



Asamblea General

Distr. general
13 de marzo de 2003
Español
Original: francés/inglés

Comisión de Derecho Internacional

Quincuagésimo quinto período de sesiones

Ginebra, 5 de mayo a 6 de junio
y 7 de julio a 8 de agosto de 2003

Cuarto informe sobre la protección diplomática

John Dugard, Relator Especial

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
A. Protección diplomática de las sociedades y los accionistas	1-46	2
1. Introducción	1-2	2
2. La causa <i>Barcelona Traction</i>	3-27	2
3. Opciones de que dispone la Comisión	28-46	13
B. Proyecto de artículos sobre la protección diplomática de las sociedades y los accionistas	47-105	21
1. Artículo 17	48-56	22
2. Artículo 18	57-87	26
3. Artículo 19	88-92	39
4. Artículo 20 (Continuidad de la nacionalidad de las sociedades)	93-105	41



A. Protección diplomática de las sociedades y los accionistas

1. Introducción*

1. Los tres informes anteriores presentados por el Relator Especial actual¹, y examinados por la Comisión de Derecho Internacional, han tratado la cuestión de la protección diplomática de las personas físicas y el agotamiento de los recursos internos. Aunque en el transcurso de los debates de la Comisión surgió de vez en cuando el tema de la protección diplomática de las personas jurídicas, no ha sido objeto de atención directa. No obstante, en el 54º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 2002, se celebraron consultas officiosas sobre el tema de la protección diplomática de las sociedades².

2. El presente informe se dedica en su totalidad al tema de la protección diplomática de las sociedades y de sus accionistas.

2. La causa *Barcelona Traction*

3. La protección diplomática de las sociedades y de sus accionistas se ha abordado en muchas decisiones judiciales. No obstante, una decisión domina todos los debates sobre el tema, la causa *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*³ (en lo sucesivo *Barcelona Traction*). No ha habido ningún intento serio de formular una norma, o normas, sobre ese tema sin realizar un examen a fondo de esta decisión adoptada por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en 1970, de sus consecuencias y de las críticas de las que ha sido objeto. Por tanto, el presente informe comienza con un examen de la *Barcelona Traction*.

Decisión de la Corte

4. La *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* era una sociedad que se creó en 1911 en Toronto (Canadá), en donde tenía su sede principal, que llevaba a cabo actividades en España. Algunos años después de la primera guerra mundial, las acciones de la *Barcelona Traction* quedaron principalmente en manos de personas físicas o jurídicas de nacionalidad belga. En ese momento crítico se calcula que el 88% de las acciones estaban en posesión de nacionales belgas. Como resultado de una serie de medidas adoptadas por las autoridades españolas, la sociedad quedó prácticamente muerta desde el punto de vista económico. Bélgica, el Estado de nacionalidad de la mayoría de los accionistas, y no el Canadá, el Estado de nacionalidad de la sociedad, inició actuaciones judiciales contra España solicitando una indemnización por daños y perjuicios. España presentó cuatro objeciones preliminares a la reclamación de Bélgica, dos de las cuales fueron desestimadas en 1964⁴ mientras que las otras dos se unieron a los autos. Una de las objeciones se refería al derecho de Bélgica a ejercer la protección diplomática en nombre de accionistas de nacionalidad belga de una sociedad constituida en el Canadá. La Corte Internacional

* El Relator Especial agradece la ayuda prestada para la preparación del presente informe de Larry Lee y Elina Kreditor, becarios de la Universidad de Nueva York, Kym Taylor de la Universidad de Cambridge y Raelene Sharp de la Universidad de Leiden.

¹ A/CN.4/506 y Corr.1 y Add.1 (2000); A/CN.4/514 y Corr.1 y 2 (2001); A/CN.4/523 y Add.1 (2002).

² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/57/10)*, párr. 113.

³ *1970 I.C.J. Reports*, pág. 3.

⁴ *1964 I.C.J. Reports*, pág. 5.

de Justicia decidió estimar esta objeción preliminar que constituye el objeto del presente informe.

5. La Corte subrayó al principio que sólo le interesaba la cuestión de la protección diplomática de los accionistas de una sociedad de responsabilidad limitada cuyo capital está dividido en acciones⁵. Este tipo de sociedad se caracteriza por establecer una clara diferencia entre la sociedad y los accionistas⁶. En el caso en que los intereses de los accionistas se vean afectados por un perjuicio causado a la sociedad, el accionista debe dirigirse a la sociedad para que adopte medidas, dado que aunque dos entidades separadas hayan sufrido el mismo perjuicio, únicamente se han visto afectados los derechos de una de ellas⁷. Sólo en el caso de que el acto por el que se presente la reclamación afecte directamente a los derechos de los accionistas pueden éstos intervenir por su cuenta⁸. Los principios que regulan la diferencia entre la sociedad y los accionistas se recogen en el derecho nacional y no en el derecho internacional⁹.

6. Tomando como guía los principios generales del derecho recogidos en los ordenamientos jurídicos nacionales, la Corte desarrolló la norma de que el derecho a la protección diplomática por una lesión causada a una sociedad corresponde al Estado con arreglo a cuyo derecho se constituya la sociedad y en cuyo territorio tenga su domicilio social¹⁰, y no al Estado del que sean nacionales sus accionistas. Con esta conclusión, la Corte se apartó tanto de la decisión judicial sobre las características de las sociedades enemigas en tiempos de guerra¹¹ como de la relativa a la práctica de los Estados respecto de los acuerdos de sumas fijas¹², lo que sugiere que podría tratarse de una norma a favor del levantamiento del velo de la sociedad a fin de permitir al Estado de nacionalidad de los accionistas el ejercicio de la protección diplomática en nombre de ellos. Aunque la Corte reconoció que en los tratados bilaterales o multilaterales sobre inversiones podría recogerse la protección directa de los accionistas¹³ y que existía un cuerpo de jurisprudencia arbitral general resultante de la interpretación de dichos tratados que apoyaba las reclamaciones de los accionistas¹⁴, ello no demostraba que existiera una norma de derecho internacional consuetudinario a favor del derecho del Estado o Estados de nacionalidad de los accionistas a ejercer la protección diplomática en nombre de ellos. Todas estas prácticas y tratados se consideraron *lex specialis*.

7. La Corte aceptó la posibilidad de que el Estado o Estados de nacionalidad de los accionistas podieran ejercer la protección diplomática en nombre de ellos en dos supuestos: en primer lugar, cuando la sociedad hubiera dejado de existir en su lugar de constitución¹⁵ (que no era el caso de la *Barcelona Traction*); en segundo lugar, cuando el Estado de constitución fuera el responsable de las lesiones ocasionadas a la sociedad y el único medio de protección internacional de los accionistas

⁵ 1970 *I.C.J. Reports*, pág. 34, párr. 40.

⁶ *Ibid.*, pág. 34, párr. 41.

⁷ *Ibid.*, pág. 35, párr. 44.

⁸ *Ibid.*, pág. 36, párr. 47.

⁹ *Ibid.*, pág. 37, párr. 50.

¹⁰ *Ibid.*, pág. 42 (párr. 70), pág. 46 (párr. 88).

¹¹ *Ibid.*, pág. 39, párr. 60.

¹² *Ibid.*, pág. 40, párr. 61.

¹³ *Ibid.*, pág. 47, párr. 90.

¹⁴ *Ibid.*, pág. 40, párr. 63.

¹⁵ *Ibid.*, págs. 40 y 41, párrs. 65 a 68.

extranjeros fuera por conducto de su Estado o Estados de nacionalidad¹⁶ (que no era el caso de la *Barcelona Traction*). Así pues, la Corte decidió no considerar esta excepción¹⁷.

8. En las circunstancias de la causa que estaba considerando, la Corte desestimó la sugerencia de que podía permitirse la protección de los accionistas por razones de equidad¹⁸. La Corte tampoco reconoció la existencia de un derecho secundario de protección diplomática del Estado o Estados de nacionalidad de los accionistas cuando, como en el supuesto en cuestión¹⁹, el Estado de constitución declinara ejercer la protección diplomática en nombre de la sociedad²⁰.

9. No se aceptó el argumento de que la decisión de la Corte Internacional en la Causa *Nottebohm*²¹, en la que se exige la existencia de un vínculo efectivo entre la persona cuyos intereses han sido lesionados y el Estado de nacionalidad que solicite la protección, podría aplicarse a las sociedades, por lo que Bélgica, que tenía un vínculo genuino con la *Barcelona Traction*, dado que sus nacionales poseían el 88% de las acciones de la sociedad, era el Estado al que correspondía ejercer la protección diplomática. No obstante, la Corte no desestimó la aplicación del criterio del vínculo efectivo a las sociedades, ya que consideró que en la causa existía un vínculo estrecho y permanente entre la *Barcelona Traction* y el Canadá, en donde se encontraba su domicilio social y en donde se habían celebrado durante muchos años las reuniones de su junta²².

10. Para llegar a la decisión de que el Estado de constitución de la sociedad es aquél al que corresponde ejercer la protección diplomática en caso de que la sociedad vea lesionados sus intereses, y no el Estado o Estados de nacionalidad de los accionistas, la Corte se guió por una serie de consideraciones en materia de políticas. En primer lugar, cuando los accionistas invierten en una sociedad que tiene actividades en el extranjero, asumen riesgos, incluido el riesgo de que la sociedad pueda declinar, en ejercicio de su facultad discrecional, el derecho a ejercer la protección diplomática en nombre de los accionistas²³. En segundo lugar, si se permitiese al Estado de nacionalidad de los accionistas ejercer la protección diplomática, ello podría llevar a una multiplicidad de reclamaciones por parte de diferentes Estados, ya que las grandes sociedades tienen a menudo accionistas de muchas nacionalidades²⁴. En relación con esta cuestión, la Corte señaló que si el Estado de nacionalidad de los accionistas tenía competencia para actuar en nombre de éstos no había razón para que cada uno de los accionistas no pudiera tener ese derecho²⁵. En tercer lugar, la Corte se mostraba reticente a aplicar a las sociedades y a los accionistas por analogía las normas relativas a la doble nacionalidad y permitir que los Estados de nacionalidad de ambos ejerciesen la protección diplomática²⁶.

¹⁶ *Ibid.*, pág. 48, párr. 92.

¹⁷ *Loc. cit.*

¹⁸ *Ibid.*, pág. 48 (párrs. 92 y 93), pág. 50 (párr. 101).

¹⁹ Por una serie de razones, incluida la inexistencia de un tratado entre el Canadá y España reconociendo la competencia de la Corte Internacional de Justicia, el Canadá se negó a incoar un procedimiento en nombre de la *Barcelona Traction*. Véase *ibid.*, pág. 45, párrs. 81 a 83.

²⁰ *Ibid.*, pág. 49, párr. 96.

²¹ *1955 I.C.J. Reports*, pág. 4.

²² *1970 I.C.J. Reports*, pág. 42, párrs. 70 y 71.

²³ *Ibid.*, pág. 35 (párr. 43), pág. 46 (párrs. 86 y 87), pág. 50 (párr. 99).

²⁴ *Ibid.*, págs. 48 y 49, párrs. 94 a 96.

²⁵ *Ibid.*, pág. 48, párrs. 94 y 95.

²⁶ *Ibid.*, pág. 38 (párr. 53), pág. 50 (párr. 98).

Opiniones separadas

11. Aunque se desestimó la reclamación del Gobierno de Bélgica por 15 votos a 1 (el Magistrado ad hoc belga, Riphagen), hubo desacuerdo generalizado entre los magistrados respecto de la argumentación de la Corte en la causa *Barcelona Traction*, lo que se puso de manifiesto por el hecho de que 8 de los 16 Magistrados emitieran opiniones separadas de las que cinco (incluida la del Magistrado ad hoc Riphagen) apoyaban el derecho del Estado de nacionalidad de los accionistas a conceder la protección diplomática.

12. El Magistrado Tanaka consideró que el derecho internacional consuetudinario no prohíbe la protección de los accionistas por su Estado de nacionalidad aún cuando el Estado de nacionalidad de la sociedad tenga el derecho de protección de ésta²⁷. Y añadió que es cierto que no hay ninguna norma de derecho internacional que permita dos tipos de protección diplomática a una sociedad y a sus accionistas respectivamente, pero tampoco hay ninguna norma de derecho internacional que prohíba la doble protección²⁸. Aunque los magistrados Fitzmaurice, Jessup y Gros no fueron tan lejos como el Magistrado Tanaka, se mostraron claramente en desacuerdo con la filosofía y el razonamiento de la mayor parte de la decisión y entendieron que, en ciertas circunstancias, en particular cuando el Estado de nacionalidad de la sociedad es el Estado que comete la infracción²⁹, el Estado de nacionalidad de los accionistas tenía derecho a ejercer la protección diplomática. El Magistrado Gros incluso acusó a la Corte de estar ciega ante la realidad de las inversiones modernas y dijo que el fundamento de una norma de derecho internacional económico debe ajustarse a las realidades económicas. El simple vínculo de nacionalidad de una sociedad puede no reflejar un verdadero vínculo económico. Entre los dos criterios, el magistrado debe elegir el de la prueba en que coinciden el derecho y los hechos: es al Estado cuyos intereses económicos nacionales se vean de hecho perjudicados al que corresponde el derecho de iniciar actuaciones judiciales³⁰.

13. En contraste con esta opinión, los Magistrados Morelli³¹, Padilla Nervo³² y Ammoun³³ no sólo apoyaron el razonamiento de la Corte sino que rechazaron la sugerencia de que el Estado de nacionalidad de los accionistas pudiera iniciar actuaciones judiciales cuando el Estado de nacionalidad de la sociedad fuera el Estado infractor. El Magistrado Padilla Nervo habló en nombre de los Estados en desarrollo cuando dijo que no son los accionistas de las grandes sociedades los que necesitan protección diplomática, sino los Estados más pobres o más débiles en los que tienen lugar las inversiones los que la necesitan para protegerse de abusos por parte de grupos financieros poderosos o de presiones diplomáticas infundadas de gobiernos que parecen estar dispuestos siempre a apoyar a toda costa a los accionistas que tienen su nacionalidad ...³⁴.

²⁷ Ibid., pág. 134. Véase también pág. 130.

²⁸ Ibid., pág. 131.

²⁹ Magistrado Fitzmaurice, *ibid.*, págs. 72 a 75; Magistrado Jessup, *ibid.*, págs. 191 a 194.

³⁰ Ibid., pág. 279.

³¹ Ibid., págs. 240 y 241.

³² Ibid., pág. 257.

³³ Ibid., pág. 318.

³⁴ Ibid., pág. 248.

Críticas a la decisión de la Corte

14. La decisión de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Barcelona Traction* ha sido objeto de gran número de críticas. A continuación se exponen algunas de las que deberían tenerse en cuenta a la hora de encontrar la formulación de una norma satisfactoria sobre el tema de la protección diplomática de las sociedades y/o sus accionistas.

15. La norma expuesta en la *Barcelona Traction* proviene de principios generales del derecho de sociedades reconocidos por las naciones civilizadas más que del derecho internacional consuetudinario. De haber tenido en cuenta la Corte la práctica estatal recogida en tratados bilaterales y multilaterales sobre inversiones y en los acuerdos de arreglo mediante el pago de sumas fijas así como las decisiones arbitrales en las que se interpretan dichos tratados, en lugar de considerarlos como *lex specialis*, habría encontrado pruebas suficientes de una norma de derecho internacional consuetudinario en favor de las reclamaciones de los accionistas. Según Richard Lillich, la Corte rechazó de forma sumaria como irrelevante toda la práctica internacional tradicional que regula las reclamaciones de los accionistas y perdió una oportunidad excelente de imprimir carácter judicial al desarrollo de una norma de derecho internacional consuetudinario sobre las reclamaciones de los accionistas, prefiriendo remitirse exclusivamente al derecho nacional en materia de sociedades, en virtud del cual el perjuicio causado a una sociedad no da lugar en general a un derecho que puedan ejercer los accionistas³⁵. En su crítica a la Corte, Lillich se hizo eco de la declaración formulada por el Magistrado Wellington Koo cuando la causa de la *Barcelona Traction* se presentó por primera vez ante la Corte Internacional en 1964, en la que dijo que hay numerosas pruebas en la práctica estatal, las disposiciones de los tratados y las decisiones arbitrales que permiten afirmar la existencia implícita de una norma de derecho internacional que reconoce el derecho de todo Estado a proteger a sus nacionales, accionistas de una sociedad extranjera, frente a otro Estado infractor, independientemente de que ese otro Estado sea el Estado de nacionalidad de la sociedad o no, por los daños sufridos como consecuencia del perjuicio ocasionado a la sociedad³⁶.

16. La causa *Barcelona Traction* estableció una norma inaplicable³⁷. En la práctica, los Estados no ejercerán la protección diplomática tomando únicamente como base su lugar de constitución, es decir, en caso de que no exista ningún vínculo efectivo como resultado de una participación nacional importante en la sociedad. No es realista esperar que un Estado dedique tiempo, energía, dinero e influencia política a una sociedad que ha sido lesionada en sus intereses en el extranjero si no tiene un vínculo material con la sociedad. Del mismo modo, no es realista esperar que un Estado demandado acepte un vínculo tan insignificante como el lugar de constitución como vínculo efectivo necesario que le dé derecho a presentar una reclamación

³⁵ “The Rigidity of Barcelona” (1971) 65 *A.J.I.L.* 522 a 525, 531. Véase también R. Higgins “Aspects of the Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.” (1971) 11 *Virginia Journal of International Law* 327, 331; “Round Table: Toward More Adequate Diplomatic Protection of Private Claims: ‘Aris Gloves’, ‘Barcelona Traction’ and Beyond” (1971) 65 *American Society of International Law, Proceedings*, 322, 343 (Domke), 344 (Weston), 345 (Caflisch).

³⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. Case* (Objeciones preliminares) 1964 *I.C.J. Reports*, págs. 63.

³⁷ Stanley D. Metzger “Nationality of Corporate Investment under Investment Guarantee Schemes—The Relevance of Barcelona Traction” (1971) 65 *A.J.I.L.* 532, 541.

internacional. Ello explica la razón de que, en la práctica, muchos Estados hayan observado que no ejercerán la protección diplomática en nombre de una sociedad con la que no tengan una relación³⁸ de control económico (participación dominante en el capital social o propiedad de los beneficios), domicilio social (sede o centro de administración) o una combinación de ambos. La práctica de la era posterior a la *Barcelona Traction* muestra que los Estados adoptan una serie de enfoques a la hora de decidir si respaldan la reclamación de una sociedad contra otro Estado³⁹. Algunos Estados, como el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte⁴⁰ y los Estados Unidos de América⁴¹, exigen que exista un vínculo verdadero y sólido con la sociedad, mientras que otros hacen hincapié en el domicilio social o en el control económico. En resumen, pruebas como el control, el domicilio social o la participación mayoritaria en las acciones, que dejan clara la existencia de un vínculo efectivo entre el Estado que ejerce la protección diplomática y la sociedad gozan de mayor apoyo que la del vínculo débil y neutro del lugar de constitución.

17. En apoyo a las críticas del párrafo anterior cabe mencionar la práctica posterior de los Estados respecto de los acuerdos de sumas fijas y los tratados sobre inversiones. En los informes provisionales presentados al Comité de la Asociación de Derecho Internacional sobre protección diplomática de las personas y los bienes, en la Conferencia celebrada en 2002 en Nueva Delhi⁴², los profesores David Bederman y Julianne Kokott insistieron en que los Estados han regulado de manera deliberada estas cuestiones para evitar la decisión de la Corte Internacional en la causa *Barcelona Traction*.

