.12. OTROS PAISES AMERICANOS.

Entre algunos países, están aquellos que otorgan personalidad jurídica mediante una autorización que sigue al cumplimiento de determinadas formalidades; otros, otorgan existencia jurídica y funcionamiento legítimo, dependiendo de la formalización de trámites similares, sin necesidad de autorización. En el primer caso encontramos a Uruguay, Brasil, Bolivia, Panamá, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras y Chile. Los segundos, que siguen el criterio del anterior Código italiano son Argentina, Nicaragua, San Salvador, Paraguay y Venezuela.

Los países en los cuales es necesario cumplir requisitos, pero, en forma más limitada; han seguido los principios del Código español de 1885; entre los cuales encontramos a nuestro país, a Colombia, Costa Rica, Cuba y Perú. En el Código Civil español se establece que el domicilio determina la nacionalidad y, en el Código de Comercio se entiende por domicilio, el designado en el acto social o los estatutos.

Requieren en general de autorización gubernativa para el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades extranjeras, aunque con diversos matices: Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, San Salvador, Uruguay y Argentina. Es Panamá, quien reconoce personalidad por la sola inscripción en el Registro Mercantil.

En lo relativo a actos aislados de comercio por compañías constituidas en el extranjero, mientras legislaciones como la de Argentina lo

autoriza plenamente en forma expresa, la chilena lo aclara, si tomamos en cuenta el Decreto núm. 135 de fecha 20 de mayo de 1931, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 120 a 127, inclusive, se requiere -conforme al Código de Comercio- la autorización previa del Presidente de la República para que las sociedades anónimas extranjeras puedan establecer agencias en el país; se exigen también, requisitos de inscripción en el Registro de Comercio y publicaciones en el Diario Oficial. Alfredo Aldemate (39) considera, de acuerdo a la legislación anterior como sociedades extranjeras las que se han constituido legalmente en el país de origen sin atender a la nacionalidad de los accionistas.

Perú ha reglamentado en forma explícita, el ejercicio del comercio por compañías foráneas; así, lo observamos en el artículo 15 del Código de Comercio. El Código Civil, además, contiene disposiciones que se refieren a la capacidad de las personas extranjeras.

En Cuba, el artículo 28 del Código Civil, reglamenta el reconocimiento de la nacionalidad de las corporaciones, fundaciones y asociaciones, otorgándola cuando tengan su domicilio en Cuba, que las reconozca la ley y que tengan el concepto de personas jurídicas conforme a los preceptos de dicho Código.

3.2. DERECHO INTERNACIONAL.

En este tercer capítulo, hemos estudiado el Derecho interno de diversos países americanos y europeos, en relación a la dirección que han tomado con respecto a la nacionalidad de las sociedades mercantiles.

(39) Aldemate, Alfredo. Régimen Legal de las Sociedades en Chile. Tomo II, pág: 209. Cit. por Aztiria, Enrique. Op. cit. supra., nota 2, pág: 65.

A continuación procederemos a examinar las direcciones seguidas por convenios internacionales que tratan la cuestión.

3.2.1. TRATADOS INTERNACIONALES.

Existen diversos tratados internacionales que han intentado regular la nacionalidad de los entes morales, sociedades mercantiles; ellos han sido de diversos tipos como los de paz, el Tratado de Montevideo del 12 de febrero de 1889 y las Reformas de 1940, el Código de Bustamante, las Convenciones sobre Reclamaciones entre dos países, las bases aprobadas de la Academia Interamericana. De nuevo, la nacionalidad constituye un elemento importante para definir en los tratados el tipo de compañía que puede gozar de los beneficios y estipulaciones contenidas en los mismos.

3.2.2. TRATADOS DE PAZ.

Se firmaron al finalizar la Primera Guerra Mundial, incluyeron dentro de su clausulado disposiciones en las que no solamente admitieron la nacionalidad de las sociedades mercantiles; sino que señalaron el criterio del control para determinar la nacionalidad de éstas. Entre estos tratados se encuentran: Tratado de Versalles (artículos 244, 276 c, 297 a, y principalmente 297 b); Tratado de Saint-Germain (artículo 249); Tratado de Trianón (artículo 232) y Tratado de Neuvilly (artículo 186). (40)

3.2.3. TRATADOS DE MONTEVIDEO.

Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 son una de las manifestaciones más importantes de la legislación unificada latinoamericana.

(40) Arellano García, Carlos. Op. cit. supra., nota 7, pág: 325.

En Montevideo se celebró un Tratado de Derecho Civil Internacional el 12 de febrero de 1889; fue ratificado por Argentina, Bolivia, Perú, Paraguay y Uruguay, posteriormente se adhirió Colombia, fue reformado el 19 de marzo de 1940. El texto de los artículos 3º y 4º es el siguiente: "art. 3º. Los Estados y las demás personas de Derecho público extranjeros, podrán ejercer su capacidad en el territorio de otro Estado, de conformidad con las leyes de este último." "art. 4º. La existencia y la capacidad de las personas jurídicas de carácter privado, se rigen por las leyes del país en su domicilio."

"El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar de su institución todas las acciones y derechos que les correspondan."

"Mas, para el ejercicio habitual de actos comprendidos con el objeto especial de su institución se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intente realizar dichos actos."

"La misma regla se aplicará a las sociedades civiles."

De los artículos 3º y 4º transcritos con anterioridad, se deriva que el artículo 3º, si habla de personas de derecho público extranjeras; el artículo 4º, tiene buen cuidado de no atribuir la nacionalidad a las sociedades. En la redacción original del artículo 3º en 1889, no se mencionaba la expresión extranjeros aplicada a Estados y demás personas de Derecho Público; sólo se ocupaba del Estado como persona jurídica pero sin atribuirle nacionalidad. Pero, aún no atribuyéndole nacionalidad a las sociedades en el Tratado de 1889, se vieron en la necesidad de regular jurídicamente la actividad extraterritorial de las personas jurídicas. La existencia y capacidad de las personas morales de carácter privado depende de las leyes del país de su domicilio. La actividad, de las personas jurídicas de Derecho privado como de Derecho público, estará sujeta a las leyes del país en que ejerza ésta.

El Tratado de Montevideo de 1889 trata de eludir el concepto de nacionalidad de las personas morales; con las Reformas de 1940, el artículo 3º, admite propiamente la nacionalidad de las personas jurídicas.

El Tratado de Derecho Comercial Internacional, antes y después de las Reformas de 1940, es más cuidadoso en su redacción, en su texto no encontramos frase alguna que nos señale que atribuye la nacionalidad a las sociedades mercantiles, "únicamente se hace referencia a domicilio de sociedades para distinguir unas de otras." (41)

Las sociedades o asociaciones con personalidad jurídica serán reconocidas de pleno Derecho como tales en los Estados, y hábiles para ejercitar en ellos los derechos civiles y gestionar su reconocimiento ante los tribunales. Más para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas en el Estado en el cual intenten realizarlos. En 1940 se introdujo el principio de habitualidad para que sea aplicable la ley territorial; lo anterior lo encontramos en el artículo 8o. Los representantes de dichas sociedades contraen responsabilidades con terceros, al igual que los administradores de las sociedades locales, las mismas responsabilidades.

3.2.4. CODIGO DE BUSTAMANTE.

El Código de Bustamante, lo encontramos entre los más importantes proyectos de legislación uniforme; es aceptada la teoría de nacionalidad. Fue

(41) *Ibid.*, pág: 326.

aprobado en la Conferencia Panamericana de la Habana de 1928; se formuló al regular el estatuto personal, un criterio transnacional en el que se admite la ley del domicilio y la del la nacionalidad.

Antonio Sánchez Bustamante y Sirven es el iusprivatista que ha elaborado el más completo tratado internacional sobre esta materia, por lo que conviene la transcripción de los preceptos que se refieren a este tema:

"Artículo 9º. Cada Estado contratante aplicará su propio derecho a la determinación de la nacionalidad de origen de toda persona individual o jurídica y de su adquisición, pérdida o reintegración posteriores, que se hayan realizado dentro o fuera de su territorio, cuando unas de las nacionalidades sujetas a controversia sea la de dicho Estado. En los demás casos, regirán las disposiciones que establecen los artículos restantes de este capítulo."

"Artículo 16. La nacionalidad de origen de las Corporaciones y de las Fundaciones se determinará por la ley del Estado que las autorice o apruebe."

"Artículo 17. La nacionalidad de origen de las asociaciones será la del país en que se constituyan, y en el deben registrarse o inscribirse si exigiere ese requisito la legislación local."

"Artículo 18. Las sociedades civiles, mercantiles o industriales que no sean anónimas, tendrán la nacionalidad que establezca el contrato social y, en su caso, la del lugar donde radicare habitualmente su gerencia o dirección personal."

"Artículo 19. Para las sociedades anónimas se determinará la nacionalidad por el contrato social y en su caso por la ley del lugar en que se reúna normalmente la junta general de accionistas, y, en su defecto, por la del lugar en que radique su principal junta o Consejo directivo o administrativo."

"Artículo 20. El cambio de nacionalidad de las corporaciones, fundaciones, asociaciones y sociedades, salvo los casos de variación en la soberanía territorial, habrá de sujetarse a las condiciones exigidas por su ley antigua y por la nueva."

"Si cambiare la soberanía territorial, en caso de independencia, se aplicará la regla establecida en el artículo 13 para las naturalizaciones colectivas."

"Artículo 21. Las disposiciones del artículo 9º en cuanto se refieren a personas jurídicas y las de los artículos 16 y 20, no serán aplicadas en los Estados contratantes que no atribuyan nacionalidad a dichas personas jurídicas."

De la transcripción anterior, Carlos Arellano García elabora las siguientes reflexiones:

"1º. Se admite la noción de nacionalidad de sociedades.

2º. Se dejan a salvo de la aplicación de los artículo 9º, 16 a 20 aquellos Estados contratantes que no atribuyen nacionalidad a las personas jurídicas morales. No obstante esto, Argentina, Costa Rica, Colombia, Paraguay y Santo Domingo formularon reservas en el sentido de que las personas jurídicas carecen de nacionalidad, no sólo desde el punto de vista científico sino salvaguardando los más altos y permanentes intereses de América, y consideran que hubiera sido deseable que el Código de Bustamante hubiese omitido todo lo que conduce a afirmar la nacionalidad de las personas jurídicas y en especial de los que tienen capital en acciones.

3º. Se utilizan diversos criterios para la determinación de la nacionalidad:

a) Así para las asociaciones, éstas tendrán la nacionalidad del país de su constitución (artículo 17);

b) Para las corporaciones y fundaciones el criterio de la autorización ya que tendrán la nacionalidad del país que las autorice o apruebe (artículo 16);

c) Para las sociedades anónimas el criterio de autonomía de los contratantes puesto que es el contrato social el que determinará la nacionalidad (artículo 19);

d) Las sociedades civiles, mercantiles o industriales, no anónimas también determinarán su nacionalidad, al igual que las anónimas en el contrato social (artículo 18);

e) A falta de determinación de la nacionalidad de sociedades civiles o mercantiles o industriales no anónimas, tendrán la nacionalidad que les corresponda según un criterio de domicilio, ya que tendrán la nacionalidad del lugar donde radique habitualmente su agencia o dirección principal;

f) A falta de determinación en el contrato social de la nacionalidad de una sociedad anónima, se sigue un criterio indirecto de domicilio también puesto que su nacionalidad se determinará por la ley del lugar en que se reúna normalmente la junta general de accionistas, y en su defecto por la del lugar en que radique su principal Junta o Consejo directivo o administrativo.

Hay una diferencia notable entre los artículo 18 y 19, pues el 18 da la nacionalidad del lugar, mientras que el 19 deja que sea la ley del lugar la que determine la nacionalidad.

3.2.5. INTENTOS DE LEGISLACION UNIFORME.

Entre los intentos de unificación legislativa en materia de nacionalidad de sociedades mercantiles, podemos citar las conclusiones y trabajos del Comité de Expertos de la Liga de Naciones, de los Congresos de

la Haya de 1932 y 1937 de la Academia Internacional de Derecho Comparado, y los del Instituto Internacional de Roma para la Unificación del Derecho Privado. (42)

3.2.6. TRATADOS DE MEXICO CON OTROS PAISES.

En las Convenciones sobre Reclamaciones celebradas con España, Estados Unidos de América, Francia, Inglaterra e Italia, se reconoció en forma expresa la existencia de la nacionalidad de las sociedades. Lo mismo ocurrió con Alemania, en la Convención sobre Reclamaciones de 16 de marzo de 1925, celebrada con México, se estipuló en el artículo IV que la Comisión formada al efecto conocería de todas las reclamaciones contra México por las pérdidas o daños resentidos por ciudadanos alemanes, por sociedades, compañías, asociaciones o personas jurídico alemanas.

