

Padilla Nervo, Morelli y Ammoun se alzaron firmemente contra ella.

29. Después del fallo en la causa *Barcelona Traction*, se observa cierto apoyo en favor de este principio sobre todo en el contexto de la interpretación de los tratados sobre inversiones. En la causa *ELSI*, una sala de la CIJ autorizó a los Estados Unidos a proteger a los accionistas americanos de una sociedad italiana constituida y registrada en Italia a la que el Gobierno italiano había causado un perjuicio. En ese caso, la sala no trató esta cuestión pero estaba claramente presente en el espíritu de algunos de los jueces, como atestiguan los argumentos intercambiados por el juez Oda y el juez Schwebel en sus opiniones separadas; y el juez Schwebel se mostró muy favorable a esta excepción. Es difícil saber qué conclusión se debe extraer del fallo pronunciado en la causa *ELSI*. Parece sin embargo que este fallo refuerza la posición de la mayoría de los jueces que se declararon favorables a esa excepción en la causa *Barcelona Traction*.

30. En resumen, antes del fallo de la causa *Barcelona Traction*, la excepción examinada gozaba de cierto apoyo, aunque las opiniones estaban divididas. El *obiter dictum* de la CIJ en el fallo de la causa *Barcelona Traction* y las opiniones separadas de algunos de sus jueces dieron peso a los argumentos favorables a la excepción. La evolución ulterior de la situación, sobre todo en el contexto de la interpretación de los tratados, ha confirmado esta tendencia. Además, tanto los Estados Unidos como el Reino Unido se han declarado favorables a ella. Actualmente, los autores siguen divididos acerca de la cuestión. El Relator Especial propone por su parte a la Comisión que acepte esta excepción, que no se debería limitar a los casos en que la sociedad víctima de un perjuicio haya sido obligada a constituirse en el Estado autor del perjuicio, sino que debería aplicarse también a las situaciones en las cuales la sociedad no está «prácticamente extinta». Sin embargo, si la Comisión abrigase reservas en cuanto a esta excepción, sería muy difícil prescindir de los casos en que la sociedad se ha visto obligada a constituirse en el Estado autor del perjuicio para poder desplegar en él actividades comerciales.

*Se levanta la sesión a las 11.30 horas.*

## 2757.ª SESIÓN

*Miércoles 14 de mayo de 2003, a las 10.00 horas*

*Presidente:* Sr. Enrique CANDIOTI

*Miembros presentes:* Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Chee, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sra. Escameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kolodkin, Sr. Koskeniemi, Sr. Mansfield, Sr. Melescanu, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Yamada.

## Protección diplomática<sup>1</sup> (continuación) (A/CN.4/529, secc. A, A/CN.4/530 y Add.1<sup>2</sup>, A/CN.4/L.631 y Corr.1)

[Tema 3 del programa]

### CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. BROWNLIE dice que el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/530 y Add.1) es útil y está bien documentado y que su calidad es equiparable a la calidad de su presentación por el Relator Especial, quien especifica que limita su estudio a la protección diplomática de las sociedades. Personalmente, no le parece que se justifique verdaderamente esta restricción y confía en que no se haga demasiado hincapié en ella. Hay otras personas jurídicas —municipios, autoridades locales, universidades, asociaciones profesionales y organizaciones no gubernamentales— que pueden necesitar protección diplomática y en algunos casos importantes han intervenido universidades y municipios, por ejemplo, Ratibor.

2. Se están concertando en la actualidad numerosos tratados bilaterales de inversiones y cabe preguntar en qué medida la pauta que marcan estos tratados constituye prueba de la evolución del derecho internacional consuetudinario. Existen hoy en día más de 2.000 tratados bilaterales de inversiones, pero el número no equivale necesariamente a calidad y sigue siendo necesario descubrir la *opinio juris*. El orador tiene la impresión de que, cuando los tratados de esta clase conducen de hecho a un arbitraje en el que el derecho aplicable es una combinación del derecho del Estado demandado y el derecho internacional público, el efecto es extraordinariamente desequilibrante. Un laudo reciente, que no es todavía de dominio público, ilustra esta afirmación. Los tratados de esta clase plantean pues problemas de política muy graves.

3. La causa *Barcelona Traction* ocupa un lugar importante en la doctrina sobre protección diplomática. El Relator Especial pregunta en su informe si la decisión de la CIJ en la causa *Barcelona Traction* vincula a la Comisión, pero este problema no debería plantearse: la decisión fue objeto de una cuidadosa argumentación por dos despachos importantes de abogados internacionalistas, forma parte de la doctrina y hay que tomarla sencillamente muy en serio. La causa *ELSI* se ha de tomar también en serio. Ésta se basa claramente en una causa de acción relacionada con un tratado bilateral de amistad y las presuntas incongruencias entre los asuntos *ELSI* y *Barcelona Traction* no deben preocupar demasiado a la Comisión.

4. El elemento central en la causa *Barcelona Traction* es una cuestión de política. La CIJ, a la que a veces se acusa de no tener en cuenta la política, la tuvo muy claramente en cuenta en esa ocasión, puesto que consideró que si el titular de acciones al portador, que permanecen en el mercado durante largos períodos, puede emerger del caparazón de la empresa para formular una reclamación, la

<sup>1</sup> Véase el texto de los artículos 1 a 7 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática, con sus comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 54.º período de sesiones en *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), cap. V, secc. C.

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 2003*, vol. II (primera parte).

inestabilidad resultante sería considerable. Los Estados y los terceros podrían difícilmente pronosticar con claridad quiénes serán efectivamente sus visitantes económicos y la población de titulares de acciones al portador cambiaría constantemente. Esta es claramente una cuestión fundamental de política y también de orden público. A juzgar por el párrafo 10 del informe, el Relator Especial parece haber aceptado las líneas generales de política de la causa *Barcelona Traction*.

5. La primera parte del proyecto de artículo 17 plantea graves problemas que deberá resolver el Comité de Redacción. En el proyecto de artículo 18 se propone que los accionistas no reciban protección diplomática y que sus reclamaciones no sean admisibles aisladamente de su relación con una sociedad. El apartado *a* contiene la excepción: que la sociedad haya dejado de existir en el lugar de su constitución. La excepción, que no es controvertible y que parece basarse en el sentido común, no plantea dificultades al orador. En algunos círculos se prefiere sin embargo un criterio más flexible que permita al accionista obtener separadamente la protección y el reconocimiento de sus intereses cuando la empresa exista en principio pero esté prácticamente extinta. Aunque el orador no tiene una opinión muy definida a este respecto, parece efectivamente haber margen para debate.

6. La segunda excepción, que figura en el apartado *b* del proyecto de artículo 18, a saber, que la sociedad tenga la nacionalidad del Estado responsable de causar perjuicio a la sociedad, es muy discutible y el orador se opone a que se la incluya. En los párrafos 65 a 87 del informe se examinan cuidadosamente todas las pruebas, pero la autoridad a favor de la excepción no es grande. En un pasaje de su propia publicación, *Principles of Public International Law*, citada en parte en el párrafo 85 del informe, el orador decía que la excepción, si existiese, sería anómala porque ignoraría la norma tradicional de que un Estado no es culpable de una violación del derecho internacional por haber causado perjuicio a uno de sus propios nacionales y que, si se aceptaban las consideraciones generales de política aducidas por la CIJ en la causa *Barcelona Traction*, entonces la presunta excepción queda descalificada<sup>3</sup>.

7. A reserva de estas observaciones, el orador opina que los proyectos de artículo 17 y 18 se pueden remitir al Comité de Redacción.

8. El Sr. PELLET es un ferviente defensor del apartado *b* del proyecto de artículo 18, pero resumirá sus opiniones más tarde. De momento, desearía que el Sr. Brownlie aclarase su declaración de que ciertos municipios o universidades pueden necesitar protección diplomática. Naturalmente algunas universidades no son públicas sino privadas, pero los municipios son siempre emanaciones del Estado y no pueden por lo tanto sufrir un perjuicio directo ni necesitan protección diplomática puesto que forman parte del Estado y actúan en su nombre.