En su informe provisional sobre los acuerdos de sumas fijas y la protección diplomática, Bederman señala que el derecho de las sociedades a presentar reclamaciones en virtud de dichos acuerdos con posterioridad a la causa *Barcelona Traction* se basa con más frecuencia en el domicilio social de la sociedad, el control o la mayoría de las acciones que en el lugar de constitución simplemente⁴³. Además, generalmente se permite a los accionistas que presenten sus reclamaciones con arreglo a las condiciones de los acuerdos que disponen la resolución de las reclamaciones relativas a lesiones de sus bienes, derechos e intereses con arreglo al derecho del Estado demandado⁴⁴. Todo ello lo lleva a la conclusión de que las normas relativas a las sociedades y a sus accionistas parecen haberse relajado enormemente y, por tanto, ahora puede cuestionarse la base fundamental de la *Barcelona Traction* (al menos con arreglo a lo que se recoge en los acuerdos de sumas fijas)⁴⁵.

En el informe provisional de la profesora Kokott sobre el papel de la protección diplomática en el ámbito de la protección de las inversiones extranjeras se

³⁸ Véase el cuadro adjunto al artículo de Metzger, *ibid.*; 542 a 543, en el que se muestra que para que una sociedad pueda optar a planes de garantía de inversiones los Estados exigen generalmente algún vínculo sólido entre el Estado y la sociedad.

³⁹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5ª ed. (1998), págs. 487 a 489.

⁴⁰ Véanse las normas del derecho británico de 1985 aplicables a las reclamaciones internacionales, que figuran en el documento (1988) 37 *I.C.L.Q.* 1006, 1007 (observaciones sobre la regla IV).

⁴¹ Véase la declaración del representante de los Estados Unidos ante la Sexta Comisión el 1º de noviembre de 2002, A/C.6/57/SR.23, párrs. 50 a 56.

⁴² International Law Association, *Report of the Seventieth Conference, New Delhi* (2002), pág. 228.

⁴³ *Ibid.*, págs. 252 y 253.

⁴⁴ *Ibid.*, págs. 253 a 255.

⁴⁵ *Ibid.*, pág. 258.

adopta un enfoque similar. En él se indica que el carácter discrecional de la protección diplomática y la norma restrictiva establecida en la *Barcelona Traction* han llevado a los Estados a recurrir a tratados bilaterales de inversiones⁴⁶, que permiten a los inversores resolver sus controversias con el Estado anfitrión respecto de las inversiones ante tribunales especiales de arbitraje o recurriendo al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), establecido en virtud del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados⁴⁷. La profesora Kokott concluye diciendo que: no es necesario llegar a decir que la protección diplomática y las normas que rigen la protección de inversiones extranjeras son excluyentes. No obstante, la conclusión podría parecer desalentadora desde el punto de vista del que quiera argumentar que la protección diplomática debería desempeñar un papel importante en el derecho actual en materia de inversiones extranjeras. El análisis del régimen de los tratados bilaterales sobre inversiones así como los enfoques multilaterales han puesto de manifiesto que la protección diplomática no desempeña un papel importante entre los medios existentes para el arreglo de controversias. En términos generales, tanto en los acuerdos bilaterales como en los multilaterales se prefieren procedimientos alternativos de arreglo de controversias y se permite a los inversores recurrir a los órganos internacionales de arbitraje. De esa forma se les reconoce con arreglo al derecho internacional y se evita recurrir a la protección diplomática. El informe indica que este sistema ofrece una serie de ventajas en comparación con la necesidad de depender de la voluntad (o la capacidad) de un Estado para ejercer la protección diplomática.

Parece haber una gran falta de confianza en la protección diplomática, en lo que respecta a la falta de certeza política, a su carácter discrecional y a su capacidad para proteger a los accionistas extranjeros con arreglo a la doctrina de la Corte Internacional de Justicia. ¿Cuál es la consecuencia de ello? Parece haber dos opciones diferentes. Una de ellas podría ser exigir un cambio de las normas que regulan la protección diplomática a fin de que se ajusten a las necesidades de los inversores. No obstante, esta opción no parece ser realista porque no tiene en cuenta la existencia de una serie de acuerdos bilaterales, junto con otros acuerdos multilaterales. Más pronto o más tarde surgirá un sucesor de los acuerdos multilaterales sobre inversiones. Tomando como base estas consideraciones, hay una segunda opción más realista: aceptar que, en el contexto de las inversiones extranjeras, el derecho tradicional de protección diplomática ha sido sustituido en gran medida por una serie de procedimientos de arreglo de controversias basados en tratados⁴⁸.

18. El tratamiento dado por la Corte a la importancia de la causa *Nottebohm*⁴⁹ para la protección diplomática de las sociedades dista de ser satisfactorio⁵⁰. Por una parte, en la decisión parece rechazarse la aplicación a las sociedades del criterio del vínculo efectivo con arreglo a la conclusión de que en particular en el ámbito de la protección diplomática de las sociedades, ninguna prueba absoluta de vínculo

⁴⁶ *Ibid.*, pág. 265.

⁴⁷ United Nations, *Treaty Series*, vol. 575, pág. 159 (1965) 4 *I.L.M.* 524.

⁴⁸ Interim report, nota 42 *supra*, págs. 276 y 277; véase también S. D. Murphy “The ELSI Case: an Investment Dispute at the International Court of Justice” (1991) 16 *Yale Journal of International Law* 391 y 392.

⁴⁹ 1955 I.C.J. Reports, pág. 4.

⁵⁰ Brownlie, nota 39 *supra*; Arthur Watts, “Nationality of Claims: Some Relevant Concepts” en: *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (eds. V. Lowe y M. Fitzmaurice), pág. 424 y págs. 432 y 433.

efectivo ha logrado la aceptación general⁵¹ y de que no existe analogía entre las cuestiones planteadas en las causas *Barcelona Traction* y *Nottebohm*. Por otra parte, la Corte examina los vínculos existentes entre la *Barcelona Traction* y el Canadá (lugar de constitución, domicilio social, contabilidad, registros de las acciones, reuniones de la junta e inclusión en las listas de las autoridades fiscales canadienses) y llega a la conclusión de que se ha establecido un vínculo estrecho y permanente entre el Canadá y la sociedad⁵².

19. La importancia del concepto de vínculo efectivo de la causa *Nottebohm* para las sociedades se ve confirmada por las opiniones separadas de los magistrados Fitzmaurice⁵³, Jessup⁵⁴, Padilla Nervo⁵⁵ y Gros⁵⁶. Tomando como base la conclusión de la Corte de que existía un vínculo estrecho y permanente entre el Canadá y la sociedad, F. A. Mann⁵⁷ ha sugerido que la Corte entendió que el Estado de nacionalidad de los accionistas puede ejercer el derecho de protección cuando el Estado de constitución de la sociedad carezca de capacidad para actuar en nombre de ella por falta de un vínculo suficiente con la sociedad.

20. En la causa *Barcelona Traction*, la Corte reconoció que el Estado de nacionalidad de los accionistas podía ejercer la protección diplomática en tres supuestos: primero, cuando se lesionan los derechos directos de los accionistas⁵⁸; segundo, cuando la sociedad deja de existir⁵⁹, y tercero cuando el Estado de nacionalidad de la sociedad es el Estado infractor⁶⁰. Ninguna de estas excepciones a la norma que favorece la protección diplomática por parte del Estado de constitución de la sociedad se examina debidamente⁶¹. La debilidad del argumento de la Corte sobre esta cuestión se estudiará más adelante cuando se examinen las normas que permiten la protección diplomática de los accionistas.

21. Finalmente, la Corte no justifica adecuadamente su argumento sobre consideraciones en materia de políticas que se describen en el párrafo 10 *supra*. ¿Por qué cabe esperar que los accionistas que invierten en una sociedad que lleva a cabo actividades en el extranjero asuman el riesgo de que la inversión fracase? La existencia de tratados bilaterales de inversión diseñados para proteger las inversiones extranjeras parece contradecir esta filosofía⁶². ¿Por qué cabe esperar que la perspectiva de múltiples reclamaciones por parte de los accionistas contra un Estado infractor cree una atmósfera de confusión e inseguridad en las relaciones económicas internacionales?⁶³ ¿Por qué las normas de doble protección aplicables a las personas físicas y a las organizaciones internacionales⁶⁴ no se aplican igualmente a las sociedades y a

⁵¹ 1970 *I.C.J. Reports*, pág. 42, párr. 70.

⁵² *Ibid.*, pág. 42, párr. 71.

⁵³ *Ibid.*; pág. 80.

⁵⁴ *Ibid.*; pág. 186.

⁵⁵ *Ibid.*; pág. 254.

⁵⁶ *Ibid.*; pág. 281.

⁵⁷ "The Protection of Shareholder's Interests in the Light of the Barcelona Traction Case" (1973) 67 *A.J.I.L.* 259, 264, 269, 273.

⁵⁸ 1970 *I.C.J. Reports*, pág. 36, párr. 47.

⁵⁹ *Ibid.*, págs. 40 y 41, párr. 64 a 68.

⁶⁰ *Ibid.*, pág. 48, párr. 92.

⁶¹ Mann, nota 57 *supra*, págs. 265 a 272.

⁶² Véase la opinión separada del Magistrado Gros, 1970 *I.C.J. Reports*, pág. 275.

⁶³ *Ibid.*, pág. 49, párr. 96.

⁶⁴ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, 1949, I.C.J. Reports*, pág. 185.

sus accionistas? No basta simplemente con argumentar que no hay analogía entre ambas situaciones⁶⁵.

Autoridad de la Barcelona Traction

22. Las decisiones de la Corte Internacional de Justicia no son vinculantes para la Comisión de Derecho Internacional. Aunque hay una reticencia comprensible por parte de la Comisión a rechazar dichas decisiones, debe recordarse que en los últimos años se ha limitado notablemente el ámbito de una decisión importante dominante durante más de 40 años, la causa *Nottebohm*⁶⁶ y que se ha rechazado de manera expresa otra dominante durante más de 30 años, la causa *South West Africa (segunda etapa)*⁶⁷. La norma establecida en la causa *Barcelona Traction* no es sacrosanta e intocable. Por tanto, la Comisión, tras un examen detenido, puede decidir no seguirla. Dicha decisión podría basarse en críticas como las descritas anteriormente respecto de la decisión; en el aparente fracaso de la Corte Internacional en debatir a fondo las cuestiones planteadas⁶⁸, o en el hecho de que la Corte no estuviera codificando derecho internacional sino resolviendo una controversia concreta, por lo que su decisión debe considerarse una decisión sobre hechos concretos y no una norma general aplicable a todas las situaciones. La última de las razones para no seguir la norma establecida en la *Barcelona Traction* cuenta con cierto apoyo en la decisión de una de las Salas de la propia Corte Internacional de Justicia en la causa *ELSI*⁶⁹.

La causa ELSI

23. Aunque en la *Barcelona Traction* se estipula que un Estado cuyos nacionales tengan la mayoría de las acciones de una sociedad no puede presentar una reclamación por los daños y perjuicios ocasionados a la propia sociedad, en la causa relativa a *Electronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, una de las Salas de la Corte Internacional de Justicia permitió que los Estados Unidos presentasen una reclamación contra Italia por los daños y perjuicios sufridos por una sociedad italiana de la que todas las acciones eran propiedad de dos sociedades americanas. (No obstante, la Sala rechazó la reclamación de los Estados Unidos respecto del fondo de que, tomando como base los hechos de la causa, la conducta de Italia no constituía un incumplimiento del tratado de amistad, comercio y navegación en cuestión.) Sorprendentemente, la Sala evitó pronunciarse sobre la compatibilidad de su conclusión con la de la *Barcelona Traction*, pese a que Italia alegó que la sociedad cuyos derechos habían sido supuestamente lesionados era italiana, y que los Estados Unidos trataban de proteger los derechos de accionistas de la sociedad⁷⁰.

24. El Magistrado Oda insistió en el hecho de que la decisión de la *Barcelona Traction* era relevante en la causa *ELSI* y formuló una opinión separada en la que

⁶⁵ 1970 *I.C.J. Reports*, pág. 38, párr. 53.

⁶⁶ 1955 *I.C.J. Reports*, pág. 4. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/57/10)*, párr. 280, comentario al artículo 3 [5].

⁶⁷ 1966, *I.C.J. Reports*, pág. 6. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/56/10 y Corr.1)*, párr. 77, comentario al artículo 48, nota de pie de página 766.

⁶⁸ Véase la crítica de los debates de la Corte en la causa *Barcelona Traction* en la opinión separada del Magistrado Fitzmaurice, 1970 *I.C.J. Reports*, pág. 86, párr. 37.

⁶⁹ 1989, *I.C.J. Reports*, pág. 15.

⁷⁰ *Ibid.*, párrs. 64 y 79.

alegó que las sociedades americanas que poseían la sociedad italiana eran simplemente accionistas de la sociedad italiana, por lo que los Estados Unidos no podían ofrecerles protección diplomática⁷¹. Hay acuerdo general en que el silencio de la Sala supone la no aceptación de este argumento, pese a que se basa en la decisión de la *Barcelona Traction*⁷².

25. El hecho en que en la causa *ELSI* no se hiciera una distinción respecto de la *Barcelona Traction* puede explicarse por una serie de razones⁷³. En primer lugar, a la Sala de la Corte no le competía realizar aquí una evaluación del derecho internacional consuetudinario (como en la causa *Barcelona Traction*), sino interpretar un tratado de amistad, comercio y navegación que, al igual que un tratado bilateral de inversiones, recogía la protección de los accionistas de los Estados Unidos en el extranjero. Si la Sala hubiese considerado inadmisibile la reclamación de los Estados Unidos porque éstos no podían proteger a sociedades americanas que tuvieran acciones en una sociedad italiana, se hubiese puesto en peligro el valor de los tratados bilaterales de inversiones que, entre otras cosas, tienen la finalidad de proteger⁷⁴ a los accionistas nacionales que controlan sociedades constituidas en el Estado en que tiene lugar la inversión. En segundo lugar, esta causa conllevaba posiblemente la violación de los derechos directos de los accionistas, una excepción reconocida en la causa *Barcelona Traction*⁷⁵. En tercer lugar, podía haberse argumentado que se trataba de una causa en que la sociedad había dejado de existir porque estaba siendo liquidada, otra excepción a la norma general reconocida en la causa *Barcelona Traction*. En cuarto lugar, podía alegarse⁷⁶ que en esta causa la Sala dio una respuesta afirmativa a la pregunta que quedó sin contestar en la causa *Barcelona Traction* de si el Estado de nacionalidad de los accionistas podía protegerlos cuando la sociedad se veía lesionada en sus intereses por el Estado de constitución.

26. Aunque puede explicarse la no aplicación en la causa *ELSI* de la norma establecida en la *Barcelona Traction*, el hecho incontestable es que la Sala no siguió la

⁷¹ *Ibid.*, págs. 87 y 88.

⁷² Véase la opinión separada del Magistrado Schwebel, *ibid.*; pág. 94; *Oppenheim's International Law*, 9ª ed. (eds. R. Jennings y A. Watts), vol. 1, pág. 520. S. D. Murphy "The *ELSI* Case: an Investment Dispute at the International Court of Justice" (1991) 16 *Yale Journal of International Law* 391, 420; R. McCorquodale "Expropriation Rights under a Treaty - Exhausted and Naked" (1990), *Cambridge Law Journal* 197 y 199; S. A. Kubiakowski "The Case of *ELSI*: Toward Greater Protection of Shareholder's Rights in Foreign Investments" (1991) 29 *Columbia Journal of Transnational Law* 215 y 234; F. A. Mann; "Foreign Investment in the International Court of Justice" (1992) 86 *A.J.I.L.* 92.

⁷³ Véase, con carácter general, sobre esta decisión, Brigitte Stern, "La Protection diplomatique des investissements internationaux (1990) 116 *Journal de droit international* 897.

⁷⁴ Terry Gill "ELSI Case" en (1990) 84 *A.J.I.L.* 249, 257 y 258. Véase también Mann, nota 72 *supra*.

⁷⁵ 1970 *I.C.J. Reports*, pág. 36, párr. 47. Véase también sobre esta cuestión: Vaughan Lowe, "Shareholder's, Rights to Control and Manage: From *Barcelona Traction* to *ELSI*" en *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, eds. N. Ando et al (2002), pág. 269. Véase también Arthur Watts "Nationality of Claims: some Relevant Concepts", en *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (1996) (eds. V. Lowe y M. Fitzmaurice), pág. 424 y 435 (nota de pie de página 56).

⁷⁶ Yoram Dinstein, "Diplomatic Protection of Companies under International Law", en *International Law: Theory and Practice* (1998) (ed. K. Wellens), págs. 505 y 512.

norma, el razonamiento ni la filosofía de la *Barcelona Traction*. Por tanto, es comprensible que haya sido acogida como un alejamiento de la *Barcelona Traction*⁷⁷.

Treinta años de aplicación de la Barcelona Traction

27. La decisión adoptada en la causa *Barcelona Traction* es sin duda una decisión judicial importante, aunque su importancia no pueda equipararse a la convicción de sus argumentos ni al interés por proteger las inversiones extranjeras. Por tanto, la Comisión de Derecho Internacional podría sentirse impulsada a apartarse de dicha decisión y formular una norma que se adecue más a las realidades de las inversiones extranjeras y aliente a los inversores extranjeros a volver a los procedimientos de la protección diplomática para resolver sus problemas en lugar de acogerse a la protección de los tratados bilaterales de inversiones. Por otra parte, hay que reconocer que, pese a sus defectos, la causa *Barcelona Traction* se considera en la actualidad, 30 años después, no sólo una declaración precisa del derecho relativo a la protección diplomática de las sociedades sino un verdadero reflejo del derecho internacional consuetudinario. La práctica de los Estados en lo que respecta a la protección diplomática de las sociedades se sigue guiando hoy día por la disposición de la *Barcelona Traction*⁷⁸. Esto quedó claramente demostrado en la respuesta de los delegados de la Sexta Comisión a la pregunta de si la norma de la causa *Barcelona Traction* debería volverse a plantear⁷⁹. De los 15 delegados que tomaron la palabra sobre el tema, sólo uno de ellos⁸⁰ sugirió que debería volver a considerarse la decisión de la *Barcelona Traction*. Por desgracia, todos menos uno de los delegados que tomaron la palabra sobre este tema representaban a Estados desarrollados. No obstante,

⁷⁷ Murphy, nota 72 *supra*.

⁷⁸ Véanse las normas dictadas por el Gobierno británico en 1987, publicadas en (1988) 37 I.C.L.Q. 1006, Regla IV, que dispone que el Reino Unido podrá asumir la reclamación de una sociedad constituida en el Reino Unido y que dice expresamente, el comentario correspondiente, que se basa en la norma establecida en la causa *Barcelona Traction*.

⁷⁹ Sobre este tema se plantearon a los Estados las cuestiones siguientes: “En el asunto de la *Barcelona Traction*, la Corte Internacional de Justicia estatuyó que el Estado en que se hubiere constituido una sociedad en que se hallare establecido su domicilio social tenía derecho a ejercer la protección diplomática en nombre de la sociedad. El Estado de nacionalidad de los accionistas no tiene derecho de ejercer la protección diplomática, salvo, quizás:

- a) Si los derechos que han sido directamente lesionados son los de los accionistas;
- b) Si la sociedad ha cesado de existir en su lugar de constitución;
- c) Si el Estado de constitución es el Estado responsable de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito respecto de la sociedad.