3.2.7. LA ACADEMIA INTERAMERICANA. LA TERCERA SESION DE LA HABANA

La Federación Interamericana de Abogados celebró su primera conferencia en la Habana en 1941; en ella se acordó formar una academia destinada a fomentar los estudios de Derecho comparado e internacional. La Tercera Sesión de Trabajo se celebró en Marzo de 1948; a ésta acudieron los siguientes países: Cuba, Estados Unidos, México, Ecuador, Brasil, Guatemala Haití y Argentina; se discutió y aprobó la base para una legislación uniforme en materia de personalidad de sociedades extranjeras.

Las bases parten del supuesto de que cada país define, en su caso, lo que es una sociedad nacional y lo que

(42) Aztiria, Enrique. Op. cit. supra., nota 2, págs. 87 y 88.

es una sociedad extranjera, y la legislación uniforme se aplica a aquellas que dentro del país sean consideradas como sociedades extranjeras. Las bases aprobadas en particular son las siguientes (43):

"Base I: Obligación de constituir una representación general, domicilio general e inscripción para el ejercicio del comercio".

"Base II: Requisitos para la inscripción y condiciones de documentación".

"Base III: Situación legal de los actos aislados de comercio".

"Base IV: Condiciones para la comparecencia en juicio".

"Base V: Capacidad de los representantes legales."

"Base VI: Justificación en juicio de la personalidad de la sociedad y su representante".

"Base VII: Medios de subsanar los defectos de la personalidad".

"Base VIII: Régimen de emplazamiento."

"Base IX: Casos de Fianza de Arraigo."

3.3. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.

En la Corte Internacional de Justicia se han ventilado muchos casos, uno de los factores jurídicos esenciales para la admisibilidad de la demanda, es que los Estados hayan reconocido ya sea explícitamente o implícitamente la nacionalidad de la sociedad protegida. (44)

"El Tribunal Mixto de Arbitraje Franco-Alemán, en el asunto Jordán, el 30 de noviembre de 1923 rechazó la nacionalidad para las sociedades

(43) Aztiria, Enrique. Op. cit. supra., nota 2, págs: 93 a la 103.

(44) Bernal Vereza, Carlos. Op. cit. supra., nota 39-capítulo II, pág: 299.

considerando que las sociedades en comandita, no tienen nacionalidad propiamente dicha ya que la nacionalidad impone derechos (como el del sufragio, el de ser nombrado para ejercer funciones públicas, el de ser protegido contra la extradición) y obligaciones (como el servicio militar) que no pueden aplicarse más que a las personas físicas" (45). La misma resolución fue tomada el 30 de septiembre de 1921, pero con respecto a las sociedades anónimas.

Cuando la jurisprudencia internacional acepta la nacionalidad de las sociedades debe señalar que criterio tomó en cuenta para determinarla. El Tribunal Permanente de Arbitraje de la Haya, en el asunto Canevaro, Italia-Perú, del 3 de mayo de 1912, tomó en cuenta el sistema del domicilio social. Los Tribunales Arbitrales Mixtos, organizados por los Tratados de Paz, al terminar la primera conflagración mundial, aplicaron el criterio del control. (46)

El Tribunal Permanente de justicia Internacional ha manifestado, que no sólo el criterio del control puede ser aplicado, ello no impide que otros criterios, eventualmente aplicables a la nacionalidad de las personas morales, puedan tener importancia. (47)

(45) Arellano García, Carlos. Op. cit. supra., nota 7, pág: 328 y 329.

(46) *Ibid.*, pág: 329.

(47) Gimenez Artigues, F. Op. cit. supra., nota 5, pág: 149.

CAPITULO IV

CAPITULO IV

4.1. LEGISLACION MEXICANA. JURISPRUDENCIA.

En el Tratado de Córdoba de 24 de agosto de 1821, se abstienen de hacer referencia a la nacionalidad de las sociedades mercantiles, pero manejan el derecho de opción para residentes mexicanos en España o avecindados españoles en nuestro país, a efecto de que pudieran adoptar una u otra patria. José Luis Siqueiros, explica que de la misma manera, las "leyes constitucionales de 1824, 1836, 1843 y 1847, no hacen ninguna mención de sociedades extranjeras y se refieren sólo en partes aisladas a la condición de los extranjeros como personas físicas; tampoco la constitución de 1857 atribuye todavía la nacionalidad mexicana a las personas morales, ni los Códigos Civiles de 1870 y 1884 o el de Comercio publicado en 1889, se refieren en su articulado a una posible asignación de nacionalidad a las sociedades civiles o mercantiles." (1)

En la Ley de Extranjería y Nacionalidad de 1854, se establecía en el artículo 17: "Los extranjeros en los contratos de sociedad comercial con los mexicanos, seguirán la condición de éstos, para el efecto de reputar a la sociedad como mexicana; esto no tendrá lugar en el caso de que las tres cuartas partes de personas de dichas sociedades, sean extranjeros sujetos a un mismo gobierno, que entonces tendrán el carácter de extranjeros" (2). José Luis Siqueiros, comentando el anterior artículo, objeta la postura de varios juristas, en que esto es el primer indicio sobre nacionalidad de

(1) Siqueiros, José Luis. Las Sociedades Extranjeras en México. Imprenta Universitaria, México, 1953, pág: 132

(2) Véase texto del precepto en José Luis Siqueiros. Las Reclamaciones Internacionales. Págs: 31 a 35.

sociedades, del texto de este precepto "un tanto obscuro, no puede desprenderse claramente si el legislador de aquella época pretendió otorgar nacionalidad a las sociedades" (3). A pesar de esto, sabemos que es muy significativa la expresión "reputar a la sociedad como mexicana".

Es en la Ley de Extranjería y Naturalización de 1886, cuando expresamente se regula la nacionalidad de las sociedades, en el artículo 5º: "La nacionalidad de las personas o entidades morales, se regula por la ley que autoriza su formación; en consecuencia, todas las que se constituyan conforme a las leyes de la República, serán mexicanas, siempre que además tengan en ella, su domicilio legal."

"Las personas morales extranjeras gozan en México de los derechos que les conceden las leyes del país de su domicilio, siempre que éstas no sean contrarias a las leyes de la Nación." (4)

Podemos afirmar que la legislación mexicana anterior, en el artículo 5º deja fuera de toda duda la atribución de la nacionalidad a las personas morales. Al afirmar la nacionalidad, adopta el criterio combinado del domicilio-constitución. En concordancia con la dirección de la Ley de Extranjería y Naturalización, el Código de Comercio de 1889, aún en vigor muchas de sus disposiciones 265, 266 y 267, derogados y sustituidos por la Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934, se refería expresamente a las sociedades extranjeras y por tanto, es de concluirse que admitía la existencia de la nacionalidad de las sociedades. Al igual que Carlos Arellano, Enrique Helguera llega a la misma conclusión.

(3) Siqueiros, José Luis. Op. cit. supra., nota 1, pág: 132.

(4) Véase el texto de esta Ley en F. Araujo, Abol Velilla, Pedro A. Garau C. Cómo adquirir la Nacionalidad Mexicana. México, 1950, pág: 21.

4.2. LEGISLACION ACTUAL.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del año de 1917, en el título I, capítulo II "De los Mexicanos", se regula a la nacionalidad mexicana de las personas físicas, pero, no se ocupa de la nacionalidad de las personas morales en ningún capítulo o artículo especial. No obstante, esto no significa que no admita la nacionalidad de las sociedades puesto que alude a tal nacionalidad en el artículo 27, fracción I, cuando prohíbe o limita el ejercicio del derecho de propiedad a determinadas personas físicas (extranjeras) y morales (corporaciones, asociaciones y sociedades). La citada fracción establece:

"La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la nación, se regirá por las siguientes prescripciones:

I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas y aguas."

En el párrafo sexto del citado artículo 27, se estipula:

"En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones otorgadas por Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes."

La Constitución de 1917 afirma la nacionalidad de las sociedades mercantiles y orienta hacia la adhesión de un sistema de constitución para otorgar la nacionalidad mexicana.

Respecto a la nacionalidad mexicana de las personas morales, en el artículo 5° de la Ley de Nacionalidad y Naturalización de enero de 1934, publicada el 20 de enero del mismo año, establece: "Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyen conforme a las leyes de la República, y tengan en ella su domicilio legal."

En relación con este precepto, la exposición de motivos justifica la continuación del sistema consagrado por la Ley de Extranjería y Naturalización de 1886:

"En el proyecto se propone el mismo sistema consagrado en la ley de 1886, según la cual son personas morales mexicanas las organizadas de acuerdo con la ley mexicana, siempre que tengan establecido su domicilio en México."

"Se ha creído que el domicilio, unido a lo dispuesto en la ley que rige la constitución de la sociedad, presenta suficiente fijeza y revela un vínculo suficientemente estrecho entre la persona jurídica y el Estado, por lo que puede tomarse como base para conferir la nacionalidad."

"Tiene además la ventaja de que se conserva un sistema jurídico, en la práctica da origen a dificultades, y está además en armonía con el sistema que, para distinguir las sociedades extranjeras de las nacionales, propone el proyecto del Código de Comercio."

El precepto estudiado determina dos tipos de criterios: uno formal, que se refiere al de su constitución conforme a las leyes de la República, y otro real, el de tener en México su domicilio legal.

El maestro Guillermo Gallardo Vázquez "muestra su desacuerdo con la tesis aceptada por la Ley de Nacionalidad y Naturalización estimando que tal postura afirmativa no logra evitar los peligros que señala la propia exposición de motivos como lo demuestran las relaciones constantes que

sufrimos durante nuestra vida independiente y la experiencia de la expropiación petrolera. Estimamos que al reconocerse la nacionalidad de las personas jurídicas se proporciona una buena oportunidad para que los países europeos aprovechen la situación con el fin de enderezar reclamaciones internacionales y concluye que es impropio el concepto de nacionalidad aplicado a las personas morales." (5)

Alberto G. Arce, coincide con la opinión de Guillermo Gallardo Vázquez, al señalar que el doble criterio de constitución-domicilio legal, "ha sido desechado por otras legislaciones por su insuficiencia y es extraño que conociendo los resultados peligrosos a que llevan esos sistemas, pues la exposición de motivos del artículo 5º de la Ley de Nacionalidad y Naturalización nos hace ver que sus autores tuvieron conocimiento de esos antecedentes, sin embargo, se insiste en aceptar un sistema que es evidentemente dañoso contra los intereses nacionales y contrario a las teorías admitidas en esta época." (6)

"Es más extraño todavía que nuestra ley otorgue la nacionalidad mexicana con tanta facilidad y requisitos que han sido desechados por inútiles en todas partes, siendo otras leyes nacionales como la reglamentaria de la fracción I del artículo 27 constitucional y su reglamento tan escrupuloso y exigente en tratándose de la participación de extranjeros en sociedad mexicana." (7)

(5) Arellano García, Carlos. Op. cit. supra., nota 66-capítulo I, pág: 334.

(6) Arce, Alberto G. Derecho Internacional Privado. Editorial Universidad de Guadalajara, 7ª ed., Guadalajara, México, 1990, pág: 34.

(7) Id.

Existen otros ordenamientos legales mexicanos, que afirman la nacionalidad de las sociedades, que a continuación estudiaremos.

4.2.1. ARTICULO 27 CONSTITUCIONAL Y SU LEGISLACION REGLAMENTARIA.

"Como ya lo explicamos en el punto tratado con anterioridad, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del año de 1917, no se ocupa de la nacionalidad de las personas morales en ningún capítulo o artículo especial. Sin embargo, si admite la nacionalidad de las sociedades, puesto que alude a tal nacionalidad en el artículo 27 fracción I, el cual ya hemos citado con anterioridad. (8)

En el párrafo sexto, solamente se afirma la nacionalidad de las sociedades, sino que orienta hacia la adopción de un criterio de constitución para otorgar tal nacionalidad. (9)

En la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en materia de Explotación y Aprovechamiento de Recursos Minerales, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 6 de febrero de 1961, se establece:

"Artículo 14. Sólo los mexicanos y las sociedades constituidas de acuerdo con las leyes mexicanas y que tengan la mayoría del capital suscrito por mexicanos, tienen derecho a obtener las concesiones a que se refiere esta ley. los gobiernos y soberanos extranjeros, por ningún motivo, pueden adquirir concesiones, ni derechos mineros de cualquier especie, ni ser socios, asociados o accionistas de empresas mineras."

(8) Ver pág: 146.

(9) Ver pág: 146.

"El Reglamento determinará la forma de comprobar la mayoría de capital suscrito por mexicanos."

En este artículo se afirma la nacionalidad de las sociedades, y se orienta hacia la adopción de un criterio de constitución para otorgar tal nacionalidad.

