

LA *LEX SOCIETATIS* EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CHILENO

THE LEX SOCIETATIS IN CHILEAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

MARÍA IGNACIA VIAL UNDURRAGA^{1*}

RESUMEN: La actuación internacional de las sociedades hace relevante identificar la ley que las rige. Esta *lex societatis* es determinada por las normas de Derecho Internacional Privado de cada país. Chile carece de ellas, pero reconoce la existencia y plena capacidad de las sociedades constituidas en el extranjero. La interpretación extensiva de nuestras normas sustantivas permite concluir que las sociedades se someten a la ley del Estado de su constitución, limitada por las normas imperativas y el orden público chilenos. Esta ley regula la constitución de la sociedad, su estructura legal, su actuación interna y su actuación externa respecto de socios y terceros. Chile necesita normas de conflicto sobre sociedades que den certeza jurídica respecto de la ley que gobierna su actuación internacional.

Palabras clave: Derecho Internacional Privado societario chileno, *lex societatis*, ley aplicable a las sociedades.

ABSTRACT: Determining the governing law of corporations—the *lex societatis*—is relevant today due to the increase of the international activity of corporations. This law is determined in each State by national conflict rules. In Chile, there are no such rules; however, foreign corporations are recognized and have legal capacity in the country. An extensive interpretation of existing domestic rules on corporations allows to conclude that Chilean law submits them to the law of the State of incorporation, but limited by Chilean peremptory rules and public policy. The *lex societatis* governs the constitution, structure, internal and external affairs of a corporation. Chilean law needs to adopt conflict rules on corporations to guarantee legal certainty on the law governing their international activity.

Keywords: Chilean Private International Law on corporations, *lex societatis*, law governing corporations.

I. INTRODUCCIÓN

Todas las sociedades tienen su origen en una ley nacional. Es la ley de un Estado quien las crea directamente o quien autoriza su creación por vía contractual y les otorga personalidad jurídica; es ella también quien determina su capacidad de actuación legal, su organización interna, su posibilidad de adquirir bienes, quienes son sus representantes legales y la responsabilidad de los titulares de sus derechos sociales y administradores. En

¹ * *PhD in laws, King's College London*; Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de los Andes (Santiago de Chile); dirección postal: Monseñor Álvaro del Portillo 12.455, Las Condes, Santiago; correo electrónico: mivial@uandes.cl; ORCID N° 0000-0003-2312-6143. La autora agradece al Instituto Max Planck (Hamburgo) la beca y acceso otorgados a su biblioteca para recopilar la bibliografía de esta investigación.

doctrina, esta ley reguladora de una sociedad –generalmente una ley única– se denomina *lex societatis* y constituye el estatuto personal de la persona jurídica².

La *lex societatis* es fácil de identificar en las sociedades nacionales porque ellas se rigen por la ley societaria sustantiva del propio Estado; sin embargo, cuando una sociedad actúa internacionalmente esta identificación se dificulta ya que es necesario determinar cuál –de entre las distintas leyes de los Estados donde la sociedad actúa– es la ley que la gobierna. Esto sucede porque cada Estado es soberano para determinar si reconoce la existencia de una sociedad extranjera regida por una *lex societatis* extranjera o si le impone sus normas societarias sustantivas para reconocerla y regularla³.

Cada Estado regula el reconocimiento de las sociedades extranjeras y determina la ley por la que se rigen en sus normas de Derecho Internacional Privado nacionales o, excepcionalmente, en las internacionales⁴, que rigen en él. Estas normas de conflicto difieren en cada país y generan conflictos de leyes cuando adoptan distintos criterios para reconocer una sociedad extranjera y la regulan por una ley societaria sustantiva diversa e incluso incompatible con la de su país de origen. Esto puede suceder con las sociedades nacionales que actúan en el extranjero y con las sociedades extranjeras que actúan en el país. Hoy en día, es relevante analizar estos conflictos de leyes societarias y las normas de Derecho Internacional Privado que los regulan porque ellos han aumentado considerablemente por la globalización mundial, que ha impulsado la creación de sociedades y grupos de sociedades transnacionales, la proliferación de agencias o sucursales de una misma sociedad en diversos países y el incremento de actuaciones internacionales de las sociedades.

El problema de la determinación de la *lex societatis* en el Derecho Internacional Privado chileno ha sido poco estudiado; este trabajo pretende contribuir a llenar este vacío doctrinal analizando las normas de conflicto chilenas que determinan la ley reguladora de las personas jurídicas privadas con fines de lucro; sin embargo, algunas de sus conclusiones podrán también aplicarse a las personas jurídicas privadas sin fines de lucro y, *mutatis mutandis*, a las personas jurídicas de derecho público. Cabe precisar que en este artículo se usa el término *lex societatis* para nombrar la ley reguladora de la sociedad y se omite la referencia a la nacionalidad de la sociedad para referirse a ella; esto porque el término “nacionalidad de una sociedad” se utiliza jurídicamente con diversos significados en distintas legislaciones nacionales. En algunas, se identifica la *lex societatis* con la nacionalidad de una sociedad⁵ pero, en otras, la nacionalidad determina si una sociedad merece la protección diplomática de un Estado o un *status* jurídico especial en el Estado extranjero en el que invierte su capital o realiza su actividad comercial⁶.

² DRURY (1998) pp. 167-168; GARCIMARTÍN (2012) p. 311; WELLER y THOMALE (2017) p. 404.

³ GERNER-BEUERLE y otros (2019) p. 1. No existe ninguna obligación de Derecho Internacional Público que obligue a un Estado a reconocer la personalidad jurídica de una sociedad extranjera: ver EBKE (2002) p. 1018.

⁴ Por ejemplo, el Reglamento (CE) N° 2157/2001 POR EL QUE SE APRUEBA EL ESTATUTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA (SE).

⁵ Por ejemplo, art. 9.11, ESPAÑA, Código Civil.

⁶ Ver CÓDIGO DE BUSTAMANTE, arts. 16 a 21; DRURY (1998) p. 174, ETCHEBERRY (1960) p. 24; GUZMÁN (1997) pp. 179-199; HEYMANN (2019) p. 453; MEREMINSKAYA (2005) pp. 145-170; PÉREZ DE ARCE (1993) p. 91.

Este trabajo contiene una introducción y dos partes principales (II y III), seguidas de una conclusión. La parte II expone los conceptos, problemas y soluciones jurídicas más comunes que adoptan las normas y la doctrina de Derecho Internacional de diversos Estados para reconocer y regular a las sociedades extranjeras que actúan en ellos. Su objetivo es servir de guía y proveer los elementos necesarios para el análisis de las normas de conflicto chilenas sobre sociedades que se realiza en la parte III del trabajo, y fundamentar las conclusiones que se incluyen en la parte IV. Se eligen estas normas y doctrinas por estar bien desarrolladas y por aportar soluciones que pueden ser aplicables en el Derecho Internacional Privado societario chileno.

II. PROBLEMAS EN TORNO A LA DETERMINACIÓN Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA *LEX SOCIETATIS* EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. LA LEY APLICABLE A LA CALIFICACIÓN DE LAS CUESTIONES SOCIETARIAS

Frente a un problema de Derecho Internacional privado societario el juez o intérprete necesita calificar o determinar qué actos o cuestiones deben entenderse dentro de la categoría legal de actos sociales gobernados por la *lex societatis*. Esto es necesario porque el concepto jurídico o tipificación de una sociedad y el ámbito de aplicación de la *lex societatis* no es idéntico en todos los Estados. La calificación busca determinar la naturaleza jurídica de los tipos asociativos o de los actos o cuestiones sociales, para después seleccionar la norma de conflicto específica que señalará la ley que los gobierna⁷.

La calificación debe hacerse conforme a una ley sustantiva estatal, que determina si la figura jurídica es una sociedad y/o el acto o cuestión es un acto societario, gobernado por la *lex societatis* de un Estado, o si tiene una naturaleza jurídica distinta y queda regido por otra ley diversa o que se superpone a la ley societaria. Esto último puede suceder, por ejemplo, cuando el acto social consiste en una conducta tipificada en la ley de Quiebras de un Estado y queda gobernado por ella, o se trata de una transacción o conducta señalada y regulada por la ley Mercado de Valores del Estado, o de una conducta generadora de ilícito civil o penal regulada por otras leyes, o de un acto que permite el levantamiento del velo societario, que puede quedar gobernado por la ley del foro o de la sociedad matriz⁸ u otros actos gobernados por otras leyes especiales⁹. También, cabe la posibilidad de que esa ley sustantiva estatal califique a una figura jurídica formada en el extranjero como sociedad y le aplique sus normas de conflicto relativas a la *lex societatis*, aunque ella no tenga la naturaleza jurídica de una sociedad en el Estado de formación, o sea calificada allí como un tipo social distinto al que le asigna la ley del foro o como uno desconocido en él¹⁰. Asimismo, la ley sustantiva estatal podría no reconocer legalmente en el foro una sociedad constituida en el extranjero, conforme a otra ley societaria.

⁷ GERNER-BEUERLE y otros (2019) pp. 47-49.

⁸ SCOLES y otros (2004) p. 1234.

⁹ SCOLES y otros (2004) pp. 1233-1234; WELLER y THOMALE (2017) pp. 406-407.

¹⁰ SCOLES y otros (2004) p. 1223; FEUILLADE (2019) pp. 253-254.

En doctrina, se señalan tres posibles leyes sustantivas para realizar esta calificación: aplicar la calificación de la ley sustantiva del foro (*lex fori*), o la de la ley sustantiva del Estado donde se originó el acto o situación jurídica (*lex causae*), o la solución más común utilizada en la legislación sustantiva de derecho comparado¹¹; además, el juez podría dar una calificación propia o autónoma al asunto en cuestión. En la práctica, los tribunales nacionales tienden a calificar conforme a las normas sustantivas de su foro y solo se apartan de ellas, cuando su aplicación resulta injusta y claramente inadecuada a la situación concreta¹². Esto podría suceder cuando, por ejemplo, se discute en el foro la licitud de una transferencia de activos sociales realizada en el extranjero, que es calificada como legítima por la *lex societatis* del foro y fraudulenta por la ley de Quiebras del Estado donde se realizó; en este caso, podría ser injusto aplicarle a esa transferencia la calificación del foro que la valida y dejar de sancionarla como fraudulenta, como se habría hecho en el lugar donde se efectuó¹³.

2. LAS FUENTES DE LA *LEX SOCIETATIS*

La *lex societatis* de una sociedad que actúa internacionalmente puede estar contenida en diversas fuentes legales de origen nacional e internacional, que deben conciliarse entre sí. Aunque esto puede ser evidente en los holdings de compañías transnacionales, compuestos de sociedades constituidas en Estados diversos y bajo leyes societarias diversas¹⁴, también puede suceder en sociedades nacionales con actuaciones internacionales.