9. El Sr. BROWNLIE dice que, en el caso de una institución que se halle bajo el control directo del Estado, lo que dice el Sr. Pellet es perfectamente cierto. No sucede

lo mismo sin embargo en el caso de muchas universidades o instituciones de menor nivel en las que el Estado puede tener un interés muy indirecto pero que, por lo menos a efectos del derecho local, son instituciones privadas. Si hubiese sido posible litigar ante los tribunales de Ucrania cuando se produjo el desastre de Chernóbil, por ejemplo, el litigio se habría revelado difícil porque la institución responsable del reactor era de hecho una institución de derecho privado. Hay muchas otras instituciones que es difícil clasificar en el sector público o en el sector privado.

10. En respuesta a una pregunta sobre el mismo tema del Sr. Pellet, el orador dice que no hay una manera fácil, ni siquiera en el derecho público comparado, de definir el estatuto jurídico de las autoridades locales. En el derecho anglosajón, las autoridades locales no son en modo alguno una simple emanación del Estado: salvo en Londres, el Estado no las controla.

11. El PRESIDENTE dice que, si las autoridades locales actúan como un órgano del Estado, el Estado puede entonces actuar directamente en cumplimiento de sus obligaciones y la protección diplomática no entra en juego. La protección diplomática es un cauce indirecto para dar protección a personas físicas o jurídicas que tienen la nacionalidad del Estado.

12. El Sr. KOSKENNIEMI señala que se están aplicando al problema dos razonamientos de política contradictorios. En relación con el párrafo 85 del informe, desearía saber por qué el Sr. Brownlie opina que la política general en el caso *Barcelona Traction* prima sobre la preocupación particular descrita por el Relator Especial en el párrafo 65, en el que defiende la excepción del apartado *b* del proyecto de artículo 18 utilizando muy claramente un razonamiento de política distinto: con 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 legislación. El Relator Especial sigue diciendo que el Estado puede entonces tomar medidas discutibles contra esa empresa y abrir la puerta a la evasión de la ley, a menos que exista una excepción como la propuesta en el apartado *b* del proyecto de artículo 18.

13. El Sr. BROWNLIE dice que los casos más graves encierran un ataque directo contra los intereses del accionista pero, si el accionista tiene igual nacionalidad que la empresa, se plantea un importante problema de principio. La argumentación es doble: por un lado, el parámetro de la protección o la no protección de los accionistas y, por otro, el parámetro más general de la manera en que el Estado trata a sus propios nacionales. No es sorprendente que la cuestión haya dado lugar a grandes divergencias de opiniones en la doctrina. Muchos internacionalistas consideran la excepción poco atractiva.

14. El Sr. KAMTO opina que el Relator Especial ha presentado un informe riguroso y completo sobre un tema difícil: la protección diplomática de las sociedades.

15. En el párrafo 10 se habla del riesgo de que la sociedad pueda declinar, en ejercicio de su facultad discrecional,

<sup>3</sup> Véase I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5.ª ed., Oxford University Press, 1998, en particular pág. 495.

el derecho a ejercer la protección diplomática, pero seguramente se habla del Estado de nacionalidad de la sociedad y no de la sociedad propiamente dicha. El párrafo 17 está tan maravillosamente equilibrado que es difícil saber hacia dónde se inclina el Relator Especial. Si, como afirma más adelante y como se deduce del proyecto de artículo 17, la causa *Barcelona Traction* está anticuada y no refleja ya el derecho contemporáneo en materia de inversiones internacionales, el derecho deberá evolucionar sobre la base de la práctica seguida en los tratados bilaterales y multilaterales de inversiones con objeto de codificar la protección diplomática de los accionistas, aunque con la imposición de ciertas condiciones. En cambio, si la causa *Barcelona Traction* sigue siendo hoy en día una manifestación exacta del derecho consuetudinario pertinente, habrá que proceder a un ejercicio de equilibrio.

16. Es difícil imaginar que, con objeto de obtener una indemnización, los inversionistas extranjeros prefieran la protección diplomática a la protección que ofrecen los tratados sobre inversiones. Esta protección es a menudo extensísima y se expresa en cláusulas de arbitraje que, según laudos recientes, están sembradas de escollos para los Estados. En todo caso, es mucho más fácil desencadenar esta protección que la protección diplomática, como atestiguan las decisiones recientes del CIADI.

17. No se puede razonar hoy en día de la manera en que lo hizo el magistrado Padilla Nervo en su opinión separada acerca de la causa *Barcelona Traction*. En aquel momento tenía indudablemente razón cuando dijo que los Estados que necesitaban la protección son los Estados más pobres o más débiles en los que tienen lugar las inversiones. Éstos siguen necesitando protección, pero el contexto ha cambiado. Con ayuda de la mundialización, la inversión se efectúa ahora en diferentes direcciones: en efecto, muchos inversionistas de países en desarrollo invierten en otros países en desarrollo.

18. El Relator Especial ha hablado del riesgo de apatridia si se acepta el criterio del vínculo objetivo. Este vínculo se incorporó sin embargo en la decisión tomada en la causa *Barcelona Traction*, aunque los términos eran diferentes de los de la causa *Nottebohm*, lo que era comprensible porque en esta última se trataba de una persona física y no de una persona jurídica. La cuestión reside en si la Comisión desea fomentar el fenómeno de los paraísos fiscales, aunque sea indirectamente, negando oficialmente la existencia de un vínculo efectivo. El orador espera por su parte que no, especialmente porque la decisión de la *Barcelona Traction* iba en dirección opuesta.

19. La protección de los accionistas de conformidad con la excepción prevista por la CIJ en la causa *Barcelona Traction* es fundamental cuando el Estado que ha lesionado a la sociedad es el Estado de nacionalidad de esa sociedad. El Relator Especial propone que la Comisión admita este caso como excepción, cuando se haya obligado a la sociedad a constituirse con arreglo al derecho interno del Estado en el que haya efectuado la inversión. Parece un requisito innecesario, salvo si se tiene en cuenta que, sin él, el inversionista podría haber ido a otro lugar. Un inversionista tiene siempre la posibilidad de no invertir en un país determinado, pero lo importante es ofrecer una

válvula de seguridad jurídica final al accionista, que de lo contrario se vería totalmente desposeído sin tener siquiera la posibilidad de someter su caso a un tercero objetivo, a saber, un tribunal internacional.

20. A veces, el inversionista no puede esperar ninguna ayuda del Estado, como se puede observar en la causa *Biloune*. El Sr. Biloune, de nacionalidad siria, había residido en Ghana durante 22 años antes de su expulsión en 1987. En Ghana había creado una sociedad, el 60% de cuyas acciones le pertenecían. La sociedad había concluido acuerdos con sus asociados de Ghana para construir un complejo hotelero en Accra. Las autoridades invocaron la ausencia de un contrato de construcción, detuvieron la edificación y derribaron una parte del edificio. Detuvieron luego al Sr. Biloune y 13 días más tarde lo expulsaron. El orador pregunta si es imaginable que la sociedad del Sr. Biloune, que luego quebró, obtuviese la protección diplomática del Estado de su nacionalidad. En un caso semejante, el accionista, y por supuesto el accionista mayoritario, debe poder solicitar la protección diplomática del Estado de su nacionalidad, que en este caso era Siria. Conviene favorecer esta posibilidad, en especial porque en cierta legislación interestatal, como la de la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África, puede existir ahora una sociedad compuesta de un solo accionista que tenga personalidad jurídica distinta de la de ese único accionista.

21. El Sr. Brownlie tiene derecho a suscitar la cuestión de la protección de los accionistas en derecho internacional, pero proteger a los accionistas extranjeros no es igual que proteger a los nacionales. Es la empresa, y no el accionista extranjero, la que tiene la nacionalidad del país donde se ha realizado la inversión. Los accionistas nacionales deben poder proteger sus derechos en el Estado de su nacionalidad, con arreglo a la legislación interna. Los accionistas nacionales están sujetos al derecho interno. Por lo tanto, los procedimientos son distintos según la nacionalidad del accionista; esta es la única manera de evitar la cuestión de principio mencionada por el Sr. Brownlie. Sin embargo, ello no debe impedir que la Comisión prevea la protección diplomática de los accionistas extranjeros.