4.2.2. LEY DE NACIONALIDAD Y NATURALIZACION.

La Ley de Nacionalidad y Naturalización determina lo siguiente en su artículo 5º:

"Artículo 5º. Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyen conforme a las leyes de la República y tengan en ella su domicilio legal."

En esta disposición se señalan los criterios a seguir para considerar a una sociedad como mexicana en el entendido de que, las sociedades que no reúnan los requisitos que corresponden a las sociedades mexicanas, deben ser consideradas extranjeras.

La exposición de motivos del artículo 5º la puntualiza Carlos Arellano García en los siguientes términos (10):

I. En primer término, la exposición de motivos hace referencia al debate ideológico de los afirmativistas y los negativistas de la nacionalidad de las sociedades.

II. Reconoce la exposición de motivos lo bien fundado de algunos de los argumentos de los adversarios de la nacionalidad de las personas morales y reconoce que aunque los mismos vínculos afectivos que existen

(10) Arellano García, Carlos. *Op. cit. supra.*, nota 5, págs: 592 y 593.

personas físicas y su país, argumentan que pueden existir vínculos económicos de importancia respetable.

III. Para sostener la postura afirmativista, la exposición de motivos se circunscribe al concepto jurídico de nacionalidad, extensivo a personas físicas y morales.

IV. Al darle a una sociedad la calidad de mexicana, dice la exposición de motivos que se quiere significar que ésta se halla vinculado al Estado por la obligación de obedecer las leyes mexicanas, muy especialmente las que rigen la constitución, el funcionamiento y la disolución de las sociedades, así como deberes y prerrogativas semejantes a las que benefician a los individuos mexicanos, y de que no gozan las sociedades extranjeras.

V. A nuestro modo de ver, el móvil básico de reconocimiento de la nacionalidad a las sociedades se expresa al indicarse que si se suprimiera la distinción entre sociedades mexicanas y extranjeras, buena parte de la legislación vigente que protege los intereses nacionales en contra de los abusos de la protección diplomática de los extranjeros, resultaría inútil, y se autorizaría la creación de empresas extranjeras que actuarían con detrimento de los intereses nacionales. Que la tesis negatoria de la nacionalidad daría lugar a que los individuos que la constituyen, estuvieran en actitud de invocar la protección diplomática de su gobierno por los prejuicios que indirectamente sufran a consecuencia de daños originados a la persona moral.

VI. En seguida, la exposición de motivos se refiere a diversos criterios con los que se determina la nacionalidad de las sociedades, aludiendo a la doctrina y al derecho comparado para concluir proponiendo el mismo sistema que consagró la ley de 1886, o sea la combinación de los criterios de constitución y domicilio. A este sistema combinado le reconoce la ventaja de

que se conserva un sistema jurídico que en la práctica no origina dificultades y armoniza con el sistema que, para distinguir las sociedades extranjeras de las nacionales, propone el proyecto del Código de Comercio."

Carlos Arellano García, al igual que Guillermo Gallardo Vázquez (11) y Alberto G. Arce (12), opinan que el doble criterio de domicilio-constitución es insuficiente para otorgar el carácter de auténticas sociedades mexicanas a las sociedades que reúnen los requisitos del artículo 5º; la simple lectura de disposiciones legales que exigen requisitos adicionales cuando están en juego intereses nacionales de mayor jerarquía como lo hemos constatado, v.g., cuando se atiende a la nacionalidad de los socios y al criterio del control.

4.2.3. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal aplicable en toda la República en materia federal, establece que son personas morales, entre otras, las sociedades civiles y mercantiles. En este precepto no se distingue entre sociedades nacionales y extranjeras.

"Artículo 25. Son personas morales:

III. Las sociedades, civiles o mercantiles."

En capítulo VI del título décimo primero, segunda parte se comprenden los artículos 2736, 2737 y 2738, que se refieren a las asociaciones y sociedades extranjeras, es decir, a las personas morales extranjeras de naturaleza privada.

(11) Ver pág: 147.

(12) Ver pág: 148.

"Artículo 2736. La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión de las personas morales extranjeras de naturaleza privada se registrarán por el derecho de su constitución, entendiéndose por tal, aquél del Estado en que se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas.

En ningún caso el reconocimiento de la capacidad de una persona moral extranjera excederá a la que le otorgue el derecho conforme al cual se constituyó.

Cuando alguna persona extranjera de naturaleza privada actúe por medio de algún representante, se considera que tal representante, o quien lo substituya, está autorizado para responder a las reclamaciones y demandas que se intenten en contra de dicha persona con motivo de los actos de cuestión."

"Artículo 2737. La autorización a que se refiere el artículo 28 bis no se concederá a menos de que las personas morales extranjeras prueben:

I. Que están constituidas con arreglo a las leyes de su país y que sus estatutos nada contienen que sea contrario a las leyes mexicanas de orden público;

II. Que tienen representante domiciliado en el lugar donde va a operar, suficientemente autorizado para responder de las obligaciones que contraigan las mencionadas personas morales."

"Artículo 2738. Concedida la autorización por la Secretaría de Relaciones Exteriores, se inscribirán en el Registro los estatutos de las personas morales extranjeras de naturaleza privada."

El Código Civil en el artículo 28 bis, determina que "las personas morales extranjeras de naturaleza privada, no regidas por otras leyes, solamente podrán establecerse en el territorio de la República, con las disposiciones legales aplicadas y previa autorización de la Secretaría de Relaciones Exteriores."

Los requisitos necesarios para la autorización a la que se refiere el artículo 28 bis, se justifican porque las sociedades extranjeras deben existir legalmente en su país de origen para que puedan también ser sujetos de derechos y obligaciones en territorio mexicano. La parte final del primer requisito del artículo 2737, es una de las pocas disposiciones que consagran el orden público tal y como se entiende dentro del Derecho Internacional Privado. El segundo requisito se explica como una garantía para quienes tengan tratos con sociedades extranjeras que actúen en nuestro territorio.

Con relación al artículo 2738, que habla de las inscripciones en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio de los estatutos de las asociaciones y sociedades extranjeras (una vez conferida la autorización de la Secretaría de Relaciones Exteriores); el maestro José Luis Siqueiros opina: "Antes de la inscripción de dichos estatutos no estarán autorizados para operar en México (13). Este requisito está incluido en el artículo 28 bis Código Civil como una exigencia previa para que las sociedades puedan ejercer sus actividades.

(13) Arellano García, Carlos. Op. cit. supra., nota 5, pág: 589.

4.2.4. CODIGO DE COMERCIO.

El artículo 3º de este ordenamiento, enuncia quiénes tienen la calidad de comerciantes reputando como tales:

"Artículo 3º. Se reputan en derecho comerciantes:

III. Las sociedades extranjeras o las agencias o sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio."

El artículo 5º del Código de Comercio estipula:

"Las sociedades legalmente constituidas en el extranjero, que se establezcan en la República o tengan en ella alguna agencia o sucursal, podrán ejercer el comercio sujetándose a las prescripciones especiales de este código en todo en cuanto concierne a la creación de sus establecimientos dentro del territorio nacional, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la nación."

"En lo que se refiera a su capacidad para contratar, se sujetarán a las disposiciones del artículo correspondiente del título de Sociedades Extranjeras."

Existe un problema interpretativo en relación al artículo 3º antes referido, al determinar si se consideran comerciantes a las sociedades extranjeras independientemente de que ejerzan o no actos de comercio dentro del territorio nacional o si sólo se les considera como comerciantes y ejercen actos de comercio dentro del territorio nacional.

Carlos Arellano García (14) estima que el criterio acertado es el segundo, en consecuencia, si una sociedad extranjera no ejerce el comercio

(14) *Ibid.*, pág: 590.

no es comerciante, tampoco lo será si no lo ejerce dentro del territorio nacional.

El artículo 15 faculta a las sociedades extranjeras para ejercer el comercio si se sujetan a las prescripciones especiales contenidas en el Código de Comercio.

Los artículos 24 y 25 del Código de Comercio, tienen relación directa con el Registro de Comercio.

"Artículo 24. Las sociedades extranjeras que quieran establecerse o crear sucursales en la República, presentarán y anotarán en el Registro, además del testimonio de la protocolización de sus estatutos, contratos y demás documentos referentes a su constitución, el inventario o último balance si lo tuvieren, y un certificado de estar constituidas y autorizadas con arreglo a las leyes del país respectivo, expedido por el ministro que allí tenga acreditado la República, o, en su defecto, por el Cónsul mexicano."

"Artículo 25. La inscripción se hará con presencia del testimonio de la escritura respectiva, o del documento o declaración escrita que presente el comerciante, cuando el título sujeto a registro no debe constar en escritura pública. Los documentos procedentes del extranjero y sujetos a registro se protocolizarán previamente en la República."

De esta manera, conforme al artículo 24, las sociedades extranjeras, para establecer o crear sucursales en la República deben presentar en el Registro lo siguiente:

I. Testimonio de la protocolización de sus estatutos, contratos y demás documentos referentes a su constitución;

II. El inventario, o último balance, si lo tuvieren, y,

III. Un certificado de estar constituidas y autorizadas con arreglo a las leyes del país respectivo, expedido por el ministro que allí tenga acreditado en la República o, en su defecto, por el cónsul mexicano.

El artículo 26 establece que la falta de registro de los documentos registrables, sólo producirán efectos entre los que los otorguen, pero, no podrán perjudicar a terceros, el cual si podrá aprovechar los efectos que le fuesen favorables.

4.2.5. LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.

Este ordenamiento fue publicado en el Diario Oficial de 4 de agosto de 1984, derogando el Título Segundo del Código de Comercio de 15 de septiembre de 1889, que comprendía los artículos 89 al 272 del Código de Comercio.

En la exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, los dos últimos párrafos, se refieren especialmente a las sociedades mercantiles extranjeras; a continuación se citan:

"El problema de las sociedades extranjeras que en la legislación en vigor ha dado lugar, por la imperfección de los preceptos respectivos del Código de Comercio, a múltiples controversias e incertidumbres en la jurisprudencia, es resuelto por la ley de distintas maneras, según se trate de una sociedad que pretende establecer en la República alguna agencia o sucursal, o de otra que solamente deba de emprender la defensa ante las autoridades mexicanas, de derechos nacidos por actos jurídicos válidamente efectuados fuera o dentro del territorio nacional, siempre que en este último supuesto no impliquen ejercicio del comercio.

La Comisión acordó que en tanto que era preciso rodear de formalidades y garantías la primera de las situaciones indicadas, para la

segunda era bastante con exigir que la sociedad se haya constituido legalmente; punto este que tocará apreciar en cada caso de la autoridad.

El capítulo XII de esta Ley está dedicada a las sociedades extranjeras y constan de dos artículos:

"Artículo 250. Las sociedades extranjeras legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la República."

"Artículo 251. Las sociedades extranjeras sólo podrán ejercer el comercio desde su inscripción en el Registro.

La inscripción sólo se efectuará mediante autorización de la Secretaría de la Economía Nacional que será otorgada cuando se cumplan los siguientes requisitos:

I. Comprobar que se han constituido de acuerdo con las leyes del Estado que sean nacionales, para lo cual se exhibirán copia auténtica del contrato social y demás documentos relativos a su constitución, y un certificado de estar constituidas y autorizadas conforme a las leyes, expedido por el representante diplomático o consular que en dicho Estado tenga la República;

II. Que el contrato social y demás documentos constitutivos no sean contrarios a los preceptos de orden público establecidos por las leyes mexicanas;

III. Que se establezcan en la República o tengan en ella alguna agencia o sucursal.

Las sociedades extranjeras estarán obligadas a publicar anualmente un balance general de la negociación, visado por un contador público titulado."

El artículo 250 acepta la personalidad jurídica de las sociedades extranjeras en México al reconocerla expresamente, sujetándolas al cumplimiento del requisito de estar legalmente constituidas, conforme a las leyes del Estado al que pertenecen.

El artículo 251 señala que aquellas sociedades extranjeras que deseen efectuar el comercio en México, podrán realizarlo a partir de su inscripción en el Registro. Este mismo artículo establece la manera de comprobar la constitución de las sociedades extranjeras de acuerdo con las Leyes del Estado del que sean nacionales. Los documentos constitutivos de estas no deben ser contrarias a los preceptos de orden público establecidos por las leyes mexicanas.

4.2.6. LEY FEDERAL DE FOMENTO A LA PESCA.

La Ley Federal de Fomento a la Pesca fue publicada en el Diario Oficial el 25 de mayo de 1972.

En el artículo 27 de la mencionada Ley se explica que las sociedades mercantiles podrán obtener concesiones o permisos, si cumplen con algunos requisitos, entre los cuales encontramos el que estén constituidas conforme a las Leyes del país y tengan en él su domicilio legal; en esta ocasión también se reafirma el sistema del domicilio legal y la constitución, entendiéndose para las sociedades mexicanas.