De este modo, la *lex societatis* puede estar contenida en leyes nacionales sustantivas relativas a sociedades civiles o mercantiles, en leyes especiales, que regulan algún tipo societario específico y en leyes internacionales, que priman sobre las leyes nacionales, como son los Reglamentos y Directivas de la Unión Europea o los Tratados internacionales relativos a sociedades¹⁵.

Además, las fuentes de la *lex societatis* pueden multiplicarse con el traslado del domicilio social o de la sede real de una sociedad a otro Estado, conservando la personalidad jurídica de origen. Este traslado exige tener en cuenta dos leyes societarias sustantivas, la ley del Estado del domicilio o sede real inicial y la ley del Estado del nuevo domicilio o sede real de destino que deben aplicarse distributivamente, para determinar la procedencia del traslado, sus requisitos y sus efectos. En todo caso, el traslado solo será posible si ambas leyes lo permiten ya que, de lo contrario, la sociedad deberá disolverse en el Estado de domicilio o sede real inicial y constituirse como una nueva sociedad en el Estado del nuevo domicilio o sede real de destino¹⁶.

Algo similar sucede en el caso de las fusiones internacionales de sociedades. En ellas participan dos sociedades sometidas a leyes de Estados distintos y una de ellas es absorbida

¹¹ FAWCETT, CARRUTHERS y NORTH (2008) pp. 42-44.

¹² FAWCETT, CARRUTHERS y NORTH (2008) pp. 42-44; GERNER-BEUERLE y otros (2019) pp. 47-49; WELLER y THOMALE (2017) pp. 406-407.

¹³ GERNER-BEUERLE (2019) pp. 99-100.

¹⁴ WELLER y THOMALE (2017) pp. 411-417.

¹⁵ DRURY (1998) pp. 181-182; SCOLES y otros (2004) p. 1221; WELLER y THOMALE (2017) pp. 407-408.

¹⁶ EBKE (2002) pp. 1036-1037; GARCIMARTÍN (2012) pp. 319-321; GERNER-BEUERLE y otros (2019) pp. 139-146; WELLER y THOMALE (2017) p. 410.

por la otra, o ambas se extinguen por la constitución de una nueva sociedad. En consecuencia, al menos una de las sociedades cambia de *lex societatis* y sus socios y terceros pasan a quedar sometidos a la *lex societatis* de la nueva sociedad. Para realizar estas fusiones se aplican ambas leyes societarias distributivamente; la ley que rige a cada sociedad determina si procede la fusión con una sociedad extranjera, sus condiciones de procedencia y sus efectos. Ambas leyes societarias sustantivas deben permitir la fusión, para que esta, en definitiva, se produzca¹⁷.

3. FACTORES DE CONEXIÓN USADOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA DETERMINAR LA *LEX SOCIETATIS*

Los Estados determinan la *lex societatis* de las sociedades extranjeras y su ámbito de aplicación usando principalmente dos modelos o factores de conexión, que consideran adecuados para proteger ciertos intereses, como: los de los socios y accionistas, los de los acreedores de la sociedad y de sus empleados, los intereses públicos y el de asegurar soluciones uniformes en los litigios societarios, cualquiera sea el Estado donde se ventilen¹⁸. Así, algunos la determinan por la ley del Estado donde la sociedad tiene el asiento de sus negocios o su administración principal –modelo de sede real– y, otros por la ley del Estado donde la sociedad ha sido constituida, incorporada o registrada, o la de su domicilio estatutario –modelo de incorporación–¹⁹. La adopción de uno u otro modelo tiene ventajas y desventajas a nivel internacional y puede determinar que una misma sociedad quede gobernada por una ley en un Estado y por una distinta en otro Estado o, incluso, que sea regular y existente en un Estado e irregular e inexistente en otro²⁰.

a) *El modelo de sede real*

Este modelo se desarrolló en Bélgica y Francia en el siglo XIX y hoy es usado también en Alemania, Austria, Luxemburgo, Letonia, Polonia y Grecia²¹.

Según este modelo, la *lex societatis* de una sociedad es la ley del Estado de su sede real, es decir, la del Estado donde ella tiene su centro de administración y toma de decisiones principales; que suele ser la ley del lugar donde se reúne su directorio o la asamblea general de accionistas o la del lugar donde tiene sus oficinas principales. El modelo elige esta ley porque considera que este Estado es el primariamente afectado por las actuaciones de la sociedad y el más conectado con ella. Por ende, es quien tiene imperio para imponer sus normas protectoras de accionistas minoritarios o acreedores y para impedir que una ley societaria extranjera evada sus normas imperativas y principios esenciales de derecho societario²².

¹⁷ AUDIT (2006) p. 883; GARCIMARTÍN (2012) pp. 321-323. En relación con la ley que rige la fusión internacional en Chile, ver: MARDONES (2015) pp. 431-458.

¹⁸ WELLER y THOMALE (2017) p. 405.

¹⁹ GERNER-BEUERLE y otros (2019) pp. 2-3; WELLER y THOMALE (2017) p. 405.

²⁰ GERNER-BEUERLE y otros (2019) p. 3.

²¹ EBKE (2002) pp. 1021-1022; GERNER-BEUERLE y otros (2019) pp. 24-31; WELLER y THOMALE (2017) p. 405.

²² GERNER-BEUERLE y otros (2019) p. 2; WELLER y THOMALE (2017) p. 405.

En consecuencia, conforme a este modelo, una sociedad es nacional si tiene su sede real en el propio Estado y extranjera si se ha constituido debidamente en el Estado extranjero donde tiene su sede real²³. Por otra parte, el modelo reconoce la existencia de una sociedad extranjera si ella tiene su asiento real dentro del Estado en el que se ha registrado o constituido; de no tenerlo, la sociedad podría ser inexistente, irregular o en formación en el Estado receptor²⁴.

Sus promotores argumentan que, además de permitir que la sociedad esté gobernada por la ley del Estado más conectado con ella, evita el fraude a esa ley, cuando la sociedad se ha constituido en el extranjero para evadirla. Esto lo hace aplicando extraterritorialmente a la sociedad la *lex societatis* de su asiento real y no la del Estado de constitución. De este modo, el modelo incentiva que las sociedades se constituyan y registren en el Estado de su asiento real. Con ello logra que todas las sociedades que tienen su sede real en un mismo Estado se sometan a la misma *lex societatis*, lo que garantiza la protección de los intereses de ese Estado y los de los terceros que contratan con la sociedad²⁵.

Sin embargo, este modelo restringe la autonomía de la voluntad de las partes para elegir la *lex societatis* y les impide incorporar una sociedad en un Estado distinto al de su sede real²⁶. Asimismo, el modelo puede atentar contra la legítima expectativa de los socios de someter la sociedad y todos sus actos –también los internacionales– a la ley del Estado de su constitución, algo que este modelo prohíbe²⁷.

Este modelo es difícil de aplicar cuando la administración, dirección y toma de decisiones de una sociedad es descentralizada y realizada efectivamente en más de un Estado. Esto es frecuente en la práctica internacional –por ejemplo, en grupos corporativos o compañías multinacionales– y puede hacer complejo identificar el Estado principal donde una sociedad tiene su sede real y, consecuentemente, su *lex societatis*²⁸.

Igualmente, este modelo puede hacer compleja la reestructuración y traslado de la sede real de una sociedad a otro Estado, al exigirle cambiar su *lex societatis*²⁹. Este cambio puede afectar la certeza jurídica de terceros que contratan con la sociedad y dificultar el ejercicio y reconocimiento de sus derechos adquiridos³⁰. Otro importante inconveniente es que los Estados que adoptan este modelo pueden desconocer la existencia de sociedades válidamente constituidas en el extranjero y reconocidas como tales en muchos otros Estados³¹.

b) El modelo de incorporación o constitución

Este modelo se desarrolló en las jurisdicciones del *Common law* y hoy es adoptado también por Holanda, Suiza, Rusia, muchos países de la Commonwealth, República Do-

²³ GARCIMARTÍN (2012) p. 313.

²⁴ GARCIMARTÍN (2012) p. 313.

²⁵ EBKE (2002) p. 1028; SCOLES y otros (2004) p. 1219.

²⁶ EBKE (2002) p. 1016; PASCHALIDIS (2009) p. 55.

²⁷ PASCHALIDIS (2009) p. 56.

²⁸ DRURY (1998) pp. 174-175; GERNER-BEUERLE y otros (2019) p. 22.

²⁹ GERNER-BEUERLE y otros (2019) pp. 144-181.

³⁰ SCOLES y otros (2004) pp. 1219-1220.

³¹ EBKE (2002) p. 1034.

minicana, los países partes de la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, Montevideo, 8-V-1979 (vigente en Argentina, Brasil, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela) y de la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, La Paz, 24-V-1984 (vigente en Brasil, Guatemala, México y Nicaragua) y por Chile, como veremos.

Según este modelo, la *lex societatis* de una sociedad es la ley del Estado bajo cuya jurisdicción se ha constituido, registrado o incorporado; ley que, normalmente, coincide con la del Estado de su domicilio estatutario. El modelo entiende que el Estado más interesado en regular una sociedad es el Estado que le ha dado existencia legal³². Conforme a él, una sociedad extranjera será reconocida en otro Estado y regida por la *lex societatis* de su Estado de constitución, aunque su sede principal o real se ubique en el Estado que la reconoce o realice la mayoría o todas sus operaciones en ese Estado³³. En consecuencia, este modelo acepta aplicar una *lex societatis* extranjera en el Estado donde la sociedad actúa³⁴.

Este modelo respeta la autonomía de la voluntad de las partes porque permite a los socios fundadores de una sociedad elegir su *lex societatis*, al elegir el Estado donde la constituirán o registrarán. Además, da certeza y predictibilidad a terceros acerca de cuál es esa *lex societatis*, ya que resulta fácil a quien contrata con la sociedad conocer su Estado de constitución. Asimismo, facilita identificar la *lex societatis* antes de un litigio, comprobar que la sociedad goza de personalidad jurídica y conocer las atribuciones de sus representantes legales; algo que puede resultar más difícil en el modelo de sede real³⁵.

Además, el modelo fomenta el desarrollo económico y la inversión extranjera al reconocer y permitir la actividad de sociedades en otros Estados³⁶. Adicionalmente, respeta la razonable expectativa de los socios de que su sociedad quede gobernada por la misma ley bajo la cual la han constituido en sus actuaciones en el extranjero; solución que no perjudica a terceros, si estos saben que están contratando con una sociedad extranjera³⁷.

La adopción de este modelo ha producido una positiva competencia regulatoria entre Estados para atraer sociedades hacia sí. Esta se ha llamado el “efecto Delaware”, a raíz de la proliferación de sociedades estadounidenses incorporadas en el Estado de Delaware atraídas por su regulación societaria³⁸. Sin embargo, este modelo también ha fomentado la constitución fraudulenta de sociedades en Estados con leyes societarias más laxas y la evasión de leyes societarias de Estados más exigentes, por sociedades que debieran haberse constituido en ellos. Así, ha permitido la creación de “sociedades de casilla postal”, “sociedades fantasmas” y sociedades “seudo extranjeras”, que no actúan en sus Estados de cons-

³² SCOLES y otros (2004) p. 1222.