¿Debería el Estado de nacionalidad de los accionistas tener derecho a ejercer la protección diplomática en otros supuestos? Por ejemplo, ¿debería el Estado de nacionalidad del grupo mayoritario de accionistas de una sociedad poseer ese derecho? ¿O debería el Estado de nacionalidad del grupo mayoritario de accionistas de una sociedad poseer un derecho subsidiario a ejercer la protección diplomática en los casos en que el Estado se hubiera constituido, la sociedad se negase a ejercer, o no ejerciese la protección diplomática?” *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/57/10)*, párr. 28.

⁸⁰ Alemania dijo que la decisión de la *Barcelona Traction* era insatisfactoria e instó a que se consiguiera un derecho subsidiario de protección de los accionistas (véase, en general, A/C.6/57/SR.20, párrs. 25 y 26). Los Estados Unidos, si bien apoyaban la decisión de la *Barcelona Traction*, declararon que tienen en cuenta la nacionalidad de los accionistas al decidir el ejercicio de la protección diplomática, e instaron a que se protegiera a los accionistas cuando el Estado de nacionalidad sea el responsable de las lesiones ocasionadas a la sociedad (A/C.6/57/SR.23, párr. 52).

es poco probable que los Estados en desarrollo muestren mucho entusiasmo por una norma que sustituya a la decisión de la *Barcelona Traction* y que conceda más protección a los accionistas de sociedades extranjeras⁸¹. Las doctrinas de los publicistas de mayor competencia, por utilizar el lenguaje del artículo 38 1) d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, no muestran en general una aceptación sin críticas de la norma recogida en la *Barcelona Traction*. No obstante, la consideran una decisión clave en lo que respecta a la protección diplomática de las sociedades y punto de partida de cualquier debate sobre el tema⁸².

3. Opciones de que dispone la Comisión

28. Antes de proponer la formulación de una norma o de normas sobre la nacionalidad de las sociedades y la protección diplomática de las sociedades y sus accionistas, el Relator Especial considera necesario clarificar las opciones de que dispone la Comisión, que son las siguientes:

1) El Estado de constitución, con sujeción a las circunstancias excepcionales previstas en el caso *Barcelona Traction* para la protección de los accionistas;

2) El Estado en que se haya constituido la sociedad y con el que tenga un vínculo efectivo (normalmente en forma de control económico), también con sujeción a los casos excepcionales previstos en el caso *Barcelona Traction* para la protección de los accionistas;

3) El Estado de domicilio social o sede;

4) El Estado en que radica el control económico de la sociedad;

5) El Estado de constitución y el Estado de control económico, lo cual permitiría una forma de doble protección similar a la que se aplica en el caso de la doble nacionalidad de las personas físicas;

6) El Estado de constitución en primera instancia y, en caso de que éste no ejerciese la protección, el Estado de control económico, que poseería un derecho subsidiario a ejercer dicha protección;

7) Los Estados de la nacionalidad de todos los accionistas.

A continuación se analizan más detenidamente dichas opciones.

Opción 1: El Estado de constitución

29. Únicamente el Estado en que está constituida la sociedad tiene el derecho de ejercer la protección diplomática respecto de un perjuicio causado a dicha sociedad, con sujeción a las excepciones expuestas en el caso *Barcelona Traction*, y que permiten al Estado de la nacionalidad de los accionistas de la sociedad ejercer la

⁸¹ G. Abi-Saab, "The International Law of Multinational Corporations: A Critique of American Legal Doctrines" (1971), *Annales d'etudes internationales* 97, 121 y 122.

⁸² R. Jennings y A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed. (1992), vol. 1, págs. 515 a 522; Daillien y A. Pellet (eds.), *Nguyen Quoc Dinh's Droit International Public*, 6th ed. (1999), pág. 773; M.N. Shaw, *International Law*, 4th ed. (1997), pág. 566; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed. (1998), págs. 491 a 495; P. H. Kooijmans, *Internationaal Publiekrecht in Vogelvlucht*, 9th ed. (2002), pág. 116; I. A. Shearer (ed.), *Starke's International Law*, 11th ed. (1994), págs. 286 y 287; L. C. Caflisch "The Protection of Corporate Investments Abroad in the Light of the Barcelona Traction Case" (1971). 31 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 162, 196.

protección diplomática en su nombre. Puede decirse que esta opción es la norma en el caso *Barcelona Traction*. Ya se han analizado anteriormente las ventajas e inconvenientes de dicha norma.

Opción 2: El Estado de constitución y el Estado de vínculo efectivo

30. El Estado en que está constituida la sociedad y con el que ésta mantiene un “vínculo efectivo” en el sentido descrito en el caso *Nottebohm* puede ejercer la protección diplomática en nombre de la sociedad, con sujeción a las excepciones en favor de las reclamaciones de los accionistas reconocidas en el caso *Barcelona Traction*. Dicha propuesta refleja en cierta medida la práctica de los Estados, puesto que muchos Estados rehusan ejercer la protección diplomática en nombre de una sociedad con la que no mantienen un vínculo efectivo en forma de participación mayoritaria, control económico o domicilio social⁸³. La principal desventaja de dicha norma es que muchas sociedades están constituidas en Estados con los cuales no tienen una verdadera relación, a fin de obtener ventajas fiscales. A los efectos de la protección diplomática, dichas sociedades se convierten en sociedades apátridas. Esa consecuencia no pareció inquietar a los magistrados Padilla Nervo⁸⁴, Petréu u Onyema⁸⁵. Por otra parte, sería claramente contraria al razonamiento de la Corte en el caso *Barcelona Traction*, que se basaba en la noción de que un Estado (el Canadá), tenía el derecho de proteger a la sociedad⁸⁶, y contraria también a la tendencia actual del derecho internacional hacia una mayor protección de los derechos de los particulares⁸⁷. Otra dificultad de dicha norma es la que plantea Christopher Stalker:

“La existencia de un vínculo efectivo también daría lugar a la cuestión del momento en que dicho vínculo debe existir.) Es necesario que exista un vínculo efectivo con el Estado de constitución solamente en el momento de constitución o solamente en el momento en que se cuestione su existencia (de modo que se pueda reconocer si existe un vínculo efectivo al producirse el perjuicio y al presentar la reclamación, aún cuando no existiera ninguno en el momento mismo de la constitución), o es necesario que dicho vínculo exista continuamente desde el momento de la constitución hasta la presentación de la reclamación?”⁸⁸.

Opción 3: El Estado del domicilio social o sede

31. Entre las autoridades en la materia se apoya la opinión de que una sociedad debería adoptar la nacionalidad de su domicilio social⁸⁹ o sede, criterios que se emplean normalmente en los países donde rigen el derecho romano (domicilio social) y

⁸³ Véase también D. Harris, “The Protection of Companies in International Law in the Light of the *Nottebohm Case*”, (1969) 18 *I.C.L.Q.* 275.

⁸⁴ 1970 *I.C.J. Reports*, pág. 254.

⁸⁵ Véase la Declaración Conjunta de los magistrados Petréu y Onyema, *ibid.*, pág. 52.

⁸⁶ Véase el Fallo, *ibid.*, párr. 94, en que la Corte afirma que la consideración de la equidad no puede exigir más que la posibilidad de que intervenga un Estado protector. Véase también la Declaración del magistrado Lachs, *ibid.*, pág. 52, donde afirma que la existencia del derecho del Canadá de proteger a la sociedad es una premisa fundamental del razonamiento de la Corte.

⁸⁷ Christopher Stalker, “Diplomatic Protection of Private Business Companies: Determining Corporate Personality for International Law Purposes”, (1990) 61 *British Year Book of International Law*, 157, 159.

⁸⁸ *Ibid.*, 163.

⁸⁹ 1970 *I.C.J. Reports*, pág. 42, párr. 70.

el derecho anglosajón (sede) para vincular a una sociedad con un Estado a los efectos del derecho internacional privado⁹⁰. Se han expresado dudas sobre la pertinencia de aplicar criterios del derecho *privado* a un problema de derecho internacional *público*⁹¹. Además, como se ha demostrado en las decisiones de los tribunales arbitrales, existe normalmente una estrecha correlación entre domicilio social o sede y el lugar de constitución⁹².

Opción 4: El Estado de control económico

32. Existe un apoyo considerable a la opinión de que la función de la protección diplomática se debería confiar al Estado de control económico. Lamentablemente, esta opinión se apoya en gran medida en legislación y decisiones, promulgadas principalmente después de la primera guerra mundial, en las que se empleó el criterio del control *efectivo* para determinar el carácter enemigo de determinadas sociedades⁹³. Como afirma D. P. O'Connell, "como criterio análogo a los efectos de determinar la protección diplomática, la teoría del control con fines de guerra económica carece prácticamente de valor"⁹⁴, opinión compartida por la Corte Internacional en el caso *Barcelona Traction*⁹⁵.

33. A pesar de lo erróneo de esa analogía existen fundadas razones para proponer que el Estado de control económico sea el Estado con derecho a ejercer la protección diplomática, lo cual está más acorde con la realidad económica de las inversiones extranjeras puesto que en éstas el Estado de la nacionalidad de los accionistas tiene normalmente más interés en obtener reparación que el Estado de constitución, que tal vez tiene sólo un interés marginal, como ocurrió con el Canadá en las actuaciones del caso *Barcelona Traction*. De esta forma se reduce sustancialmente la amenaza constante en esta rama del derecho de que el Estado haciendo uso de su facultad discrecional, decline ejercer la protección diplomática. Aceptar el Estado de control económico como protector de la sociedad equivale a reconocer la importancia de un vínculo efectivo o auténtico entre el Estado protector y la persona jurídica lesionada, consideración que tuvo presente la Corte en el caso *Barcelona Traction*⁹⁶.

⁹⁰ D. P. O'Connell, *International Law*, segunda edición (1970), vol. II, pág. 1041; L. Levy, *La Nationalité des sociétés* (1984), págs. 183 a 196; Harris, *supra*, nota 83, págs. 295 a 301.

⁹¹ *Ibid.*, págs. 1041 y 1042.

⁹² Esta es la conclusión alcanzada por Georg Schwarzenberger, *International Law*, vol. 1, tercera edición (1957), págs. 393 a 397, después de examinar el caso *Canevaro* (Italia contra Perú), Scott, *Hague Court Reports*, vol. 1, pág. 284; *La Suédoise Grammont v. Roller, Mixed Arbitration Tribunals*, vol. 3, pág. 570; *Mexico Plantagen G.m.b.H., Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*; 1931 a 1932, caso No. 135; *F. W. Flack (G.B.) v. United Mexican States 5 U.N.R.I.A.A.*, pág. 61 (1929); *Madera Company Claim*, *ibid.*, pág. 156 (1929); *Interoceanic Railway of Mexico*, *ibid.*, pág. 178 (1931).

⁹³ Ignaz Seidl-Hohenveldern, *Corporations in and Under International Law* (1987), págs. 27 a 29; A. McNair y A. Watts, *Legal Effects of War*, cuarta edición (1960); *Daimler Co. v. Continental Tyre and Rubber Co.* [1916] 2 A.C. 307. Las Naciones Unidas también han empleado un criterio similar respecto de su resolución 883 (1993), de 11 de noviembre de 1993, en virtud de la cual se imponían sanciones económicas contra Libia. Véase también el análisis de dicha resolución por el Relator Especial V. Mikulka en el cuarto informe sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados, *Anuario ... 1998*, vol. II (Parte I), documento A/CN.4/489, párrs. 15 a 17.

⁹⁴ *International Law*, segunda edición (1970), pág. 1042.

⁹⁵ *1970 I.C.J. Reports*, pág. 39, párr. 60.

⁹⁶ *Ibid.*, pág. 42, párrs. 70 a 71.

Además, con este criterio, que limita la intervención diplomática a un solo Estado, se evita el problema de las múltiples reclamaciones que se podrían presentar si al Estado de la nacionalidad de cada accionista le fuera permitido ejercer la protección diplomática. El criterio de control económico también viene apoyado por consideraciones de derechos humanos, puesto que no se debería privar al inversionista extranjero de su derecho de protección.

34. Definir el control no es tarea fácil, como han señalado los jurisperitos⁹⁷. Aquí compiten dos criterios: la participación mayoritaria, es decir, la propiedad de más del 50% de las acciones, y el predominio de acciones. Si se acepta el primer criterio, la norma puede crear una sociedad apátrida respecto de la cual ningún Estado podría presentar una reclamación. Por lo tanto, es preferible el criterio del predominio, en virtud del cual el Estado cuyos nacionales poseen el mayor número de acciones en la sociedad tendría el derecho de ejercer la protección diplomática. Una alternativa sería formular un criterio según el cual se evaluaría el control teniendo en cuenta tanto los accionistas mayoritarios como el predominio de acciones. Francisco Orrego Vicuña, en su informe provisional al Comité de la Asociación del Derecho Internacional sobre la Protección Diplomática de las Personas y los Bienes, titulado *The Changing Law of Nationality of Claims*, ha sugerido la posibilidad de redacta una norma a favor de la protección diplomática por parte del Estado de control en los siguientes términos:

“El control de una sociedad extranjera por accionistas de una nacionalidad diferente, expresado como propiedad de su capital social en una proporción del 50% u otra proporción necesaria para controlar la sociedad, puede dar al Estado de la nacionalidad de dichos accionistas el derecho de ejercer la protección diplomática en su nombre o de considerar que la sociedad tiene la nacionalidad de dicho Estado.”⁹⁸

La práctica de los Estados no es uniforme. Algunos tratados definen el control en términos de participación mayoritaria⁹⁹. Otros se refieren simplemente al control y

⁹⁷ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, quinta edición (1998), pág. 487; O’Connell, *supra*, nota 90, pág. 1042; L. Levy, *supra* nota 90, págs. 200 a 224.

⁹⁸ Asociación de Derecho Internacional, *Report of the 69th Conference*, Londres (2000), pág. 647.

⁹⁹ Véase la Declaración de Argel de 1981 por la que se resuelven las reclamaciones entre los Estados Unidos de América y el Irán ((1981), 20 *International Legal Materials* 230, que incluye como nacionales a las sociedades constituidas bajo las leyes de cualquiera de los dos países si los nacionales de ese país participan directa o indirectamente en la propiedad de la sociedad en una proporción “equivalente al 50% o más de su capital social” (artículo VII (I)). En relación con la aplicación de esta disposición, véase: *Sola Tiles Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, 83 I. L.R. 460, 465 a 467; *Morrisen-Knudsen Pacific Ltd. v. Ministry of Roads and Transportation (1985)* 79 A.J.I.L. 146; *Sedco Inc. v. National Iranian Oil and Islamic Republic of Iran* 84 I.L.R. 484; *Starrett Housing Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran (1984)* 23 I.L.M. 1090, 1106. Véase también el Acuerdo de 1973 entre los Estados Unidos de América y el Perú sobre la resolución de ciertas reclamaciones; artículo 1: (1974) 68 A.J.I.L. 538; Convenio por el cual se establece la Comisión de Reclamaciones entre el Reino Unido y México, *United Kingdom Treaty Series* No. 11, 1928, artículo 3.

dejan que sea el tribunal competente el que determine ese requisito en todas las circunstancias, inclusive la tenencia de acciones¹⁰⁰.

35. El control económico como criterio para determinar la nacionalidad de una sociedad a los efectos de la protección diplomática es susceptible de diversas críticas, además de la crítica de imprecisión en relación con el concepto del control. Presenta, inevitablemente, problemas de prueba, tanto en cuestiones de hecho como en cuestiones de derecho. El propio caso *Barcelona Traction* demuestra lo difícil que es determinar con certeza la tenencia de acciones en una sociedad¹⁰¹. Además, existen problemas de carga de la prueba¹⁰² y presunciones de prueba que pueden complicar todavía más la cuestión de si el control¹⁰³, bien en forma de participación mayoritaria o de predominio en la tenencia de acciones, es un criterio aceptable para la protección diplomática de las sociedades.

36. Para la Comisión la adopción de una norma a favor del control económico presenta graves dificultades. Aunque tal vez sea cierto que antes del caso *Barcelona Traction* dicha norma tenía más apoyo que el criterio de constitución¹⁰⁴, es dudoso que representara entonces una norma del derecho internacional consuetudinario. *A fortiori* su situación es más débil hoy como norma consuetudinaria, después de 30 años del fallo en el caso *Barcelona Traction*. Mientras tanto, la celebración de tratados de inversión bilaterales puede haber prestado apoyo a la noción de la protección de los accionistas, pero ni siquiera en dichos tratados existe uniformidad al respecto. Además, en los años transcurridos desde el caso *Barcelona Traction*, se ha considerado que esos tratados pertenecen al ámbito de la *lex specialis* y por lo tanto no han alterado la autoridad dimanante del caso *Barcelona Traction*. Incluso si esos tratados han de considerarse como prueba de la práctica de los Estados, es dudoso que una norma a favor del control económico tenga el apoyo de la mayoría de los Estados en el mundo de hoy. Si bien algunos Estados desarrollados tal vez apoyen una norma a favor de las reclamaciones de los accionistas bajo la bandera del control económico, no existen pruebas de que dicha norma tenga el apoyo de las naciones en desarrollo. antes bien, se ha afirmado que dicha norma provocaría un

¹⁰⁰ En el artículo VII (2) de la Declaración de Argel, *supra* nota 99, se definen las reclamaciones de los nacionales de los Estados Unidos como “reclamaciones que poseen indirectamente dichos nacionales mediante la propiedad de capital social u otro tipo de participación en la propiedad de personas jurídicas, a condición de que los intereses de propiedad de dichos nacionales, considerados colectivamente, fueran suficientes en el momento de surgir las reclamaciones para controlar la sociedad u otra entidad y a condición también de que la propia sociedad o entidad no tenga derecho a presentar una reclamación bajo los términos del presente Acuerdo”. Acerca de la interpretación de esta disposición, véase: *R. N. Pomeroy v. Government of the Islamic Republic of Iran*, 2 *Iran-US Cl. Trib. Rep.* págs. 391, 395 a 396; *Alcan Aluminium Ltd. v. Ircable Corporation*, 72 *I.L.R.* 725 (los reclamantes fracasaron al no poder demostrar que poseían más del 50% de las acciones de Alcan). Véase también C.N. Brower y J.D. Brueschke, *The Iran-US Claims Tribunal* (1998), págs. 45 a 51; G.H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (1996), págs. 47 a 54.

¹⁰¹ 1970 *I.C.J. Reports*, págs. 219 a 220 (Magistrado Jessup). Véanse también los siguientes casos ante el Tribunal de Reclamaciones entre el Irán y los Estados Unidos: *Alcan Aluminium Ltd. v. Ircable Corporation*, 72 *I.L.R.* 725, 129; *Sedco Inc. v. National Iranian Oil Co. and the Islamic Republic of Iran* 84 *I.L.R.* 484; L.C. Caflisch, “*The Protection of Corporate Investments Abroad in the Light of the Barcelona Traction Case*”, (1971) 31 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 162, 180.

¹⁰² *Ibid.*, pág. 202 (Magistrado Jessup).

¹⁰³ *Ibid.*, pág. 207 (Magistrado Jessup).

¹⁰⁴ Brownlie, *supra*, nota 97, pág. 487.

aumento de las reclamaciones presentadas por las naciones desarrolladas en nombre de sus nacionales que poseen acciones en sociedades que realizan actividades en los Estados en desarrollo¹⁰⁵. Es probable que esto no sea más que una conjetura, pero indica que una norma de este tipo no goza de la aceptación de los Estados en desarrollo.

37. Si la Comisión decide formular una norma a favor del control económico, lo hará mediante el desarrollo progresivo, en lugar de la codificación. A la luz de las dificultades que plantea dicha norma, es la Comisión quien debe decidir si ese método está justificado o no.