22. El orador está de acuerdo con el texto del proyecto de artículo 17, pero es partidario de que se suprima la frase entre corchetes. El proyecto de artículo 18 es aceptable, pero en el apartado *a* de este artículo se debe fijar un plazo. Si una sociedad quiebra, no debe tener la posibilidad de recurrir a la protección diplomática indefinidamente. Quizá el plazo podría contar a partir de la fecha en que la sociedad anuncie la quiebra. De igual modo, en el apartado *b* se debe incluir la condición de un «plazo razonable» para el ejercicio de la protección diplomática.

23. El Sr. PELLET está casi enteramente de acuerdo con los comentarios del Sr. Kamto, en particular con su defensa del apartado *b* del proyecto de artículo 18, pero le desconcierta hasta cierto punto que sea necesario de pronto abordar la cuestión del plazo para la protección de los accionistas de una sociedad. Esta cuestión se podría fácilmente plantear en el tema general de la protección diplomática. La cuestión reside en si se puede reclamar

indefinidamente la protección diplomática. Sin embargo, los efectos jurídicos de la determinación del momento en que el tiempo ha corrido son un problema tan general en derecho internacional que no está seguro de que sea necesario recogerlo en el proyecto de artículos.

24. El Sr. KAMTO estima que, como el artículo versa sobre una excepción a la regla, la Comisión debe por lo menos pedir que se imponga un plazo razonable. Los accionistas extranjeros no deben disponer indefinidamente de este recurso. Sin embargo, si los demás miembros no están convencidos, no insistirá.

25. El Sr. MOMTAZ supone que la especificación de un plazo razonable tiene por objeto evitar la proliferación de reclamaciones de los Estados de nacionalidad de los accionistas.

26. El Sr. Sreenivasa RAO dice que, si entiende bien, según el Sr. Kamto, cuando una empresa se constituye en un Estado determinado, tiene la nacionalidad de dicho Estado y, si esa sociedad es lesionada por una acción del Estado donde está constituida, es indispensable buscar la solución en los tribunales nacionales de ese Estado. Sin embargo, el apartado *b* del proyecto de artículo 18 se refiere a la medida en que se puede admitir que un Estado dé protección diplomática a sus nacionales que son accionistas de una sociedad constituida en otro Estado. El Estado sólo podrá ofrecer la protección diplomática si la persona lesionada tiene su nacionalidad. No se debe tratar a los accionistas como a un grupo separado, ni se les debe ofrecer una protección separada. La Comisión no está hablando de personas físicas separadamente de la propia sociedad. El Relator Especial ha destacado acertadamente que la personalidad de una sociedad es diferente de la personalidad de sus accionistas. Así, si la protección diplomática está vinculada a la personalidad de la sociedad, ¿cómo se puede dar protección diplomática separada a los extranjeros que son accionistas de una sociedad? Si la Comisión decide que un Estado tiene derecho a dar protección diplomática a los nacionales que son accionistas de una sociedad constituida en otro país se plantearían problemas, como bien sabe el Sr. Kamto.

27. El Sr. KAMTO responde a las observaciones del Sr. Sreenivasa Rao y dice que el Relator Especial ha tratado de dar cabida a las excepciones previstas en la causa *Barcelona Traction*. Este punto de vista es acertado, porque corresponde a la situación reinante en la comunidad internacional. La Comisión no puede pretender que el derecho aplicable a las inversiones no se guía por reglas especiales. La inversión extranjera no está en igual posición que la inversión nacional en el sistema jurídico del Estado que la recibe. Podría estarlo si la sociedad se hubiese establecido con arreglo a las normas del derecho internacional, pero el hecho es que la inversión extranjera ha gozado siempre de una protección especial, ya sea a través de los acuerdos bilaterales o multilaterales de inversión, ya sea gracias a la protección diplomática. La cuestión reside en cómo puede agotar los recursos locales una sociedad lesionada por el Estado donde está constituida, como en el caso *Biloune*. Es difícil imaginar cómo alguien a quien se ha encarcelado y luego expulsado puede agotar los recursos locales.

28. Aun suponiendo que estos recursos se pudiesen agotar y que los derechos de la sociedad no estuviesen suficientemente protegidos, los accionistas extranjeros deberían poder recurrir al Estado de su nacionalidad para obtener la protección de que no disponen en el derecho interno. En el caso *Biloune*, quizá los nacionales de Ghana que poseían el 40% restante de las acciones de la sociedad podrían haber incoado una acción legal en Ghana; el Sr. Biloune podía haber tratado de hacerlo desde el extranjero, pero es sumamente improbable que su acción hubiese prosperado. Tiene que haber alguna manera de ofrecer protección en estos casos con arreglo al derecho internacional.

29. El Sr. PELLET estima que los comentarios del Sr. Kamto no aclaran el problema. Sería preferible introducir la posibilidad del agotamiento de los recursos locales. La Comisión debe examinar las circunstancias en que es posible la protección diplomática, es decir, en las que los recursos locales no tienen posibilidad de prosperar, que es en lo que piensa el Sr. Kamto en relación con el caso *Biloune*. Otro ejemplo es el caso *Diallo* que está pendiente ante la CIJ. El punto que se debate es el de la sociedad que tiene la nacionalidad del Estado donde se ha constituido. En principio la protección diplomática no se puede ejercer, porque no se cumple la condición especificada en el proyecto de artículo 17 que reafirma la decisión en la causa *Barcelona Traction*. La cuestión sólo se plantea cuando un accionista extranjero, que podría o no ser mayoritario, está procesado por las autoridades y no puede ejercer sus derechos. En estos casos, el apartado *b* del proyecto de artículo 18 es una válvula de seguridad esencial. Sin embargo, lo que está en causa no es el agotamiento de los recursos locales, sino más bien la otra condición para el ejercicio de la protección diplomática, es decir, la nacionalidad. Si la Comisión se limita al principio de la *Barcelona Traction*, recogido en el proyecto de artículo 17, el accionista no gozará de protección alguna y la situación de la sociedad es perfectamente opaca. Si la sociedad que ha sido víctima de los actos internacionalmente ilícitos del Estado en cuyo territorio funciona tiene la nacionalidad de este Estado, entonces se justifica el apartado *b* del proyecto de artículo 18. La Comisión debe actuar como si se hubieran agotado o no fuera posible agotar los recursos locales.

30. La Sra. ESCARAMEIA hace suyas las sugerencias del Relator Especial en relación con los proyectos de artículo 17 y 18 y es partidaria de que se suprima la frase entre corchetes al final del párrafo 2 del proyecto de artículo 17, porque es la consecuencia lógica de la premisa en que se funda la disposición.

31. La justificación del Relator Especial para elegir el principio aplicado en la causa *Barcelona Traction* es que ésta sigue siendo la práctica seguida por la mayoría de los Estados. Al analizar la causa *Barcelona Traction*, el Relator Especial ha destacado que la CIJ estaba dividida y que podía haber tenido en cuenta el trato que se daba a las sociedades extranjeras en tiempo de guerra, la práctica estatal de pago mediante acuerdos de indemnización global, los tratados sobre inversiones y los laudos arbitrales, incluido el caso *Delagoa Bay Railway*. También se examina la práctica de los acuerdos bilaterales de inversiones,

los estudios de Bederman y Kokott<sup>4</sup> y el caso *ELSI*, en los que esencialmente se aborda la misma situación. Los numerosos ejemplos citados inducen a confusión y podrían haber conducido a una conclusión precisamente opuesta. Se podían haber citado argumentos jurídicos como la equidad, la armonización con el vínculo efectivo en el caso *Nottebohm* y la analogía con la doble nacionalidad de las personas físicas. La oradora está sin embargo de acuerdo con la elección que ha hecho el Relator Especial en el proyecto de artículo 17, porque es la mejor solución en el mundo actual. Se trata de una elección basada más en política que en una necesidad legal.

32. A su juicio, la opción del Estado de nacionalidad de los accionistas podría dar origen a unas actuaciones largas y complejas, cuando no al caos. El Estado de nacionalidad de los accionistas crearía también problemas en relación con la regla de continuidad de la nacionalidad, puesto que las acciones cambian fácilmente de manos.