³³ GERNER-BEUERLE y otros (2019) p. 2.

³⁴ WELLER y THOMALE (2017) p. 405.

³⁵ DRURY (1998) pp.168-169; KERSTING (2002) pp. 11-12.

³⁶ PASCHALIDIS (2009) pp. 51-52, 164-211.

³⁷ GARCIMARTÍN (2012) p. 313.

³⁸ DRURY (1998) pp. 165-194.

titución, sino que en otros Estados³⁹. Adicionalmente, cuando la sociedad se constituye en un Estado distinto a aquel en el que actúa, el modelo puede aplicar a los hechos de un caso o de un litigio societario, una *lex societatis* sin relación territorial alguna con ellos⁴⁰.

c) Correcciones a estos modelos

Los Estados no adoptan estos modelos de forma pura. Tienden a corregirlos para proteger los intereses públicos que podrían verse afectados con la evasión de su ley societaria⁴¹. Es común que impongan requisitos legales especiales a las sociedades extranjeras que actúan dentro de ellos y limiten, en ciertos aspectos, la aplicación de la *lex societatis* extranjera, para evitar reconocerles a esas sociedades derechos y privilegios que no otorgan a las sociedades nacionales y para proteger a los terceros que contratan con ellas⁴².

Estas correcciones se hacen principalmente por medio de normas de Derecho Internacional Privado imperativas –normas de policía– que hacen aplicables a las sociedades extranjeras que actúan dentro del foro, las mismas normas y exigencias que regulan a las sociedades nacionales en ciertas materias⁴³. Estas normas de policía nacionales priman sobre la *lex societatis* extranjera en los aspectos específicos que regulan, sin producir un cambio total de la *lex societatis* que gobierna a la sociedad extranjera⁴⁴. Ellas pretenden garantizar que las actuaciones de sociedades extranjeras dentro del foro respeten principios de justicia societaria fundamentales en él. En otros casos, buscan evitar la evasión injusta de la ley del foro, por medio del subterfugio de constituir una sociedad en otro Estado cuando ella actúa principalmente dentro del foro⁴⁵. La mayoría de las legislaciones societarias nacionales cuenta con estas normas de policía; un buen ejemplo, se da en la legislación del Estado de California, que hace aplicables a las sociedades extranjeras, que actúan dentro de su territorio, las normas societarias sustantivas del Código de Sociedades de California en numerosas materias como: la elección y remoción de directores, el grado de responsabilidad y culpa de la que responden; las normas sobre distribución de utilidades y responsabilidad por su infracción; las normas sobre la responsabilidad de los accionistas, gerentes y otros empleados de la sociedad; las normas sobre las juntas anuales de accionistas, derecho de voto en ellas y mayorías exigidas; los informes legales y contabilidades exigidas; las normas sobre fusiones y transformaciones de la sociedad, las normas sobre inspecciones estatales, etc.⁴⁶.

Los tribunales nacionales también hacen correcciones a estos modelos aplicando los límites generales que establece el Derecho Internacional Privado a la ley extranjera, vale de-

³⁹ CARRASCOSA (2014) pp. 1-9; DRURY (1998) pp. 165-167; KERSTING (2002) pp. 13-15; PASCHALIDIS (2009) pp. 42-44, 53-54; SCOLES y otros (2004) pp. 1232-1233.

⁴⁰ SCOLES y otros (2004) p. 1219.

⁴¹ DRURY (1998) pp. 165-194; EBKE (2002) pp. 1029-1031; GERNER-BEUERLE y otros (2019) p. 2.

⁴² EBKE (2002) p. 1016; WELLER y THOMALE (2017) pp. 405-406.

⁴³ GERNER-BEUERLE y otros (2019) pp. 2-3, 23, 41, 44-46; KERSTING (2002) pp. 8-9; WELLER y THOMALE (2017) p. 406.

⁴⁴ GERNER-BEUERLE y otros (2019) pp. 22-24.

⁴⁵ DRURY (1998) pp. 165-167; GERNER-BEUERLE y otros (2019) pp. 23-24; SCOLES y otros (2004) pp. 1223-1226.

⁴⁶ CALIFORNIA, Código de Sociedades. Sección 2115. Ver GERNER-BEUERLE y otros (2019) p. 23; KERSTING (2002) pp. 25-28.

cir, el orden público y el fraude a la ley, para hacer prevalecer la ley del foro⁴⁷. Esto sucede cuando la sociedad pretende ampararse en una *lex societatis* extranjera que vulnera principios jurídicos esenciales del foro, a pesar de estar actuando dentro de él o de estar fuertemente vinculada con él, y cuando la sociedad extranjera pretende desarrollar actividades ilícitas dentro de él⁴⁸.

En definitiva, cuando un Estado reconoce legalmente una sociedad extranjera le reconoce su personalidad jurídica, pero no necesariamente la autoriza para realizar las mismas actividades que le permite la *lex societatis* de su Estado de origen⁴⁹.

d) Aplicación del reenvío a la determinación de la *lex societatis*

El Derecho Internacional Privado de los distintos Estados no contempla una solución única respecto a la aplicación del reenvío en la determinación de la *lex societatis*⁵⁰. Hay Estados que rechazan de plano el reenvío que las normas de conflicto de la ley del lugar de constitución o de sede real de la sociedad extranjera hacen a otras legislaciones⁵¹. Otros aceptan ese reenvío siempre, otros lo aceptan cuando lleva a aplicar la ley de su propio foro, otros cuando lleva a aplicar la ley del Estado de incorporación o de sede real de la sociedad⁵² y otros permiten al juez aceptarlo discrecionalmente para aplicar una *lex societatis* que estime adecuada o más vinculada a la sociedad extranjera⁵³.

4. ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA *LEX SOCIETATIS*

En general, la *lex societatis* regula todos los actos de la sociedad relativos a su constitución, capacidad legal, organización y estructura interna, como también, la responsabilidad de sus directores, socios y empleados que actúan a su nombre. Sin embargo, el ámbito de aplicación específico de la *lex societatis* varía de Estado en Estado, dependiendo de la legislación nacional o internacional que gobierna la sociedad⁵⁴.

Hay acuerdo en que la *lex societatis* gobierna la constitución de la persona jurídica y sus formalidades de constitución; es decir, los trámites y requisitos para que ella se constituya, la necesidad de otorgar escritura pública para su constitución, el nombre de la

⁴⁷ GERNER-BEUERLE y otros (2019) pp. 127-129; KERSTING (2002) pp. 12-14.

⁴⁸ EBKE (2002) pp. 1016, 1029-1031; SCOLES y otros (2004) p. 1223.

⁴⁹ SCOLES y otros (2004) p. 1223.

⁵⁰ En relación con la aceptación del reenvío en materia societaria en la UE ver: GERNER-BEUERLE y otros (2019) pp. 24-31.

⁵¹ QUEBEC, Código Civil. Art. 3080; Luisiana, Código Civil. Art. 3517; Suiza, Ley Federal de Derecho Internacional Privado. Art. 14; Bélgica, Código de Derecho Internacional Privado. Art. 16; Perú, Código Civil. Art. 2048.

⁵² Art. 13 Italia, Ley de Derecho Internacional Privado; art. 12.2 España, Código Civil; art. 17 Portugal, Código Civil.

⁵³ Este sería el caso en Chile ya que la ley chilena no acepta ni prohíbe el reenvío, quedando a discreción del juez chileno aplicarlo o no: GUZMÁN (1997) p. 287; MONSÁLVEZ (2015) pp. 134-135; VILLARROEL y VILLARROEL (2015) pp. 81-82. Ver también GERNER-BEUERLE y otros (2019) pp. 24-31.

⁵⁴ GARCIMARTÍN (2012) pp. 316-319; SCOLES y otros (2004) pp. 1221-1223; WELLER y THOMALE (2017) p. 404. Para un estudio detallado de este ámbito y sus diferencias en los países de la UE, ver GERNER-BEUERLE y otros (2019) pp. 49-57, 63-66, 78-99.

sociedad, su calificación –cuando proceda– como civil o comercial o como un tipo social concreto, el contenido de los estatutos, la eficacia y necesidad de los trámites de registro y de publicidad, las autorizaciones gubernamentales requeridas, etc.⁵⁵. También se acepta que ella no regula la capacidad para asociarse de las personas naturales o jurídicas, la que queda regulada por la ley que gobierna el estatuto personal de esas personas o el contrato de sociedad⁵⁶. Asimismo, tampoco regula ciertas limitaciones impuestas por leyes especiales para celebrar el contrato de sociedad, como la restricción para asociarse entre cónyuges, que queda regulada por su ley matrimonial⁵⁷.

Además, la *lex societatis* rige las relaciones internas de la sociedad; entendiendo, por tales, la estructura social o corporativa, el valor normativo de los estatutos, la determinación de los socios y administradores o directores de la sociedad, la relación entre ellos, sus derechos y obligaciones, los requisitos para aumentar o disminuir el capital social, los modos y requisitos para repartir utilidades sociales, el derecho de los socios para accionar en contra de los administradores o directores para hacer efectiva su responsabilidad, la condición de socio de los herederos del socio difunto, etc. Adicionalmente, en las sociedades accionarias, regula la forma cómo se emiten las acciones, el modo cómo se ejercen los derechos accionarios y se traspasan las acciones no emitidas como títulos al portador, el valor y oponibilidad para la sociedad de los pactos de accionistas, etc.⁵⁸. Esto con la excepción de las acciones emitidas como títulos al portador, cuya transferencia y constitución de derechos reales sobre ellas –derechos sobre el título, por contraposición a los derechos derivados del título– se rigen por la ley del lugar de su ubicación, según el principio *lex cartae sitae*⁵⁹. Además, si estas acciones se cotizan en mercados extranjeros, la ley de Mercado de Valores de ese país puede superponerse a la *lex societatis* de la sociedad e imponer condiciones o límites adicionales a su enajenación⁶⁰.

La *lex societatis* gobierna también las relaciones externas de la sociedad, entre las que se incluyen las condiciones de adquisición y alcance de su personalidad y capacidad jurídica, su régimen y ámbito de representación orgánica, su capacidad para emitir determinados títulos o participaciones sociales, su régimen de disolución, liquidación y extinción, su posibilidad de fusión y el régimen de responsabilidad de la sociedad frente a terceros. Respecto de terceros, la *lex societatis* determina el alcance de la responsabilidad social, si el patrimonio social está separado del de sus socios y el ámbito y alcance de la responsabilidad del directorio y de los socios frente a ellos⁶¹.

⁵⁵ GARCIMARTÍN (2012) pp. 316-317; GERNER-BEUERLE y otros (2019) pp. 49-57; WELLER y THOMALE (2017) p. 404.

⁵⁶ DRURY (1998) pp. 169-170, GARCIMARTÍN (2012) pp. 316-317.