"Artículo 27. Las concesiones o permisos podrán otorgarse a:

- a) Que están constituidas conforme a las leyes del país y tengan en él su domicilio legal;
- b) Que los títulos representativos del capital social sean nominativos;

c) Que el 51% como mínimo, del capital social con derecho a voto, esté suscrito por mexicanos o sociedades mexicanas cuya escritura social contenga cláusula de exclusión de extranjeros; y

d) Que la escritura social establezca que la mayoría de los administradores será designada por los socios mexicanos y que la designación deberá recaer en personas de nacionalidad mexicana."

4.2.7. LEY FEDERAL DE AGUAS.

Dicho ordenamiento fue publicado en el Diario Oficial el 11 de enero de 1972.

En el artículo 22 de la Ley Federal de Aguas, se comprende que es el criterio de constitución el tomado en cuenta para considerar mexicana a una sociedad, y, permitirle gozar de los beneficios que dicha Ley transcribe en el mencionado artículo.

"Artículo 22. Los particulares y las sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas podrán explotar, usar o aprovechar las aguas de propiedad nacional mediante concesión o permiso otorgados conforme a esta ley y demás disposiciones legales aplicables, obedeciendo las limitaciones establecidas en el artículo 27 Constitucional."

4.2.8. LEY DE VIAS GENERALES DE COMUNICACION.

Esta Ley de fecha 30 de diciembre de 1939, fue publicada en el Diario Oficial el 19 de febrero de 1940. Toma en cuenta el criterio de constitución y así lo observamos en el artículo 12, que a continuación citamos:

"Artículo 12. Las concesiones para la construcción, establecimiento o explotación de vías generales de comunicación sólo se otorgará a ciudadanos mexicanos o a sociedades constituidas conforme a las leyes del país. Cuando se trate de sociedades, se establecerá en la escritura respectiva que, para el caso que tuviesen o llegasen a tener uno o varios socios extranjeros, éstos se considerarán como nacionales respecto de la concesión, obligándose a no invocar, por lo que a ellos se refiera, la protección de sus gobiernos, bajo pena de perder, si lo hicieren, en beneficio de la nación, todos los bienes que hubieren adquirido para construir, establecer o explotar las vías de comunicación, así como los demás derechos que les otorgue la concesión."

4.3. JURISPRUDENCIA.

La Jurisprudencia mexicana, basándose en la nacionalidad de las sociedades mercantiles, comprende dos etapas:

- I. Antes de 1929, y
- II. Después de 1929.

En las dos etapas se admite la nacionalidad de las sociedades y los criterios jurisprudenciales abarcan el problema del reconocimiento o desconocimiento de la existencia en nuestro país de sociedades de nacionalidad extranjera.

Antes del año de 1929, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostuvo el criterio de que la inscripción de la documentación de una sociedad extranjera en el Registro y la protocolización de los documentos sociales, son requisitos exigidos únicamente a las sociedades establecidas en la República o con el propósito de establecerse en ésta, pero no a las compañías establecidas en el extranjero (esta resolución se tomó en el juicio

seguido por *Stetten & Co. vs. Gross*, el 5 de marzo de 1908. La primera una sociedad francesa, que vendió a la segunda, mexicana, unas lámparas por correspondencia que no pagó. Stetten otorgó poder a un letrado mexicano y Gross opuso la excepción de falta de personalidad en la parte actora. El juez falló a favor de la compañía francesa, distinguiendo entre las compañías establecidas en el país y las que no están).

En septiembre de 1929 la Suprema Corte varió su criterio al dictar resolución en el juicio de amparo promovido por Zardain Hnos. y Coags. Se estableció que una sociedad extranjera constituida en Nueva York, no tenía personalidad jurídica en México, por no haber protocolizado e inscrito su escritura constitutiva y los otros documentos sociales que exige el artículo 24 del Código de Comercio. Otras ejecutorias reiteraron la resolución de este caso hasta que se formó jurisprudencia obligatoria. Es el caso de *Koppel Industrial Carl & Equipment Co.*, en el que se fija la obligación de inscribirse en el Registro.

En sentencia de 26 de octubre de 1929, a la compañía norteamericana *The Palmolive Co.* se le señaló que para que tenga vida jurídica una sociedad extranjera en la República es necesario que cumpla con todos los requisitos de la Ley nacional y que la inscripción del Registro no es protestativa.

"La Corte resolvió en forma contraria el amparo promovido por la Compañía Norteamericana *Chickering & Sons Co.*, que se falló en mayo de 1930 indicando que no era necesario que dicha sociedad cumpliera con los requisitos fijados por el Código de Comercio." (15)

(15) *Ibid.*, pág: 591.

En la exposición de motivos de la Ley de Sociedades Mercantiles se resolvieron las contradicciones jurisprudenciales antes referidas; pues se distinguió entre personalidad jurídica, la cual se reconoce en el artículo 250 y la posibilidad de que las sociedades extranjeras ejerzan el comercio cumpliendo con los requisitos del artículo 251; por lo tanto, la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no requiere inscripción en el Registro; será necesario cuando la sociedad desee ejercer el comercio en nuestro país.

"Sociedades Extranjeras. Prueba de personalidad jurídica. La Suprema Corte estableció la tesis jurisprudencial que dice: "Sociedades extranjeras. Son dos los requisitos para que puedan promover amparo: que comprueben su existencia en la República Mexicana, y que quien las representa tenga bastante para hacerlo; para lo primero tendrán que protocolizar no solamente sus estatutos, contratos y demás documentos referentes a su constitución, sino el certificado de estar constituidas y autorizadas con arreglo a las leyes del país respectivo certificado que expedirá el Ministro que allí tenga acreditado nuestro Gobierno, o, en su defecto, el cónsul respectivo; para lo segundo, el apoderado debe comprobar que quienes le extendieron el poder, obraron con expresa autorización del Consejo de Directores". Esta tesis basada en el Código de Comercio, ha sido sustituida por la contenida en posteriores ejecutorias, al tenor siguiente: "La exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece, al referirse a las sociedades extranjeras, la diferencia entre aquellas que pretendan ejercer el comercio y las que sólo traten de emprender la defensa de sus derechos ante las autoridades mexicanas. En el primer caso, se exigen los requisitos y formalidades que fija el artículo 251, en tanto que en el segundo, sólo se requiere que estén legalmente constituidas conforme a las leyes de su Estado, según el artículo 250. El medio de acreditar en debida

forma, que una sociedad extranjera ha sido constituida de acuerdo con las leyes de su Estado, es el de obtener un certificado expedido en dicho sentido, por el representante diplomático o consular que tenga la República Mexicana en el lugar correspondiente." Si una sociedad extranjera compareció en juicio ante la autoridad judicial de México, en defensa de sus derechos, estando en vigor la Ley de Sociedades Mercantiles, que dispone que las sociedades extranjeras legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la República, para lo cual basta la comprobación de su constitución legal conforme a la ley de su Estado, no tienen aplicación al caso los preceptos del Código de Comercio que se refieren a que las sociedades extranjeras que quieran establecerse o se establezcan en la República, para ejercer el comercio, deberán inscribir el testimonio de la protocolización de su constitución, estatutos, inventarios, etc., el Registro de Comercio; máxime que el artículo 2º de la citada Ley previene que las sociedades no inscritas en dicho Registro que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros, consten o no, en escritura pública, tendrán personalidad jurídica, precepto que, por referirse al funcionamiento de las sociedades mercantiles en general, no hay razón para excluirlo en su aplicación, respecto de una sociedad mercantil extranjera, legalmente constituida según las leyes de su Estado, pero no inscrita en el Registro Público del Comercio." (Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. VII, pág: 304. 565/56. United States Land Lumber Co. Unanimidad de 4 votos)." (16)

(16) Ibid., págs: 300 y 301.

CAPITULO V

CAPITULO V

5.1. INTRODUCCION. SOCIEDADES NACIONALES.

En este último capítulo analizo, en términos generales, a la sociedad mercantil, proporcionando un concepto de ésta, las consecuencias de su personalidad, así como las diferentes clases de sociedades mexicanas y los requisitos y formalidades para constituir éstas. Las sociedades mercantiles mexicanas, son aquellas que se constituyen conforme a las Leyes de la República y tienen en ella su domicilio legal (artículo 5° de la Ley de Nacionalidad y Naturalización).

Una persona moral extranjera es aquella que no cumple con los requisitos del artículo 5° de la Ley de Nacionalidad y Naturalización. Estas se encuentran sometidas a un régimen especial, (artículos 2736 a 2738 del Código Civil para el Distrito Federal y, 250 y 251 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

La nacionalidad de una sociedad mercantil no se determina por el origen del capital, este último señala la aplicación de un régimen jurídico diferente. "La Ley para Promover la Inversión Mexicana y regular la Inversión Extranjera" en su artículo 2°, considera extranjera, a la inversión en la que participe mayoritariamente el capital extranjero o en la que los extranjeros tengan, por cualquier título, la facultad de determinar el manejo de la empresa.

Con base a lo anterior, es preciso distinguir entre una sociedad nacional y una sociedad extranjera. En las primeras, se permite la participación en cualquier proporción de capital extranjero, en aquellas actividades no incluidas en la clasificación anexa al "Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera", en la

cual se indica la proporción específica permitida en algunas actividades económicas y productos.

Estas y otras razones, que especifico en este capítulo, me inclinan a incluir en la presente tesis un breve estudio de las sociedades extranjeras en México.

5.1.1. CONCEPTO DE SOCIEDAD MERCANTIL.

Existe un grupo de negocios jurídicos que presentan cierta semejanza con la sociedad mercantil, por lo que conviene citar sus nombres y precisar sus diferencias:

1.-Asociación civil: La finalidad que persigue no es preponderantemente económica, sino artística, cultural, deportiva, religiosa, etc. Dicha finalidad no es transitoria. Nuestra legislación no excluye su posible carácter económico, pues estos recursos son necesarios para su sostenimiento.

2.-Sociedad civil: Es aquella en la cual sus socios, persiguen un fin preponderantemente económico; pero, no constituye una especulación comercial, como sería el caso de una sociedad de productores para la distribución y venta de sus productos.

3.-Asociación en participación: Es una especie de sociedad mercantil caracterizada por no exteriorizarse frente a terceros y por que le es indispensable una finalidad de especulación comercial.

Roberto Mantilla Molina define a la sociedad mercantil como: "El acto jurídico mediante el cual los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de acuerdo con las normas

que, para algunos de los tipos sociales en ella previstos, señala la Ley mercantil". (1)

Cuando una sociedad civil, persigue un fin comercial, debe considerarse como una sociedad mercantil Irregular.

5.1.2. CONSECUENCIAS DE LA PERSONALIDAD DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL.

Las sociedades mercantiles tienen capacidad jurídica, un patrimonio, un nombre, un domicilio y una nacionalidad.

1.-Capacidad jurídica: Atribuir personalidad a las sociedades implica, reconocerles capacidad jurídica.

2.-Patrimonio social: Es el conjunto de bienes y derechos de la sociedad, con deducción de sus obligaciones, se forma, inicialmente, con el conjunto de aportaciones de los socios. No deberemos confundir éste con el capital social, que es la cifra en que se estime la suma de obligaciones de dar de los socios.

3.-Nacionalidad: Cuyo concepto hemos definido en la presente tesis.

4.-Razón social y denominación: El nombre de la sociedad se forma con el de algunos de los socios, entonces es una razón social, o libremente, y, entonces es una denominación. La sociedad colectiva y las comanditas simples forzosamente deben utilizar una razón social; las anónimas y cooperativas, una denominación, y, las limitadas y comanditas por acciones, pueden utilizar una u otra.

(1) Mantilla Molina, Roberto. Op. cit. supra., nota 47-capítulo I, págs: 188 y 189.

5.-Domicilio: Es el lugar donde se halle su administración.

La constitución de una sociedad mexicana, se perfecciona por su inscripción en el Registro de Comercio de su domicilio. Los requisitos necesarios de una escritura constitutiva de una sociedad son los mencionados en el artículo 6º de la Ley de Sociedades Mercantiles.

5.1.3. CLASIFICACION DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

El artículo 1º de la Ley de Sociedades Mercantiles enumera seis clases de sociedades mercantiles: la colectiva, la comandita simple, la de responsabilidad limitada, la cooperativa, la anónima y la comandita por acciones.