33. La opción del Estado de control económico (véase el párrafo 32 del informe) no está clara. El Relator Especial habla a este respecto de la mayoría de los accionistas, pero a veces el 1% de las acciones tiene más importancia para un Estado que el 30% para otro Estado. Todo depende del Estado. Así el principio del Estado de control económico sería injusto, porque podría tener un efecto mayor en la economía de los Estados que carecen del control económico y que solicitarían más probablemente la protección.

34. Si se adopta la idea del vínculo efectivo del Estado de constitución, la mayoría de las sociedades serían apátridas, porque en la práctica no tendrían posibilidad alguna de obtener la protección diplomática. Como ha señalado acertadamente el Sr. Kamto, la Comisión no desea seguramente fomentar el recurso a los paraísos fiscales pero no quiere desprover a las sociedades de la posibilidad de la protección diplomática. La doble protección de los accionistas —por el Estado de constitución y por el Estado de nacionalidad de los accionistas— crearía también numerosos problemas. La solución *Barcelona Traction* sigue siendo la más segura, más clara, más fácilmente aplicable y que menos induce a confusión.

35. En cuanto al apartado *a* del artículo 18, la condición de que la sociedad haya dejado de existir puede establecer un umbral excesivamente elevado. Sería preferible utilizar las palabras «prácticamente extinta» como en el caso *Delagoa Bay Railway* o la frase «priva a los accionistas de la posibilidad de disponer de un recurso por intermedio de la sociedad» como en la causa *Barcelona Traction* [pág. 41, párr. 66]. De esta manera, la sociedad no habría dejado realmente de existir pero sería simplemente inoperante, lo que no deja ninguna posibilidad de recurso.

36. La oradora está de acuerdo en que el apartado *b* del proyecto de artículo 18 plantea la cuestión de la equidad. Si la sociedad está obligada a adquirir la nacionalidad del Estado donde se constituye, un equivalente de la «cláusula Calvo»<sup>5</sup> entraría en juego porque dicha sociedad quedaría privada de toda protección. Este caso es frecuente

y en el informe se citan numerosos ejemplos, como los casos *Delagoa Bay Railway*, *Mexican Eagle* y *El Triunfo Company*. Es necesario aceptar estas importantes excepciones; lo contrario sería injusto para las sociedades. Si se reconocen estas excepciones y si la Comisión decide que el Estado de nacionalidad del accionista tiene derecho a ejercer la protección diplomática, se plantea la cuestión de qué Estado tiene ese derecho: ¿todos ellos o solamente los que ejercen el control económico? El Relator Especial parece pensar en cualquier Estado de cualquier accionista. En principio, la oradora no se opone a esta solución, pero quizá fuese preferible incluir una referencia al control económico de la sociedad, que sería entonces necesario definir.

37. El Sr. BROWNLIE se refiere a la cuestión de la equidad mencionada por la Sra. Escameia cuando habla de la segunda excepción contenida en el proyecto de artículo 18 y dice que es difícil saber cómo se aplicaría la equidad en este caso. ¿Acaso vivimos en un mundo en el que es obligatoria la importación de capital extranjero? Muy al contrario, los inversionistas actúan libremente y pueden elegir efectuar la inversión de la manera que les parece oportuno. Si se les dice que es necesario constituir una sociedad local, no es injusto, a juicio del orador, que se exija a los inversionistas que cumplan ciertas condiciones. La equidad no es unilateral. Como resultado de los tratados bilaterales sobre inversiones y de otras influencias, el principio de los recursos locales es de todos modos frecuentemente inaplicable y el Estado que recibe el capital extranjero tiene a menudo que hacer frente al arbitraje obligatorio. Es curioso afirmar que se trata de un asunto de equidad. Los inversionistas tienen que correr algunos riesgos. La actitud de los inversionistas reclamantes en virtud de un tratado bilateral sobre inversiones es que disponen de ciertas garantías y que, si las cosas van mal, van a recibir una enorme indemnización, que puede equivaler a un porcentaje considerable de la economía local. Es importante pues tener mucho cuidado cuando se introducen consideraciones de equidad.

38. El Sr. Sreenivasa RAO está de acuerdo con algunas de las observaciones del Sr. Brownlie. La preocupación del Relator Especial por la apatridia de algunas sociedades, a la que se ha referido la Sra. Escameia, es un problema de por sí pero, en el contexto del desarrollo económico y dadas las políticas de los países que desean recibir inversiones, los acuerdos contractuales que actualmente se concluyen, ya sean acuerdos sobre inversiones ya sean otros tipos de arreglo, las condiciones contractuales estrictas impuestas al Estado que recibe las inversiones y la amenaza de enormes indemnizaciones en caso de arbitraje, la cuestión de la apatridia no parece plantear un problema. La apatridia es una situación en la que no existe ningún otro recurso y nadie está dispuesto a defender la causa de la persona perjudicada, a la que se priva de todo medio para recibir indemnización por un perjuicio grave.

39. El orador pregunta con qué frecuencia se efectúan las nacionalizaciones hoy en día y cuán grave es el problema en relación con la apatridia. Habrá que analizar la situación si la Comisión desea hablar de equidad. En algunos casos se pide a los Estados una fuerte indemnización en detrimento de la economía local; de ahí la necesidad de

<sup>4</sup> Véase 2756.ª sesión, nota 5.

<sup>5</sup> Véase *Anuario...* 1956, vol. II, documento A/CN.4/96, págs. 203 y 204.

tener cuidado cuando se defiende la apatridia en el apartado *b* del proyecto de artículo 18.

40. El Sr. SEPÚLVEDA concuerda con el Sr. Sreenivasa Rao en que la cuestión de la apatridia es intrascendente, porque la sociedad tiene que adquirir la nacionalidad del Estado en el que se constituye en virtud de la legislación interna. Esa sociedad no está indefensa y tiene diversos tipos de recurso, incluido el arbitraje internacional obligatorio previsto en los tratados bilaterales sobre garantías y protección de las inversiones extranjeras. Hay sin embargo otro elemento que no se ha tenido suficientemente en cuenta: el Estado en que se constituye la sociedad dispone de un sistema jurídico para la solución de controversias. El Sr. Kamto ha citado un caso extremo en el que el sistema jurídico interno no se aplicó, pero en la inmensa mayoría de los casos ese sistema funciona bien y, como resultado, las sociedades constituidas, registradas y domiciliadas en un Estado tienen a su disposición recursos internos. Sólo en casos excepcionales es necesario recurrir a un tribunal internacional de arbitraje o solicitar la protección diplomática.

41. El Sr. DUGARD (Relator Especial) está de acuerdo con las observaciones del Sr. Sepúlveda en respuesta al Sr. Sreenivasa Rao y dice que la Comisión no está examinando un problema de apatridia: la sociedad está constituida en el Estado en que negocia, de modo que tiene la nacionalidad de ese Estado. De igual modo, los accionistas no son apátridas porque tienen su propia nacionalidad como personas físicas. Como ha señalado el Sr. Sepúlveda, en la mayoría de los casos la sociedad dispondría efectivamente de recursos en el derecho interno del Estado de constitución. Sólo cuando se hubiesen agotado esos recursos y no se hubiese obtenido justicia entraría en juego el apartado *b* del proyecto de artículo 18.

42. El Sr. PELLET está de acuerdo con el razonamiento del Relator Especial. En la situación normal de la causa *Barcelona Traction*, la sociedad A adquirió la nacionalidad del Estado B y sufrió un perjuicio en el Estado C, siendo así que el accionista era accionista del Estado B. En la situación a que se refiere el apartado *b* del proyecto de artículo 18, el accionista sigue siendo accionista del Estado B, pero la sociedad A tiene la nacionalidad del Estado en el que ha sufrido el perjuicio. La diferencia está en que, para establecer una analogía con la causa *Barcelona Traction*, la sociedad no es ya una sociedad canadiense sino una sociedad española y, si la sociedad es española, la situación cambia completamente. Suscitar la cuestión de la apatridia sirve solamente para complicar las cosas, porque una sociedad no puede ser apátrida. Aparte de la cuestión de la apatridia, la Sra. Escarameia tenía razón y desde un punto de vista puramente formal se trata, como ha señalado el Sr. Sepúlveda, de una cuestión interna para el Estado que ha causado el perjuicio. Sin embargo, si no se aventurase más allá de estas consideraciones puramente formales, no se trataría ya de un problema interno, porque la presencia de un accionista convierte en interno un problema internacional. En estas circunstancias es justo recurrir a la solución del apartado *e* del proyecto de artículo 18, porque la causa *Barcelona Traction* ya no se aplica, dado que la sociedad era española y el accionista seguía siendo belga.