⁵⁷ GARCIMARTÍN (2012) pp. 316-317.

⁵⁸ DRURY (1998) p. 170; GARCIMARTÍN (2012) pp. 317-318; SCOLES y otros (2004) pp. 1221-1223; WELLER y THOMALE (2017) p. 404. Para un estudio detallado de este ámbito y sus diferencias en los países de la UE, ver GERNER-BEUERLE y otros (2019) pp. 49-57, 63-66.

⁵⁹ GARCIMARTÍN (2012) pp. 317.

⁶⁰ GARCIMARTÍN (2012) pp. 318-319. CHILE, Ley 18.045. Arts. 183-197.

⁶¹ GARCIMARTÍN (2012) pp. 317-318; GERNER-BEUERLE y otros (2019) pp. 49-57; 96-99; 110-122.

Finalmente, cabe especificar que la *lex societatis* no determina el régimen de representación del agente o mandatario de una sociedad, ya que él suele estar gobernado por la ley que rige el contrato de agencia o mandato⁶². Tampoco gobierna la responsabilidad extracontractual que generan las actuaciones de la sociedad, de sus socios o administradores ya que ella queda gobernada por la ley que rige esa responsabilidad (*lex loci damni, lex loci delicti commissi* u otra ley)⁶³.

5. LOS ACTOS PRE SOCIETARIOS DE SOCIEDADES EN FORMACIÓN REALIZADOS EN EL EXTRANJERO

Una sociedad en formación puede, y muchas veces debe, realizar actos previos a su constitución legal como, por ejemplo, otorgar sus estatutos por escritura pública autorizada por un notario, requerir registros o inscripciones, efectuar publicaciones, recibir aportes de capital, incurrir en ciertos gastos, etc. En el caso de que estos actos pre societarios se realicen en el extranjero es necesario determinar qué ley los regirá en el Estado del foro y si esa ley los reconocerá como actos sociales o como actos personales de quienes los realizan.

Al respecto, cabe preguntarse primero si se reconocerán en el Estado donde pretende constituirse la sociedad actos formales de constitución realizados en el extranjero, en conformidad a la ley extranjera del lugar donde se realizaron; por ejemplo, si se reconocerá ahí el otorgamiento de estatutos mediante escritura pública otorgada en el extranjero. La respuesta no es única en el derecho comparado, algunos Estados reconocen legalmente estos actos formales extranjeros, otros Estados no les dan ningún valor porque exigen que esas formalidades se cumplan en el propio Estado y, otros, no se pronuncian al respecto⁶⁴.

En segundo lugar, interesa averiguar si se reconocerá en el Estado donde la sociedad pretende constituirse la existencia legal de una sociedad en proceso de formación en el extranjero. Este asunto queda gobernado en algunas legislaciones por la *lex societatis* de ese mismo Estado, así, si ella reconoce cierta capacidad o personalidad jurídica a las sociedades en formación dentro de él, puede entenderse que la reconoce también para las sociedades en proceso de formación en el extranjero, en la medida que se acredite este hecho. En otras legislaciones, estos actos y contratos pre societarios no son reconocidos como actos o contratos societarios y quedan, por tanto, excluidos del ámbito de la *lex societatis* y regidos por las normas de conflicto que determinan la ley aplicable a los actos o contratos realizados en el extranjero⁶⁵.

Además, como consecuencia de lo anterior, la responsabilidad legal de la sociedad en formación por los actos que celebre en el Estado donde pretende constituirse, varía. En las legislaciones que no le reconocen un *status* jurídico especial, esos actos y la responsabilidad que generan, se atribuyen solo y exclusivamente a la o las personas que los realizan, quienes resultan obligadas conjuntamente o a prorrata por el total de las obligaciones contraídas, a menos que la sociedad, después de constituida, asuma expresamente esas obligaciones. En

⁶² KLEINSHMIDT (2017) pp. 29-38.

⁶³ GERNER-BEUERLE y otros (2019) pp. 49-57; 96-99; 110-122.

⁶⁴ GERNER-BEUERLE y otros (2019) pp. 78-79.

⁶⁵ GERNER-BEUERLE y otros (2019) p. 78.

otras legislaciones, cuya *lex societatis* considera que una sociedad en formación existe con una cierta entidad legal *per se*, o como un cierto tipo de asociación o comunidad *de facto* que puede obligarse como tal, se la considera responsable legalmente de esas obligaciones⁶⁶.

III. EL RECONOCIMIENTO DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS Y LA DETERMINACIÓN DE SU *LEX SOCIETATIS* EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CHILENO

1. EL RECONOCIMIENTO DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS EN CHILE

Nuestra legislación carece de una norma de Derecho Internacional Privado que gobierne el reconocimiento de las sociedades extranjeras en Chile y determine su *lex societatis*. Sin embargo, la jurisprudencia judicial y administrativa, y la doctrina nacional, afirman que la ley chilena reconoce a las sociedades constituidas en el extranjero, y gobernadas por una ley societaria sustantiva extranjera, como personas jurídicas extranjeras con capacidad de actuación jurídica en Chile⁶⁷. En el pasado, el alcance de este reconocimiento se limitó a capacitarlas para realizar solo algunos actos societarios en Chile. Así, se sostuvo que ellas podían comparecer en juicio en Chile y realizar aquí actos patrimoniales aislados –civiles o comerciales– como asimismo participar, como socias, en sociedades constituidas en Chile; es decir, se reconoció que tenían en Chile, lo que se llamó “capacidad patrimonial”. Sin embargo, este reconocimiento no las habilitó para desarrollar en Chile su giro social de modo permanente –su “capacidad funcional”–, puesto que se entendió que las sociedades extranjeras debían constituir una agencia en el país o una nueva sociedad en Chile para estos efectos⁶⁸. La doctrina actual considera que la legislación chilena reconoce la plena capacidad jurídica de las sociedades extranjeras en Chile, salvo las expresas limitaciones impuestas por el derecho nacional⁶⁹. Esto resulta evidente, por ejemplo, en la proliferación de sociedades extranjeras –regidas por una ley societaria sustantiva extranjera– que comercializan sus productos en Chile por vía electrónica, las que no requieren de autorizaciones especiales para realizar legalmente su giro habitual en Chile.

Por otra parte, la legislación chilena limita excepcional y expresamente la actuación en Chile de ciertas sociedades extranjeras con el objetivo de resguardar el interés público o fiscal. Esto pasa, por ejemplo, con las compañías de seguros o reaseguradoras extranjeras que, aunque se les reconoce su personalidad jurídica, deben, por regla general, constituirse como sociedades chilenas, sujetas a la ley societaria chilena, o abrir una agencia en Chile para operar habitualmente en el país⁷⁰. Asimismo, los bancos e instituciones financieras extranjeras que deseen operar regularmente en Chile, por medio de una representación o

⁶⁶ GERNER-BEUERLE y otros (2019) pp. 77-78.

⁶⁷ Ver, por ejemplo: 17° Juzgado Civil de Santiago, 13/02/2017; ALCALDE y GOLDENBERG (2021) pp. 85-96; BEZANILLA (1966) pp. 70-74; DUNCKER (1967) pp. 307-324; ETCHEBERRY (1960) pp. 66-68; MARDONES (2015) pp. 377-379, 392-412; PUGA (2011) pp. 97-99; VILLARROEL y VILLARROEL (1988) p. 360.

⁶⁸ Ver BEZANILLA (1966) pp. 70-74; DUNCKER (1967) pp. 307-324; ETCHEBERRY (1960) pp. 66-68.

⁶⁹ Ver ALCALDE y GOLDENBERG (2021) pp. 85-96; MARDONES (2015) pp. 377-379, 392-412; PUGA (2011) pp. 97-99; VILLARROEL y VILLARROEL (1988) p. 360.

⁷⁰ CHILE, D.F.L. 251 de 1931. Arts. 4 y 4 bis.

agencia, deben obtener una autorización administrativa previa y cumplir con ciertos requisitos legales específicos para poder hacerlo⁷¹. Además, nuestra legislación dispone que ciertas actividades solo pueden ser realizadas por personas jurídicas constituidas en Chile y reguladas por la ley chilena⁷².

2. LA CALIFICACIÓN DE LAS CUESTIONES SOCIETARIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CHILENO

El juez chileno o intérprete debe siempre calificar la figura jurídica o el acto de la sociedad, como paso previo para identificar la norma de conflicto que determinará la ley que lo rige⁷³. Por eso, si califica la figura jurídica como una sociedad o el acto como un acto social, le aplicará la *lex societatis* del Estado que la norma de Derecho Internacional Privado chilena le mande aplicar que, como veremos, es la ley societaria sustantiva del Estado de su constitución. Pero, si califica el acto social como un acto del agente de la sociedad en Chile, lo someterá a la ley chilena sustantiva que gobierna la agencia. Lo mismo puede suceder en otros casos, por ejemplo, si califica el acto como gobernado por la ley de Quiebras o la Ley de Mercado de Valores chilenas.

En Chile, no existe una norma de conflicto que le indique al juez qué ley debe aplicar para calificar los actos societarios o para determinar si una figura jurídica extranjera puede considerarse una sociedad en Chile. Esta ausencia de norma le otorga libertad para realizar esta calificación conforme a las definiciones o categorías jurídicas de la ley chilena sustantiva (*lex fori*) o conforme a las de la ley sustantiva del Estado donde se realizaron esos actos o se constituyeron esas figuras jurídicas (*lex causae*); o para darles una calificación propia o autónoma, si lo estima adecuado. Lo habitual será que el juez chileno aplique a las cuestiones societarias los criterios de calificación de la ley sustantiva chilena⁷⁴; aunque esto no obsta a que pueda aplicar los de la ley sustantiva extranjera que gobierna a la sociedad, para dar una solución más justa al caso en cuestión⁷⁵.

La calificación conforme a la *lex fori* podría llevar a desconocer la existencia en Chile de ciertos tipos sociales extranjeros que carecen de elementos que nuestra legislación sustantiva societaria considera esenciales, como aquellos que no poseen personalidad jurídica en el país donde se constituyen, como las *general partnerships* o las *limited liability partnerships* del derecho inglés⁷⁶. En este caso, el juez chileno podría darles una calificación propia o autónoma y aplicarle a su patrimonio en Chile otras normas sustantivas como, por ejemplo, las que rigen a una comunidad⁷⁷.

⁷¹ CHILE, D.F.L. 3 de 1997. Arts 2, 29, 32-34.

⁷² Por ejemplo, la administración de fondos de pensiones o las actividades de una bolsa de comercio, ETCHEBERRY (1960) p. 65; PUGA (2011) p. 99.

⁷³ Véase la sección II N° 1 de este trabajo.

⁷⁴ Esta ha sido la tendencia jurisprudencial: ver GUZMÁN (1997) pp. 303-305; MONSÁLVEZ (2015) pp. 119-120; VILLARROEL y VILLARROEL (2015) p. 69. Ver además ETCHEBERRY (1960) p. 65. Esta es también la solución contenida en el CÓDIGO DE BUSTAMANTE. Art. 6.