Opción 5: El Estado de constitución y el Estado de control económico

38. En caso de lesión a una persona con doble nacionalidad, el derecho internacional reconoce la posibilidad de que ejerza la protección diplomática uno de los dos Estados de la nacionalidad o ambos¹⁰⁶. Asimismo, el derecho internacional reconoce que un funcionario de una organización internacional puede recibir protección del Estado de su nacionalidad, de la organización, o de ambos¹⁰⁷. ¿Por qué entonces, cabe preguntar, no se habría de reconocer la doble protección en el caso de una sociedad y el Estado de control económico de modo que pudieran ejercer la protección diplomática el Estado de constitución de la sociedad o el Estado de control económico? ¿No basta simplemente con afirmar, como hizo la Corte Internacional en el caso *Barcelona Traction*¹⁰⁸ que no existe ninguna analogía entre los casos de doble protección antes mencionados y el caso de una sociedad y sus accionistas mayoritarios?

39. La posibilidad de este tipo de doble protección recibió apoyo en una opinión separada de los Magistrados Tanaka¹⁰⁹ y Jessup¹¹⁰ en el caso *Barcelona Traction*. Según el Magistrado Tanaka:

“Es cierto que no existe ninguna norma del derecho internacional que permita dos tipos de protección diplomática a una sociedad y a sus accionistas respectivamente, pero tampoco existe ninguna norma del derecho internacional que prohíba la doble protección. Aquí parece existir una laguna que se debe llenar mediante una interpretación que emane del espíritu de la propia institución de la protección diplomática.”¹¹¹

En dicho caso de doble protección no existe el peligro de que el Estado demandado se vea obligado a pagar dos indemnizaciones, puesto que “si la reclamación de un

¹⁰⁵ Véase *Abi-Saab, supra*, nota 81.

¹⁰⁶ Véase el artículo 5 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática aprobado por la Comisión en 2002. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/57/10)*, párr. 281, págs. 181 a 183.

¹⁰⁷ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, 1949 I.C.J. Reports* 174, 186. Después de esta decisión, en la que se admitía la posibilidad de que se presentaran dos reclamaciones en nombre de un funcionario perjudicado, la Asamblea General autorizó al Secretario General de las Naciones Unidas a negociar acuerdos para conciliar la acción de las Naciones Unidas con los derechos del Estado del que fuera nacional la persona perjudicada. Véase el párrafo 2 de la resolución 365 (IV) de la Asamblea General. Véase también la opinión separada del Magistrado Jessup, *1970 I.C.J. Reports*, pág. 199.

¹⁰⁸ *Ibid.*, párrs. 53 y 98.

¹⁰⁹ *Ibid.*, págs. 130 a 133.

¹¹⁰ *Ibid.*, págs. 199 a 202.

¹¹¹ *Ibid.*, pág. 131. Véase también la opinión separada del magistrado Wellington Koo en *Barcelona Traction (Preliminary Objections), 1964 I.C.J. Reports*, págs. 59 a 61.

Estado es satisfecha, la reclamación del otro Estado se extinguirá en la misma medida al perder su objeto.”¹¹²

40. La Comisión debería prestar detenida atención a la posibilidad de la doble protección. No obstante, si determina que las críticas al criterio de control económico de los párrafos 32 y 33 son convincentes, no tendría sentido aprobar dicho criterio, en el contexto de la doble protección.

Opción 6: El Estado de constitución, o en su defecto, el Estado de control económico

41. En relación con la opción 5 cabe la posibilidad de que el Estado de control económico adquiera un derecho subsidiario de protección diplomática únicamente si el Estado de constitución renuncia a su derecho a la protección diplomática o si transcurre un largo período de tiempo sin que dicho Estado ejerza ese derecho, como ocurrió con el Canadá en el caso *Barcelona Traction*. El Magistrado Fitzmaurice contempló dicha posibilidad en su opinión separada en el caso *Barcelona Traction*, al afirmar que cuando el Estado de constitución no ejerce la protección diplomática “por razones propias que nada tienen que ver con los intereses de la sociedad ... aunque jurídicamente existan motivos válidos, o en apariencia válidos, para ejercer dicho derecho, y los intereses de la sociedad lo requieran”, el Estado de la nacionalidad de los accionistas debería poder actuar, de la misma manera que “en el plano nacional, ante una situación similar de omisión o negativa por parte de la dirección de la sociedad, normalmente los accionistas podrían actuar,” contra la dirección o contra un tercero¹¹³.

42. En los procedimientos de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas se apoya textualmente la noción de un derecho subsidiario de protección, a saber:

“Cada gobierno podrá presentar reclamaciones en nombre de corporaciones u otras entidades que, en la fecha en que se motivó la reclamación, estaban constituidas u organizadas con arreglo a su legislación. Las reclamaciones podrán presentarse en nombre de la corporación u otra entidad por un solo gobierno. Una corporación u otra entidad deberá solicitar al Estado donde se ha constituido u organizado que presente su reclamación a la Comisión. En el caso de una corporación u otra entidad en que el Estado donde se ha constituido u organizado no ha presentado dentro del plazo establecido en el párrafo 29 las informaciones que se ajustan a los criterios aplicables, la corporación u otra persona jurídica privada puede presentar una reclamación a la Comisión dentro de los tres meses posteriores.”¹¹⁴

43. A esta opción se puede oponer la misma objeción que a la opción 5. Si el criterio de control económico es insatisfactorio, no se debería contemplar como criterio de nacionalidad ni secundario ni primario. Sin embargo, existe una objeción de mayor peso. Como señaló la Corte Internacional en el caso *Barcelona Traction*, sólo empieza a existir un derecho subsidiario cuando deja de existir el derecho original, pero es difícil en la práctica determinar cuándo se extingue ese derecho, puesto que un Estado puede simplemente no hacer uso de su poder discrecional de proteger a

¹¹² Magistrado Tanaka, 1970 *I.C.J. Reports*, págs. 130 y 131. Véase también Magistrado Jessup, *ibid.*, pág. 200.

¹¹³ *Ibid.*, pág. 76. Véase también la opinión separada del Magistrado Wellington Koo en el caso *Barcelona Traction (Preliminary Objections)*, 1964 *I.C.J. Reports*, pág. 59.

¹¹⁴ Decisión 7 del Consejo de Administración, párr. 26, S/AC.26/1991/7/Rev.1 (17/3/1992).

una sociedad sin tener ninguna intención de abandonar su reclamación, posición que pareció adoptar el Canadá en el caso *Barcelona Traction*¹¹⁵. Esa objeción se podría superar fijando un plazo preestablecido para el ejercicio del derecho primario, pero ni aun así se podría superar otro obstáculo planteado por la Corte Internacional, a saber, la dificultad que surgiría si el Estado de constitución satisficiera una reclamación de manera insatisfactoria para los accionistas de la sociedad. ¿Podría entonces el Estado de control económico presentar una reclamación secundaria para atender a las exigencias de los accionistas?

Opción 7: Los Estados de la nacionalidad de todos los accionistas

44. La posibilidad de que los Estados de nacionalidad de todos los accionistas de una sociedad ejerzan la protección diplomática fue desestimada por la Corte en el caso *Barcelona Traction* en los siguientes términos:

“La Corte considera que la adopción de la teoría de la protección diplomática de los accionistas, al permitir la posibilidad de una pugna con otras reclamaciones diplomáticas, podría crear un clima de confusión e inseguridad en las relaciones económicas. El peligro es aún mayor en la medida en que las acciones de las sociedades cuya actividad es de ámbito internacional se encuentran muy repartidas y cambian de manos frecuentemente.”¹¹⁶

45. El Magistrado Tanaka insistió en que era defendible otra posición, a favor de la protección múltiple¹¹⁷, argumentando que en principio todo accionista debería tener derecho a la protección diplomática. No creía que ello terminara en caos, en primer lugar a causa del carácter discrecional de la protección diplomática y, en segundo lugar, porque era probable que en la práctica los Estados afectados entablaran una acción conjunta. El Magistrado Fitzmaurice adoptó una postura similar al argumentar que el único problema de las reclamaciones múltiples era la “cuantía de la indemnización que podían recibir por los diversos gobiernos”. Y prosigue:

“Una vez admitido el principio de las reclamaciones en nombre de los accionistas en tales circunstancias, no sería difícil hallar los medios de evitar la multiplicidad de actuaciones, que es lo que realmente importa.”¹¹⁸

46. Los Magistrados Tanaka y Fitzmaurice tienen razón al opinar que se podrían evitar múltiples actuaciones mediante negociaciones entre los accionistas coincidentes seguidas de una acción conjunta. Sin embargo, persiste la posibilidad de confusión y caos. En 1949, Mervyn Jones advirtió de tales peligros cuando escribió que si se permitiera ejercer la protección diplomática al Estado de la nacionalidad de cada accionista:

“los resultados serían tan caóticos en el plano internacional como lo serían con arreglo a la legislación nacional si a cualquier grupo de accionistas le fuera permitido litigar en cualquier caso en que la sociedad hubiera sufrido daños ...

¹¹⁵ 1970 *I.C.J Reports*, párrs. 96 y 97.

¹¹⁶ 1970 *I.C.J Reports*, pág. 49, párr. 96. Véase también la opinión separada del Magistrado Padilla Nervo, pág. 264.

¹¹⁷ *Ibid.*, págs. 128 a 131.

¹¹⁸ *Ibid.*, pág. 77, nota de pie de página 21. Apoya esta opinión Rosalyn Higgins, “Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd.” (1971) 11 *Virginia Journal of International Law* 327, 359. Véase también “Panel: Nationality of Claims – Individuals, Corporations, Stockholders”, (1969) 63 *American Society of International Law, Proceedings*, 30.

Con no poca frecuencia los propios accionistas son sociedades y el proceso de determinar la identidad de los distintos accionistas podría prolongarse *ad infinitum*; dicho proceso es en cualquier caso difícil en la práctica.”¹¹⁹

El propio caso *Barcelona Traction* ofrece abundantes pruebas de la dificultad de determinar la identidad de los accionistas en el caso de una corporación multinacional¹²⁰.

B. Proyecto de artículos sobre la protección diplomática de las sociedades y los accionistas

47. Tal vez el caso *Barcelona Traction* presente varios defectos. Sin embargo, goza de amplia aceptación por parte de los Estados¹²¹. Habida cuenta de esta aceptación y de los reparos opuestos a otros criterios para determinar la nacionalidad de las sociedades¹²², la vía más prudente parece ser formular artículos que hagan efectivos los principios enunciados en el caso *Barcelona Traction*. Los siguientes artículos corroboran no sólo la norma primaria dimanante del caso *Barcelona Traction*, es decir, que el Estado de constitución de una sociedad tiene el derecho de ejercer la protección diplomática en nombre de dicha sociedad, sino también las excepciones a esa norma, reconocidas en mayor o menor medida por la Corte.

Tercera parte Personas jurídicas

Artículo 17

1. **Un Estado tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a un perjuicio causado a una sociedad que tenga la nacionalidad de ese Estado.**
2. **A los efectos de la protección diplomática, el Estado de la nacionalidad de una sociedad es el Estado en que la sociedad está constituida [y en cuyo territorio tiene su sede social].**

Artículo 18

El Estado de la nacionalidad de los accionistas de una sociedad no tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a dichos accionistas en caso de perjuicio causado a la sociedad, a menos que:

- a) **La sociedad haya dejado de existir en el lugar de su constitución; o**
- b) **La sociedad tenga la nacionalidad del Estado responsable de causar perjuicio a la sociedad.**

¹¹⁹ “Claims on behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies” (1949) 26 *British Year Book of International Law*, 225, págs. 234 a 235.

¹²⁰ Véase la observación del Magistrado Jessup, 1970 *I.C.J. Reports*, págs. 219 a 220.

¹²¹ Véase el párrafo 26 *supra*.

¹²² Véanse los párrafos 29 a 36 *supra*.

Artículo 19

Lo dispuesto en los artículos 17 y 18 se entenderá sin perjuicio del derecho del Estado de la nacionalidad de los accionistas de una sociedad a proteger a esos accionistas cuando hayan resultado directamente perjudicados por el acto internacionalmente ilícito de otro Estado.

Artículo 20

Un Estado tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que estaba constituida de conformidad con su legislación tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación [; a condición de que, si la sociedad dejara de existir como resultado del perjuicio, el Estado de constitución de la sociedad desaparecida pueda de todos modos presentar una reclamación con respecto a la sociedad].

1. Artículo 17

Artículo 17, párrafo 1

Un Estado tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a un perjuicio causado a una sociedad que tenga la nacionalidad de ese Estado.

48. En el párrafo 1 del artículo 17 se reafirma el principio expuesto en el caso *Barcelona Traction*¹²³. Refleja lo estipulado en el párrafo 1 del artículo 3 del proyecto de artículos aprobado por la Comisión en primera lectura, que dice que “el Estado con derecho a ejercer la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad”.

49. En el artículo 2 del proyecto de artículos se afirma el “derecho del Estado” a ejercer la protección diplomática. No tiene obligación de hacerlo —principio que se aplica con igual rigor a las personas físicas y a las personas jurídicas. La Corte Internacional puso de relieve ese principio en el asunto *Barcelona Traction* al declarar que:

“... dentro de los límites prescritos por el derecho internacional, un Estado puede ejercer la protección diplomática por los medios y en la medida que estime convenientes, pues lo que el Estado hace valer es su propio derecho. Si las personas físicas o jurídicas por cuya cuenta actúa consideran que sus derechos no están suficientemente protegidos, carecen de recurso en el derecho internacional. Para defender su causa y obtener justicia, lo único que pueden hacer es recurrir al derecho interno, si éste les ofrece los medios para hacerlo. El legislador nacional puede imponer al Estado la obligación de proteger a sus ciudadanos en el extranjero, y puede además conferir a los ciudadanos el derecho a exigir el cumplimiento de esa obligación, y amparar ese derecho con las correspondientes sanciones. Sin embargo, todas esas cuestiones siguen siendo de la competencia del derecho interno y no afectan a la situación desde el punto de vista internacional.

Es preciso considerar que el Estado es el único que puede decidir si otorgará su protección, en qué medida la otorgará, y cuándo le pondrá fin. Posee a este respecto una facultad discrecional cuyo ejercicio puede quedar determinada

¹²³ 1970 *I.C.J. Reports*, pág. 42 (párr. 70) y 46 (párr. 88).

por consideraciones políticas o de otra índole que no guardan relación con el asunto de que se trata. Como la reclamación del Estado no es idéntica a la de la persona o la sociedad cuya causa defiende, el Estado goza de total libertad de acción.”¹²⁴

50. Cumple al Estado en que de una sociedad fue constituida decidir si ejercerá la protección diplomática en favor de ésta. Cuando no existe un vínculo efectivo entre un Estado y una sociedad que tiene la nacionalidad de éste, como ocurre por ejemplo si la sociedad ha sido constituida en ese Estado para obtener beneficios fiscales, es poco probable que el Estado nacional ejerza la protección diplomática en su favor. A este respecto, la relación entre un Estado y una sociedad es similar a la que existe entre un Estado y un buque que enarbola su pabellón por motivos de conveniencia. Es más probable que un Estado ejerza la protección diplomática cuando existe un vínculo real entre ese Estado y la sociedad, como ocurre si la mayoría de los accionistas de la sociedad son nacionales de ese Estado. En efecto, un Estado puede declarar de antemano que sólo ejercerá la protección diplomática en ese tipo de circunstancias¹²⁵. Un requisito adicional de este tipo sirve de guía a un Estado en el ejercicio de su facultad discrecional y no concierne al derecho internacional. El derecho internacional, según se desprende del asunto *Barcelona Traction*, da derecho a un Estado a ejercer la protección diplomática en favor de una sociedad constituida de conformidad con su legislación, pero no le exige hacerlo.

51. La facultad discrecional de ejercer la protección diplomática, que escapa totalmente al control de las normas del derecho internacional, ofrece muy poca seguridad a los accionistas que invierten en la sociedad con la esperanza de que su inversión contará con la protección del Estado de la nacionalidad cuando la sociedad realiza actividades en el extranjero. Por ese motivo, los inversores preferirán la seguridad que ofrecen los tratados bilaterales de inversión y alentarán al Estado de la nacionalidad de la sociedad a concertar ese tipo de acuerdos con los países que por una parte ofrecen alta rentabilidad, y por la otra presentan altos riesgos. Ello supone una aceptación de la evaluación pesimista que Julianne Kokott hace de la situación: “en el contexto de la inversión extranjera, la normativa tradicional de la protección diplomática ha sido reemplazada en gran medida por numerosos procedimientos de solución de controversias establecidos mediante tratados”¹²⁶. Esta opinión encuentra cierto apoyo en el fallo de la Corte Internacional que dice lo siguiente:

“Es por eso que, en el estado actual del derecho, la protección de los accionistas exige que se recurra a lo estipulado en tratados o en acuerdos especiales concluidos directamente entre el inversor privado y el Estado en que se realiza la inversión. Los Estados proporcionan cada vez con más frecuencia ese

¹²⁴ *Ibid.*, pág. 44, párrs. 78 y 79.

¹²⁵ El Gobierno británico ha emitido normas relativas a las reclamaciones internacionales que indican que el Gobierno de Su Majestad puede hacerse cargo de la reclamación de una sociedad constituida en el Reino Unido (Regla IV). Sin embargo, en el comentario de esta regla se estipula que: “Al decidir si ejercer su derecho de protección, el Gobierno de Su Majestad puede tener en cuenta si la sociedad tiene de hecho un vínculo real y sustancial con el Reino Unido” (1988) 37 *I.C.L.Q.* 1006, 1007. En su intervención en los debates sobre el tema de la protección diplomática llevados a cabo en 2002 en la Sexta Comisión, los Estados Unidos declararon asimismo que “los Estados Unidos tienen efectivamente en cuenta la nacionalidad de los accionistas al decidir si ejercer su facultad discrecional de otorgar protección diplomática a una sociedad”, A/C.6/57/SR.23, párr. 52.

¹²⁶ *Supra*, nota 48.

tipo de protección en sus relaciones bilaterales y multilaterales, ya sea mediante instrumentos especiales o en el marco de acuerdos económicos de alcance más general. En efecto, desde la segunda guerra mundial ha habido toda una evolución en lo que respecta a la protección de las inversiones extranjeras, que se ha traducido en la celebración de tratados bilaterales o multilaterales entre Estados, o de acuerdos entre los Estados y las sociedades. Esos instrumentos contienen disposiciones sobre la competencia y el procedimiento en caso de controversias relativas al tratamiento de las sociedades inversoras por parte de los Estados en los que éstas invierten capital. A veces las propias sociedades están directamente facultadas para defender sus intereses frente a los Estados mediante los procedimientos estipulados.”¹²⁷.

Artículo 17, párrafo 2

A los efectos de la protección diplomática, el Estado de la nacionalidad de una sociedad es el Estado en que la sociedad está constituida [y en cuyo territorio tiene su sede social].

52. Esta disposición se hace eco de lo expresado en el fallo de la Corte Internacional en la causa *Barcelona Traction* de que:

“La norma tradicional atribuye el derecho a ejercer la protección diplomática de una persona jurídica al Estado en virtud de cuyas leyes ha sido constituida y en cuyo territorio tiene su sede social.”¹²⁸

53. El pronunciamiento citado en el párrafo que antecede establece dos condiciones para que una sociedad adquiriera una nacionalidad a los efectos de la protección diplomática: su constitución y la presencia de la sede social de la sociedad en el Estado de constitución. En la práctica, las leyes de la mayoría de los Estados exige que una sociedad constituida de conformidad con su legislación mantenga una sede social en su territorio¹²⁹. Por lo tanto, el requisito adicional sobre la sede social parece superfluo. No obstante, la Corte Internacional dejó en claro que debían cumplirse ambas condiciones cuando dijo que: “Esos dos criterios han sido confirmados por una larga práctica y por numerosos instrumentos internacionales”¹³⁰. Posiblemente la Corte Internacional, al establecer el requisito relativo a la sede social, trató de reconocer la necesidad de que hubiera una conexión tangible, por pequeña que fuera, entre el Estado y la sociedad. Esto queda confirmado por la importancia que asignó al hecho de que la oficina registrada de la sociedad *Barcelona Traction* estaba en el Canadá y que ese hecho creara, junto con otros factores, un “lazo estrecho y permanente” entre el Canadá y la sociedad *Barcelona Traction*¹³¹. En la práctica podría parecer que la insistencia de la Corte en el requisito sobre la sede social no viene al caso. La presencia de una sede social en el Estado de constitución es consecuencia de la constitución y no una prueba independiente de que existe una relación con ese

¹²⁷ 1970 *I.C.J. Reports*, pág. 47, párr. 90.