Sociedad Colectiva: "Sociedad mercantil que existe bajo una razón social y en la que todos los socios responden de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales (artículo 25 de la Ley General de Sociedades Mercantiles)." (2)

Sociedad en comandita simple: "Sociedad mercantil que existe bajo una razón social y se compone de uno o varios socios comanditarios, que responden de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales, y de uno o varios socios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus aportaciones (artículo 51 de la Ley General de Sociedades Mercantiles)". (3)

Sociedad de Responsabilidad Limitada: "Sociedad mercantil que se constituye entre socios que solamente están obligados al pago de sus aportaciones, sin que las partes sociales puedan ser representadas por títulos

(2) Pina, Rafael De. Op. cit. supra., nota 41-capítulo I, pág: 446

(3) Id.

negociables a la orden y al portador, siendo sólo cedibles en los casos y con los requisitos legalmente preestablecidos (artículo 58 de la Ley General de Sociedades Mercantiles)." (4)

Sociedad Cooperativa: "Sociedad integrada por individuos de la clase trabajadora con el propósito de que en calidad de productores o consumidores con obtener beneficios derivado de la eliminación del intermediario." (5)

Existen dos clases de cooperativas: las de consumo y las de producción. Las sociedades cooperativas no están reguladas por la Ley General de Sociedades Mercantiles, sino por su propia Ley: la Ley General de Sociedades Cooperativas y su Reglamento.

Sociedad Anónima: "Sociedad mercantil que existe bajo una denominación social y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones (artículo 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles)." (6)

Sociedad comandita por acciones: "Sociedad mercantil compuesto de uno o varios socios comanditados que responden de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales, y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus acciones (artículo 207 de la Ley General de Sociedades Mercantiles)." (7)

(4) *Ibid.*, pág: 445.

(5) *Ibid.*, pág: 186.

(6) *Ibid.*, pág: 445.

(7) *Ibid.*, pág: 446.

De estas seis clases de sociedades comerciales, cuatro son sociedades de personas y sólo dos, la sociedad anónima y la sociedad en comandita por acciones, son sociedades por acciones. Las sociedad de personas son aquellas que son organizadas y operan tomando en cuenta la calidad, confianza y capacidad de las personas físicas que la integran y no en razón del capital o de otras consideraciones ajenas a las cualidades inherentes de los individuos. En las sociedades por acciones, poco o nada tienen que ver las personas consideradas desde el punto de vista humano, porque la calidad de accionistas se adquiere por la simple posesión de los títulos de acciones representativas del capital social y se pierde por la traslación de título o por su endoso, según se trate de acciones al portador o de acciones nominativas.

La sociedad anónima es la clase de sociedad más frecuente utilizada para el establecimiento de negocios en México. La sociedad de responsabilidad limitada es generalmente utilizada cuando por de razón de su objeto social no puede serlo la sociedad anónima (8), o para negocios de poca monta.

5.1.4. PRINCIPALES REQUISITOS Y FORMALIDADES PARA CONSTITUIR SOCIEDADES MEXICANAS

Para constituir una sociedad anónima se requiere que haya dos socios como mínimo y que el capital social no sea menor de cincuenta millones de pesos, y para organizar una sociedad de responsabilidad limitada se requiere un mínimo de dos socios y un capital no inferior a tres millones de pesos.

(8) Como actualmente es utilizada para microindustriales, ya que la Ley que los regula, ofrece como una opción la constitución de esta clase de sociedades.

Todas las sociedades deben ser constituidas ante notario público y sus escrituras constitutivas deben contener las reglas de su organización y funcionamiento. Dentro de los requisitos principales que deben contener las escrituras constitutivas de las sociedades, están la denominación, objeto, duración, importe del capital y domicilio, además de los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas y morales que las organicen. Requieren de la Secretaría de Relaciones Exteriores un permiso previo a la constitución de éstas de conformidad con el Reglamento de la Ley Orgánica de la Fracción I del Artículo 27 Constitucional y el Decreto de 29 de junio de 1944. En las solicitudes se debe indicar si la sociedad puede tener socios extranjeros, en tal caso debe existir un convenio expreso de los socios, que tenga o pueda tener la sociedad, de considerarse como mexicanos respecto del interés o participación que adquieran, en los términos del Artículo 2º del Reglamento de la Ley Orgánica de la Fracción I del Artículo 27 Constitucional, o si se optare que en la sociedad no pueda haber socios extranjeros, la mención expresa de esa característica en los términos del Artículo 8º del Reglamento citado. En los títulos de acciones representativos del capital de la sociedad debe transcribirse la cláusula anterior. Los notarios públicos deben incluir el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores en la escritura constitutiva.

Los pasos para la constitución de sociedades, podemos resumirlos en dos puntos: a) Obtención del permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, Dirección de Permisos, artículo 27 Constitucional, respecto a la denominación o razón social que utilizará la sociedad y b) Firma de la escritura pública ante Notario Público.

5.1.5. CLASES DE SOCIEDADES MEXICANAS EN CUANTO A EXTRANJEROS

Existen dos clases de sociedades mexicanas en cuanto a extranjeros, una de ellas puede tener socios o accionistas extranjeros y otra no puede llegar a tener socios o accionistas extranjeros. A las primeras se les denomina sociedades con Artículo 2º y a las segundas como sociedades con Artículo 8º.

Sólo los extranjeros que adquieren derechos de radicación definitiva en el país y que pueden dedicarse a cualquier actividad lícita, con ciertas limitaciones, es decir, los inmigrados. Sólo estos están autorizados y legalmente capacitados para comparecer ante notario público en la constitución de sociedades mexicanas. Los extranjeros no inmigrados pueden comparecer por medio de apoderados, a constituir sociedades; es ante un cónsul mexicano en el extranjero que se otorga el poder a una persona legalmente capacitada para ello. En caso de poderes para constituir sociedades, los notarios públicos sólo aceptan la comparecencia de inmigrantes y visitantes, en razón de su constante permanencia en el país.

Existe un procedimiento vicioso en la constitución de sociedades por extranjeros, pues algunas personas extranjeras no residentes en México, consiguen los servicios de personas físicas mexicanas que se prestan a constituir las en nombre propio para después traspasar sus acciones o ceder sus partes sociales a las personas extranjeras por cuyo encargo constituyeron la sociedad. Oscar Ramos Garza no recomienda seguir este procedimiento y al respecto, cita algunas razones (9)

(9) Ramos Garza, Oscar. México ante la Inversión Extranjera.

Los permisos que expide la Secretaría de Relaciones Exteriores para constituir sociedades con Artículo 8º sólo son de una clase: los que expide exclusivamente a nacionales, excluyendo totalmente la participación de capital extranjero.

Los permisos para constituir sociedades con Artículo 2º pueden ser de tres clases: a) los que expide prohibiendo a las sociedades dedicarse a determinadas actividades; b) los que expide limitando la participación del capital extranjero a cierto porcentaje y, c) los que expide sin ninguna de las limitaciones anteriores.

5.2. SOCIEDADES EXTRANJERAS.

5.2.1. ATRIBUCION DE NACIONALIDAD A LAS SOCIEDADES.

Este tema ha sido ampliamente estudiado en los anteriores capítulos. Algunos autores consideran que la nacionalidad es un atributo de las personas físicas y que, por tanto, no puede aplicarse a las sociedades.

Si consideramos el concepto de nacionalidad desde el punto de vista jurídico y no sociológico, no encontramos dificultades en aplicarlo a las personas morales, y, por tanto a las sociedades; pues este atributo es ajeno a los caracteres étnicos, lingüísticos, etc., que sólo pueden ostentar los individuos.

La nacionalidad, como concepto jurídico, es una cualidad que se atribuye a las personas, para determinar la aplicación de un ordenamiento jurídico; así, cuando se den los elementos para considerar nacional a una sociedad, le serán aplicables las normas sobre constitución; otorgamiento de la personalidad, capacidad, etc., contenidas en nuestra legislación; por lo

contrario si la calificación jurídica que corresponde a la sociedad mercantil es la extranjera, habrán de aplicársele diversas normas.

Como consecuencia de eludir la cuestión de si ha de atribuirse nacionalidad a las sociedades, ha llevado a utilizar el enunciado de "sociedades constituidas conforme a las leyes extranjeras", que fue adoptada por el proyecto de Código de Comercio de 1947, bajo la influencia de Eduardo Trigueros. El enunciado sociedades extranjeras no sólo es más cómodo, sino que se justifica teóricamente. La terminología adoptada en 1947 fue conservada en las redacciones de 1952 y 1960. (10)

5.2.1.1. EMPRESAS TRANSNACIONALES.

Se afirma, que las empresas o sociedades transnacionales o multinacionales configuran un fenómeno que escapa a los principios y soluciones aplicables al accionar multinacional de las sociedades mercantiles. Estas empresas requieren una regulación específica proveniente de diversas fuentes: legislación nacional tanto del país receptor como del país sede de la matriz, acuerdos internacionales bilaterales o multinacionales, ley modelo o Código de Conducta.

El profesor francés Berthold Goldman que las define como "los organismos económicos integrados por un conjunto de establecimientos (o de sociedades) distintas, localizadas en diferentes países, que actúan bajo la dirección y el impulso de una sociedad matriz que detenta el control y constituye el centro de decisión" (11). La empresa transnacional adopta como modalidad operativa para actuar multinacionalmente la

(10) Mantilla Molina, Roberto. Op. cit. supra., nota 1, pág: 466.

(11) Talice, Jorge.

constitución de filiales, con la que adoptan la forma jurídica de sociedades nacionales independientes entre sí. Las cuestiones de Derecho conflictual no están del todo ausentes cuando se trata de determinar la capacidad de la sociedad matriz para crear una sociedad local o para adquirir el paquete accionario de una ya constituida. Puede asimismo suceder que la matriz prefiera operar, no a través de filiales, sino de sucursales locales, lo que origina inexorablemente un problema de conflicto de leyes que no difiere en absoluto al promovido por la actuación extraterritorial de sociedades mercantiles de menor envergadura económica.

La acción de las distintas sociedades y sucursales que la integran, no escapa a la regulación conflictual aplicable a las sociedades mercantiles.

5.2.2. DETERMINACION DE LA NACIONALIDAD DE LAS SOCIEDADES.

Hemos estudiado numerosos criterios que se señalan en la doctrina y el Derecho comparado, para determinar la nacionalidad de las sociedades mercantiles. Entre los principales encontramos: a) la manifestación de la voluntad de los fundadores, b) el lugar de radicación de la gerencia, c) el lugar de reunión normal de accionistas, d) el lugar de la radicación principal de Consejo Administrativo, e) la legislación conforme a la cual se constituyó, f) el lugar de la constitución, g) la nacionalidad de los socios, h) el lugar en que se integra el capital social, i) el lugar de la principal explotación social, y j) el domicilio social.

La Ley de Sociedades Mercantiles supone la antítesis entre sociedades mexicanas y extranjeras; pero, no señala cuando tienen uno u otro carácter. La ley de Nacionalidad y Naturalización, en su artículo 5º declara mexicanas a las sociedades constituidas conforme a las leyes de nuestro país

y que establecen su domicilio en él; la falta de uno de estos requisitos hará que se les considere como extranjeras. Se ha planteado un problema en relación a la frase que emplea el texto legal: "personas morales ... que tengan en ella (la República Mexicana) su domicilio legal", pues no se especifica si debe ser un domicilio real o ficticio; considero que éste debe corresponder al lugar donde se encuentra la administración de la sociedad; no tendría carácter de nacional la sociedad mercantil si la administración estuviese fuera de la República.

Roberto Mantilla Molina señala en relación a las leyes de Instituciones de Seguros (artículo 1º) y de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito (artículo 2º), que éstas, "distinguen, con poco plausible terminología, de las sociedades mexicanas, las nacionales; reciben este calificativo las constituidas con intervención del Estado Federal. Indudablemente, también las instituciones nacionales son sociedades mexicanas." (12)

Al determinar la nacionalidad de una sociedad, existe un desinterés respecto a la nacionalidad que tienen los socios o al origen del capital. Desde el punto de vista de la lógica jurídica es plausible, porque se sigue fielmente el principio de la personalidad de la sociedad; desde el punto de vista económico y político es peligroso, como ha sucedido en México, motivo por el cual se dio la expropiación petrolera; también en la Segunda Guerra Mundial, la legislación de emergencia dictada con este motivo, resolvió el problema al conciliar los principios jurídicos con las exigencias del momento, y al efecto: "a) permitía intervenir las negociaciones que sirvieran a los intereses de los países enemigos, cualquiera que fuera la nacionalidad de

(12) *Ibid.*, págs: 216 y 217.

la persona, física o moral, propietaria de la negociación; b) exija la autorización de la Secretaría de Relaciones Exteriores para la constitución o modificación de sociedades que tuvieran o pudieran tener socios extranjeros, así como para la adquisición de partes sociales por personas que tuvieran tal carácter (Decreto del día 7 de junio de 1944)." (13)

El origen del capital no determina la nacionalidad de la sociedad, pero si será la aplicación de un régimen jurídico diferente: es preciso, de acuerdo con diversas leyes, reglamentos y prácticas de la administración pública, que sea en su mayoría mexicano, para gozar de ciertas ventajas; como son los estímulos fiscales.