⁷⁵ Así ha hecho en otras materias: GUZMÁN (1997) pp. 303-305.

⁷⁶ REINO UNIDO, *Partnership Act* 1890. Art. 1.

⁷⁷ CHILE, Código Civil. Arts. 2304-2313.

3. LAS FUENTES DE LA *LEX SOCIETATIS* EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CHILENO

Toda sociedad constituida en Chile queda regida por la ley societaria sustantiva chilena, por disposición de la norma general del art. 14 del Código Civil. De este modo, estas sociedades quedan gobernadas por las normas societarias sustantivas chilenas del Código Civil, del Código de Comercio y de las leyes especiales, que se refieran a ellas.

Las sociedades constituidas en el extranjero, en cambio, quedan gobernadas en Chile, como veremos, por la ley societaria del Estado donde se han constituido, la que puede estar establecida en las normas internas de ese Estado o en Tratados y normas internacionales vigentes en él⁷⁸. Todo ello, sin perjuicio de los límites que pueda imponerles la legislación interna chilena.

Las fuentes de la *lex societatis* se multiplican en Chile en el caso de traslado de una sociedad chilena a otro Estado o de traslado de una extranjera a Chile puesto que, en ambos casos, deben aplicarse distributivamente las normas de conflicto y la ley sustantiva societaria de ambos países⁷⁹. De este modo, si una sociedad constituida en Chile traslada su domicilio al extranjero, ella puede o no conservar su personalidad jurídica de origen y seguir regida o no por la *lex societatis* chilena; esto dependerá de las normas de conflicto del país extranjero al que se haya trasladado. Si estas normas optan por el modelo de constitución, aceptarán que esa sociedad chilena tiene personalidad jurídica y que sigue regida por la *lex societatis* chilena en ese país, sin perjuicio de las excepciones y límites que pueda imponerles su ley societaria sustantiva. Si estas normas, en cambio, optan por el modelo de sede real, pueden no reconocer la personalidad jurídica de la sociedad chilena en el nuevo Estado, o reconocerla muy limitadamente para ciertos actos aislados, o considerar que la sociedad es una sociedad irregular en ese Estado y exigirle una nueva constitución allí y/o someterla a la ley societaria sustantiva de ese nuevo Estado. Algo similar ocurre con una sociedad extranjera que se traslada a Chile; ella puede conservar su *lex societatis* si proviene de un país que la somete a la ley del Estado de constitución, pero puede cambiarla, si proviene de un país que la somete a la ley de su sede real y ella se ha constituido en un Estado distinto al de dicha sede real; sin perjuicio, en ambos casos, de que la ley sustantiva chilena pueda exigirle constituirse como sociedad en Chile o tener una agencia en el país para desarrollar su giro y operar habitualmente en Chile⁸⁰. En definitiva, en estos casos, serán las normas de conflicto y societarias sustantivas chilenas y las del país extranjero las que determinarán la procedencia del traslado, sus requisitos y sus efectos. Y, como se dijo anteriormente, el traslado será posible si la ley chilena y la extranjera lo permiten; de lo contrario,

⁷⁸ Ejemplos de normas internacionales que rigen sociedades son: el Reglamento (CE) N° 2157/2001 POR EL QUE SE APRUEBA EL ESTATUTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA (SE); el TRATADO DE AMISTAD, COMERCIO Y NAVEGACIÓN ENTRE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA (29/10/1954); la CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA DE SOCIEDADES MERCANTILES (8/5/1979) y el CÓDIGO DE BUSTAMANTE.

⁷⁹ Véase la sección II N° 2 de este trabajo.

⁸⁰ ALCALDE y GOLDENBERG (2021) pp. 93-94.

la sociedad deberá disolverse en el Estado de domicilio inicial y constituirse como una nueva sociedad en el Estado del nuevo domicilio⁸¹.

Análoga multiplicación de fuentes legales de la *lex societatis* se da en el caso de fusión de una sociedad chilena con otra extranjera⁸²; fusión que puede producirse porque una de las sociedades es absorbida por la otra, o por la constitución de una nueva sociedad que aúne los patrimonios de las sociedades fusionadas y provoque su extinción como personas jurídicas. En cualquiera de estas modalidades de fusión se aplican, distributivamente, las leyes societarias sustantivas que rigen a las sociedades involucradas. Todas las leyes societarias aplicables deben permitir la fusión para que esta efectivamente se produzca. Así la *lex societatis* de cada sociedad determina si procede o no la fusión con una sociedad extranjera y, en caso afirmativo, los requisitos de procedencia de esa fusión, los límites legales que pueden afectarla y sus efectos respecto del patrimonio social, de los socios, de terceros y de la extinción o continuación de las sociedades involucradas en la fusión. Esas mismas leyes determinan la procedencia o no de la constitución de una nueva sociedad para absorber a las sociedades fusionadas. Esta nueva sociedad, a su vez, queda gobernada por su propia *lex societatis* que establecerá los requisitos para la absorción del patrimonio de las sociedades extinguidas y la extensión de su responsabilidad por las obligaciones de esas sociedades respecto de sus socios y terceros. Cuando la fusión se produce por la absorción de una sociedad por otra también cambia la ley societaria, ya que la sociedad absorbida pasa a quedar regida por la *lex societatis* de la sociedad que la absorbe.

La fusión internacional de sociedades puede justificar también la aceptación del reenvío por parte del juez chileno. Podría ser justo que este juez, al decidir acerca de la validez o efectos de una fusión de una sociedad chilena con otra sociedad extranjera y, frente a la necesidad de aplicar distributivamente las leyes societarias sustantivas de las sociedades fusionadas, aplicara a la sociedad extranjera la ley sustantiva del país de su sede real, aceptando el reenvío que las normas de conflicto del país de su constitución hicieran a esa ley. Esto sería equitativo y razonable cuando la sociedad extranjera tuviere su sede real en un Estado distinto al de su constitución y se rigiera por la *lex societatis* del Estado de esa sede real.

4. LA DETERMINACIÓN DE LA *LEX SOCIETATIS* EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CHILENO

Aunque la legislación chilena reconoce la existencia y capacidad de las personas jurídicas extranjeras, ella carece de una norma de conflicto que determine la ley aplicable a estas sociedades y su ámbito de aplicación. Para suplir este vacío legal es necesario interpretar extensiva y analógicamente otras normas de nuestra legislación, como el art. 14 del Código Civil, los arts. 447-448 del Código de Comercio y los arts. 121-122 de la Ley de Sociedades Anónimas que regulan las agencias de sociedades extranjeras en Chile. Esta interpretación está de acuerdo –como veremos– con otras normas internacionales vigentes o suscritas por el país y permite afirmar que nuestra legislación adopta el modelo de constitución para determinar la *lex societatis*.

⁸¹ Véase la sección II N° 2 de este trabajo.

⁸² Ver EYZAGUIRRE y ALCALDE (2017) pp. 394-418; MARDONES (2015) pp. 431-458.

La adopción del modelo de constitución puede fundamentarse en el artículo 14 del Código Civil, que somete a todos los habitantes y actos realizados en la República a la ley chilena. Esta sumisión general a la ley chilena exige que las sociedades constituidas en Chile sean sometidas íntegramente a la ley societaria chilena en todos los actos que realicen o tengan efecto en Chile⁸³. Si interpretamos *a contrario sensu* este mismo artículo, podemos además afirmar que la ley societaria chilena no rige a las sociedades constituidas en el extranjero, salvo que ellas realicen ciertas actuaciones en Chile que, según nuestra legislación, deban regirse por la ley nacional. Esto sucede, por ejemplo, cuando esas sociedades extranjeras establecen una agencia en el país⁸⁴, la que debe regirse necesariamente por la ley chilena; sin perjuicio de que la sociedad extranjera representada siga rigiéndose por su ley societaria extranjera y de que las relaciones de esa agencia chilena con su representada queden gobernadas también por la ley extranjera⁸⁵.

Esta solución del artículo 14, de someter a las sociedades constituidas en Chile a la ley chilena, puede bilateralizarse y extenderse por analogía, a la determinación de la *lex societatis* de las sociedades constituidas en el extranjero. Si así se hace, puede afirmarse que estas sociedades se rigen en Chile por la ley del Estado de su constitución, salvo las excepciones legales impuestas por la ley chilena.

Esta interpretación extensiva y analógica del artículo 14 del Código Civil, puede refrendarse con las normas sobre agencias de sociedades extranjeras en Chile. En efecto, el artículo 447 del Código de Comercio exige para constituir una agencia de una sociedad extranjera en Chile, protocolizar ante una notaría chilena “los antecedentes que acrediten que se encuentra legalmente constituida de acuerdo a la ley del país de origen”. Es decir, junto con reconocer implícitamente la existencia de la sociedad principal extranjera⁸⁶, el artículo ordena acreditar su existencia legal en Chile según la ley del lugar de su origen o constitución, sin exigir acreditarla conforme a la ley del lugar de ubicación de sus órganos de administración o sede real. Esto tampoco se exige en la declaración simultánea que debe realizar el agente en la escritura a que se refiere el artículo 448 del mismo Código. Idénticos requisitos se repiten en la Ley de Sociedades Anónimas para la constitución de agencias de Sociedades Anónimas extranjeras en Chile⁸⁷. Por ello, es posible concluir que el legislador nacional considera relevante la ley del lugar de constitución de una sociedad extranjera para reconocer su existencia jurídica en Chile y determinar su *lex societatis*⁸⁸.

Además, la conclusión anterior puede reforzarse argumentando que la legislación chilena no adopta el modelo sede real para determinar la *lex societatis* de las sociedades extranjeras o chilenas. Esto porque la localización de los órganos de administración de una

⁸³ Corte Suprema, 22/06/2009: “una Sociedad Anónima de aeronavegación constituida en Chile, que realiza parte de su giro en el extranjero, es chilena”.

⁸⁴ La legislación chilena entiende por agencia a cualquier persona jurídica –civil o comercial– con fines de lucro que sea sucursal o delegación de otra empresa principal, a la cual representa, y a cuyo órgano de administración está unida por un vínculo interno: ALCALDE y GOLDENBERG (2021) pp. 139-141.

⁸⁵ ALCALDE y GOLDENBERG (2021) p. 175.

⁸⁶ ALCALDE y GOLDENBERG (2021) p. 94; MARDONES (2015) pp. 397-398.

⁸⁷ CHILE, Ley. 18.046. Arts. 121 y 122.