43. La Sra. ESCARAMEIA dice que la cuestión que había suscitado —y que también había suscitado el Relator Especial en su informe— era que esta situación equivaldría *virtualmente* a la apatridia en el sentido de que la sociedad no tendría ningún Estado que la protegiera. El apartado *b* del proyecto de artículo 18 se aplica a un caso verdaderamente extremo, en el que no es posible agotar los recursos locales o éstos han sido agotados ya, no se puede recurrir al arbitraje obligatorio y la sociedad carece absolutamente de protección porque tiene la nacionalidad del Estado que le ha causado el perjuicio. La oradora pregunta si la Comisión desea o no proteger el capital y las inversiones de una sociedad en esta situación. Esta es la decisión de política que debe tomar.

44. El Sr. Sreenivasa RAO dice que, cuando suscitó la cuestión de la apatridia, estaba hablando en sentido figurado. Si se excluyen las circunstancias previstas en el apartado *b* del proyecto de artículo 18, según algunos miembros, tal como lo ha entendido, puede surgir una situación equivalente a la apatridia.

45. El Sr. KOLODKIN estima que el Relator Especial ha definido correctamente el alcance de su informe y el alcance del proyecto de artículo. El informe contiene una formulación relativamente clara de un aspecto del derecho internacional consuetudinario que está maduro para la codificación. El orador no está seguro sin embargo de que se pueda decir lo mismo de la protección diplomática de otras entidades. Justificadamente, el informe dedica poco espacio al análisis de la causa *Barcelona Traction*, porque es la causa en la que se formularon los principios generales que rigen la protección diplomática de las sociedades. También es cierto que no se ha dedicado espacio suficiente a la causa *ELSI*, caso relativo a las consecuencias de la aplicación específica de un tratado internacional preciso y esencialmente un caso de aplicación de una *lex specialis*.

46. El análisis que hace el Relator Especial de las posibles formulaciones hipotéticas de la norma de la protección diplomática de las sociedades es muy útil y permite evaluar los criterios con que se aborda efectivamente la cuestión, sobre todo en la doctrina. Por último, aunque no menos importante, las conclusiones del Relator Especial merecen apoyo en su conjunto.

47. En primer lugar, el orador está de acuerdo con el criterio general y con la metodología y puede apoyar la propuesta que formula el Relator Especial en el párrafo 47 de su informe, es decir, que los artículos se elaboren sobre la base de los principios establecidos en la causa *Barcelona Traction*. Es importante que este criterio sea también compatible con las opiniones de los Estados, por lo menos con las que han formulado en la Sexta Comisión.

48. En segundo lugar, en relación con el fondo, sería correcto empezar codificando la norma que confiere el derecho a ejercer la protección diplomática de las sociedades al Estado de su nacionalidad, antes de empezar a formular sus excepciones, es decir, los casos en que puede gozar de ese derecho el Estado de la nacionalidad de los accionistas. El proyecto de artículo 17 no le plantea ningún problema, pero abraja otras dudas en cuanto a las

excepciones. Como ha indicado acertadamente el Relator Especial, la CIJ reconoció las excepciones en la causa *Barcelona Traction*, aunque en diferentes grados. Es preciso sin embargo señalar que esa parte del fallo de la Corte suscitó opiniones divergentes. Las excepciones figuran en el proyecto de artículo 18, pero quizá también en el proyecto de artículo 19. En este caso, quizá fuese útil no separar la presentación de los proyectos de artículo 18 y 19. Cabe sin embargo que otros miembros de la Comisión tengan una opinión diferente y el orador dejaría el asunto de la presentación en manos del Relator Especial.

49. No tiene ninguna duda fundamental sobre la excepción prevista en el apartado *a* del proyecto de artículo 18, aparte de unos detalles de redacción poco importantes. Abriga sin embargo ciertas dudas en relación con el apartado *b* del mismo proyecto de artículo. Quizás se debiese limitar el posible alcance de la excepción al caso en que la legislación del país que recibe las inversiones puede exigir la creación de una sociedad. A este respecto, la excepción del apartado *b* del proyecto de artículo 18 sería perfectamente justificable. A juicio del orador, la Comisión haría además bien en limitarse a codificar los principios hallados en la causa *Barcelona Traction*, como observa el Relator Especial en el párrafo 27 de su informe, porque esa causa es reflejo del derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, los proyectos de artículo 17 y 18 se pueden remitir al Comité de Redacción.

50. El Sr. GAJA opina que, a pesar de la declarada renuencia del Relator Especial a examinar el tema de la protección diplomática de las personas jurídicas, su cuarto informe es el mejor que ha presentado hasta la fecha. Acoge con especial agrado la clara exposición que hace el Relator Especial de las opciones de que dispone la Comisión y de los argumentos de política en favor y en contra de cada posible solución.

51. La única razón de que el orador puede pretenderse conocedor en la materia es el hecho de que ayudó a Roberto Ago en su alegato sobre la protección diplomática de los accionistas en la causa *Barcelona Traction* y de que más tarde fue uno de los abogados que participaron en el caso *ELSI*, aunque en esa ocasión no habló de la cuestión que ahora se debate. En ambas ocasiones defendió la causa del Estado demandado, hecho que quizá influya en su actitud en el asunto que ahora se examina.

52. Está de acuerdo con el criterio del Relator Especial consistente en guiarse por el fallo pronunciado en la causa *Barcelona Traction* para presentar sus propias propuestas. Pese al intento realizado por ciertos comentaristas de extraer elementos del caso *ELSI* para fundamentar un nuevo examen de lo que dijo la CIJ en la causa *Barcelona Traction*, el orador opina que, a efectos de la Comisión, esta causa no permite cosechar gran cosa. La competencia de la Corte en el caso *ELSI* se limitaba a la interpretación y la aplicación de un Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre los Estados Unidos de América y la República Italiana<sup>6</sup>, uno de los muchos concertados por los Estados Unidos en el período que siguió inmediatamente a la segunda guerra mundial. Los Estados demandante y

demandado estaban de acuerdo en que el Tratado confería derechos a los accionistas, pero no lo estaban sobre el alcance de esos derechos. Por ejemplo, el derecho de los accionistas a organizar, controlar y administrar una sociedad en virtud del artículo III del Tratado ¿comprendía el derecho a que el activo de la sociedad no fuese confiscable? La Sala de la Corte no consideró necesario llegar a una conclusión sobre el alcance de los derechos, pero insinuó en algunos pasajes del fallo que era más aceptable interpretar más ampliamente la disposición del Tratado. El fallo en la causa *Barcelona Traction*, en la que se aplicaba el derecho internacional general, se mencionó de hecho, aunque de paso, en los alegatos de las partes pero difícilmente se lo puede considerar decisivo para la interpretación del Tratado en cuestión. Es perfectamente comprensible que los tratados bilaterales sobre inversiones y también los tratados de amistad, comercio y navegación, comenzasen por dar a los accionistas una protección más amplia que la que podrían obtener con el derecho internacional general.

53. En cuanto al principio fundamental que el Relator Especial extrae del fallo de la *Barcelona Traction* y presenta en el proyecto de artículo 17, el orador no tiene nada que oponer a que se suprima uno de los dos criterios formales que figuran en ese fallo, a saber, el criterio, actualmente entre corchetes, de la sede social. Como observa el Relator Especial, la sede social está generalmente situada en el Estado de constitución. A juicio del orador, la razón principal por la que la Corte había mencionado, tanto el lugar de constitución como la ubicación de la sede social en el Estado que ejerce la protección diplomática, era que los tribunales de los países de derecho romano tendían a dar importancia al lugar donde se hallaba la sede social, mientras que los países de derecho anglosajón preferían el criterio del lugar de constitución, en especial cuando surgía un conflicto de leyes. La Comisión puede perfectamente aceptar un solo criterio y la elección del lugar donde la sociedad está constituida parece justificada, dada su predominancia creciente en otras ramas del derecho.