Se considera como inversión extranjera y se sujetan a la Ley de Inversiones Extranjeras, a las "empresas mexicanas en las que participe mayoritariamente capital extranjero ..." (artículo 2º, fracción IV); también aquellas sociedades mercantiles que siendo nacionales, son en realidad inversión extranjera, implica un criterio más realista el considerar que, "las empresas... en las que los extranjeros tengan, por cualquier título, la facultad de determinar el manejo..." (parte final de la citada fracción IV).

5.2.3. PROBLEMAS QUE PLANTEAN LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS.

Estas dificultades son diversas, si las sociedades extranjeras desean actuar en México de manera ocasional o de manera permanente. También, se plantea el problema de cuál debe ser el régimen jurídico de los

(13) *Ibid.*, pág: 217.

títulos, es decir, de las acciones (14) y las obligaciones (15) que emita una sociedad extranjera.

5.2.4. ACTUACION OCASIONAL DE UNA SOCIEDAD.

Se presenta cuando una sociedad extranjera pretende realizar en México uno o varios actos jurídicos, sin el propósito de ejercer el comercio de una manera habitual. Entre los actos que puede pretender realizar en México es celebrar un contrato que en sí no implique el desarrollo de actividades mercantiles (v. gr.. adquisición de un inmueble en el cual instalar un lugar de recreo para sus empleados, o con simples fines de inversión; contratación de trabajadores para hacer posible la ejecución en nuestro país de un contrato celebrado en el extranjero); también, puede pretender celebrar en México un acto aislado de comercio (v. gr.. empresa de construcciones que se encarga de la ejecución de una obra determinada); puede pretender obtener una patente mexicana, sin el propósito inmediato de explotarla el territorio nacional.

(14) Son aquellos documentos en los cuales los socios tienen incorporados sus derechos. Lo que en otros tipos de sociedades tales derechos forman la parte de interés, parte social, cuota o porción del socio. Lo que caracteriza a la parte de interés frente a la acción es aquélla no puede transmitirse sin el consentimiento de los otros socios, que en todo el caso tiene el derecho del tanto: al paso que la acción, normalmente, puede negociarse con entera libertad.

(15) Consiste en aportar los medios necesarios para la realización del fin común. Pueden ser de 2 clases: aportaciones de industria y aportaciones de capital. Con una terminología un tanto confusa, suele llamarse aportación tanto a la obligación contraída por el socio, como al objeto de esta obligación.

Si se sostiene que las sociedades sólo tienen personalidad jurídica en su país de origen, las sociedades extranjeras no podrían realizar actos jurídicos en México. Nuestra Ley de Sociedades Mercantiles, no acepta dicho principio, pues en el artículo 250 establece que: "Las sociedades extranjeras legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la República". El otorgamiento incondicional de personalidad jurídica permite celebrar el acto que pretenda, excepto si, conforme a la ley que lo rige, sólo puede ser ejecutado por quien tiene nacionalidad mexicana (v. gr. una sociedad extranjera no puede adquirir bienes inmuebles dentro de la zona prohibida). Una sociedad extranjera debe comprobar ante la autoridad correspondiente, que se constituyó conforme a las leyes de su país.

El artículo 24 del Código de Comercio exige la inscripción en dicho Registro sólo a las sociedades que pretendan establecerse en la República. La jurisprudencia mexicana, antes de la vigencia de la Ley de Sociedades Mercantiles, extendía la necesidad del registro aun a las sociedades que pretendieran realizar un acto aislado. El reconocimiento de la personalidad jurídica a las sociedades extranjeras se atribuye a la sociedad extranjera independientemente de que la tenga en su país de origen o que carezca de ella. Como ejemplo Roberto Mantilla Molina, cita el siguiente: "Las sociedades colectivas italianas, según autorizadas opiniones doctrinales, no tienen personalidad jurídica, pero dado que en México se les otorga a las sociedades en nombre colectivo, y que en el artículo 250 la reconoce a las extranjeras sin distinción alguna, debe concluirse en nuestro ejemplo, que una sociedad colectiva italiana, en México está dotada de personalidad jurídica." (16)

(16) Mantilla Molina, Roberto L. Op. cit. supra., nota 1, pág: 468.

5.2.5. ACTUACION PERMANENTE DE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA.

Para realizar el comercio en México, una sociedad extranjera debe obtener autorización de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (17) e inscribirse en el Registro Público de Comercio, conforme a los artículos 15 y 24 del Código de Comercio y 251 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

La sociedad obtendrá la autorización cuando compruebe que está constituida de conformidad con las leyes de su país de origen y que sus estatutos no sean "contrarios a los preceptos de orden público" de nuestro derecho (Artículo 251, fracciones I y II de la Ley General de Sociedades Mercantiles). (18)

La Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, resuelve sobre el establecimiento de una sucursal o agencia de una sociedad extranjera (artículos 2º, fracción I, 5º, tercer párrafo, y, 12, fracción III de la Ley de Inversiones Extranjeras).

El ordenamiento jurídico de las sociedades, puede considerarse de orden público, pues está encaminado a proteger a los socios y a los acreedores de la sociedad.

(17) Conforme a la Ley de la Administración Pública Federal, de 1976, esta Secretaría tiene la competencia para autorizar el ejercicio del comercio en la República, actividades de carácter mercantil en sentido económico e industrial (artículo 34)

(18) Delicado problema es el de resolver cuándo los estatutos pugnan con el orden público mexicano. V. gr. Los juegos azar, la explotación de mantos petrolíferos.

El artículo 251, antes planteado, ofrece varios problemas; establece como requisito para que la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, autorice la inscripción de una sociedad extranjera, que "ésta se establezca en la República o tenga en ella alguna agencia o sucursal". La Ley no distinguió entre requisitos para el otorgamiento de la autorización y requisitos para la subsistencia. Los de las fracciones I y II, son requisitos para el otorgamiento de su autorización; entendemos como requisitos para la subsistencia de la autorización, el mencionado en la fracción III y lo dispuesto en el párrafo final del artículo 251. En esta última fracción a los conceptos de agencia o sucursal, no precisados por nuestro ordenamiento jurídico mercantil. Una y otra parecen implicar la existencia de un representante legal que actúe en su nombre y por cuenta de ella, inclusive para representarla judicialmente; también, supone el establecimiento de un domicilio en México, en consecuencia el sometimiento a los tribunales del lugar en donde se establezca la agencia o sucursal. La organización del sistema de contabilidad en que se registren operaciones del establecimiento, es lo que implica una sucursal.

En el proyecto del Código de Comercio señala que la sociedad extranjera que desee efectuar en México sus actividades de manera permanente, ha de invertir en el país una suma equivalente al capital social de las sociedades anónimas, y tener un representante con suficientes facultades.

5.2.6. FACULTADES DE LA SECRETARIA COMERCIO Y FOMENTO INDUSTRIAL.

El artículo 251 de la Ley de Sociedades Mercantiles, parece inclinarse a considerar que las facultades de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI) son discrecionales; es decir, parece que la

Intervención de ésta es meramente formal, pues debe limitarse a comprobar el cumplimiento de determinados requisitos legales sin que tenga facultades discrecionales para conceder o negar la autorización una vez satisfechos tales requisitos.

Roberto Mantilla Molina opina que: "Tal sistema no parece compatible con la orientación del Estado Mexicano, cuya política tiende inequívocamente a establecer una serie de normas jurídicas que encaucen la actividad económica en el sentido que crea conveniente a los intereses de la colectividad. Congruente con esta orientación general, es el atribuir a la Secretaría la facultad de denegar la autorización en aquellos casos en que juzgue el desarrollo de las actividades de las sociedades extranjeras pudiera ser perjudicial a la colectividad mejicana." (19)

5.2.7. REGLAS PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA SOCIEDAD EXTRANJERA.

Con anterioridad hemos explicado que el artículo 250 confunde los requisitos de autorización con los de subsistencia, ya que el establecimiento en la República o tener en ella una agencia o sucursal, es uno de estos últimos requisitos.

También se considera un requisito de subsistencia para la autorización, el deber de que se publique anualmente un balance general (este deber se restringe a las sociedades mexicanas anónimas), el cual debe ser visado por el contador público. Su incumplimiento no trae aparejada ninguna sanción directa.

(19) Mantilla Molina, Roberto L. Op. cit. supra., nota 1, pág: 471.

En el proyecto del Código de Comercio, se sanciona el cumplimiento de este requisito si la posibilidad de que el establecimiento de las sociedades extranjeras sea puesto en liquidación.

5.2.8. CARACTER DE COMERCIANTE DE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA.

El artículo 3º, fracción III, del Código de Comercio, declara comerciante a la sociedad extranjera que establezca en México una sucursal o agencia, por lo tanto estará sujeta a los deberes profesionales que este carácter confiere; dicha atribución tiene como consecuencia que pueda ser declarada en quiebra. La sociedad extranjera que realice un acto aislado de comercio no adquirirá carácter de comerciante en la República Mexicana.

5.2.9. CONSECUENCIAS DE LA QUIEBRA DE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA.

Cuando una sociedad extranjera establece en México una agencia o sucursal, es lógico que tenga en México los bienes y valores necesarios para efectuar la actividad a la que esté destinada; no constituye un patrimonio separado de la propiedad de la persona moral radicada en el extranjero. En caso de quiebra de la sociedad en el extranjero, los bienes existentes en nuestro territorio, deberán confundirse con la masa de bienes de la matriz y de las demás sucursales de la propia sociedad, y los acreedores surgidos de las relaciones jurídicas establecidas en México, habrá de presentarse ante el tribunal extranjero que conociera de la quiebra, cobrar el dividendo que les correspondiera. Esta solución cuya estricta lógica no puede negarse, ha sido propugnada por los países capitalistas que tienen grandes empresas con sucursales en el extranjero, y a cuyos intereses conviene concentrar en la matriz bienes de todas las sucursales, en caso de quiebra.

Lo anterior, traería consecuencias perjudiciales en los países en que están establecidas sucursales de sociedades extranjeras. En la Ley de Quiebras y Suspensión de pagos, artículo 3º, párrafo final, se establece una norma para la sucursales de empresas extranjeras, las cuales pueden ser declaradas en quiebra independientemente de la situación de la matriz, y de modo que afecte sólo a los bienes situados en la República y a los acreedores por operaciones realizadas con la sucursal. El producto de los bienes situados en nuestro territorio, servirá para pagar a los acreedores correspondientes. El remanente se pondrá a disposición del síndico de la quiebra de la matriz.

5.2.10. INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES.

Cuando una sociedad extranjera efectúe operaciones en nuestro territorio, y aun abra agencias o sucursales, sin la autorización de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial y sin haberse inscrito en el Registro Público de Comercio; esta sucursal debe someterse a un régimen jurídico independiente de la matriz. Se trataría en consecuencia de la sociedad irregular, a las que aplicarían las normas de las de esta clase. Anteriormente en el Código de Comercio, en el artículo 266 ya derogado, establecía que estas sociedades deberían responder por las obligaciones contraídas a nombre de las sociedad extranjera.

5.2.11. VENTA DE VALORES EXTRANJEROS.

La Comisión Nacional de Valores aprobará la venta de acciones y obligaciones emitidas por sociedades extranjeras (artículo 14 de la Ley del Mercado de Valores).

Las medidas que se adoptaron para proteger la economía nacional y a los inversionistas mexicanos, no tendrían suficiente eficacia, dado que, existiendo el régimen de libertad de cambios, las adquisiciones de valores extranjeros podrían hacerse fuera del país.

5.2.12. SOCIEDADES MEXICANAS EN EL EXTRANJERO.

"Un decreto publicado el 29 de junio de 1945 exige que para los valores emitidos por una empresa mexicana puedan ser inscritos en bolsas o mercados extranjeros, se obtenga previamente una autorización del Estado mexicano. Como es obvio, el propósito de tales normas no es la protección de ahorro extranjero, sino la del crédito mexicano, que pudiera verse perjudicado por la colocación en el extranjero de valores carentes de solidez.

Durante la Segunda Guerra Mundial, se dictaron normas para registrar las acciones mexicanas de que eran títulos las personas residentes en el país enemigo. (Decreto de 7 de julio de 1945)". (20)

5.2.13. NACIONALIDAD DE UNA SOCIEDAD Y CAMBIO DE SOBERANIA TERRITORIAL.

El principio del cambio de nacionalidad en el contexto tradicional de las sucesión de Estados cumplía con una función indirecta de garantía, pues se beneficiaban a las sociedades que cambiaban de nacionalidad. Además, los dos Estados consentían en un Derecho de Opción, bien sobre la base única del criterio de la sede social, bien sobre la base compleja de los criterios de la sede y del control. Sin embargo, tras la Primera Guerra Mundial, la calificación de las sociedades enemigas a partir del control supuso una

(20) *Ibid.*, pág: 474.

excepción temporal al principio, aunque se admita el derecho de emigrar al Estado anterior después de la liquidación de los bienes.