⁸⁸ MARDONES (2015) pp. 422-425.

sociedad —es decir su sede real— no es el factor de conexión que nuestra ley usa para determinar la ley reguladora de una sociedad. Así, el solo hecho de que una sociedad constituida en el extranjero cambie su sede real a Chile o realice actos sociales importantes en el país, no produce *ipso facto* un cambio de su *lex societatis* a la ley nacional. Por ejemplo, una sociedad anónima extranjera no pasa a ser considerada chilena por el mero hecho de trasladar sus órganos administrativos a Chile; ya que, para ser chilena, debe constituirse en Chile y cumplir con los requisitos que la Ley de Sociedades Anónimas chilena exige, entre los que se cuentan los de publicación del extracto de sus estatutos en el Diario Oficial y su registro en el Registro de Comercio correspondiente al domicilio de la sociedad en Chile⁸⁹. Algo similar sucede con las sociedades de responsabilidad limitada⁹⁰ y las sociedades extranjeras de seguros y bancarias, que deben cumplir en Chile con requisitos de constitución específicos, para ser consideradas chilenas y quedar sujetas a la ley societaria sustantiva chilena⁹¹.

Por otra parte, aunque nuestra legislación exige que una sociedad comercial tenga domicilio estatutario en Chile para inscribirla en el Registro de Comercio chileno y darle existencia legal en Chile, no exige que sus órganos de administración estén ubicados o actúen en Chile para constituirla en el país. En este sentido, es legalmente posible constituir en Chile una sociedad comercial o civil, cuya administración y giro principal se realice en el extranjero y que ella se rija por la *lex societatis* chilena. Este argumento, junto con los anteriores, reafirman la conclusión de que la legislación chilena adopta el modelo de constitución para determinar la *lex societatis* y no el modelo de sede real.

Esto justifica que Chile haya suscrito la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles (Montevideo, 8-V-1979)⁹² y la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado (La Paz, 24-V-1984)⁹³, ambas pendientes de ratificación y no vigentes aún, que adoptan este modelo de constitución.

El Código de Bustamante⁹⁴, del que Chile es parte, somete el concepto y reconocimiento de las sociedades a la ley territorial; es decir, otorga competencia a la legislación de Derecho Internacional Privado de cada Estado parte para determinar las condiciones de reconocimiento de las personas jurídicas extranjeras⁹⁵. Así, los deja en libertad para adoptar el modelo que estimen adecuado para reconocer la personalidad jurídica de esas sociedades, para determinar la ley que las rige y para establecer limitaciones a su funcionamiento den-

⁸⁹ CHILE, Ley 18.046. Arts. 3-5.

⁹⁰ CHILE, Ley 3.918. Arts. 2-3.

⁹¹ CHILE, DFL 251. Art. 4 y 4bis; CHILE, DFL 3. Arts. 27 y 32; ALCALDE y GOLDENBERG (2021) pp. 153-173.

⁹² Artículo 2: “La existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles se rigen por la ley del lugar de su constitución. Por ‘ley del lugar de su constitución’ se entiende la del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas sociedades.”

⁹³ Artículo 2. “La existencia, la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, el funcionamiento, la disolución y la fusión de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por la ley del lugar de su constitución. Por ‘la ley del lugar de su constitución’ se entiende la del Estado Parte donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas”.

⁹⁴ Convención suscrita el 20/2/1928 y promulgada por Chile mediante decreto N° 374 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

⁹⁵ CÓDIGO DE BUSTAMANTE. Art. 32.

tro de su territorio⁹⁶. Todo ello, sin perjuicio del compromiso de cada Estado parte de reconocer la personalidad jurídica adquirida por una sociedad comercial en otro Estado parte, salvo las excepciones impuestas por el derecho territorial del Estado receptor⁹⁷.

En otras normas, el Código somete la determinación del carácter mercantil de la sociedad, su constitución, funcionamiento y responsabilidad de sus órganos a la ley que rige el contrato social⁹⁸; vale decir, considera que estos aspectos están gobernados por la ley societaria sustantiva del Estado que rige al contrato social, que es la ley del Estado que autoriza la creación contractual de esa sociedad y que le otorga su personalidad jurídica. Esta ley, conforme al derecho internacional privado chileno, es la ley del Estado de constitución de la sociedad⁹⁹. Por ello, se concluye que, aunque el Código de Bustamante adopta una terminología distinta para referirse a los factores de conexión que determinan la *lex societatis* –ley territorial y ley que rige el contrato social–; permite a cada Estado adoptar en sus normas de conflicto el modelo que desee para determinar esta ley y, concretamente, permite a Chile optar por el modelo de constitución. Así, este Código –interpretado como se señala– valida el criterio adoptado en la legislación chilena de Derecho Internacional Privado para determinar la ley reguladora de la sociedad y puede aplicarse en Chile a las sociedades constituidas en sus países partes ya que, aunque en esos países se optara por un criterio distinto para determinar la *lex societatis*, esas sociedades quedarían igualmente gobernadas en Chile por la ley de su lugar de constitución. Esta solución flexible y respetuosa de la ley nacional justifica que, en materia societaria, no se den los supuestos para que operen las reservas con las que Chile suscribió este Código¹⁰⁰.

Finalmente, es posible que el juez chileno acepte el reenvío que las normas de conflicto del país de constitución de la sociedad hagan a la ley sustantiva de su sede real¹⁰¹; esto podría ser justo cuando el juez constate que el país de constitución de la sociedad tiene poca o nula conexión con la sociedad porque su administración y operación se realizan principalmente en otro país. Podría aplicar esta solución a las “sociedades de casilla postal” o “seudo extranjeras”, constituidas en un país para evadir las leyes societarias del país donde realmente actúan. Sin embargo, el juez debiera aceptar este reenvío excepcionalmente y con un criterio restrictivo para no afectar injustamente la certeza jurídica respecto de la ley que gobierna a una sociedad.

5. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA *LEX SOCIETATIS* EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CHILENO

El ámbito de aplicación internacional de la *lex societatis* queda delimitado en Chile por la ley societaria sustantiva del Estado de constitución de la sociedad extranjera, salvo

⁹⁶ CÓDIGO DE BUSTAMANTE. Arts. 250, 251 y 253.

⁹⁷ CÓDIGO DE BUSTAMANTE. Art. 252.

⁹⁸ CÓDIGO DE BUSTAMANTE. Arts. 247-249.

⁹⁹ CHILE, Código Civil. Arts. 14 y 16.

¹⁰⁰ Ver el texto de las reservas y un comentario en GUZMÁN (1997) pp. 91-94.

¹⁰¹ DUNCKER (1967) pp. 409-410; GUZMÁN (1997) p. 287; VILLARROEL y VILLARROEL (2015) pp. 81-82.

las restricciones que le imponga la ley sustantiva chilena y salvo el caso excepcional de aceptación, por parte del juez chileno, del reenvío a la ley del Estado de sede real de la sociedad.

Como consecuencia de lo anterior, el ámbito de la *lex societatis* de las sociedades constituidas en Chile y que actúan en el país, queda íntegramente determinado por la ley societaria sustantiva chilena¹⁰². Sin embargo, cuando estas sociedades chilenas actúan en el extranjero, el ámbito de esta *lex societatis* puede ser aceptado plenamente o quedar limitado por las normas societarias imperativas del Estado extranjero donde actúan. Lo mismo sucede con el ámbito de aplicación de la *lex societatis* de las sociedades extranjeras que actúan en Chile; este –según nuestra legislación– queda determinado por las normas societarias sustantivas del Estado de su constitución, salvas siempre las limitaciones de las normas imperativas de la ley chilena y las impuestas por el juez para proteger el orden público nacional.

La *lex societatis* de las sociedades constituidas en Chile gobierna los requisitos y formalidades de constitución de la persona jurídica, su organización, capital, administración y estructura interna, su capacidad legal y todas sus relaciones y actuaciones externas, según se especificó en la sección II N° 4 de este artículo¹⁰³. El ámbito de la *lex societatis* de las sociedades extranjeras que actúan en Chile es –como ya se expresó– el que señalan las normas societarias sustantivas del Estado extranjero que las rige; pero puede quedar limitado en Chile por las normas imperativas chilenas o por nuestro orden público. Por ejemplo, la ley chilena puede impedir el ejercicio o restringir el giro de la sociedad extranjera en el país, como hace con las sociedades bancarias o aseguradoras extranjeras o con las sociedades anónimas administradoras de fondos mutuos o las sociedades administradoras de fondos de pensiones o con las que operan Bolsas de Valores¹⁰⁴; puede exigir un registro y/o una autorización administrativa chilena para que la sociedad extranjera opere en el país¹⁰⁵; puede exigir que se designe en el país un agente que la represente y que asuma la responsabilidad legal que la ley sustantiva chilena asigna a su directorio¹⁰⁶; puede no dar valor a la renuncia de mala fe o intempestiva de uno o más socios¹⁰⁷; puede declarar inoponible o nula la cláusula estatutaria por la que uno o más socios solo participan de las pérdidas, pero no de los beneficios sociales¹⁰⁸; puede determinar y graduar la responsabilidad civil del socio respecto de los perjuicios causados a la sociedad¹⁰⁹; puede establecer responsabilidad penal de la sociedad, socios y empleados, por incumplimientos de ciertos deberes de dirección y supervisión¹¹⁰. También, respecto de las sociedades anónimas extranjeras, puede exigir que el directorio ejerza sus funciones colectivamente y funcione en sala¹¹¹, puede prohibir la delegación

¹⁰² CHILE, Código Civil. Art. 14.

¹⁰³ Véanse también CHILE, Código Civil. Arts. 2053-2115; CHILE, Código de Comercio. Arts. 348-511; CHILE, Ley 3.918; CHILE, Ley 18.046.

¹⁰⁴ CHILE, Ley 18.046. Arts. 126, 130; CHILE, Ley General de Bancos. Arts. 70-73.

¹⁰⁵ CHILE, Ley General de Bancos. Arts. 31-32; 34.

¹⁰⁶ CHILE, Ley General de Bancos. Art. 47.

¹⁰⁷ CHILE, Código Civil. Art. 2110.

¹⁰⁸ CHILE, Código Civil. Art. 2055.

¹⁰⁹ CHILE, Código Civil. Art. 2093.

¹¹⁰ CHILE, Ley 20.393. Art. 3.

¹¹¹ CHILE, Ley 18.046. Art. 39.

de la función de director¹¹², puede exigir que la renovación y revocación del directorio sea total¹¹³, además de establecer la revocabilidad esencial del directorio¹¹⁴ y algunas inhabilidades para integrarlo¹¹⁵; adicionalmente puede exigir que entregue información pública a una autoridad administrativa chilena de ciertos datos esenciales¹¹⁶, etc.

Los poderes de los administradores de la sociedad extranjera que actúa en Chile quedan determinados por la *lex societatis* que la rige. Ella regula el régimen de representación orgánica de la sociedad, quién puede actuar en su nombre y el alcance de su poder de representación¹¹⁷. Sin embargo, podrían desconocerse en Chile ciertas restricciones a estos poderes de representación –en especial, aquellas acordadas estatutariamente– cuando la parte que contrata en Chile con esa sociedad hubiere desconocido esa restricción al momento de contratar, sin mediar negligencia de su parte. Si se diera el caso, el representante legal de la sociedad o la sociedad misma no podrían ampararse en la doctrina de *ultra vires* frente al tercero contratante de buena fe, para dejar incumplida la obligación contraída o declararla nula; más aún si la sociedad se ha beneficiado del acto. Esta conclusión, que es aceptada en múltiples legislaciones¹¹⁸, puede fundamentarse en una aplicación analógica de los artículos 1455, 2058 y 2094 del Código Civil y 373 del Código de Comercio, que regulan los derechos de quien contrata de buena fe con una persona o representante de una sociedad.