¹²⁸ *Ibid.*, pág. 42, párr. 70.

¹²⁹ El Relator Especial no puede decir que llevó a cabo un estudio comparativo detallado sobre este tema. Un breve examen del tema muestra, sin embargo, que esta es la posición en Sudáfrica (P. Meskin (ed.), *Henochsberg on the Companies Act*, 4ª ed. (1985), pág. 254), España (*Spanish Corporation Law and Limited Liability Company Law*, traducción de Santiago C. Minguela (1996), Irlanda (M. Forde *Company Law*, 3ª ed. (1999) pág. 59) y el Reino Unido (*Halsbury's Laws of England*, (4ª ed.) pág. 125).

¹³⁰ 1970 *I.C.J. Reports*, pág. 42, párr. 70.

¹³¹ *Ibid.*, pág. 42, párr. 71.

Estado. En efecto, en los casos en que una sociedad se registra en un Estado únicamente para obtener ventajas fiscales, lo que ocurre con no poca frecuencia, la sede social será muy poco más que una dirección postal. Nada se pierde con mantener este requisito *ex abundanti cautela* y en seguir fielmente los términos empleados en el asunto *Barcelona Traction*. Por otra parte, la Comisión tal vez prefiera omitir la referencia a la necesidad de una sede social además del requisito relativo a la constitución.

54. En el asunto *Barcelona Traction* la Corte Internacional dejó en claro que no existen normas de derecho internacional relativas a la constitución de sociedades¹³². En consecuencia, era necesario poder recurrir al derecho interno para cerciorarse de que se habían cumplido las condiciones necesarias para la constitución. La Corte declaró lo siguiente:

“Lo que esto significa es que el derecho internacional ha debido reconocer a la sociedad anónima como institución creada por los Estados en un terreno que pertenece esencialmente a su jurisdicción interna. Ello a su vez exige que el derecho internacional se remita a las normas pertinentes del derecho interno, cada vez que se plantean problemas jurídicos relativos a los derechos de los Estados que conciernen al tratamiento de las sociedades y los accionistas, y respecto de los cuales el derecho internacional no ha establecido sus propias normas.¹³³”

55. En el asunto *Barcelona Traction* el juez Morelli señaló que la legislación del Estado demandado debía ser la que decidiera el asunto¹³⁴. Esta opinión no puede aceptarse por las siguientes razones dadas por Christopher Stalker:

“... es fundamentalmente difícil afirmar que un Estado tiene completa libertad para decidir, cuando se traen bienes a su territorio, a quién corresponde la propiedad de esos bienes, con independencia del derecho interno de cualquier otro Estado. Lógicamente, si ello es así, no sólo sería posible (para utilizar como ejemplo el asunto *Barcelona Traction*) que España se negara a reconocer a una sociedad constituida válidamente con arreglo a las leyes del Canadá por nacionales de Bélgica (y reconocer como propietarios efectivos a los accionistas belgas), sino que podría, por ejemplo, ‘reconocer’ que los bienes traídos a su territorio por un grupo de nacionales belgas son de propiedad de una sociedad canadiense, aun cuando con arreglo a la ley canadiense, tal sociedad no exista. Si ello fuera así, cualquier Estado podría evitar posibles reclamaciones diplomáticas con respecto a activos traídos a su territorio por extranjeros, ‘reconociéndolos’ como propiedad de sociedades de terceros Estados que no tienen interés en protegerlos. Al ‘reconocer’ a una sociedad canadiense que no existe,

¹³² Véase la sugerencia de Christopher Stalker de que las normas de derecho internacional podrían reconocer como persona jurídica, a los efectos de la protección diplomática, a “una entidad que no tiene personalidad jurídica de conformidad con el derecho interno de ningún Estado sobre la base de un principio general de derecho de que si una colectividad existe en la realidad como entidad separada de los miembros que la constituyen, debería reconocerse que tiene una existencia separada ante la ley”: “Diplomatic Protection of Private Business Companies: Determining Corporate Personality for International Law Purposes”, (1990) 61 *British Year Book of International Law* 155, 169.

¹³³ 1970 *I.C.J. Reports*, pág. 33, párr. 38; véase también pág. 37, párr. 50.

¹³⁴ *Ibid.*, págs. 235 y 236. Véase también L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public* (1969), pág. 19.

la propia España estaría en efecto creando la sociedad y confiriéndole la nacionalidad canadiense. Esto se contrapone a la norma establecida de que un Estado no puede conferir la nacionalidad de otro.”¹³⁵

Por consiguiente, parece haber pocas dudas de que un tribunal debe remitirse a la legislación del Estado de constitución para cerciorarse de que la sociedad ha sido debidamente constituida.

56. Se prefiere la palabra “constituida” a la palabra “registrada”. En la práctica los dos términos son prácticamente sinónimos. Para adquirir una existencia social separada, una sociedad debe presentar sus documentos constitutivos a las autoridades nacionales pertinentes con el fin de registrarlos. Una vez así registrada, la sociedad queda constituida y puede obtener un certificado de constitución. Haciendo una analogía con una persona física, el proceso de registro es la gestación de una sociedad; su constitución, tras la finalización de ese proceso, es su nacimiento; y la emisión de un certificado de constitución es su certificado de nacimiento¹³⁶. Por este motivo se prefiere la expresión constitución.

2. Artículo 18

El Estado de la nacionalidad de los accionistas en una sociedad no tendrá derecho a ejercer la protección diplomática en favor de esos accionistas en caso de perjuicio causado a la sociedad, a menos que:

- a) **La sociedad haya dejado de existir en el lugar de su constitución; o**
- b) **la sociedad tenga la nacionalidad del Estado responsable de causar perjuicio a la sociedad.**

57. La Corte Internacional, en el asunto *Barcelona Traction*, reconoce que hay circunstancias especiales que “en el orden internacional” pueden “justificar que se levante el velo [social] en interés de los accionistas”¹³⁷. Sin embargo, limita esa intervención a dos casos: a) el caso en que la sociedad haya dejado de existir, y b) el caso en que el Estado de la nacionalidad de la sociedad carezca de capacidad para actuar por cuenta de ésta¹³⁸.

¹³⁵ Nota 132 *supra*, págs. 166 y 167.

¹³⁶ El artículo 64 de la South African Companies Act. No. 61 de 1973 describe claramente este proceso: “1) En el momento del registro de la escritura pública de asociación y de los estatutos sociales de una sociedad, el Secretario estampará sobre los mismos un certificado, sellado y firmado de su puño y letra, de que la sociedad ha sido constituida. 2) Un certificado de constitución otorgado por el Secretario con respecto a cualquier sociedad será, por el mero hecho de su presentación y a falta de prueba de fraude, prueba concluyente de que todos los requisitos que exige la presente Ley con respecto al registro y a los asuntos precedentes y adicionales, se han cumplido, y que la sociedad ha sido debidamente constituida con arreglo a la presente Ley”. Véase también *Gower’s Principles of Modern Company Law*, ed. Paul L. Davis, 6ª ed., (1997), pág. 111: “Si el Secretario considera que los requisitos para el registro se han cumplido y que el propósito para el cual los interesados se han asociado es ‘legítimo’, emitirá un certificado de constitución firmado por él o autenticado con su sello oficial. Ello certifica que la sociedad ha sido constituida y, si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, que su responsabilidad es limitada; se trata, en efecto, del certificado del nacimiento de la sociedad como persona jurídica en la fecha indicada en el certificado”.

¹³⁷ 1970 *I.C.J. Reports*, pág. 39, párr. 58.

¹³⁸ *Ibid.*, pág. 40, párr. 64.

Artículo 18, apartado a)

El Estado de la nacionalidad de los accionistas podrá intervenir cuando “la sociedad haya dejado de existir en el lugar de su constitución”.

58. Esta disposición plantea dos cuestiones que requieren un cuidadoso examen: en primer lugar, el significado de la expresión “dejado de existir” y si es el criterio apropiado que habrá de emplearse; y en segundo lugar, si la desaparición de la sociedad ha de ser juzgada con arreglo a la ley del Estado de constitución o a la ley del Estado en que la sociedad ha sufrido el perjuicio.

59. Antes del asunto *Barcelona Traction* se aceptaba que el Estado de la nacionalidad de los accionistas pudiera intervenir si la sociedad ya no estaba en condiciones de actuar por cuenta de ellos. Aunque algunos apoyaban la opinión de que el criterio que habría de adoptarse era que la sociedad hubiera dejado de existir¹³⁹, la mayoría parecía estar a favor de un criterio menos estricto, que permitiera la intervención en favor de los accionistas cuando la sociedad estuviera “prácticamente extinta”. Este último criterio, formulado por primera vez en 1899 en el asunto *Delagoa Bay Railway Co.*¹⁴⁰, fue adoptado en la práctica de los Estados¹⁴¹ y gozaba del apoyo de los tratadistas¹⁴².

60. En el asunto *Barcelona Traction*, la Corte fijó una norma más estricta para determinar la desaparición de una sociedad. Las expresiones “parálisis” o “situación financiera precaria” de una sociedad se desecharon por considerarlas inadecuadas¹⁴³. El criterio de que la sociedad estuviera “prácticamente extinta” se rechazó

¹³⁹ Véase la respuesta del Reino Unido a los Estados Unidos en la controversia sobre la *Romano-American Company*: “... No es sino hasta que una sociedad ha dejado de tener una existencia activa o ha entrado en liquidación que los intereses de sus accionistas dejan de ser meramente el derecho a participar en las utilidades de la sociedad y se convierte en un derecho a participar en sus activos excedentarios efectivos” (Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V (1943), pág. 843). El Gobierno de México adoptó una posición similar en la controversia sobre la sociedad *Mexican Eagle*: véase Jones, nota 119 *supra*, pág. 241. Eduardo Jiménez de Aréchaga, escribió en 1968, en vísperas del asunto *Barcelona Traction*, que la pérdida de la personalidad jurídica era requisito previo para la intervención de los accionistas: “International Responsibility”, en *Manual of Public International Law*, ed. Max Sørensen (1968), pág. 531, págs. 579 y 580.

¹⁴⁰ En 1887, el Gobierno portugués anuló la concesión otorgada a una sociedad constituida con arreglo a las leyes de Portugal, pero de propiedad de accionistas británicos y estadounidenses, para la construcción de una línea férrea desde Lourenço Marques (actualmente Maputo) hasta la frontera con el Transvaal, y se incautó de sus activos. Tanto Gran Bretaña como los Estados Unidos protestaron en contra de esa medida y afirmaron que tenían derecho a intervenir en favor de sus accionistas, pues la sociedad portuguesa estaba “prácticamente extinta”. Este principio fue reconocido más adelante por Portugal y se estableció un tribunal arbitral para que decidiera únicamente sobre la cuestión de la indemnización: *Delagoa Bay Railway Co. Case*, Moore, *Digest of International Law* (1906), vol. VI, pág. 648. Para un examen detallado de este asunto, véase Mervyn Jones, nota 119 *supra*, 229 a 231. Este criterio fue aprobado en la reclamación sobre *El Triunfo*: Moore, *Digest of International Law* (1906), vol. VI, pág. 649.

¹⁴¹ Véase la reclamación *Baasch & Romer*, 10 *U.N.R.I.A.A.* 723 (1903) (examinada en Jones, nota 119 *supra*, págs. 244 a 246); F. A. Mann, “The Protection of Shareholder’s Interests in the Light of the Barcelona Traction Case” (1973) 67 *A.J.I.L.* 259, 267-268 (en que se cita el argumento del Profesor Virally en favor de Bélgica en el caso *Barcelona Traction*).

¹⁴² I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (1966), pág. 401.

¹⁴³ 1970 *I.C.J. Reports*, págs. 40 y 41, párrs. 65 y 66.

igualmente por considerar “que carece de toda precisión jurídica”¹⁴⁴. Sólo el “estatus de la sociedad ante la ley” se consideró pertinente. La Corte declaró que:

“Sólo la desaparición legal de la sociedad priva a los accionistas de la posibilidad de disponer de un recurso por intermedio de la sociedad; es sólo cuando se les cierra toda posibilidad en ese sentido que podría surgir un derecho de acción independiente para ellos y para su gobierno.”¹⁴⁵

Este criterio fue respaldado por el Magistrado Padilla Nervo, quien en su opinión separada declaró que:

“Es sólo cuando una sociedad ha sido disuelta y, por consiguiente, deja de existir como entidad jurídica separada, que los accionistas toman su lugar y están habilitados para recibir remanente de sus haberes, una vez deducida la deuda social. Por lo tanto, es sólo la ‘muerte legal’ de la persona jurídica lo que puede dar lugar a nuevos derechos para los accionistas en su calidad de sucesores de la sociedad.”¹⁴⁶

Otros magistrados estaban menos convencidos que ese criterio fuera correcto: los Magistrados Jessup¹⁴⁷ y Fitzmaurice¹⁴⁸ y el Magistrado ad hoc Riphagen¹⁴⁹ se inclinaron por el criterio de que la sociedad está “prácticamente extinta”.

61. Gran parte de las críticas de que fue objeto la aprobación por la Corte del criterio de que la sociedad ha “dejado de existir” señalaban que la Corte no había aplicado debidamente ese criterio a los *hechos* en el *asunto Barcelona Traction*¹⁵⁰. Ello no resta valor al criterio mismo, pues éste es más preciso que el criterio de que la sociedad está “prácticamente extinta”, pero inevitablemente habrá opiniones divergentes sobre si el criterio se ha aplicado correctamente o no en un caso determinado.

62. El criterio de que la sociedad ha “dejado de existir” fue respaldado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 1995 en el asunto *Agrotexim*, ocasión en que se negó a concluir que una sociedad no estaba en condiciones de actuar como sociedad porque, si bien se hallaba en proceso de liquidación, “no había dejado de actuar como persona jurídica”¹⁵¹. También cuenta con el apoyo de las Normas Aplicables a las Reclamaciones Internacionales promulgadas por el Reino Unido en 1985, que prevén la intervención únicamente cuando la sociedad está “extinta”¹⁵².

63. Lamentablemente, en el asunto *Barcelona Traction* la Corte no declaró expresamente que la sociedad debía haber dejado de existir en *el lugar de su constitución* como requisito previo para la intervención de los accionistas¹⁵³. No obstante, en el

¹⁴⁴ Ibid., pág. 41, párr. 66.

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Ibid., pág. 256; véase también la opinión separada del Magistrado Ammoun, págs. 319 y 320.

¹⁴⁷ Ibid., pág. 193, en que cita a Brownlie, *Principles of Public International Law* (1966) pág. 401, para respaldar la opinión de que la prueba correcta es que la sociedad esté “prácticamente extinguida”.

¹⁴⁸ Ibid., págs. 74 y 75.

¹⁴⁹ Ibid., pág. 345.

¹⁵⁰ Véase la crítica de Mann, nota 141 *supra*, pág. 268.

¹⁵¹ Serie A, No. 330-A, pág. 25, párr. 68.

¹⁵² Regla V, reproducida en (1988) 37 *I.C.L.Q.* 1007.

¹⁵³ Ello indujo a F. A. Mann a observar que: “La Corte no indica cuál es el ordenamiento jurídico en que se basan sus conclusiones. ¿Es el derecho canadiense o el derecho español? ¿O es el derecho internacional, en particular aquella rama del mismo que se relaciona con la protección diplomática?” (nota 141 *supra*, pág. 265).

contexto de las actuaciones que tiene ante sí, parece evidente que la Corte consideraba que la sociedad debía haber dejado de existir en el Estado de constitución y no en el Estado en que la sociedad había resultado perjudicada. La Corte estaba dispuesta a aceptar que la sociedad había quedado destruida en España¹⁵⁴ —opinión compartida por los Magistrados Fitzmaurice¹⁵⁵ y Jessup¹⁵⁶— pero destacó que ello no impedía que siguiera existiendo en el Canadá, el Estado de constitución:

“En el presente caso, la sociedad *Barcelona Traction* ha sido declarada en cesación de pagos en el país de constitución. Ese hecho, lejos de significar la extinción de la entidad o de sus derechos, denota más bien que esos derechos se conservan mientras no se produzca la liquidación. Aunque ha sido declarada en cesación de pagos, la sociedad continúa existiendo.”¹⁵⁷

64. Una sociedad “nace” en el Estado de constitución cuando se registra y se constituye. Por el contrario, “muere” cuando se le pone fin en el Estado en que ha sido constituida, el Estado que le dio existencia. En consecuencia, parece lógico que la cuestión de si una sociedad ha dejado de existir, y ya no está en condiciones de funcionar como persona jurídica, debe decidirse con arreglo a la ley del Estado en que la sociedad fue constituida.

Artículo 18, apartado b)

El Estado de la nacionalidad de los accionistas podrá intervenir si “la sociedad tiene la nacionalidad del Estado responsable de causar perjuicio a la sociedad”.

65. La excepción más importante a la regla de que el Estado de la nacionalidad de una sociedad es el único que puede ejercer la protección diplomática en favor de ésta, es la que permite al Estado de la nacionalidad de los accionistas intervenir en los casos en que “la sociedad tiene la nacionalidad del Estado responsable de causar perjuicio a la sociedad” (artículo 18 b)). Con no poca frecuencia un Estado importador de capitales exigirá a un consorcio extranjero que desee realizar actividades en su territorio, que lo haga a través del instrumento de una sociedad constituida de conformidad con su legislación¹⁵⁸. Si luego ese Estado confisca los activos de la sociedad o la perjudica de alguna otra forma, la única reparación de que dispone la sociedad en el plano internacional reside en la acción que realice el Estado de la nacionalidad de los accionistas. Según dice Mervyn Jones, en su artículo fundamental sobre este tema, titulado “Claims on Behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies”, escrito en 1949:

“En esos casos, la intervención en favor de la sociedad no es posible en virtud de la norma prevaleciente en el derecho internacional, ya que los Estados extranjeros no pueden presentar reclamaciones en nombre de un nacional en contra de su propio gobierno. Si se aplica la norma prevaleciente, los accionistas extranjeros quedan a merced del Estado en cuestión; pueden sufrir graves pérdidas, y sin embargo carecer de reparación. Esto constituye una extensión en el terreno internacional de la situación que se puede presentar en el

¹⁵⁴ 1970 *I.C.J. Reports*, pág. 40, párr. 65.

¹⁵⁵ *Ibid.*, pág. 75.

¹⁵⁶ *Ibid.*, pág. 194.

¹⁵⁷ *Ibid.*, pág. 41, párr. 67.

¹⁵⁸ Véase W. E. Beckett “Diplomatic Claims in Respect of Injuries to Companies” (1932) 17 *Transactions of the Grotius Society* 175, 188-189.

derecho interno, cuando aquellos que deberían defender los intereses de la sociedad dejan de hacerlo fraudulenta o ilegítimamente (véase por ejemplo *Foss c. Harbottle*).”¹⁵⁹

66. La existencia de una norma así no deja de ser controversial. Además, se ha propuesto que se la reconozca únicamente en los casos en que la sociedad perjudicada se haya visto obligada a constituirse en el Estado que ha causado el perjuicio, o en que la sociedad se encuentra “prácticamente extinta”.