54. Por otro lado, el orador dudaría en eliminar del principio general toda referencia a la existencia de un vínculo efectivo entre la sociedad y el Estado de nacionalidad. Ante todo, entiende que en el fallo de la *Barcelona Traction* se afirmaba esa exigencia, aunque se señalaba que «ninguna prueba absoluta de la “conexión tangible” había recabado aceptación general» [pág. 42, párr. 70]. De ahí que la CIJ hubiese utilizado de hecho esa prueba, como se señalaba en particular en la opinión separada del magistrado Fitzmaurice.

55. Además, como cuestión de política, las razones que militan en favor de que excluya una referencia a la efectividad en relación con la nacionalidad de la persona física no se aplican enteramente en el caso de algunas sociedades. En muchos Estados la constitución de la sociedad no está condicionada a la existencia de un vínculo importante entre la sociedad y ese Estado. Por lo tanto, la constitución es una relación mucho más tenue que la nacionalidad, como entre la persona física y el Estado. Hay que reconocer, como ha dicho el Relator Especial, que en ausencia de un vínculo efectivo es en todo caso poco probable que el Estado donde la sociedad está constituida

<sup>6</sup> Firmado en Roma, el 2 de febrero de 1948 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 79, n.º 1040).

ejerza la protección diplomática. Sin embargo, esta razón no parece suficiente para decir que el Estado de constitución *puede* ejercer la protección diplomática. Por lo tanto, el orador es favorable a la introducción de algún elemento en ese sentido.

56. En relación con las excepciones, el apartado *a* del proyecto de artículo 18 no le plantea, al igual que a otros miembros, ningún problema especial, aunque si suscita ciertas cuestiones de redacción y de fondo. En cuanto al apartado *b* del proyecto de artículo 18, el orador observa ante todo que, en el fallo de la *Barcelona Traction*, la CIJ fue mucho menos afirmativa a este respecto. Algunos elementos del párrafo 66 del fallo dan a entender, aunque implícitamente, que la Corte era favorable a la existencia de la excepción recogida en el párrafo *a* del proyecto de artículo 18 pero, en cuanto a la segunda excepción, en un pasaje citado en el párrafo 75 del cuarto informe, la Corte no hizo suya esta excepción de la misma manera que a las opiniones separadas de los magistrados Fitzmaurice, Tanaka y Jessup lo habían hecho. Cabe también recordar que el magistrado Padilla Nervo había afirmado que el pasaje en cuestión no significaba que existiese una excepción de alcance más general, opinión comprensible dada su actitud hacia el derecho internacional general en materia de protección de los accionistas. Por lo tanto, la excepción del párrafo *b* del proyecto de artículo 18 no tiene un apoyo firme en el fallo de la *Barcelona Traction*.

57. En cuanto a los aspectos de política, si se acepta la excepción habrá que imponer ciertas condiciones. La mayoría de las inversiones que dan lugar a que se cometan actos ilícitos proceden de sociedades constituidas en el Estado donde se invierte, aunque puedan formar parte de un grupo de sociedades con sede en otro lugar. Por esta razón, en la mayoría de los casos se aplicaría la excepción y no la regla. Es cierto, como se ha dicho en el informe y en el debate, que en muchos casos se exige a los posibles inversionistas extranjeros que constituyan una sociedad en el Estado donde efectuarán la inversión. Éste puede ser uno de los elementos de equidad. Sin embargo, si una excepción como la contenida en el apartado *b* del proyecto de artículo 18 se adoptase y llegase a ser aceptada como expresión del derecho internacional general, el Estado receptor obraría con prudencia si impusiese como condición para las inversiones, no la constitución de la sociedad en su país sino su constitución en otro, de modo que no le fuese aplicable una excepción que abriera la puerta a la protección de todos los accionistas.

58. Por último, comparte las opiniones expresadas por la Sra. Escameia sobre la referencia general a los «accionistas». Esta referencia, comprensible en el contexto del apartado *a* del proyecto de artículo 18, se debería quizá restringir en el contexto del apartado *b* del mismo proyecto de artículo para soslayar la posibilidad de intervención de los Estados nacionales de accionistas minoritarios.

59. El Sr. PELLET observa que parece haberse aceptado en general que la determinación de la nacionalidad de las sociedades es un problema de derecho internacional. El Sr. Gaja ha explicado que la legislación interna varía a este respecto y que hay dos sistemas principales: los países de derecho anglosajón prefieren el criterio del lugar

de constitución, mientras que los países de derecho romanogermánico prefieren el criterio del lugar donde se halla la sede. El orador no entiende en cambio la conclusión que el Sr. Gaja extrae de esa observación, a saber, que se debe abandonar el criterio de la sede en favor del criterio de la constitución. Esta posición es tanto más lamentable cuanto que el Sr. Gaja procede de un país que vio nacer el derecho romano. No consigue entender por qué el Sr. Gaja desea arrojarse voluntariamente a los leones y ponerse bajo la protección del imperialismo del derecho anglosajón. No hay ninguna razón para conceder precedencia a uno u otro de los dos sistemas. Es absolutamente indispensable mantener las palabras «y en cuyo territorio tiene su sede social» en el párrafo 2 del proyecto de artículo 17, cambiando la conjunción «y» por «o» para que quede claro que los dos sistemas son igualmente válidos.

60. El Sr. GAJA explica que no todos los países de derecho latino adoptan el criterio de la sede social. En derecho italiano, por ejemplo, el artículo 25 de la Ley n.º 218 (1995) sobre el derecho internacional privado aplica el criterio del lugar de constitución.

61. En cuanto al carácter alternativo de los dos criterios, en el fallo de la *Barcelona Traction* se hablaba del «Estado en virtud de cuyas leyes ha sido constituida y\* en cuyo territorio tiene su sede social» [pág. 42, párr. 70].

62. Es discutible si la nacionalidad de las sociedades viene verdaderamente determinada por el derecho interno. El orador abriga ciertas dudas sobre la veracidad de esta afirmación en relación con las personas jurídicas por oposición a las personas físicas. El sistema de atribución de una nacionalidad a las sociedades varía y depende de si plantean, por ejemplo, cuestiones de impuestos, de inversión o de derecho de sociedades.

63. El Sr. MELESCANU observa que el Sr. Gaja comparte la idea de la Sra. Escameia de que los accionistas del Estado que represente a la mayoría de ellos podrían entablar una acción para solicitar la protección diplomática. Si la Comisión acepta esta idea, tropezará con un problema que plantea el ordenamiento jurídico de todos los países donde existe una economía de mercado, a saber, la existencia de leyes especiales que protegen a los accionistas minoritarios. Si la Comisión desea introducir la noción de accionista mayoritario, tendrá que abordar otras cuestiones, entre ellas los derechos de los accionistas minoritarios.

64. El razonamiento del Sr. Gaja en relación con el párrafo 24 del informe le impresiona. Está totalmente de acuerdo en que, si la Comisión elige establecer una excepción clara, como la contenida en el apartado *b* del proyecto de artículo 18, se hallará ante situaciones excepcionales. Por ejemplo, para evitar que se entable una acción para solicitar la protección diplomática sobre la base de esa excepción, los Estados pueden tener la tentación de exigir a las sociedades que se constituyan en otro país. Ello podría también influir en el método propuesto y que cuenta con el apoyo del orador, a saber, basar el presente proyecto en los principios enunciados en el fallo de la *Barcelona Traction*.



65. El Sr. KAMTO se refiere a la sugerencia de que se supriman las palabras entre corchetes en el párrafo 2 del proyecto de artículo 17 y dice que el criterio del Estado de constitución y del territorio donde se halla la sede social son acumulativos y no alternativos. Ambos criterios están claramente especificados en el fallo de la *Barcelona Traction*, donde se utilizó la conjunción «y» y no la conjunción «o». La Comisión no puede tomar como punto de partida el derecho interno; debe partir del problema creado en derecho internacional para resolverlo. Si sólo acepta el criterio del Estado de constitución, el efecto indirecto sería favorecer los paraísos fiscales: las empresas se constituirían en un Estado y llevarían a cabo sus operaciones en otro. La Comisión no debe fomentar estas prácticas adoptando una norma que se aleje del claro criterio establecido en el fallo de la *Barcelona Traction* y que debe servir de punto de partida al proyecto de artículos.