Posteriormente, cuando cambio la premisa del principio -es decir, la semejanza de contenidos de los ordenamientos jurídicos sucesivos respecto a las sociedades comerciales privadas y el respeto de los derechos adquiridos- entonces fue puesto en tela de juicio por el antiguo Estado soberano del territorio con el fin de proteger a las sociedades en la que sus nacionalidades tendrían intereses, en cuanto que el cambio de competencia legislativa extrañaba una expoliación abierta o disfrazada. Así ha aparecido un derecho de opción con la naturaleza de una verdadera negación del principio, revistiendo las formas de un reconocimiento de reconstitución o de un reconocimiento de nacionalidad y derivándose de la hostilidad hacia las medidas de disposición y de la inadmisibilidad de su eficacia internacional. las sociedades han escapado como refugiadas de las consecuencias del cambio de soberanía a partir de su calificación como nacionales desde el punto de vista de los fundadores y de los administradores, pero a pesar de la oposición del nuevo Estado soberano del territorio de la sede social.

De esta forma, por los inconvenientes de técnica jurídica y, sobre todo, por el peligro de conceder a los dirigentes de las sociedades aplicadas por los cambios territoriales competencias extraordinarias para instalarse bajo el ordenamiento jurídico anterior, parece que el único remedio eficaz internacionalmente de la protección contra las medidas expolatorias estriba en el amparo de los capitales de la sociedades en cuestión a través de un convenio de protección de inversiones entre los dos Estados interesados.

(21)

(21) Órtiz-Arce de la Fuente, Antonio.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

- La nacionalidad de las sociedades mercantiles ha sido un problema que los juristas se han planteado y tratado, llegando a resolverlo con muchos y dispares criterios. Los dos supuestos básicos de este conflicto son la personalidad y la nacionalidad.

- Las personas morales, que, han sido calificadas con este nombre por el Código Civil para el Distrito Federal, son agregados de individuos con personalidad propia, distintas de las personas físicas que las integran y a quienes la ley reconoce, otorgándoles los atributos propios de la personalidad. El fundamento de estas personas se encuentra en la necesidad que tiene el hombre, para realizar aquellas actividades que, por sí sólo, no podría realizar de manera satisfactoria, y en la inclinación natural que siente de agruparse con sus semejantes.

- El origen de este concepto lo encontramos en el Derecho Romano, estas personas eran conocidas como "vice fungitur", porque en la vida jurídica cumplían funciones análogas a las personas físicas; con la expresión "universitas", se denominaba tanto a un conjunto de individuos como de cosas. La Iglesia Cristiana de la Edad Media construyó la teoría del patrimonio autónomo afectado por la realización de un fin ideal y, es en Alemania, donde nacen las principales teorías acerca de la personalidad moral. En los Códigos Napoleónicos se desconoce la personalidad jurídica de las sociedades, en los Códigos italianos se aceptaba la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, pero, se desconocía el de las civiles.

- La tradición jurídica mexicana es favorable al reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles y mercantiles.

- * Son varias las teorías que se han sustentado en relación a la naturaleza de las personas morales; las principales son: la de la ficción, la realista y la del patrimonio de afección.

- * Se han elaborado diversas clasificaciones de las personas morales tomando en cuenta diversos puntos de vista como el funcional y el estructural. El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 25 reconoce expresamente a las personas morales y elabora una relación de éstas, entre las cuales encontramos a las sociedades civiles y mercantiles.

- * En el ordenamiento jurídico mexicano, la personalidad moral es un estatus de capacidad jurídica subjetiva especial que la ley confiere a ciertas y determinadas situaciones convencionales, que por virtud legal tienen fuerza para crear una personalidad jurídica.

- * Los atributos de una persona colectiva son: capacidad, razón social o denominación, domicilio, patrimonio y nacionalidad; este último, es motivo de estudio de la presente tesis con respecto a las sociedades mercantiles. La nacionalidad de estas personas la determinamos en relación con el artículo 5º de la vigente Ley de Nacionalidad y Naturalización.

- * La sociedad mercantil adquiere personalidad jurídica, a partir del momento en que es celebrado el acto constitutivo, es decir, el convenio o acuerdo de voluntades que le da origen. Estas personas jurídicas actúan y se obligan por medio de los órganos que las representan, se extinguen por varias razones, entre las cuales citamos: la voluntad de quienes la crearon, la falta de medios para realizar el fin que se han propuesto o la inexistencia de este mismo.

- * El término nacionalidad es susceptible de ser interpretado sociológica y jurídicamente. Tomando en cuenta el primer punto de vista, la

nacionalidad es el vínculo que une a un individuo con un grupo en virtud de diversos factores: la vida en común y la conciencia social idéntica (Nación).

* El significado jurídico es el que nos interesa, porque expresa una relación con el Estado, y no con la Nación, como lo hace el sociológico; la nacionalidad es un vínculo jurídico que permite a un Estado identificar a los individuos que lo componen. El Estado es quien debe considerarse en las relaciones internacionales únicamente, ya que es el que ejerce la autoridad política soberana.

* En el Derecho Romano, la nacionalidad se presenta como un fenómeno de ligamen jurídico con base a la pertenencia de una comunidad. La nacionalidad en Roma se guía por el "ius sanguinis". En la Edad Media, continua vigente el sistema del parentesco consanguíneo; los germanos conservaban la institución del "ius soli", la cual atribuye la nacionalidad si existe una afiliación a una determinada tribu; con el feudalismo, el señor feudal era el único que tenía capacidad de modificar la nacionalidad. La palabra nacionalidad es de origen reciente, vincula a los miembros de un pueblo con el Estado mismo. Es en 1835 cuando aparece la voz nacionalidad en el vocablo de la Academia Francesa; en el siglo XIX, los Estados comienzan a señalar las circunstancias que otorgan su nacionalidad.

* Existen varias definiciones que califican a la nacionalidad ya sea como un vínculo natural, jurídico, político, jurídico-político o económico.

* La nacionalidad es una institución jurídica a través de la cual se relaciona una persona moral (así como una persona física) con el Estado. El concepto jurídico de nacionalidad se finca en una relación con base a normas jurídicas, independientemente de factores históricos, políticos o especulativos que puedan ligar o separar a las personas físicas.

- En algunas ocasiones se ha llegado a utilizar el término ciudadanía como sinónimo del de nacionalidad. No estoy de acuerdo con ello, pues nuestra Constitución, determina en el artículo 30 quienes son nacionales y en el artículo 34, quienes son ciudadanos.

- Se han propuesto otros términos que suplan el de nacionalidad; pero, ninguno de ellos ha tenido la aceptación internacional que ha tenido éste.

- La naturaleza jurídica del vocablo nacionalidad, nos obliga a considerarla dentro del ámbito del Derecho Público, pues los sujetos de la relación jurídica en ningún momento han obrado en un plan de igualdad, el Estado interviene con su calidad de soberano y con carácter impositivo.

- Todo sujeto de derecho es regido por una Ley, en relación de dependencia con un Estado, dicha sujeción es fijada por el vínculo de la nacionalidad. Es es el concepto de ésta, quien da los parámetros para aceptar o rechazar la nacionalidad de las sociedades mercantiles.

- No existe una opinión generalizada en los diversos ordenamientos jurídicos, aceptada por todos los legisladores. En la mayoría predomina la idea de que la nacionalidad es un atributo de las sociedades mercantiles; pero, también encontramos excepciones como Argentina y Colombia.

- En la doctrina existen diversas tendencias en las cuales se valora la nacionalidad de las sociedades mercantiles. Algunos autores niegan la nacionalidad de las sociedades como consecuencia de considerar ficticia o inexistente su personalidad. La teoría de la ficción conduce a la negación de la nacionalidad de las personas jurídicas y a su reconocimiento en país distinto del que las creó. Niboyet, es el principal antagonista de la nacionalidad de las sociedades mercantiles.

- Existen varios autores que intentan substituir la noción de nacionalidad con la de domicilio, pues es éste el que determina el estatuto personal de la sociedad; han confundido estos dos términos, porque recurren al domicilio para determinar la nacionalidad.

- Otra corriente, niega la nacionalidad de las sociedades mercantiles, como consecuencia de un concepto de nacionalidad que liga a un individuo con Estado por vínculos de lealtad espiritual o política.

- Las doctrinas que admiten la aplicación del término nacionalidad de las sociedades mercantiles, constituyen otra postura, consideran que no existe otra expresión para denominarla, por lo mismo no entienden de igual manera éste con respecto a las personas físicas.

- Entre las tesis que afirman la nacionalidad de las sociedades mercantiles encontramos a la doctrina clásica. Estas tendencias fueron sostenidas principalmente por Ferrara y Mazeaud y en México por Enrique Halguera y Carlos Arellano García.

- Resuelto afirmativamente el problema de si existe y puede propiamente hablarse de nacionalidad de sociedades mercantiles y expuesta la utilidad y conveniencia de esta noción, estudiamos las circunstancias que atribuyen la nacionalidad a las sociedades mercantiles.

- No existe un acuerdo internacional que en su expresión consuetudinaria o convencional obligue a los Estados a la aceptación de un criterio determinado. Cada Estado se encuentra en plena autonomía para fijar las condiciones bajo las cuales otorgará su nacionalidad a una sociedad, ya sea por motivos jurídicos, políticos o económicos. Existen algunos ordenamientos jurídicos internos que no hacen uso de su autonomía legislativa en esta materia, no contienen normas específicas que determinen la atribución de su nacionalidad a las sociedades mercantiles, sólo se limitan a

establecer una distinción entre sociedades nacionales y extranjeras, regulando estas últimas.

- Se examinaron los diversos criterios sustentados por el Derecho positivo de diversos países como determinativo de la nacionalidad de las sociedades mercantiles. Los criterios dominantes son el del domicilio social y el de la ley de constitución; existen Estados que han complementado estos dos, llegando a crear un doble sistema el del domicilio-constitución.

- Existe una notoria falta legislación tanto en el ámbito internacional como en el interno, en materia de nacionalidad de sociedades mercantiles. Los Estados han seguido diversas direcciones para determinar su nacionalidad, no encontramos una uniformidad en cuanto a criterios utilizados en países americanos y europeos.

- En Alemania, no hemos podido determinar con exactitud el sistema utilizado para determinar la nacionalidad de las sociedades mercantiles; el criterio de la sede social es utilizado antes de la Primera Guerra Mundial y el del control durante ella. La mayoría de los autores opinan que ha dominado el criterio del domicilio social.

- En Argentina, se ha negado la teoría de la nacionalidad de las sociedades mercantiles, pues se habla de sociedades locales y sociedades constituidas en el extranjero; por lo que el régimen atributivo de la nacionalidad deriva de la incorporación de la entidad.

- En Brasil, se toma en cuenta un doble criterio para otorgar la nacionalidad, el de la constitución y el del domicilio social.

- En Colombia, se observa una influencia de la doctrina Argentina, la Ley colombiana, niega la nacionalidad, pero, la legislación secundaria no lo hace, ya que adopta el sistema de la constitución.

- * La legislación española, es una de las pocas que se refiere expresamente a la nacionalidad de las sociedades mercantiles. Existen tres criterios dominantes en ésta: el del domicilio, el de la constitución y el del domicilio- constitución, la tendencia más reciente para determinar la nacionalidad de las sociedades es este último.

- * Francia no da ninguna solución general para determinar la nacionalidad de las sociedades, pues se han sustentado varios criterios, pero, el criterio constante ha sido el llamado del domicilio efectivo.

- * En los Estados Unidos se admite la tesis afirmativa de la nacionalidad de las sociedades mercantiles, poseen en común con el Derecho Inglés el sistema de incorporación para las sociedades mercantiles. En este país no se llegó a considerar el criterio del control en épocas anormales como sucede en las otras legislaciones que hemos estudiado.

- * En Inglaterra se ha admitido la teoría afirmativa de la nacionalidad de las sociedades mercantiles, atribuyéndose éste con base el criterio de la constitución. Durante la segunda Guerra Mundial se aplica el criterio del control.

- * En Italia es necesario realizar una interpretación de su legislación, en la cual rige el contrato de constitución para otorgar su nacionalidad a los entes morales que hemos venido estudiando.

- * En Portugal se tomaba en cuenta el criterio de la autorización; en la actualidad existe un sistema complejo determinativo de la nacionalidad de las sociedades mercantiles en el cual se toma en cuenta el de la constitución, el de la sede social y el de la nacionalidad de los socios y el de capital.

- * Uruguay establece la obligación del registro en el lugar del domicilio, para otorgar la nacionalidad a una sociedad anónima, prevalece el criterio de la autorización.