67. En el asunto *Barcelona Traction* la Corte planteó la posibilidad de una norma así, pero se negó a dar una respuesta sobre su existencia o su alcance. En el presente informe se examinará la situación de esa excepción con anterioridad al caso *Barcelona Traction*, el fallo de la Corte en ese asunto, las opiniones separadas adjuntas a ese fallo, los acontecimientos posteriores y la situación actual de la excepción.

La situación anterior al caso Barcelona Traction: La práctica, la jurisprudencia y la doctrina

68. Hay pruebas en apoyo de una excepción de ese tipo con anterioridad al caso *Barcelona Traction* en la práctica de los Estados, los laudos arbitrales y la doctrina, todo lo cual es objeto de un examen detallado efectuado por Lucius Cafilisch en *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*¹⁶⁰. No obstante, la práctica de los Estados y las decisiones arbitrales distan mucho de ser claras, como lo demuestran las distintas evaluaciones de las pruebas realizadas por Jones¹⁶¹ y Jiménez de Aréchaga¹⁶².

69. Jones señala varias controversias en las que el Reino Unido o los Estados Unidos afirmaron la existencia de esa excepción, en particular en el caso *Delagoa Bay Railway Company*¹⁶³, el caso *Tlahualilo Company*¹⁶⁴, el caso *Romano-Americano*¹⁶⁵ y el caso *Mexican Eagle (El Águila)*¹⁶⁶. Ninguno de esos casos, sin embargo, proporciona pruebas concluyentes en apoyo de esa excepción. En el caso *Delagoa Bay Railway*, el Reino Unido y los Estados Unidos afirmaron categóricamente la existencia de ese principio cuando intervinieron para proteger a sus nacionales que eran accionistas de una sociedad portuguesa perjudicada por el propio Portugal, pero la intervención del tribunal arbitral que consideró la controversia se limitó a fijar la indemnización que habría de otorgarse. En el mejor de los casos podría decirse que el Portugal reconoció la existencia de ese principio cuando aceptó la validez de la reclamación presentada por el Reino Unido y los Estados Unidos¹⁶⁷. En los asuntos *Tlahualilo* y *Mexican Eagle*, el Gobierno de México rechazó la existencia de la excepción y “la solución definitiva se encontró de común acuerdo a

¹⁵⁹ (1949) 26 *British Yearbook of International Law* 225, 236.

¹⁶⁰ La Haya: Martinus Nijhoff, 1969.

¹⁶¹ Nota 159 *supra*.

¹⁶² “International Responsibility”, en *Manual of Public International Law*, ed. Max Sørensen (1968), pág. 531, párrs. 580 y 581.

¹⁶³ Nota 140 *supra*.

¹⁶⁴ Jones nota 159 *supra*, pág. 237; Cafilisch, nota 160 *supra*, págs. 194 a 197.

¹⁶⁵ Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, pág. 841.

¹⁶⁶ M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. VIII, pág. 1272 a 1274; Jones, nota 159 *supra*, pág. 241.

¹⁶⁷ Jones, nota 159 *supra*, págs. 230 y 231.

través de recursos institucionales”¹⁶⁸. Además, en la controversia entre los Estados Unidos y el Reino Unido en el asunto *Romano-Americano*, el Reino Unido negó la existencia de esa excepción¹⁶⁹. Es difícil no estar de acuerdo con Jiménez de Aréchaga cuando dice que “[n]o puede, por lo tanto, presentarse un argumento cierto sobre la base de una práctica estatal tan limitada y contradictoria”¹⁷⁰.

70. Las decisiones judiciales son igualmente poco concluyentes. Las reclamaciones presentadas en los casos *Alsop*¹⁷¹, *Cerruti*¹⁷², *Orinoco Steamship*¹⁷³ y *Ziat Ben Kiran*¹⁷⁴, citadas en algunas ocasiones en apoyo de una excepción en favor de las reclamaciones de los accionistas, no ofrecen realmente ese apoyo¹⁷⁵. Las reclamaciones presentadas en los casos *Baasch y Romer*¹⁷⁶ y *Kunhardt*¹⁷⁷ son como mínimo poco claras, pero posiblemente se oponen a la excepción propuesta, ya que en éstas y otras reclamaciones¹⁷⁸, las comisiones mixtas venezolanas rechazaron las reclamaciones presentadas en nombre de los accionistas de sociedades de nacionalidad venezolana¹⁷⁹. En la reclamación relativa a la sociedad *El Triunfo*¹⁸⁰ se encuentra, sin embargo, cierto apoyo a la excepción ya que en ese caso la mayoría de los arbitradores coincidieron en la adjudicación de daños y perjuicios en favor de los Estados Unidos contra El Salvador, que era responsable de causar daño a una sociedad constituida en El Salvador con accionistas estadounidenses. En ese caso los arbitradores declararon que:

“No hemos examinado la cuestión del derecho de los Estados Unidos de formular, con arreglo al derecho internacional, una reclamación en nombre de esos accionistas de compañía *El Triunfo*, una sociedad nacional de El Salvador, en razón de que la cuestión de ese derecho está debidamente solucionada en las conclusiones alcanzadas en el frecuentemente citado y bien conocido arbitraje sobre el caso *Delagoa Bay Railway*.”¹⁸¹

71. También se expresó respeto por el principio enunciado en el caso *Delagoa Bay Railway* en el caso *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers*, en

¹⁶⁸ De Aréchaga, nota 162 *supra*, pág. 580.

¹⁶⁹ Nota 165 *supra*, pág. 843.

¹⁷⁰ Nota 162 *supra*, pág. 580. Véase la conclusión de Caflisch:

“Constatamos en primer lugar que el principio mismo de la protección de los intereses extranjeros en las sociedades que dependen del Estado demandado, reconocido por la jurisprudencia nacional, está confirmado por la práctica de los Estados. Por una parte, el Estado de la nacionalidad del titular del interés indirecto rara vez ha denegado esta protección; por la otra, no sabemos de casos en que un Estado demandado que se haya opuesto a reconocer la protección de los intereses indirectos haya ganado en último término la causa”, nota 160 *supra*, pág. 203.

¹⁷¹ EE.UU. c. Chile, 11 U.N.R.I.A.A. 349 (1911); (1911) 5 A.J.I.L.1079.

¹⁷² Colombia c. Italia (1899) 6 *Revue générale de droit international public* 593.

¹⁷³ EE.UU. c. Venezuela, 9 U.N.R.I.A.A. 180 (1903).

¹⁷⁴ Reino Unido c. España, 2 U.N.R.I.A.A. 349 (1911) 729 (1924).

¹⁷⁵ Jones, nota 159 *supra*, 243-244; de Aréchaga, nota 162 *supra*, pág. 581; Caflisch, nota 160 *supra*, págs. 173, y 183 a 187.

¹⁷⁶ Países Bajos c. Venezuela, 10 U.N.R.I.A.A. 723 (1903).

¹⁷⁷ EE.UU. c. Venezuela, 9 U.N.R.I.A.A. 171 (1903).

¹⁷⁸ Caso *Henriquez*, Países Bajos c. Venezuela, 10 U.N.R.I.A.A. 713 (1903), *Brewer, Moller & Co.*, Alemania c. Venezuela, 10 U.N.R.I.A.A. 433 (1903).

¹⁷⁹ De Aréchaga, nota 162 *supra*, pág. 581.

¹⁸⁰ 15 U.N.R.I.A.A. 467 (1902); Moore Digest of International Law, vol. VI, pág. 649; *United States Foreign Relations* (1902), págs. 838 a 852.

¹⁸¹ 15 U.N.R.I.A.A. 479; *United States Foreign Relations* (1902), pág. 873.

que el tribunal declaró que en los casos *Delagoa Bay Railway* y *El Triunfo* los accionistas estaban ejerciendo “no sus propios derechos sino los derechos que la sociedad, ilícitamente disuelta o saqueada, no podía hacer cumplir de allí en adelante; y ... estaban, por lo tanto, tratando de obtener el cumplimiento de derechos que no eran directos y personales, sino indirectos y sustitutivos”¹⁸².

72. En resumen, puede decirse que si bien las autoridades no proclaman claramente el derecho de un Estado de asumir la defensa de sus nacionales¹⁸³ que son accionistas de una sociedad, por actos que afectan a la sociedad, contra el Estado de la nacionalidad de la sociedad, de la terminología empleada en algunos de esos laudos se deduce cierto apoyo, aunque vacilante, en favor de ese derecho¹⁸⁴.

73. Resulta significativo que el apoyo más decidido en favor de la intervención de parte del Estado de la nacionalidad de los accionistas se encuentre en las tres causas en que la sociedad perjudicada había sido *obligada* a constituirse en el Estado que había causado el perjuicio, a saber, *Delagoa Bay Railway*, *Mexican Eagle* y *El Triunfo*. Aunque en el texto de esas reclamaciones no hay ninguna indicación de que la intervención haya de limitarse a esos casos, no cabe duda de que es en ellos cuando es más necesaria. Lo que sigue es la respuesta del Gobierno del Reino Unido al argumento del Gobierno de México, en el caso *Mexican Eagle*, de que un Estado podría no intervenir en favor de sus accionistas en una sociedad mexicana:

“Si se aceptara la doctrina de que un gobierno puede decidir que una sociedad extranjera sólo puede realizar actividades en sus territorios si se constituye de conformidad con la legislación local, y de que luego puede alegar esa constitución como justificación para rechazar la intervención diplomática extranjera, es evidente que jamás faltarían medios para impedir a los gobiernos extranjeros el ejercicio del indudable derecho que los asiste, con arreglo al derecho internacional, de proteger los intereses comerciales de sus nacionales en el extranjero.”¹⁸⁵

74. Con anterioridad al caso *Barcelona Traction*, los autores estaban divididos con respecto a la cuestión de si el derecho internacional reconocía el derecho a la intervención diplomática en favor de los accionistas de una sociedad constituida en el Estado que había causado el perjuicio. Beckett¹⁸⁶, Charles de Visscher¹⁸⁷, Jones¹⁸⁸, Paul De Visscher¹⁸⁹, Petrán¹⁹⁰, Kiss¹⁹¹ y Cafilich¹⁹² estaban a favor de esa norma,

¹⁸² 2 U.N.R.I.A.A. 779 (1926), pág. 790.

¹⁸³ De Aréchaga, nota 162 *supra*, pág. 580.

¹⁸⁴ Jones, nota 159 *supra*, págs. 251 y 257; Cafilich, nota 160 *supra*, pág. 192.

¹⁸⁵ M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. VIII, págs. 1273 y 1274.

¹⁸⁶ nota 158 *supra*, págs. 188 a 194. Beckett deduce esa regla de los principios generales del derecho a falta de una norma del derecho internacional consuetudinario.

¹⁸⁷ “De la protection diplomatique des actionnaires d’une société contre l’Etat sous la législation duquel la société s’est constituée”, (1934) 15 *Revue de droit international et de legislation comparée* (3ra. serie) 624.

¹⁸⁸ Nota 159 *supra*.

¹⁸⁹ “La protection diplomatique des personnes morales”, (1960-I) 102 *Recueil des Cours*, ... 395, 478-479.

¹⁹⁰ “La confiscation des biens étrangers et les reclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu”, (1963-II) 109 *Recueil des Cours* ... 492, 506, 510.

¹⁹¹ “La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationale”, en *La personnalité morale et ses limites* (Université de Paris, Institut de droit comparé, 1960), págs. 179 a 210.

¹⁹² Nota 160 *supra*.

mientras que de Aréchaga¹⁹³ y O'Connell¹⁹⁴ estaban en contra. El Magistrado Wellington Koo, en su opinión separada emitida en 1964 en el caso *Barcelona Traction (objeciones preliminares)* declaró que:

“... En la práctica de los Estados, las disposiciones convencionales y las decisiones arbitrales internacionales se ha llegado a reconocer el derecho de un Estado a intervenir en favor de sus nacionales, accionistas de una sociedad que ha resultado perjudicada por el Estado cuya nacionalidad posee, es decir, un Estado en el que la sociedad se ha constituido de conformidad con la legislación local y cuya nacionalidad se considera, por consiguiente, que ha asumido.”¹⁹⁵

Barcelona Traction

75. En el caso *Barcelona Traction*, España, el Estado demandado, no era el Estado de la nacionalidad de la sociedad perjudicada. Por consiguiente, la excepción que se examina no se presentó a la Corte. No obstante, la Corte hizo referencia al pasar a esa excepción:

“Es cierto que se ha sostenido que, por motivos de equidad, un Estado debería poder asumir en ciertos casos la protección de sus nacionales accionistas de una sociedad que ha sido víctima de una violación del derecho internacional. Es así como se ha desarrollado una teoría según la cual el Estado de los accionistas tiene derecho a ejercer su protección diplomática cuando el Estado cuya responsabilidad se invoca es el Estado de la nacionalidad de la sociedad. Cualquiera que sea la validez de esta teoría, ciertamente no se aplica al caso que nos ocupa, pues España no es el Estado de la nacionalidad de la sociedad *Barcelona Traction*”¹⁹⁶.

76. No cabe duda de que la Corte simpatizaba con la noción de protección por el Estado de la nacionalidad de los accionistas cuando la equidad y la razón así lo exigían, a juzgar por los pasajes del fallo de la Corte inmediatamente siguientes al pronunciamiento citado anteriormente:

“Por otra parte, la Corte considera que en el terreno de la protección diplomática, como en todas las demás esferas del derecho internacional, es necesario aplicar la ley de forma razonable. Se ha señalado que, si en un caso determinado no es posible aplicar la norma general de que el derecho a la protección diplomática de una sociedad pertenece al Estado de su nacionalidad, por razones de equidad podría pensarse en la posibilidad de que la protección de los accionistas en cuestión fuese ejercida por el Estado de su propia nacionalidad. Esta hipótesis no corresponde a las circunstancias del presente caso.

Sin embargo, en vista del carácter discrecional de la protección diplomática, las consideraciones sobre equidad no pueden exigir más que la posibilidad de que intervenga un Estado protector, sea éste el Estado de la nacionalidad de la sociedad, en virtud de la norma general anteriormente mencionada, o, en

¹⁹³ Nota 162 *Supra*.

¹⁹⁴ *International Law*, 2da. edición (1970), págs. 1043-1047.

¹⁹⁵ *1964 I.C.J. Reports*, pág. 58, párr. 20.

¹⁹⁶ *1970 I.C.J. Reports*, pág. 48 párr. 92. Véase el comentario de F. A. Mann de que *Barcelona Traction* tal vez tuviera la “nacionalidad funcional” española, en cuyo caso está excepción podría haber resultado pertinente; nota 57 *supra*, párrs. 271-272.

segundo lugar, el Estado de la nacionalidad de los accionistas que reclaman protección”¹⁹⁷.

77. Los magistrados Fitzmaurice¹⁹⁸, Tanaka¹⁹⁹ y Jessup²⁰⁰ expresaron pleno apoyo al derecho del Estado de la nacionalidad de los accionistas a intervenir cuando la sociedad había sido perjudicada por el Estado de constitución. El Magistrado Fitzmaurice declaró que:

“Al parecer, hay en realidad un solo tipo de situación en la que se reconoce más o menos claramente que la intervención del Gobierno de los accionistas extranjeros es permisible, a saber, cuando la sociedad interesada tiene la nacionalidad del Estado responsable de los actos o del daño contra los cuales se reclama, y éstos, o las circunstancias que de ellos resultan, son tales que la sociedad se vuelve incapaz de facto de proteger sus intereses y, por ende, los de los accionistas.”²⁰¹

El Magistrado Fitzmaurice reconoció que lo más probable era que ese tipo de situación se presentara cuando la nacionalidad de la sociedad no fuese resultado “de una constitución voluntaria” sino que le fuera “impuesta por el Gobierno del país o por una disposición de su legislación local como condición para realizar operaciones allí, o para recibir una concesión”²⁰². No obstante, no estaba dispuesto a limitar el derecho del Estado de la nacionalidad de los accionistas a intervenir en esas circunstancias, ya que lo que importaba era “el hecho de la constitución local pero con accionistas extranjeros”, y no la motivación o el proceso que la había ocasionado²⁰³.

El Magistrado Jessup señaló que la justificación de esa excepción “parece estar basada en gran parte en consideraciones de equidad y el resultado es tan razonable que ha sido aceptado en la práctica de los Estados”²⁰⁴. Al igual que el Magistrado Fitzmaurice, aceptó que “las consideraciones de equidad son especialmente notables en los casos en que el Estado demandado acepta la inversión extranjera solamente a condición de que los inversores formen una sociedad sujeta a su legislación nacional”²⁰⁵, pero no limitó la excepción a esas circunstancias.

78. Los magistrados Padilla Nervo²⁰⁶, Morelli²⁰⁷ y Ammoun²⁰⁸, por otra parte, se oponían categóricamente a esa excepción. El Magistrado Padilla Nervo declaró que el pronunciamiento de la Corte sobre este tema “no debía interpretarse en el sentido de que esa ‘teoría’ podría aplicarse a otros casos en que el Estado cuya responsabilidad se invoca es el Estado de la nacionalidad de la sociedad”²⁰⁹.

¹⁹⁷ 1970 *I.C.J. Reports*, pág. 48, párrs. 93 y 94.

¹⁹⁸ *Ibid.*, págs. 72 a 75.

¹⁹⁹ *Ibid.*, pág. 134.

²⁰⁰ *Ibid.*, págs. 191 a 193.

²⁰¹ *Ibid.*, pág. 72, párr. 14.

²⁰² *Ibid.*, pág. 73, párr. 15.

²⁰³ *Ibid.*, párr. 16.

²⁰⁴ *Ibid.*, págs. 191 y 192.

²⁰⁵ *Ibid.*, pág. 192.

²⁰⁶ *Ibid.*, págs. 257 a 259.

²⁰⁷ *Ibid.*, págs. 240 y 241.

²⁰⁸ *Ibid.*, pág. 318.

²⁰⁹ *Ibid.*, pág. 257.

79. El pronunciamiento de la Corte sobre este tema era claramente un *obiter dictum*²¹⁰, como lo era también su más conocido *obiter dictum* en el mismo fallo sobre las obligaciones *erga omnes*²¹¹. No obstante, cabe sostener que al hacer referencia a una excepción así en el contexto de los principios de la equidad y la razón, la Corte deseaba indicar su apoyo a la excepción, cosa que hizo claramente en el caso de las obligaciones *erga omnes*²¹².

Tendencias posteriores al caso Barcelona Traction

80. En el período posterior al caso *Barcelona Traction* se han producido novedades en relación con la excepción propuesta, principalmente en el contexto de los tratados de inversión. No obstante, indican apoyo a la noción de que los accionistas pueden intervenir en contra del Estado de constitución de una sociedad cuando éste ha sido responsable de causar daño a la sociedad.