66. La excepción contenida en el apartado *b* del proyecto de artículo 18 puede incitar a los Estados a exigir a las sociedades extranjeras que se constituyan en otro país para evitar que se solicite la protección diplomática. Sin embargo, el orador no sabe qué ganarían con ello los Estados, puesto que el país en cuyo territorio estuviese la sede social podría ejercer la protección diplomática. Los Estados podrían eludir las acciones en las que se solicitase la protección diplomática de los accionistas, pero no eludirían enteramente las acciones para obtener una protección diplomática.

67. La idea de limitar la protección a los accionistas mayoritarios no sólo complica las cosas sino que es también discriminatoria. El orador apoya la propuesta del Sr. Momtaz de que se imponga un plazo razonable para entablar una acción de protección diplomática acogiéndose al apartado *b* del proyecto de artículo 18 y opina que la Comisión debe estudiar la idea.

68. El Sr. CHEE se refiere al apartado *b* del proyecto de artículo 18 y pregunta al Sr. Gaja qué Estado, aparte del Estado que recibe las inversiones, puede causar un perjuicio a los accionistas. Según su experiencia personal, por ejemplo la adquirida con el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Corea y el Gobierno de la República Popular de Hungría para el fomento y la protección recíproca de inversiones, la práctica consiste en que las partes acuden directamente al arbitraje si hay desacuerdo en cuanto a la interpretación, lo que hace innecesaria la protección diplomática.

69. El Sr. GAJA responde al Sr. Chee que, en efecto, en la mayoría de los casos, aunque no en todos, el Estado que causa el perjuicio es aquél que ha recibido la inversión. El Sr. Kamto espera disuadir a las sociedades de constituirse en países con los que no tienen ningún vínculo, pero el establecimiento de una sede social es enteramente formal. Si la Comisión admitiera la protección diplomática de los Estados en cuyo territorio tienen efectivamente sus sedes las sociedades y desde los cuales son efectivamente controladas, estaría aplicando un criterio opuesto al identificado en la causa *Barcelona Traction*. Si una sociedad puede ser protegida por el Estado de la nacionalidad de sus accionistas, el Estado receptor no ganaría gran cosa si pidiese a la sociedad que tomase su nacionalidad. El in-

terés de un Estado receptor sería imponer la condición de que la sociedad no debe estar constituida en el Estado de la nacionalidad de los accionistas. También en este caso, la sociedad podría considerar que la posibilidad de una acción de protección diplomática es suficientemente remota para que sea más ventajoso, desde el punto de vista fiscal, constituirse en un país con el que tiene relaciones amistosas.

70. El Sr. MANSFIELD da las gracias al Relator Especial por su completísimo informe y por su excelente presentación. En el informe queda claro que el fallo de la *Barcelona Traction* debe ser el punto de partida de todo intento de codificación. Las críticas formuladas en relación con ese fallo, como las detalladas en los párrafos 14 a 21 del informe, tienen ciertamente importancia. Esencialmente, la regla expuesta en el fallo se ha ido alejando cada vez más de la manera en que los Estados se comportan efectivamente porque las sociedades siguen constituyéndose, por razones fiscales, en lugares con los que tienen escasos vínculos, si acaso alguno. Han decidido de hecho que las ventajas fiscales son más importantes para ellas que la posibilidad de recurrir a la protección diplomática y consideran más útil confiar en los acuerdos concluidos a través de sus Estados en los tratados bilaterales sobre inversiones.

71. Esta situación crea un dilema a la Comisión: o codifica las normas sobre la base del fallo de la *Barcelona Traction*, sabiendo que esas normas carecen de interés en la práctica actual de los Estados, o trata de crear una base nueva o complementaria para el ejercicio de la protección diplomática de las sociedades y de los accionistas, sin que exista una sólida base para esa nueva norma en la práctica actual de los Estados ni indicio alguno de que tal norma haría que la protección diplomática tuviese más relevancia en la vida de los Estados y de las sociedades o sería siquiera aconsejable.

72. El orador está de acuerdo con la conclusión del Relator Especial de que la solución más prudente es redactar los artículos sobre la base de los principios de la causa *Barcelona Traction*. Si la evolución futura del mundo comercial incita a las sociedades a atribuir más importancia a la protección diplomática que la que actualmente atribuyen, a ellas y a sus accionistas incumbiría elegir su constitución en un país con el que tengan un vínculo efectivo y que pueda estar dispuesto a ejercer la protección diplomática en su nombre. Si prefieren, sin embargo, obtener una ventaja fiscal constituyéndose en países con los que tienen pocos vínculos o ninguno y confiar en la protección disponible en los tratados bilaterales sobre inversiones, la elección les corresponde. Si los propios gobiernos consideran ventajoso modificar la norma fundamental de la causa *Barcelona Traction*, siempre podrán recurrir con este fin a un tratado multilateral. Una ventaja de basar el proyecto de artículos de la Comisión en la causa *Barcelona Traction* es que puede incitar a los gobiernos a reflexionar sobre si desean proponer una modificación basada en la gran variedad de tratados bilaterales sobre inversiones que ahora existen. Hasta la fecha, el debate habido en la sexta Comisión parece sugerir que no lo desean.

73. En cuanto al proyecto de artículos, lo que han dicho el Sr. Brownlie y otros miembros ha confirmado las reservas iniciales del orador acerca de la excepción prevista en el apartado *b* del proyecto de artículo 18. A primera vista, como indica el Relator Especial en el párrafo 87 de su informe, la equidad justifica esta excepción cuando la sociedad se ha visto obligada a constituirse en el Estado que le ha causado luego el perjuicio. Sin embargo, los inversionistas tenían la posibilidad de elegir si aceptaban esa condición. El orador no está seguro de que la equidad sea muy importante a estos efectos y no está enteramente persuadido de que la excepción sea necesaria. Ello aparte, es partidario de que se remitan los proyectos de artículo 17 y 18 al Comité de Redacción. Por las razones aducidas en el párrafo 56 del informe, opina que se justifica verdaderamente la supresión de las palabras entre corchetes en el párrafo 2 del proyecto de artículo 17, pero el Comité de Redacción podría determinar si, teniendo en cuenta las diferentes posibilidades en derecho anglosajón y derecho romano, sería ventajoso incluir ambos criterios.

74. El Sr. KATEKA dice que, cuando presentó su estimulante informe, el Relator Especial pidió a la Comisión que decidiese si deseaba o no ajustarse a la causa *Barcelona Traction*. Personalmente opina que el fallo en esa causa debe ser el punto de partida para debatir en la Comisión el proyecto de artículos sobre la protección diplomática de las sociedades y de los accionistas. Pese a las numerosas críticas que se han emitido contra ese fallo, en especial que establecía una norma impracticable, que prescindía de consideraciones de política como la doble protección y la multiplicidad de las reclamaciones y que la CIJ no había tenido debidamente en cuenta la importancia del caso *Nottebohm*, el orador comparte la opinión expresada en el párrafo 27 del informe de que la causa *Barcelona Traction* es una exposición precisa del derecho relativo a la protección diplomática de las sociedades y refleja verdaderamente el derecho internacional consuetudinario.

75. El fallo de la *Barcelona Traction* es también espejo de las diferencias ideológicas y culturales de los ocho magistrados que emitieron opiniones separadas. Los magistrados de países exportadores de capital habían apoyado el derecho del Estado de la nacionalidad de los accionistas a invocar la protección diplomática, mientras que los magistrados de los países en desarrollo alegaban que no eran los accionistas quienes necesitaban protección sino los Estados más pobres o más débiles en los que se efectuaban las inversiones. Estos Estados necesitaban protección contra grupos financieros poderosos o contra presiones diplomáticas injustificadas de los gobiernos del norte económico.

76. A este respecto, el orador reconoce que la mundialización es inevitable y que, como resultado, la situación ha cambiado desde ese fallo. Ello no impide que la mundialización sea poco equitativa para los países débiles. Por citar sólo un ejemplo, el de la inversión extranjera directa, el África subsahariana recibió menos del 2% de la inversión extranjera directa mundial y el 80% de ese 2% acabó en Sudáfrica y Nigeria solamente. No se puede detener la mundialización, pero es fundamental cerciorarse de que nadie queda rezagado.