- En otros países americanos rige el criterio de la autorización para otorgar personalidad jurídica a las sociedades mercantiles. Otros países como Panamá reconocen personalidad jurídica por la sola inscripción en el Registro Mercantil. En Cuba se reconoce la nacionalidad de las corporaciones con base el sistema del domicilio.

- En los Tratados Internacionales, la nacionalidad constituye un elemento importante para definir el tipo de compañía que puede gozar de los beneficios y estipulaciones contenidas en los mismos. Sin embargo, casi todos los Tratados contienen su propia definición de la nacionalidad para las finalidades del Tratado.

- El Código de Bustamante, es un importante proyecto de legislación uniforme internacional, en el cual es aceptada la teoría de la nacionalidad.

- La Jurisprudencia internacional, ha establecido como criterio para que un caso se ventile en la Corte Internacional de Justicia, que los Estados reconozcan explícita o implícitamente la nacionalidad de la sociedad protegida.

- En la legislación mexicana anterior al año de 1886, no se hacía referencia alguna a una posible asignación de nacionalidad a las sociedades civiles o mercantiles. Es hasta ese año, en el que la Ley de Extranjería y Naturalización legal para otorgar la nacionalidad a dichos entes morales.

- En Constitución Política del año de 1917, no se regula expresamente la nacionalidad de las sociedades en artículo alguno; esto no significa que no admita la nacionalidad de éstas, puesto que alude a tal, en el artículo 27, fracción I, cuando prohíbe o limita el ejercicio del derecho de propiedad a determinadas personas físicas y morales (extranjeras). Nuestra Carta Magna se orienta hacia la adhesión de un sistema de constitución para otorgar la nacionalidad mexicana.

- La Ley de Nacionalidad y Naturalización de 1934, en su artículo 5º establece el criterio de la constitución y del domicilio legal para otorgar la nacionalidad mexicana. Se proponen los mismos criterios que la Ley de Extranjería y Naturalización propone en el año de 1886. El precepto estudiado determina dos tipos de criterios: uno formal, que se refiere al de su constitución conforme a las leyes de la República, y otro real, el de tener en México su domicilio legal. Algunos autores han manifestado su descontento con la elección de estos dos criterios, ya que otras legislaciones los han rechazado, pues perjudica los intereses nacionales. Existen otros ordenamientos jurídicos mexicanos en los que se reconoce la nacionalidad de las sociedades mercantiles.

- La jurisprudencia mexicana en sus dos etapas admite la nacionalidad de las sociedades mercantiles; los criterios jurisprudenciales abarcan el reconocimiento y desconocimiento de la existencia en nuestro país de sociedades de nacionalidad extranjera.

- Las sociedades mexicanas se constituyen conforme a las Leyes de la República y conservan su domicilio social en ella. La nacionalidad de una sociedad mercantil no se determina por el origen del capital, éste último señala la aplicación de un régimen jurídico diferente. La Ley para Promover la Inversión Extranjera, en su artículo 2º considera extranjera, a la sociedad en la que participa mayoritariamente el capital extranjero o en la que los extranjeros tengan, por cualquier título, la facultad de determinar el manejo de la empresa.

- Las sociedades nacionales pueden ser de dos clases, dependiendo de la participación de socios o accionistas extranjeros; por lo tanto, existen empresas mexicanas con capital extranjero y aquéllas que no pueden llegar a tener capital extranjero.

- Como lo hemos observado, la nacionalidad es la cualidad que se atribuye a las sociedades mercantiles, para determinar la aplicación del ordenamiento jurídico mexicano; por exclusión, las sociedades que no cumplan con estos requisitos son extranjeras, por lo que deberá aplicársele normas diversas.

- La Ley de Sociedades mercantiles supone una antítesis entre sociedades mexicanas y extranjeras; pero, no señala cuando tiene uno u otro carácter.

- Al determinar la nacionalidad de una sociedad, existe un desinterés respecto a la nacionalidad que tienen los socios o al origen del capital. Una sociedad mexicana en la que participe mayoritariamente el capital extranjero, continuara siendo nacional, más su Inversión será considerada extranjera. Las empresas transnacionales adoptan como modalidad operativa para actuar multinacionalmente la constitución de filiales, con la que adoptan la forma jurídica de sociedades independientes entre sí; así mismo, la empresa matriz puede actuar a través de sociedades locales, lo que origina inexorablemente un problema de conflicto de leyes que no difiere en absoluto el promovido por la actuación extraterritorial de sociedades mercantiles de menor envergadura económica.

- El doble criterio domicilio-constitución puesto en práctica en nuestro país, es uno de los sistemas dominantes en la legislación de varios Estados. Los sistemas que se basan en la ley de constitución y el domicilio, se han presentado con mayor frecuencia que el compuesto; en ocasiones se le ha dado prioridad a alguna de ellos, apoyándose en el otro.

- Finalizando el estudio de esta tesis, he llegado a la siguiente conclusión: el sistema más apropiado es el de domicilio-constitución, ya que

puede solucionar las desventajas que podrían presentarse en cada uno de ellos por separado.

- Considerando insuficientes los motivos que varios autores mexicanos, han argumentado para negar las ventajas que este doble criterio ha proporcionado en los ámbitos económico, político y jurídico.

- Todos los sistemas que han sido estudiados en el presente trabajo presentan características positivas y negativas. Pude darme cuenta que varios criterios determinativos de la nacionalidad de las sociedades mercantiles, se mantienen ajenos a las necesidades que actualmente se están suscitando en la comunidad internacional, en la cual se han presentado cambios, motivo de una modernización.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ARCE, Alberto G. Derecho Internacional Privado.
Editorial Universidad de Guadalajara, 7ª edición,
Guadalajara, MEXICO, 1990.
P.p. 313
- 2.- ARELLANO García, Carlos. Derecho Internacional Privado.
Ed. Porrúa, S.A., 1ª ed., MEXICO, 1989.
P.p. 816
- 3.- AZTIRIA, Enrique. La Nacionalidad de las Sociedades
Mercantiles en la Academia Interamericana.
Prologo de Marcos Satanowsky, Tipografía Editora
Argentina, Buenos Aires, ARGENTINA, 1948.
P.p. 107
- 4.- CERVANTES Ahumada, Raúl. Derecho Mercantil; Primer
Curso.
Editorial Herrero, MEXICO, 1975.
P.p. 622
- 5.- COSSIO, Carlos. La Teoría Ecológica del Derecho y el
Concepto Jurídico de Libertad.
Ed. Losada, Buenos Aires, ARGENTINA, 1944.

6.- FERRER Gamboa, Jesús. Derecho Internacional Privado.

Curso Gráfico.

Ed. Limusa, 1ª ed., MEXICO, 1977.

P.p. 78

7.- GALINDO Garfias, Ignacio. Derecho Civil, Primer Curso

(Parte General, Personas, Familia).

Ed. Porrúa, S.A., 4ª ed., MEXICO, 1980.

P.p. 754.

8.- GARCIA Máñez, Eduardo. Introducción al Estudio del

Derecho.

Ed. Porrúa, S.A., 38ª ed., MEXICO, 1986.

P.p. 444

9.- GIMENEZ Artigues, F. La Nacionalidad de las Sociedades

Mercantiles.

Ed. Bosch, Barcelona, ESPAÑA, 1949.

P.p. 166

10.- KELSEN, Hans. La Teoría Pura del Derecho.

Ed. Losada, Buenos Aires, ARGENTINA, 1946.

11.- MANTILLA Molina, Roberto L. Derecho Mercantil.

Ed. Porrúa, S.A., 24ª ed., MEXICO, 1989.

P.p. 530

- 12.- MOTO Salazar, Efraín. Elementos de Derecho.
Ed. Porrúa, S.A., trigésima edición, MEXICO, 1984.
P.p. 452
- 13.- MUÑOZ, Luis y CASTRO Zavaleta, Salvador. Comentarios
al Código Civil.
Cardenas Editor y Distribuidor, 2ª edición., tomo I,
MEXICO, 1983.
P.p. 895
- 14.- ORGAZ, Arturo. Diccionario de Derecho y Ciencias
Sociales.
Ed. Assandri, 1ª ed., Córdoba, ARGENTINA, 1956.
P.p. 445
- 15.- PEREZNIETO Castro, Leonel. Derecho Internacional
Privado.
Ed. Harla, 5ª ed., MEXICO, 1991.
P.p. 511
- 16.- PINA, Rafael De. Derecho Civil Mexicano.
Ed. Porrúa, S.A., 15ª ed., Vol. I, revisada y
actualizada por Rafael de Pina Vara, MEXICO, 1986.
P.p. 404

- 17.- PINA, Rafael De; PINA Vara, Rafael De. Diccionario de Derecho.
Ed. Porrúa, S.A., 15ª ed., MEXICO, 1988.
P.p. 509
- 18.- RECASENS Siches, Luis. Introducción al Estudio del Derecho.
Ed. Porrúa, S.A., 7ª ed., MEXICO, 1985.
P.p. 360
- 19.- RODRIGUEZ Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles.
Editorial Porrúa, S.A., 6ª edición, tomo I, revisada y actualizada por José Víctor Rodríguez del Castillo, MEXICO, 1981.
P.p. 493
- 20.- ROJINA Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia.
Ed. Porrúa, S.A., 21ª ed., tomo I, MEXICO, 1986.
P.p. 535
- 21.- SIQUEIROS, José Luis. Las Sociedades Extranjeras en México.
Imprenta Universitaria, MEXICO, 1953.
P.p. 198

- 22.- SOTO Alvarez, Clemente. Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil.
Norlega Editores, Ed. Limusa, 3ª ed., MEXICO, 1989.
P.p. 390
- 23.- TEXEIRO Valladao, Haroldo. Derecho Internacional Privado. Introducción y Parte General.
Ed. Trillas, 1ª ed., MEXICO, 1987.
P.p. 624
- 24.- VARIOS. Diccionario Jurídico Mexicano (Instituto de Investigaciones Jurídicas).
Ed. Porrúa, S.A., Universidad Nacional Autónoma de México, Vol. IV, MEXICO, 1989.
P.p. 3272
- 25.- VARIOS. Enciclopedia Jurídica Omeba.
Ed. Bibliográfica Argentina, tomo XII, Buenos Aires, ARGENTINA, 1979.
- 26.- VECCHIO, Giorgio Del. Filosofía del Derecho.
Ed. Hispano-Americana, Ed. Unión Tipográfica, tomo I, MEXICO, 1946.

27.- VILLORO Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del

Derecho.

Ed. Porrúa, S.A., 9ª ed., MEXICO, 1990.

P.p. 506

HEMEROGRAFIA

- 1.- BERNAL Verea, Carlos. Revista de Investigaciones Jurídicas. "La Nacionalidad como base legal para la Protección Diplomática de las Sociedades."
Año 2, Nº 2, Distrito Federal, MEXICO, 1978.
- 2.- FIGUEROA, Federico. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de la Plata. "Personalidad y Nacionalidad de las Corporaciones y Sociedades Comerciales."
Tomo XV, Volumen I, La Plata, ARGENTINA, 1944.
- 3.- TALICE, Jorge. Revista de Derecho Comercial y de la Empresa. "Las Sociedades Mercantiles en el Derecho Internacional Privado Americano."
Año VIII, Números 29-30, Enero-Junio, Montevideo, URUGUAY, 1984.
- 4.- TRIGUEROS S., Eduardo. Jus Revista de Derecho y Ciencias de Derecho de México.
La Nacionalidad Mexicana; Notas para el estudio del Derecho Internacional Privado.
Prologo de Germán Fernández del Castillo, Escuela Libre Sociales, MEXICO, 1940.

LEGISLACION**1.- Código Civil para el Distrito Federal.**

Ed. Porrúa, S.A., 58ª edición, 1989.

P.p. 692

2.- Código de Comercio y Leyes Complementarias.

Ed. Porrúa, S.A., 54ª edición, 1992.

P.p.652

3.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ed. Porrúa, S.A., 4ª edición, 1988.

P.p. 183

4.- Ley de Vías Generales de Comunicación.

Ed. Porrúa, S.A., 8ª edición, 1988.

P.p. 276

5.- Ley Federal de Aguas.

Ed. Porrúa, S.A., 12ª edición, 1987.

P.p. 277

6.- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Ed. Porrúa, S.A., 18ª edición, 1989.

P.p. 924

7.- Ley Federal de Fomento a la Pesca.

Ed. Porrúa, S.A., 10ª edición, 1987.

P.p. 305

8.- Legislación Sobre Propiedad Industrial, Transferencia de Tecnología e Inversiones Extranjeras.

Ed. Porrúa, S.A., 15ª edición, 1990.

P.p. 550

9.- Guía del Extranjero.

Ed. Porrúa, S.A., 1ª edición, 1982.

P.p. 309