81. En el asunto *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*²¹³, una Sala de la Corte Internacional de Justicia permitió a los Estados Unidos presentar una reclamación contra Italia por los daños sufridos por una sociedad italiana, la totalidad de cuyas acciones era de propiedad de dos sociedades estadounidenses. Como se señaló anteriormente²¹⁴, la Corte evitó pronunciarse sobre la compatibilidad de su conclusión con la del caso *Barcelona Traction*, o sobre la excepción propuesta que había quedado abierta en el caso *Barcelona Traction*, a pesar del hecho de que Italia opuso la objeción de que la sociedad cuyos derechos presuntamente se habían violado, se había constituido en Italia y que los Estados Unidos procuraban proteger los derechos de los accionistas de la sociedad²¹⁵. Ese silencio podría explicarse por varias razones²¹⁶, en particular el hecho de que la Sala no se ocupaba de la evaluación del derecho internacional consuetudinario sino de la interpretación de un Tratado de Amistad, Comercio y Navegación bilateral, en que se preveía la protección de los accionistas estadounidenses en el extranjero. Por otra parte, es evidente que la excepción propuesta se había planteado ante la Sala, como lo demuestra el intercambio de opiniones entre los magistrados Oda y Schwebel en sus opiniones separadas. El Magistrado Oda declaró, con respecto a la tentativa de los Estados Unidos de proteger los intereses de dos sociedades estadounidenses, Raytheon y Machlett, en ELSI, una sociedad italiana:

“Es indudable que Raytheon y Machlett podrían ‘organizar, controlar y administrar’ en Italia sociedades en las que fueran dueñas del 100% de las acciones —como ocurre en el caso de ELSI— pero ello no puede interpretarse en el sentido de que esas sociedades estadounidenses, en su calidad de accionistas

²¹⁰ Véase el comentario de Lucius Caflisch en la American Society of International Law Round Table sobre “Toward More Adequate Protection of Private Claims: ‘Aris Gloves’, ‘Barcelona Traction’ and Beyond” (1971) 65 *Proceedings of the American Society of International Law* 333, 347 y 348. Sin embargo, Caflisch dejó en claro que el derecho internacional reconoce esa excepción.

²¹¹ 1970 *I.C.J. Reports*, pág. 32, párrs. 33 y 34.

²¹² A esa conclusión llega Ignaz Seidl-Hohenveldern en Round Table, notas 210 a 347 *supra*; *Corporations in and under International Law* (1987), págs. 9 y 10.

²¹³ 1989 *I.C.J. Reports*, pág. 15.

²¹⁴ *Supra*, párrs. 23 a 26.

²¹⁵ 1989 *I.C.J. Reports*, pág. 64 (párr. 106), y 79 (párr. 132).

²¹⁶ *Supra*, párr. 25.

de ELSI, pueden reclamar otros derechos que no sean los que como accionistas les garantizan tanto la ley italiana como los principios generales de derecho relativos a las sociedades. Los derechos de Raytheon y Machlett como accionistas de ELSI siguieron siendo los mismos y no se incrementaron en virtud del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación. Aquellos derechos de los que Raytheon y Machlett podrían haber disfrutado en virtud del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación no resultaron violados por la orden de requisición, porque esa orden no afectaba los ‘derechos propios’ de esas sociedades estadounidenses, en su calidad de accionistas de una sociedad italiana, sino que estaba dirigida a la sociedad italiana de la cual seguían siendo accionistas.”²¹⁷

El Magistrado Schwebel respondió a lo anterior en los términos siguientes:

“El fallo interpreta en gran medida el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre los Estados Unidos e Italia en una forma que lo confirma, en lugar de limitarlo, como instrumento para la protección de los derechos de los nacionales, las sociedades y las asociaciones de los Estados Unidos en Italia y los derechos de los nacionales, las sociedades y las asociaciones de Italia en los Estados Unidos. Se presentaron argumentos a la Sala que, si se hubieran aceptado, habrían privado al Tratado de gran parte de su valor. En particular, se sostuvo que el Tratado en realidad no guardaba relación con las reclamaciones de los Estados Unidos en este caso, puesto que las medidas adoptadas por Italia (en particular, la requisa de la planta y el equipo de ELSI) afectaban directamente no a nacionales o sociedades de los Estados Unidos, sino a una compañía italiana, ELSI, cuyas acciones daba la casualidad de que eran de propiedad de sociedades estadounidenses cuyos derechos como accionistas escapaban en gran parte al ámbito de protección proporcionado por el Tratado. La Sala no aceptó ese argumento.”²¹⁸

Los autores que comentan de la decisión de la Corte coinciden en general con el Magistrado Schwebel en que la Sala rechazó la posición del Magistrado Oda²¹⁹.

82. Es difícil saber exactamente qué conclusión ha de extraerse del fallo en el caso *ELSI*. No obstante, tiene méritos la opinión expresada por Yoram Dinstein de que “el caso *ELSI* elimina cierta interrogante que pesaba sobre el caso *Barcelona Traction* y refuerza el punto de vista de la mayoría de los magistrados que expresaron su opinión en el caso anterior”²²⁰ en favor de la excepción propuesta.

83. En su interpretación de la Declaración de Argel de 1981, en que se estipulaba el arreglo de las controversias entre los Estados Unidos y el Irán²²¹, y del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados²²², los tribunales han estado dispuestos a hacer extensiva la protección

²¹⁷ 1989, *I.C.J. Reports*, págs. 87 y 88.

²¹⁸ *Ibid*, pág. 94.

²¹⁹ Véanse los autores citados anteriormente, en la nota de pie de página 72.

²²⁰ “Diplomatic Protection of Companies under International Law”, en *International Law: Theory and Practice* (1988) (ed. K. Wellens), pág. 505, párr. 512. Véase Brigitte Stern, nota 73 *supra*, págs. 925 y 926, que lamenta que la Sala no haya dado una respuesta clara a esta cuestión.

²²¹ 20 *I.L.M.* 230.

²²² Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 575, pág. 159; (1965) 4 *I.L.M.* 524.

de los accionistas de una sociedad a las reclamaciones contra el Estado en que la sociedad se constituyó²²³.

Situación actual de la excepción

84. Antes del caso *Barcelona Traction* existía apoyo para la excepción propuesta, si bien las opiniones estaban divididas en cuanto a si la práctica de los Estados y las decisiones arbitrales la reconocían, y hasta qué punto. El *obiter dictum* pronunciado en el caso *Barcelona Traction* y las opiniones separadas de los magistrados Fitzmaurice, Jessup y Tanaka indudablemente han agregado al peso de la autoridad en favor de la excepción. Los acontecimientos posteriores, si bien se han producido en el contexto de la interpretación de tratados, han confirmado esa tendencia. Además, tanto los Estados Unidos²²⁴ como el Reino Unido²²⁵ han declarado su apoyo a la excepción.

85. Los autores siguen estando divididos con respecto a esta cuestión. Algunos, como el Magistrado Morelli²²⁶ destacan que es “ilógico” y “anómalo”²²⁷ hacer responsable a un Estado por un perjuicio causado a su propia nación. Ian Brownlie sostiene que:

“Es arbitrario permitir que los accionistas emerjan de la caparazón de la sociedad en esta situación pero no en otras. Si se aceptan las consideraciones generales de política presentadas por la Corte, entonces esta presunta excepción a la norma queda descalificada.”²²⁸

²²³ Véase *Sedco Inc. c. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran*, 84 *I.L.R.* 484, 496 (interpretación del artículo VII 2) de la Declaración de Argel); *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. The Government of the Republic of Liberia* (1987) 26 *I.L.M.* 647, 652 a 654 (interpretación del artículo 25 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados).

²²⁴ En los debates celebrados en la Sexta Comisión en 2002 sobre el informe de la Comisión, el representante de los Estados Unidos dijo que “un Estado puede ejercer la protección diplomática en favor de sus accionistas con respecto a las pérdidas no recuperadas de sus intereses en una sociedad registrada o constituida en otro Estado que es expropiada o liquidada por el Estado de registro o constitución, o respecto de otras pérdidas directas no recuperadas” (A/C.6/57/SR.23, párr. 52).

²²⁵ De conformidad con sus Normas aplicables a las reclamaciones internacionales, de 1985, “en los casos en que un nacional del Reino Unido tenga intereses, como accionista o en alguna otra forma, en una sociedad constituida en otro Estado y del cual es, por consiguiente, nacional, y ese Estado causa perjuicio a la sociedad, el Gobierno de Su Majestad podrá intervenir para proteger los intereses del nacional del Reino Unido” (regla VI), reimpresas en (1988) *International and Comparative Law Quarterly* 1007.

²²⁶ Según el Magistrado Morelli, la excepción propuesta “trastornaría el sistema de normas internacionales relativas al tratamiento de extranjeros. Además, sería una deducción totalmente ilógica y arbitraria”, 1970 *I.C.J. Reports*, págs. 240 y 241.

²²⁷ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5ª ed. (1998), pág. 495. Véase también E. Jiménez de Aréchaga, “General Course in Public International Law” (1978-1) 159 *Recueil des Cours* 7, 290; M. Díez de Velasco, “La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires” (1974-1) 141 *Recueil des Cours* 87, 166; G. Abi-Saab, “The International Law of Multinational Corporations: A Critique of American Legal Doctrines” (1971) *Annales d'Etudes Internationales* 97, 116.

²²⁸ Nota 227 *supra*, pág. 495.

Otros autores, como el Magistrado Jessup²²⁹ apoyan la excepción por motivos de equidad, razón y justicia²³⁰. Oppenheim se niega a adoptar una posición firme sobre el tema, pero agrega que “la mayoría de los integrantes de la Corte Internacional de Justicia” expresaron apoyo a esa excepción²³¹.

86. Como se indicó anteriormente²³² a veces se dice que la excepción sólo ha de reconocerse en los casos en que la sociedad perjudicada se haya visto obligada a constituirse en el Estado que causó el daño o en que la sociedad esté “prácticamente extinta”. Ninguna de esas calificaciones es necesaria. Los autores que son partidarias de la excepción se refieren a veces al hecho de que las razones para aceptarla se vuelven incluso más poderosas cuando se ha obligado a la sociedad a constituirse en el Estado que causó el daño, pero ninguno de ellos la limita a esos casos²³³. Tampoco lo hizo la Corte al examinar este asunto en el caso *Barcelona Traction*²³⁴. En cuanto a la otra calificación indicada, es verdad que la excepción se ha invocado a veces en circunstancias en que la sociedad estaba “prácticamente extinta”²³⁵. Por otra parte, la mayoría de los autores sostienen que sería un error limitar la excepción en esa forma porque ello demuestra que no se ha entendido el motivo en que se funda. Como dice Mervyn Jones:

“Al parecer, en las decisiones arbitrales anteriores, se dio una importancia excesiva o equivocada al hecho de que la sociedad estuviera en proceso de disolución (por ejemplo, el caso *Delagoa Bay*) en lugar de dársela al hecho, también presente en todos los casos, de que el daño hubiera sido infligido por el Estado del que la sociedad era nacional, sumado al hecho adicional de la falta de un recurso local efectivo. El hecho de que una sociedad esté ‘extinta’, como se dijo en el caso *Delagoa Bay*, realmente sólo es pertinente en la medida en que excluye la posibilidad de lograr una *reparación efectiva* mediante la acción de la sociedad. Esta consideración es realmente en lo que se funda la excepción que permite la intervención cuando la sociedad es nacional del Estado que la oprime.”²³⁶

Recomendaciones

87. El Relator Especial respalda la excepción que figura en el apartado b) del artículo 18 sin calificaciones. La excepción goza de amplio apoyo en la práctica de los Estados, los pronunciamientos judiciales y la doctrina. Además, parece justificarse por motivos de equidad, razón y justicia. Como mínimo habría que aceptarla en los casos en

²²⁹ 1970 *I.C.J. Reports*, págs. 191 y 192

²³⁰ Seidl-Hohenveldern *supra* nota 212; Caflisch *supra* nota 210, G. Sacerdoti “Barcelona Traction Revisited: Foreign-Owned and Controlled Companies in International Law”, en *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, ed. Y. Dinstein (1989), pág. 699, párr. 703.

²³¹ *Oppenheim's International Law*, 9ª ed. eds. R. Jennings y A. Watts (1992), vol. 1, pág. 520, nota 14.

²³² *Supra*, párr. 66.

²³³ Véase, por ejemplo, Seidl-Hohenveldern nota 212 *supra*.

²³⁴ 1970 *I.C.J. Reports*, pág. 48, párr. 92. Véanse además las opiniones separadas del Magistrado Fitzmaurice, *ibid.*, pág. 73, y el Magistrado Jessup, *ibid.*, pág. 192.

²³⁵ Véase el caso *Delagoa Bay Railway Co.* *supra* nota 140; D. P. O’Connell, *International Law*, 2ª ed. (1970), vol. 2, pág. 1.045.

²³⁶ Nota 159 *supra*, pág. 257. Véase también Beckett, *supra* nota 158, págs. 190 y 191; Caflisch, nota 160 *supra*, págs. 203 y 204; Wellington Koo, Opinión separada, *Barcelona Traction* (Objeciones preliminares), 1964 *I.C.J. Reports* pág. 58 (párr. 21).

que la sociedad se ha visto obligada a constituirse en el Estado causante del perjuicio, en cuyo caso esa constitución la convierte en lo que algunos autores han llamado una “sociedad Calvo”²³⁷, es decir, una sociedad cuya constitución, al igual que la Cláusula Calvo, tiene por objeto protegerla de las normas de derecho internacional relativas a la protección diplomática. Es necesario repetir aquí la advertencia hecha por el Gobierno británico en el caso *Mexican Eagle*:

“Si se aceptara la doctrina de que un gobierno puede decidir que una sociedad extranjera sólo puede realizar actividades en sus territorios si se constituye de conformidad con la legislación local, y de que luego puede alegar esa constitución como justificación para rechazar la intervención diplomática extranjera, es evidente que jamás faltarían medios para impedir a los gobiernos extranjeros el ejercicio del indudable derecho que los asiste, con arreglo al derecho internacional, de proteger los intereses comerciales de sus nacionales en el extranjero.”²³⁸

3. Artículo 19

Lo dispuesto en los artículos 17 y 18 se entiende sin perjuicio del derecho del Estado de la nacionalidad de los accionistas en una sociedad a proteger a esos accionistas cuando hayan resultado directamente perjudicados por el acto internacionalmente ilícito de otro Estado.

88. El artículo 19 es una cláusula de excepción que tiene por objeto proteger a los accionistas cuyos propios derechos, y no los de la sociedad, han resultado lesionados. La Corte reconoció, en el caso *Barcelona Traction*, que esos accionistas reunían las condiciones para recibir protección diplomática por derecho propio, al decir lo siguiente:

“... un acto dirigido contra los derechos de la sociedad y que sólo viola esos derechos no implica responsabilidad hacia los accionistas, aunque sus intereses resulten afectados.

... La situación es diferente si el acto del que se reclama está dirigido contra los derechos propios del accionista como tal. Es un hecho conocido que la legislación interna confiere a los accionistas derechos distintos de los derechos de la sociedad, entre ellos el derecho a los dividendos declarados, el derecho a tomar parte en las reuniones generales y de votar en ellas, el derecho a participar en el remanente de los haberes de la sociedad en el momento de la liquidación. Toda vez que se contraviene uno de sus derechos propios, el accionista tiene el derecho independiente de entablar una acción. Sobre esto no hay desacuerdo entre las Partes. Pero es preciso hacer una distinción entre una infracción directa de los derechos de los accionistas, y las dificultades o pérdidas financieras a las que pueden estar expuestos como resultado de la situación de la sociedad.”²³⁹

No obstante, no se pidió a la Corte que siguiera examinando este asunto porque Bélgica dejó claramente establecido que no basaba su reclamación en una contravención de los derechos propios de los accionistas.

²³⁷ P. Reuter, *Droit international public*, 4ª ed. (1973), pág. 198; Seidl-Hohenveldern, *Corporations in and under International Law* (1987), pág. 10; Díez de Velasco, *supra* nota 227, pág. 166.

²³⁸ Nota 185 *supra*.

²³⁹ 1970 *I.C.J. Reports*, pág. 36, párrs. 46 y 47.

89. Se ha sostenido que la cuestión de la protección de los derechos propios de los accionistas se planteó a la Sala de la Corte Internacional de Justicia en el caso *ELSI*²⁴⁰. Sin embargo, en ese caso, los derechos en cuestión, como los derechos de los accionistas de organizar, controlar y administrar la sociedad, podían hallarse en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación que la Sala debía interpretar, y la Sala no expuso en detalle las normas de derecho internacional consuetudinario sobre este tema. En el caso *Agrotexim*²⁴¹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al igual que la Corte en el caso *Barcelona Traction*, reconoció el derecho de los accionistas a gozar de protección con respecto a la violación directa de sus derechos, pero sostuvo que en ese caso tal violación no se había producido²⁴².

90. El proyecto de artículo deja dos cuestiones sin responder: en primer lugar, el contenido de los derechos o el momento en que se produce un perjuicio directo; en segundo lugar, el orden jurídico necesario para realizar esa determinación.

91. En el caso *Barcelona Traction*, la Corte menciona los derechos más evidentes de los accionistas, a saber, el derecho a percibir los dividendos declarados, el derecho a asistir a las reuniones generales y a votar en ellas y el derecho a participar en los haberes remanentes de la sociedad en el momento de su liquidación. Sin embargo, esa lista no es exhaustiva, como lo indicó la propia Corte. Ello significa que incumbe a los tribunales determinar, sobre la base de los hechos de cada caso en particular, los límites de esos derechos. Será preciso, sin embargo, cuidar de delimitar claramente los derechos de los accionistas y los derechos institucionales, especialmente en lo que respecta al derecho a participar en la gestión de las sociedades. Como lo advierte Vaughan Lowe, es necesario evitar:

“... combinar los derechos de los accionistas con los derechos de la sociedad, y debilitar la libertad de los accionistas de ejercer derechos de gestión de conformidad con la legislación del Estado de constitución, con el supuesto derecho de los accionistas de gozar de libertad de gestión como cuestión de derecho internacional.”²⁴³

92. Durante el examen del apartado a) del artículo 18, al tratar de la disolución de una sociedad, se planteó la cuestión²⁴⁴ de cuál era el ordenamiento jurídico mejor calificado para hacer esa determinación: el del Estado de constitución, el del Estado que causa el perjuicio, o el derecho internacional. Se plantean interrogantes similares con respecto a la legislación que determinará si se han violado los derechos propios de un accionista. La legislación del Estado que causó el perjuicio no es el

²⁴⁰ V. Lowe, “Shareholders’ Rights to Control and Manage: from *Barcelona Traction* to *ELSI*”, in *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, eds. N. Ando et al (2002), pág. 269; A. Watts, “Nationality of Claim: Some Relevant Concepts”, in *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (1996), págs. 424 a 435, nota 56.

²⁴¹ Nota 151 *supra*.

²⁴² En esa ocasión la Corte declaró que: “La Corte señala para empezar que las sociedades demandantes no alegaron violación de los derechos de que gozaban como accionistas de Fix Brewery, como por ejemplo el derecho a asistir a la reunión general y a votar. Su reclamación se basaba exclusivamente en la premisa de que la presunta violación del derecho de Fix Brewery a gozar con tranquilidad de sus bienes había afectado negativamente sus propios intereses financieros debido a la baja resultante del valor de sus acciones. Estimaban que las pérdidas financieras sufridas por la sociedad y los derechos de ésta debían considerarse como propios, y que por lo tanto, eran víctimas, aunque indirectamente, de la presunta violación. En resumen, querían que se levantara el velo social en su favor”. *Ibid.*, pág. 23, párr. 62.

²⁴³ *Supra* nota 240, pág. 283.

²⁴⁴ *Supra* párr. 63.

régimen apropiado para determinarlo, como tampoco lo es para determinar si una sociedad ha dejado de existir. En la mayoría de los casos, éste parece ser un asunto que se ha de decidir de conformidad con la legislación del Estado de constitución, tal como en el caso de la disolución de una sociedad²⁴⁵. Del pronunciamiento de la propia Corte se desprende claramente que, en su opinión, el ordenamiento jurídico que había de regir la cuestión era la legislación interna y no el derecho internacional. Sin embargo, tal vez se justifique en este caso invocar los principios generales de derecho²⁴⁶, especialmente si la sociedad ha sido constituida en el Estado que ha causado el perjuicio, para asegurarse de que los derechos de los accionistas extranjeros no sean objeto de un tratamiento discriminatorio.