77. El apoyo a los países exportadores de capital vino también de Bederman y Kokott; la profesora Kokott, citada en el párrafo 17 del informe, llegó a la conclusión de que la protección diplomática había quedado marginada por los tratados bilaterales sobre inversiones porque los inversionistas desconfiaban de su falta de certeza política y su carácter discrecional y preferían el arbitraje internacional. A juicio del orador, estos temores de los inversionistas son desacertados. Los acuerdos bilaterales de protección y promoción de las inversiones, junto con la legislación nacional sobre las garantías de inversión, siguen atrayendo a los inversionistas y el recurso al arbitraje internacional en cumplimiento de estos acuerdos no tiene por qué suplantar a la protección diplomática. Le preocupa, por lo tanto, la siguiente cita de la profesora Kokott en el párrafo 51 del informe: «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»<sup>7</sup>. No está de acuerdo en que los tratados reemplazan a la costumbre: una y otros coexisten. En todo caso, la CIJ sostuvo en la causa *Barcelona Traction* que los tratados sobre inversiones pertenecen al terreno de la *lex specialis* y el Relator Especial ha dicho que presentará otro informe sobre este tema.

78. En el párrafo 22 de su informe, el Relator Especial parece incitar a la Comisión a revelarse contra la CIJ cuando dice que sus decisiones no son vinculantes para la Comisión y que la Comisión ha limitado ya notablemente el ámbito de una decisión de la Corte y rechazado expresamente otra. Sospecha que la intención de la observación con que el Relator Especial remata el asunto —«la causa *Barcelona Traction* no es sacrosanta e intocable»— es ver cómo reacciona la Comisión. El orador opina personalmente que en el párrafo 22 se puede haber exagerado el asunto. Las limitaciones que propuso la Comisión adoptaron más bien la forma de comentarios y el aparente ataque frontal del Relator Especial contra la Corte le recuerda la queja del magistrado Fitzmaurice, quien dijo que los autores de la Carta de las Naciones Unidas y por lo tanto del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se habían equivocado cuando catalogaron las decisiones judiciales, incluidas las de la Corte, entre los medios auxiliares para la determinación de las normas jurídicas en el Artículo 38 del Estatuto. Si las decisiones judiciales se hubiesen puesto en pie de igualdad con los tratados y el derecho consuetudinario, la Corte podría haber mostrado más respeto. Pese a los comentarios del Sr. Brownlie sobre la Corte y sobre la manera en que ésta tomaba decisiones, el orador considera inadecuado que la Comisión la desafíe abiertamente.

79. El Relator Especial ha propuesto en su informe siete opciones para los proyectos de artículo, algunas de las cuales, la 2 y la 5 por ejemplo, coinciden en parte. El orador celebra el hincapié que hace el Relator Especial en la opción 1, el Estado de incorporación, que se funda en la decisión de la causa *Barcelona Traction*. El párrafo 1 del proyecto de artículo 17 no le plantea ningún problema y preferiría que se suprimieran las palabras entre corchetes en el párrafo 1, pero el debate de la Comisión sobre el derecho romano y el derecho anglosajón no ha influido en esta preferencia. En cuanto a la excepción recogida en el apartado *a* del artículo 18, cabe confiar en que el Relator

<sup>7</sup> Kokott, *loc. cit.* (2756.ª sesión, nota 5), pág. 277.

Especial aclare en un comentario que la interpretación de «haya dejado de existir» es la que figura en el párrafo 67 del fallo en la causa *Barcelona Traction*, a saber, que la empresa sigue existiendo aunque esté en suspensión de pagos; sólo deja verdaderamente de existir cuando entra en liquidación. El Relator Especial considera que la excepción del apartado *b* del artículo 18 es la más importante y tres magistrados de la causa *Barcelona Traction* dijeron de ella que reflejaba el derecho internacional consuetudinario. El orador se pregunta cómo se puede decir que existen dos normas contradictorias de derecho internacional y se opone a que se incluya esa excepción en el proyecto de artículos. Cabe suponer que la tercera excepción, referente a los casos en que se infringen los derechos directos de los accionistas, se aborda en un artículo que no se ha presentado todavía. Los proyectos de artículo 17 y 18 se pueden remitir al Comité de Redacción.

80. El Sr. DUGARD (Relator Especial) confirma que la tercera excepción figura en el proyecto de artículo 19.

81. El Sr. CHEE manifiesta sorpresa ante la preferencia del Sr. Kateka por la supresión del texto entre corchetes en el párrafo 2 del proyecto de artículo 17 y dice que, según tiene entendido, ese texto se ha extraído directamente del fallo de la *Barcelona Traction*.

82. El Sr. DUGARD (Relator Especial) lo confirma, pero dice que la Comisión tiene que decidir si desea o no guiarse por ese fallo en el presente proyecto de artículos.

*Se levanta la sesión a las 13.00 horas.*

## 2758.ª SESIÓN

*Viernes 16 de mayo de 2003, a las 10.05 horas*

*Presidente:* Sr. Enrique CANDIOTI

*Miembros presentes:* Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Chee, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kolodkin, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield, Sr. Melescanu, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Yamada.

### Organización de los trabajos del período de sesiones (*continuación* \*)

[Tema 2 del programa]

1. El PRESIDENTE invita al Presidente del Grupo de Planificación, Sr. Melescanu, a anunciar la composición del Grupo.

\* Reanudación de los trabajos de la 2751.ª sesión.

2. El Sr. MELESCANU (Presidente del Grupo de Planificación) dice que este último estará constituido por los miembros siguientes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Chee, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda y Sr. Yamada. Recuerda que sería muy de desear que los relatores especiales y el Relator de la Comisión participaran en los trabajos del Grupo.

### Protección diplomática<sup>1</sup> (*continuación*) (A/CN.4/529, secc. A, A/CN.4/530 y Add.1<sup>2</sup>, A/CN.4/L.631 y Corr.1)

[Tema 3 del programa]

#### CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

3. El Sr. KOSKENNIEMI dice que en el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/530 y Add.1) se examinan detenidamente dos problemas que pueden suscitar controversias; en primer término, la nacionalidad de la sociedad. Sobre este particular, el Relator Especial invita a la Comisión a que adopte el principio sentado en el fallo en el asunto de la *Barcelona Traction*, según el cual, el Estado de nacionalidad de una sociedad es aquél en que ésta está constituida. El otro problema es la hipótesis contemplada en el apartado *b* del proyecto de artículo 18, esto es, cuando la sociedad tiene la nacionalidad del Estado responsable del perjuicio sufrido. La posición que se adopte respecto de estos problemas depende de cómo se contempla la actividad de las sociedades en el momento actual y de la situación particular considerada. En efecto, si se piensa en las grandes sociedades multinacionales que tienen una estrategia mundial, la tendencia será a tratar de evitar que el Estado huésped se vea asaltado por gran número de reclamaciones formuladas en nombre de accionistas extranjeros. Si, por el contrario, se toma el caso de pequeñas sociedades de economías en desarrollo, se tenderá a pensar que son los accionistas los que necesitan protección. En la medida en que las grandes sociedades dominan hoy la economía mundial, tiende a predominar el primer punto de vista en detrimento tal vez de la protección de los accionistas de pequeñas sociedades. El Sr. Koskenniemi hubiera querido encontrar una fórmula que permitiera introducir en los proyectos de artículo 17 ó 18 los conceptos de «equidad» y de aplicación «razonable». Sin embargo, como indicó el Relator Especial, las normas en esta materia están mayoritariamente contenidas en tratados bilaterales de inversiones, de manera que el derecho que formule la Comisión tendrá sólo carácter supletorio. Por otro lado, piensa que la Comisión no tiene por qué atenerse a las sentencias de la CIJ y, en particular, a la del asunto de la *Barcelona Traction*. Esas sentencias tienen únicamente el valor que tiene en ellas el razonamiento de la Corte. Duda también el orador de que, a la hora de definir el derecho consuetudinario, puedan tomarse como base los acuerdos de indemnización global y las cláusulas de los tratados bilaterales de inversiones, en tanto en

<sup>1</sup> Véase el texto de los artículos 1 a 7 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática, con sus comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 54.º período de sesiones en *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), cap. V, secc. C.

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 2003*, vol. II (primera parte).