Al igual que en otras legislaciones, la *lex societatis* no gobierna en Chile el régimen de representación del agente o mandatario de una sociedad extranjera ya que este es gobernado por la ley que rige el contrato de agencia o mandato¹¹⁹. Tampoco gobierna la responsabilidad extracontractual que generan las actuaciones de la sociedad, de sus socios, administradores o empleados, porque a ella se le aplica la ley que rige esa responsabilidad.

6. LAS CORRECCIONES O LÍMITES A LA APLICACIÓN DE LA *LEX SOCIETATIS* EXTRANJERA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CHILENO

La ley chilena establece límites y mecanismos para corregir la aplicación de la *lex societatis* extranjera que rige las actuaciones de sociedades extranjeras en Chile. De este modo, la ley societaria sustantiva extranjera queda limitada en Chile por las normas societarias imperativas chilenas, que prevalecen sobre ella. Además, el juez chileno puede dejar de aplicarla cuando ella contraviene principios esenciales del ordenamiento jurídico nacional, en especial, del societario. Por ejemplo, si la *lex societatis* extranjera no sanciona al director que hace uso de información privilegiada de la sociedad para su propio beneficio, en detrimento de la sociedad, el juez nacional podría sancionarlo argumentando que, en nuestro derecho, ese acto vulnera la obligación esencial del director de responder por culpa leve

¹¹² CHILE, Ley 18.046. Art. 39.

¹¹³ CHILE, Ley 18.046. Art. 31, 38.

¹¹⁴ CHILE, Ley 18.046. Art. 1.

¹¹⁵ CHILE, Ley 18.046. Arts. 35-36.

¹¹⁶ CHILE, Ley 18.045. Art. 10.

¹¹⁷ GARCIMARTÍN (2012) p. 318.

¹¹⁸ AUDIT (2006) pp. 883-884; GARCIMARTÍN (2012) p. 318; GERNER-BEUERLE y otros (2019) pp. 80-96.

¹¹⁹ Si esa agencia se constituye o el mandato se otorga en Chile, quedan gobernados íntegramente por la ley chilena. CHILE, Código Civil. Art. 14.

de sus actuaciones y de abstenerse de practicar actos en contra del interés social, obligación que podría considerarse como perteneciente al orden público chileno¹²⁰.

Podrían también declararse inoponibles en Chile ciertos actos realizados en conformidad a una ley societaria sustantiva extranjera con la finalidad de evadir la ley nacional, argumentando la existencia de la figura del fraude a la ley. Esto podría suceder en las sociedades “de casilla postal”, “fantasmas” o “seudo-extranjeras”, que se hubieren constituido legalmente en el extranjero para aprovecharse de una ventaja que no se da a las sociedades constituidas en Chile o para evadir obligaciones impuestas por la ley chilena. Así, sus actos podrían declararse nulos o inoponibles en Chile, si se comprueba que sus socios pretendieron fraudulentamente aprovecharse de las ventajas de la ley extranjera del Estado de constitución, de un tratado de libre comercio, de las normas sobre inversión extranjera, de subvenciones o exenciones a sociedades extranjeras, o simplemente evadieron normas tributarias o prohibiciones específicas establecidas en nuestra legislación¹²¹.

Además, la aplicación de la *lex societatis* extranjera podría, excepcionalmente, limitarse en Chile por el procedimiento judicial del “levantamiento del velo corporativo”, cuando se pruebe un abuso de la personalidad jurídica de la sociedad o las sociedades involucradas y una confusión patrimonial o personal fraudulentas, entre una sociedad extranjera y uno o más de sus socios o representantes legales o entre varias sociedades extranjeras; en perjuicio de terceros o de la ley chilena¹²².

7. LOS ACTOS PRE SOCIETARIOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CHILENO

La ley chilena no tiene norma que prohíba realizar actos pre societarios en el extranjero ni que exija que todos los actos de constitución de una sociedad se realicen en Chile, para considerarla sociedad nacional. Nuestra ley solo exige expresamente que, para constituir ciertos tipos sociales, la inscripción del extracto de escritura de constitución se haga en el Registro de Comercio del domicilio social chileno y que se publique en el Diario Oficial de Chile¹²³. Esto permite concluir que se pueden reconocer en Chile ciertos actos pre societarios realizados en el extranjero por una sociedad que se constituirá aquí.

Así, nuestra legislación válida, tal como si se hubiera otorgado en Chile, la escritura pública de constitución suscrita ante un cónsul chileno en el extranjero y su extracto, de modo que ese extracto puede inscribirse en el Registro de Comercio chileno del domicilio de la sociedad, para constituir la en Chile¹²⁴. Adicionalmente, por un fin práctico, puede también protocolizarse esa escritura ante un notario chileno. En cambio, la escritura pública de constitución otorgada ante, y su extracto preparado por, un notario extranjero, nece-

¹²⁰ CHILE, Ley 18.046. Arts. 41-42.

¹²¹ El SII chileno ha exigido que las sociedades constituidas en el extranjero, efectivamente, realicen su giro en el extranjero para hacerles aplicables convenios que evitan la doble tributación: ver CHILE, Oficio N° 550, 20/03/2008 del Servicio de Impuestos Internos.

¹²² CARMONA (2018) pp. 281-293; UGARTE (2012) pp. 699-723.

¹²³ CHILE, Código de Comercio. Arts. 350 y 354; CHILE, Ley 3.918. Arts. 2-3; CHILE, Ley 18.046. Arts. 3-5; CHILE, Ley General de Bancos. Art. 27, CHILE, D.F.L. 251. Art. 9.

¹²⁴ CHILE, Reglamento para el Registro de Comercio. Art. 19; CHILE, Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces. Art. 64; CHILE, Reglamento Consular. Arts. 3, 11, 94, 97-98.

sitan de un decreto judicial previo que califique la legalidad de su forma y su autenticidad para ser reconocidos¹²⁵ y registrar la sociedad en Chile. Este decreto debe otorgarlo el juez de letras chileno del domicilio de la futura sociedad o del solicitante interesado, en un procedimiento voluntario¹²⁶. Por otra parte, el contrato social otorgado en el extranjero, debidamente autenticado, de una sociedad que, según nuestro derecho, se constituye por el solo contrato social, es reconocido en Chile; pero, aunque señale que el domicilio social está en Chile, la sociedad se considera extranjera y regida por la *lex societatis* del lugar de constitución.

La ley chilena reconoce ciertos efectos legales a las sociedades en formación o de hecho, y este reconocimiento puede extenderse a los actos que estas sociedades realicen en el extranjero. Así, el cumplimiento oportuno de la inscripción en el Registro de Comercio chileno del extracto de la escritura social de constitución extranjera y su publicación en nuestro Diario Oficial produciría efectos retroactivos a la fecha de esa escritura y podría limitar la responsabilidad de los socios a partir de esa misma fecha, aún respecto de actos realizados en el extranjero¹²⁷. El mismo efecto retroactivo se produciría con el saneamiento de un vicio de nulidad por vicios formales contenidos en la escritura social extranjera de constitución o su extracto por incumplimiento o cumplimiento imperfecto de ciertas menciones accesorias que la ley chilena manda incluir en ellos¹²⁸. Además, la sociedad colectiva pactada por escritura pública extranjera para constituirse en Chile, y cuyo extracto no se haya inscrito en el Registro de Comercio chileno, podría gozar de personalidad jurídica en Chile en los términos del artículo 357 del Código de Comercio y ser liquidada como una sociedad, y sus socios podrían responder solidariamente por las deudas sociales. Asimismo, se podría reconocer en Chile la existencia de una comunidad entre los socios de una sociedad anónima que pretendió constituirse en Chile y que es nula de pleno derecho, por no constar su constitución por escritura pública, sino por otro instrumento otorgado en el extranjero; en cuyo caso, sus ganancias o pérdidas se repartirían conforme a lo pactado por los comuneros, que responderían solidariamente por las deudas contraídas en nombre e interés de la comunidad¹²⁹.

Finalmente, cabe agregar que los actos pre societarios de las sociedades constituidas en el extranjero tendrán en Chile el reconocimiento y valor legal que la *lex societatis* del país de constitución les asigne, salvo los límites que pueda imponerles el derecho chileno.

8. NECESIDAD DE UNA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CHILENA REGULADORA DE LAS SOCIEDADES

Según se ha visto, en Chile no hay normas de Derecho Internacional Privado que regulen a las sociedades extranjeras; por esto, para determinar su *lex societatis* es necesario

¹²⁵ CHILE, Código Civil. Arts. 17-18, y CHILE, Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces. Art. 63.

¹²⁶ CHILE, Código Orgánico de Tribunales. Arts. 45, 134 y 142; CHILE, Reglamento para el Registro de Comercio. Art. 19. Ver también 26° Juzgado Civil de Santiago, 19/12/2019.

¹²⁷ CHILE, Ley 3.918. Art. 3.

¹²⁸ CHILE, Código de Comercio. Art. 355 A; CHILE, Ley 19.499. Arts. 1 y 2.

¹²⁹ CHILE, Código de Comercio. Art. 356; CHILE, Ley 18.046. Art. 6

interpretar extensivamente las normas societarias chilenas internas. Así, se ha llegado a la solución uniforme, respaldada por la doctrina y la jurisprudencia chilenas, de reconocer estas sociedades y de someterlas a la ley del lugar de su constitución. Sería conveniente plasmar esta tradición jurídica en una ley nacional. El anteproyecto de Ley Chilena de Derecho Internacional Privado (2020) preparado por ADIPRI, la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado¹³⁰ –actualmente en estudio por el Ministerio de Justicia, pero aún no ingresado a discusión parlamentaria– propone esto en términos semejantes a los de las dos Convenciones Interamericanas, ya suscritas por Chile: la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles (Montevideo, 8-V-1979) y la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado (La Paz, 24-V-1984)¹³¹. Así, el artículo 28 del anteproyecto dispone: “**Personas jurídicas.** La existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las personas jurídicas se rigen por la ley del lugar de su constitución, esto es, la ley del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo exigidos para la creación de dichas personas jurídicas”.