4. Artículo 20 (Continuidad de la nacionalidad de las sociedades)

Un Estado tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que estaba constituida de conformidad con su legislación en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación [; a condición de que, si la sociedad dejara de existir como resultado del perjuicio, el Estado de constitución de la sociedad desaparecida pueda de todos modos presentar una reclamación con respecto a la sociedad].

93. Con respecto al requisito de que haya continuidad de la nacionalidad para la presentación de una reclamación diplomática, la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina se ocupan de este requisito principalmente en la medida en que se refiere a personas físicas²⁴⁷. Como se recordará, la Comisión aprobó el siguiente proyecto de artículo sobre este tema en su 54º período de sesiones celebrado en 2002:

“Artículo 4 [9]

Continuidad de la nacionalidad

1. Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que era nacional suyo en el momento del perjuicio y lo sea en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.
2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que sea nacional suyo en la fecha de la presentación oficial de la reclamación pero que no lo era en el momento del perjuicio siempre que esa persona haya perdido su nacionalidad anterior y haya adquirido, por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación, la nacionalidad de ese Estado de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional.
3. El nuevo Estado de la nacionalidad no ejercerá la protección diplomática con respecto a una persona frente a un Estado de la nacionalidad anterior de ésta en razón de un perjuicio sufrido cuando esa persona era nacional del Estado de la nacionalidad anterior y no del nuevo Estado de nacionalidad”²⁴⁸.

²⁴⁵ Lowe, nota 240 *supra*, págs. 278 y 279, dice que la ley del Estado de constitución determinará el derecho legal del inversor a controlar la sociedad.

²⁴⁶ En su opinión separada formulada en el caso *ELSI*, el Magistrado Oda habló de “los principios generales de derecho relativos a las sociedades” en el contexto de los derechos de los accionistas: 1989 I.C.J. Reports, págs. 87 y 88.

²⁴⁷ Véase además sobre este tema, la adición del actual Primer informe sobre la protección diplomática presentado por el Relator Especial, A/CN.4/506/Add.1.

²⁴⁸ Artículo 4. Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/57/10)*, párr. 281, pág. 164.

94. La razón de esta preocupación especial con el requisito de la continuidad de la nacionalidad con respecto a las personas físicas, es comprensible. Las personas físicas cambian de nacionalidad con más frecuencia y más fácilmente que las sociedades, como resultado de la naturalización, voluntaria o involuntaria (como ocurre, posiblemente, en el caso de matrimonio o adopción), y de la sucesión de Estados. Además, la insistencia demasiado rigurosa en una norma sobre continuidad de la nacionalidad desde el momento del perjuicio hasta el momento de la presentación de la reclamación puede causar grandes dificultades en casos individuales en que el cambio de nacionalidad no está relacionado con la presentación de una reclamación diplomática. Esta consideración indujo al establecimiento de la excepción a la regla, que figura en el párrafo 2 del proyecto de artículo enunciado anteriormente.

95. No se aplican las mismas consideraciones en el caso de sociedades, si se acepta la propuesta que figura en el párrafo 2) del artículo 17 del actual proyecto de artículos. De conformidad con esa disposición, la sociedad adquiere la nacionalidad del Estado en que fue constituida, y no la del Estado en el que está domiciliada o en el que tiene su sede social o en el que radica el control económico de ella. En consecuencia, no puede cambiar su nacionalidad a los efectos de la protección diplomática trasladando su sede, su domicilio o su lugar de control²⁴⁹. Sólo podrá cambiar su nacionalidad volviendo a constituirse en sociedad en otro Estado, en cuyo caso asume una nueva personalidad, con lo que rompe la continuidad de la nacionalidad de la sociedad. Este principio fue reconocido en el caso *Orinoco Steamship Company*²⁵⁰, en el cual una sociedad constituida en el Reino Unido, la *Orinoco Shipping and Trading Company Ltd.*, transfirió su reclamación contra el Gobierno de Venezuela a una sociedad sucesora, la *Orinoco Steamship Company*, constituida en los Estados Unidos. Debido a que el tratado por el que se estableció la Comisión permitía a los Estados Unidos presentar una reclamación en favor de su nacional en esas circunstancias, se permitió la reclamación. Sin embargo, *Umpire Barge* dejó en claro que, de no haber sido por el tratado, la reclamación no se habría permitido:

“Es verdad que, de conformidad con la norma de derecho internacional reconocida y practicada, de perfecto acuerdo con los principios generales de la justicia y la equidad, las reclamaciones no cambian de nacionalidad por el hecho de que sus titulares consecutivos tengan una ciudadanía diferente, porque el Estado no es un agente de reclamaciones sino que, en la medida en que el perjuicio causado a sus ciudadanos es un perjuicio causado al propio Estado, sólo puede obtener reparación del perjuicio causado a sus ciudadanos, y no del perjuicio causado a los ciudadanos de otro Estado. De todos modos, esta regla se puede pasar por alto e incluso se la puede abandonar deliberadamente mediante un tratado”.²⁵¹

96. El Comisionado venezolano, Sr. Grisanti, en una opinión separada, se refirió en términos más enérgicos a esta regla, al declarar que:

²⁴⁹ Esta es otra de las razones para preferir el Estado de constitución como el Estado de la nacionalidad. La adopción del Estado de la sede social, el domicilio o el control económico como Estado de la nacionalidad daría origen a graves problemas de continuidad de la nacionalidad, como lo demuestra Eric Wyler, *La Règle Dite de la Continuité de la Nationalité dans le Contentieux International* (1990), págs. 105 a 108.

²⁵⁰ 9 *U.N.R.I.A.A.*, pág. 180 (1903).

²⁵¹ *Ibid.*, pág. 192.

“Es un principio de derecho internacional universalmente reconocido y practicado, que para hacer efectiva una reclamación sólo puede otorgar protección el Gobierno de la nación a la que pertenece el reclamante que inicialmente obtuvo el derecho a reclamar, o en otras palabras, que una reclamación internacional debe ser mantenida por la persona que ha conservado su propia ciudadanía, puesto que la reclamación estuvo vigente hasta la fecha de su solución definitiva, y que sólo el Gobierno del país al que pertenece esa persona tiene derecho a exigir el pago de la reclamación, actuando en nombre del reclamante. Además, el titular original de las reclamaciones que estamos analizando era la Orinoco Shipping and Trading Company (Limited), una sociedad inglesa, y la que exige el pago es la Orinoco Steamship Company (Limited), una sociedad estadounidense; y que como las reclamaciones no cambian de nacionalidad por el solo hecho de que sus futuros titulares tengan una ciudadanía diferente, está claro como la luz del día que esta Comisión Mixta venezolano-estadounidense no tiene jurisdicción para ocuparse de dichas reclamaciones ...”²⁵²

El hecho es que las sociedades de responsabilidad limitada deben su existencia a la legislación de conformidad con la cual han sido organizadas, y en consecuencia su nacionalidad no puede ser otra que la de esa legislación. La conversión de dicha sociedad, que es inglesa, en la actual sociedad reclamante, que es estadounidense, no puede tener efecto retroactivo en el sentido de conferir jurisdicción a este tribunal para conocer de reclamaciones que eran originalmente de propiedad de la sociedad mencionada en primer lugar, ya que eso equivaldría a derribar o infringir principios fundamentales.”²⁵³

97. Sólo en un caso sería posible que una sociedad cambiara de nacionalidad sin cambiar de personalidad jurídica, a saber, en el caso de una sucesión de Estados²⁵⁴. Sin embargo, también en ese caso puede haber problemas relativos a la supervivencia de la sociedad y a la aplicación de la regla de la continuidad. Ello queda demostrado por el caso *Panevezys-Saldutiskis Railway*²⁵⁵ en el que Estonia sostuvo que había sucedido a una sociedad de la Rusia zarista que operaba en su territorio y que ese hecho le permitía presentar una reclamación en contra de Lituania. Aunque la Corte Permanente de Justicia Internacional no emitió una decisión sobre el tema²⁵⁶, puso de relieve algunas de las dificultades inherentes a una situación de esa naturaleza en el pasaje siguiente:

“El argumento en que se basa la sociedad para reclamar el ferrocarril es que es la misma que la sociedad rusa, o sucesora de ésta. La determinación de si ello es así o no supone una decisión con respecto al efecto de los acontecimientos y la legislación de Rusia en la época de la revolución bolchevique, pues se ha argumentado que esos acontecimientos y esa legislación pusieron fin a la existencia de la sociedad y dejaron que la transferencia de su propiedad fuera

²⁵² Ibid., pág. 184.

²⁵³ Ibid., pág. 192.

²⁵⁴ Véase en general sobre este tema D.P. O’Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, vol. I, Internal Relations, págs. 537 a 542. Véase Cuarto informe sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados, A/CN.4/489, en que se destacan las dificultades que rodean a la nacionalidad de las personas jurídicas en relación con la sucesión de Estados.

²⁵⁵ *P.C.I.J. Reports, Series A/B* 76, pág. 4 (1939).

²⁵⁶ Ibid., pág. 17. La Corte agregó este asunto a las cuestiones de fondo pero luego confirmó una objeción preliminar basada en el hecho de no haberse agotado los recursos locales.

de Rusia se rigiera por la legislación del país en que estaba situada la propiedad. Esta cuestión, sin embargo, afecta de cerca también a la cuestión de si en el momento en que los actos de Lituania que dieron origen a la presente reclamación existía o no un nacional de Estonia cuya causa el Gobierno de Estonia tenía derecho a defender.”²⁵⁷

98. En todas las circunstancias parece apropiado exigir que un Estado que ejerce la protección diplomática en favor de una sociedad deba probar que la sociedad era un nacional suyo sujeto a su legislación, tanto en el momento de producirse el perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Sin embargo, esto deja una pregunta sin responder: si la sociedad deja de existir en el lugar en que fue constituida como resultado de un perjuicio causado por el acto internacionalmente ilícito de otro Estado, ¿debe el Estado de la nacionalidad de los accionistas presentar una reclamación contra el Estado que actuó en forma ilícita, de conformidad con el apartado a) del proyecto de artículo 18, o puede hacerlo el Estado de la nacionalidad de la sociedad desaparecida? Poniendo la pregunta en el contexto del caso *Barcelona Traction*: si la sociedad Barcelona Traction hubiera dejado de existir en el Canadá como resultado del perjuicio causado a la sociedad por España, ¿habría pasado la reclamación totalmente a manos de Bélgica, el Estado de la nacionalidad de los accionistas, o habría conservado el Canadá su derecho a reclamar en nombre de su sociedad desaparecida? ¿individualmente, o conjuntamente con Bélgica?

99. Los Magistrados Jessup y Gros y el Magistrado ad hoc Riphagen hicieron alusión, en el caso *Barcelona Traction*, a las dificultades propias de esa situación tanto para la sociedad como para los accionistas. El Magistrado Jessup puso de relieve el carácter anómalo del caso en que una sociedad extranjera resulta destruida por el acto de confiscación realizado por un Estado, seguido de la disolución consiguiente en su propio Estado. “En este caso”, dijo, “parte de la doctrina diría que normalmente el Estado A, el Estado en que se constituyó la sociedad sería el que debe otorgar la protección diplomática. Pero hipotéticamente la sociedad ha sido disuelta por el Estado A, de manera que ... no se puede presentar una reclamación en nombre de la sociedad”²⁵⁸. Por consiguiente, el Estado de constitución no podía cumplir los requisitos sobre continuidad, según los cuales la sociedad debía ser nacional suyo en el momento de producirse el perjuicio y debía seguirlo siendo en el momento de presentarse la reclamación. No obstante, tampoco podían los accionistas cumplir esos requisitos, ya que “en el momento de producirse el acto ilícito (confiscación) no tenían ... un interés patrimonial y, por consiguiente, de conformidad con la regla de la continuidad, la reclamación no tenía inicialmente la nacionalidad apropiada sobre esa base”²⁵⁹.

100. El Magistrado Gros sostuvo que la única forma de salir de ese dilema era permitir que tanto el Estado de constitución como el Estado de la nacionalidad de los accionistas ejercieran la protección diplomática:

“... la opinión vertida en el fallo que admite la posibilidad de acción por el Estado de los accionistas en caso de desaparición de la sociedad carece de lógica porque, en una eventualidad así, si el Estado de la sociedad había iniciado una

²⁵⁷ *Ibid.*, pág. 17. Véase también la opinión separada del Magistrado van Eysinga, *ibid.*, pág. 30, párrs. 33, 35; y la opinión separada del Magistrado Fitzmaurice en el caso *Barcelona Traction*, 1970, *I.C.J. Reports*, págs. 101 y 102.

²⁵⁸ 1970 *I.C.J. Reports*, pág. 193.

²⁵⁹ *Ibid.*

acción ésta no podría ser sobreseída en razón de la desaparición de la sociedad. E incluso si esa acción había sido instituida después de la desaparición de la sociedad, es difícil entender por qué el Estado de la sociedad sería incapaz de presentar una reclamación con respecto al acto ilícito que era la causa fundamental de la desaparición. Entonces, si en ese caso los dos Estados pueden actuar, ¿no significa ello acaso que la norma general que confiere el derecho de acción al Estado de la sociedad no es una norma exclusiva?”²⁶⁰

101. El Magistrado ad hoc Riphagen consideró que la decisión de la Corte de que el derecho de los accionistas a presentar reclamación sólo comenzaba a existir al desaparecer la sociedad, era poco realista e insatisfactoria. Declaró al respecto:

“En el plano del derecho privado interno, no es el hecho de que la sociedad entre en liquidación lo que hace nacer un derecho para cada accionista, a saber, un derecho a una parte de los activos de la sociedad; es sólo al *finalizar* la liquidación que todo *excedente* que pueda existir se distribuye entre los accionistas. Además, la liquidación siempre fue *posterior* a las medidas adoptadas por el Estado considerado responsable en el plano internacional, de modo que esas medidas no podían haber contravenido los derechos de los accionistas en el plano del derecho privado interno.

...

El fallo observa (párr. 66) que, ‘sólo en el caso de la desaparición jurídica de la sociedad quedan privados los accionistas de la posibilidad de disponer de un recurso por intermedio de la sociedad’. En el fallo no se explica cómo en un caso así, después de la desaparición jurídica de la sociedad, la acción de un gobierno *distinto* del gobierno de la sociedad podría ser compatible con la regla de la continuidad. En realidad, el interés jurídicamente protegido de ese otro Estado, y en consecuencia también las obligaciones que tiene hacia él el Estado que adoptó las medidas contra las cuales se reclama, deben existir en el plano internacional con anterioridad e independientemente de la desaparición de la sociedad en el plano del derecho interno, desaparición que sólo es una de las consecuencias *posibles* de esas medidas.”²⁶¹

102. Las dificultades del tipo de las planteadas también han preocupado a los tribunales²⁶² y a los académicos²⁶³.

103. Se señala que la solución de este problema no reside en una norma lógica de carácter técnico²⁶⁴ que busca determinar el momento preciso de la desaparición de una sociedad en que el derecho del Estado de la nacionalidad a ejercer la protección diplomática con respecto a esa sociedad cede su lugar del Estado de la nacionalidad

²⁶⁰ *Ibid.*, pág. 277.

²⁶¹ *Ibid.*, pág. 345.

²⁶² Véase la reclamación Kunhardt (Estados Unidos c. Venezuela), 9 U.N.R.I.A.A., pág. 171 (1903), y especialmente la opinión separada de la Comisión venezolana, Sr. Paúl, en la página 180; F. W. Flack, *on behalf of the Estate of the Late D. L. Flack (Great Britain) v. United Mexican States*, 5 U.N.R.I.A.A., pág. 61, (1929), párr. 63. Wyler sostiene que el caso ELSI (1989 *I.C.J. Reports* 15) también puede haber planteado problemas de este tipo; nota 249 *supra*, págs. 200 y 201.

²⁶³ Beckett, nota 158 *supra*, pág. 191; Caflish, nota 160 *supra*, págs. 206 y 207; Wyler, nota 249 *supra*, págs. 197 a 202.

²⁶⁴ Véanse las opiniones separadas en el caso *Barcelona Traction* de los Magistrados Fitzmaurice (1970 *I.C.J. Reports*, págs. 101 y 102) y Jessup (*ibid.*, págs. 202 y 203) en apoyo de ese criterio.

de los accionistas. En lugar de eso, debería buscarse una norma equitativa que tuviera en cuenta el lapso prolongado que habitualmente media entre la fecha del perjuicio y la fecha de presentación de la reclamación, y la dificultad de determinar el momento preciso en que los derechos de la sociedad son reemplazados por los derechos de los accionistas. Además, una norma así se establecería sin perjuicio de los intereses de la sociedad ni de los accionistas. La condición establecida en el artículo 20 contiene una norma de esa naturaleza, pues permitiría al Estado de la nacionalidad de la sociedad continuar protegiendo a la sociedad después de su desaparición ocasionada por el perjuicio que le ha sido causado. La consecuencia de esta condición no sería, sin embargo, la de excluir el derecho del Estado de la nacionalidad de los accionistas a iniciar una reclamación cuando la sociedad dejara de existir, a pesar del hecho de que una aplicación estricta de la regla de la continuidad podría impedir que ese Estado protegiera a los accionistas si (como normalmente ocurrirá) el perjuicio se produjera antes de la disolución de la sociedad.

104. Una consecuencia necesaria de esta propuesta es que habrá una “zona gris” de tiempo en que tanto el Estado de la nacionalidad de la sociedad como el Estado de la nacionalidad de los accionistas podrían presentar reclamaciones diplomáticas. En teoría, no se puede objetar a esa dualidad de reclamaciones. La protección diplomática otorgada por dos Estados a quienes tienen doble nacionalidad y la otorgada por la organización y por el Estado a los funcionarios públicos internacionales demuestra que esa solución no es discordante con las normas vigentes²⁶⁵. Tampoco es probable que plantee problemas en la práctica. Los dos Estados que otorgan protección probablemente se conducirán con cautela al hacerse cargo de las reclamaciones de sus nacionales en la “zona gris” de tiempo. Además, como observó el Magistrado Jessup en el caso *Barcelona Traction*:

“En el caso de dos intervenciones diplomáticas justificables, diferentes pero simultáneas, con respecto al mismo acto ilícito, el demandado podrá eliminar a uno de los demandantes demostrando que se ha llegado a un total acuerdo con el otro.”²⁶⁶

105. El artículo 20 (incluso la condición) se ocupa de la regla de la continuidad con respecto a las *sociedades*. El artículo 4 del presente proyecto de artículos trata de la regla de la continuidad con respecto a las personas físicas. Esta última regla abarcará a los accionistas cuando éstos son personas físicas en lugar de personas jurídicas. Por consiguiente, parece innecesario redactar una norma separada sobre continuidad para los accionistas. En los casos en que un Estado de la nacionalidad de los accionistas trate de intervenir en favor de sus nacionales en las circunstancias descritas en el apartado b) del artículo 18 y en el artículo 19 y, en la mayoría de los casos, en las circunstancias del apartado a) del artículo 18 (con sujeción a la hipótesis sobre la “zona gris” descrita en el párrafo 85), deberá cumplir los requisitos de continuidad prescritos en el artículo 4.

²⁶⁵ Véase *supra*, párr. 34. Véase también L. C. Caflisch, “The Protection of Corporate Investments Abroad in the Light of the Barcelona Traction Case”, (1971) 31 *Zeitschrift für ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 162, 193.

²⁶⁶ 1970 *I.C.J. Reports*, pág. 200.