Si el texto de este anteproyecto, u otro semejante, se aprueba como ley chilena, se dará mayor certeza jurídica a las sociedades extranjeras que actúan en Chile y a quienes contratan con ellas; se confirmará legalmente nuestra tradición jurídica de reconocer a las sociedades extranjeras en Chile y de someterlas a la *lex societatis* del Estado de su constitución. Además, quedará claro que esa ley regula en Chile todos los actos de estas sociedades relativos a su constitución, existencia, capacidad legal, organización y estructura interna; funcionamiento, responsabilidad de la sociedad y sus socios, directores, gerente y empleados frente a terceros; su régimen de disolución, liquidación o extinción y la posibilidad de su fusión con otra sociedad. Con esto, se fomentará el desarrollo de la actividad internacional de las sociedades y se facilitará la ratificación de las Convenciones Interamericanas sobre sociedades, ya suscritas. Además, se armonizarán nuestras normas de Derecho Internacional Privado con las de numerosos países que optan por el modelo de constitución para determinar la *lex societatis* de las sociedades extranjeras, que actúan en ellos¹³².

IV. CONCLUSIONES

El aumento creciente de la actuación internacional de las sociedades exige identificar la ley que las rige, su *lex societatis*. Esta ley es determinada por las normas de Derecho Internacional Privado vigentes en cada Estado, según dos modelos principales: el modelo de “sede real”, que somete a la sociedad a la ley sustantiva del Estado donde tiene el asiento principal de sus negocios o su administración central y el de “incorporación o constitución”, que la somete a la ley sustantiva del Estado bajo la cual se ha constituido o registrado.

En Chile, se reconoce la existencia y plena capacidad legal de las sociedades constituidas en el extranjero, pero no existe una norma de Derecho Internacional Privado que de-

¹³⁰ Ver texto en ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO PRIVADO (2020).

¹³¹ Véanse las notas N° 91 y 92 de este trabajo.

¹³² Ver parte II N° 3 b) de este trabajo.

termine su *lex societatis*. Esta ley puede determinarse en base a una interpretación analógica y extensiva de los arts. 14 del Código Civil, 447-448 del Código de Comercio y 121-122 de la Ley de Sociedades Anónimas; que permite concluir que, en nuestra legislación, todas las sociedades se someten a la ley societaria sustantiva del Estado de su constitución y que, excepcionalmente, el juez chileno puede aplicarles la ley societaria sustantiva del Estado de su sede real, si acepta el reenvío que las normas de conflicto del Estado de constitución hacen a esa ley.

Las normas de la *lex societatis* pueden estar contenidas en múltiples fuentes legales de origen nacional e internacional las que, en ocasiones, deben ser aplicadas conjunta y distributivamente; en Chile, esto ocurre en una fusión internacional de sociedades y en un traslado de la sede social a otro Estado.

En nuestra legislación, al igual que en otras jurisdicciones, la *lex societatis* regula la constitución de la sociedad, su estructura legal, su actuación interna y también su actuación externa, respecto de terceros. Su aplicación puede ser limitada por las normas societarias imperativas chilenas, la protección de principios societarios de nuestro orden público y la existencia de fraude a la ley chilena.

Existe en Chile una tradición jurídica, respaldada por la doctrina y la jurisprudencia nacional, de determinar la *lex societatis* de las sociedades según el modelo de constitución. Sería conveniente plasmarla legalmente en normas de conflicto específicas. Ellas eliminarían el actual vacío legal en nuestra legislación de Derecho Internacional Privado respecto de la regulación de las sociedades extranjeras que actúan en Chile, y darían certeza jurídica acerca de la ley que regula sus actuaciones y de las materias societarias sometidas a ella.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCALDE SILVA, Jaime y GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2021): *La agencia de sociedad extranjera* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, ADIPRI (2020): *Anteproyecto de Ley Chilena de Derecho Internacional Privado (2020)*, disponible en <http://derecho.uchile.cl/noticias/168925/facultad-y-adipri-entregan-anteproyecto-de-ley-a-min-de-justicia>. Fecha de consulta: 31/12/2021.
- AUDIT, Bernard (2006): *Droit International Privé* (Paris, Editorial Economica).
- BEZANILLA RENOVALES, Ricardo (1966): “Las personas” en HAMILTON DEPASSIER, Eduardo, *Solución de conflictos de leyes y jurisdicción en Chile* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CARMONA FONTAINE, León (2018): “La doctrina del levantamiento del velo en el derecho privado. Comentario a sentencia de la Corte Suprema de 16 de octubre de 2017, Rol N° 18.236-2017”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 25, N° 1: pp. 281-293.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2014): “Sociedades fantasma y Derecho Internacional Privado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 27: pp. 1-54 (ISSN-e 1697-5197).
- DRURY, Robert (1998): “The regulation and recognition of foreign corporations: responses to the ‘Delaware syndrome’”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 57, N° 1: pp. 165-194.

- DUNCKER BIGGS, Federico (1967): *Derecho Internacional Privado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- EBKE, Werner (2002): “The ‘Real seat’ doctrine in the conflict of corporate laws”, *International Lawyer*, vol. 36 N° 3: 1015-1037.
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo (1960): *Bilateral studies in Private International Law: American-Chilean Private International Law*, N° 10 (Nueva York, Oceana Publications).
- EYZAGUIRRE COURT, Cristián y ALCALDE ARAYA, Carlos (2017): “Propuesta para facilitar la fusión por incorporación de una sociedad chilena en una extranjera”, en ZEGERS RUIZ-TAGLE, Matías, ALCALDE SILVA, Jaime, GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis y RÍOS OSSA, Roberto (edits.), *Estudios de Derecho Comercial. Sextas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial* (Santiago, Ediciones UC) pp. 394-418.
- FAWCETT, James, CARRUTHERS, Janeen y NORTH, Peter (2008): *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law* (Oxford, Oxford University Press).
- FEULLADE, Milton (2019): “Persona jurídica en el Derecho Internacional Privado”, *Prudentia Iuris*, vol. N° 88: pp. 253-254.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco (2012): *Derecho internacional Privado* (Navarra, Edit. Aranzadi S.A.).
- GUZMÁN LATORRE, Diego (1997): *Tratado de Derecho Internacional Privado* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile).
- GERNER-BEUERLE, Carsten y otros (2019): *The Private International Law of Companies in Europe* (München, Verlag C.II.Beck oHG).
- HEYMANN, Jeremy (2019): “Freedom of establishment: one step closer to making a European Delaware possible?”, en MUIR WATT, Horatia y otros (edit.), *Global Private International Law* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited).
- KERSTING, Christian (2002): “Corporate choice of law – a comparison of the United States and European systems and a proposal for a European Directive”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 28, N° 1: pp. 1-74.
- KLEINSCHMIDT, Jens (2017) “Agency and authority of agents”, en BASEDOW, Jürgen y otros (edit.), *Encyclopedia of Private International Law* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing) pp. 29-39.
- MARDONES OSORIO, Marcelo (2015): *Fusión internacional de sociedades anónimas en el ordenamiento jurídico chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- MEREMINSKAYA IGOREWNA, Elina (2005): “Nacionalidad de las personas jurídicas en el Derecho Internacional”, *Revista de Derecho*, vol. 18, N° 1: pp. 145-170.
- MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo (2015): *Derecho Internacional Privado* (Santiago, Edit. Metropolitana).
- PASCHALIDIS, Paschale (2009): *The impact of freedom of establishment on Private International Law for corporations*. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho en la Universidad de Oxford, Reino Unido.
- PÉREZ DE ARCE LARENAS, Camilo (1993): “Nacionalidad de las sociedades. Apuntes y reflexiones”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, vol. 90, N° 3: p. 91.
- PUGA VIAL, Juan Esteban (2011): *La Sociedad Anónima y otras sociedades por acciones en el Derecho chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- SCOLES, Eugene y otros (2004): *Conflict of Laws* (St. Paul-Minnesota, Thomson West, cuarta edición).
- UGARTE VIAL, Jorge (2012): “Fundamentos y acciones para la aplicación del levantamiento del velo en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 3: pp. 699-723.
- VILLARROEL BARRIENTOS, Carlos y VILLARROEL BARRIENTOS, Gabriel (1988) “Consideraciones sobre el estatuto personal en la legislación chilena”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 15, N° 2-3: pp. 341-374.
- VILLARROEL BARRIENTOS, Carlos y VILLARROEL BARRIENTOS, Gabriel (2015): *Derecho Internacional Privado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- WELLER, Marc-Phillipe y THOMALE, Chris (2017) “Companies”, en BASEDOW, Jürgen y otros (edit.), *Encyclopedia of Private International Law* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing) pp. 404-411.

NORMAS Y OTROS INSTRUMENTOS CITADOS

- BÉLGICA, Código de Derecho Internacional Privado (16/7/2004).
- CALIFORNIA, Código de Sociedades de California (Ch. 1038/1947).
- CHILE, Código Civil (s.d.).
- CHILE, Código de Comercio (23/11/1865).
- CHILE, Código Orgánico de Tribunales (9/7/1943).
- CHILE, Ley 3.918 (14/3/1923) sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada.
- CHILE, Ley 18.045 (22/10/1981) Ley de Mercado de Valores.
- CHILE, Ley 18.046 (22/10/1981) Ley de Sociedades Anónimas.
- CHILE, Ley 19.499 (11/4/1977) Establece normas sobre saneamiento de vicios de nulidad de sociedades y modifica Código de Comercio y otros cuerpos legales.
- CHILE, Ley 20.393 (2/12/2009) que Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica.
- CHILE, D.F.L. 251 (22/5/1931) Compañías de seguros, sociedades anónimas y bolsas de comercio.
- CHILE, D.F.L 3 (19/12/1997) Ley General de Bancos.
- CHILE, Reglamento para el Registro de Comercio (1/9/1866).
- CHILE, Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces (24/6/1857).
- CHILE, Reglamento Consular (29/7/1977).
- CÓDIGO DE BUSTAMANTE (20/2/1928).
- CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA DE SOCIEDADES MERCANTILES (8/5/1979).
- CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE PERSONALIDAD Y CAPACIDAD DE PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (24/5/1984).
- ESPAÑA, Código Civil Español (25/7/1889).
- ITALIA, Ley 218 (3/6/1995) Ley de Derecho Internacional Privado Italiana.
- LUISIANA, Código Civil de Luisiana (1/1/1992).
- PERÚ, Código Civil Peruano (25/7/1984).
- PORTUGAL, Código Civil portugués (25/11/1966).

QUEBEC, Código Civil de Quebec (8/12/1991).

REINO UNIDO, *Partnership Act* (14/8/1890).

SUIZA, Ley Federal de Derecho Internacional Privado (18/12/1987).

Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Estados Unidos de América y la República Federal de Alemania (29/10/1954).

UNIÓN EUROPEA, Reglamento (CE) 2157/2001 del Consejo, (08/10/2001), por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE). Diario Oficial UE, L 294, 10/11/2001.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema, 22/06/2009, rol 5553-2007, casación en el fondo.

17° Juzgado Civil de Santiago, 13/02/2017, rol C-29019-2015, indemnización de perjuicios por infracción de propiedad intelectual.

26° Juzgado Civil de Santiago, 19/12/2019, rol V-272-2019, procedimiento voluntario.

Servicio de Impuestos Internos, 20/3/2008, Oficio N° 550, *Microjuris*, Cita online: OFI:550, MJJ33139, fecha de consulta: 1/12/2021.

