

normalmente que el recurso al arbitraje internacional excluye cualquier otro procedimiento de recurso, y concretamente la protección diplomática. Con objeto de arrojar más luz sobre los trabajos de la Comisión, convendría, pues, que el Relator Especial examinara los principales laudos arbitrales relacionados con inversores extranjeros en los que sale a menudo a relucir la cuestión de la protección diplomática.

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

[Tema 2 del programa]

36. El PRESIDENTE propone, tras las consultas celebradas sobre este particular, que el Sr. Koskeniemi presida el Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional. En defecto de objeciones, entiende que la Comisión acepta la propuesta.

*Así queda acordado.*

*Se levanta la sesión a las 11.30 horas.*

---

## 2759.ª SESIÓN

*Martes 20 de mayo de 2003, a las 10.05 horas*

*Presidente:* Sr. Enrique CANDIOTI

*Miembros presentes:* Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Chee, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sra. Escameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kolodkin, Sr. Mansfield, Sr. Melescanu, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosentock, 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. ADDO felicita al Relator Especial por el completo y bien documentado informe (A/CN.4/530 y Add.1) que ha presentado y dice que está completamente de acuerdo con las observaciones relativas al proyecto de artículo 17, que a su juicio constituyen *lex lata* y deben codificarse. También hace suya la afirmación formulada en el párrafo 47 del informe según la cual, a pesar de lo mu-

cho que se ha criticado, el asunto de la *Barcelona Traction* goza de amplia aceptación por parte de los Estados. Por consiguiente, el proyecto de artículo 17 debería remitirse al Comité de Redacción.

2. Por el contrario, el proyecto de artículo 18 plantea problemas. En cuanto al apartado *a* de ese artículo, tal vez el Relator Especial pueda aclarar por qué, a la mera desaparición de una sociedad en el lugar de su constitución, el Estado de nacionalidad de los accionistas o socios tendría automáticamente que ejercer la protección diplomática en favor de éstos. Hubiera pensado más bien que los accionistas tenían derecho a repartirse el remanente del patrimonio social o activo resultante de la sociedad en liquidación y que el liquidador se ocuparía de todo lo relativo a su disolución. Los accionistas pueden y deben tener acceso directo al liquidador para resolver cualquier cuestión relativa al remanente del patrimonio social. De hecho, los accionistas pueden entablar una acción judicial contra el liquidador y viceversa. Si los accionistas directamente afectados en su derecho a repartirse el activo resultante de la sociedad en liquidación pueden tratar con el liquidador por sí mismos para resolver esas cuestiones, no ve ninguna necesidad de que el Estado de nacionalidad de los accionistas ejerza la protección diplomática en su favor. Sólo cuando los accionistas hayan agotado sin éxito todas las vías de recurso de que dispongan contra el liquidador podrá el Estado de nacionalidad intervenir en su beneficio.

3. Lo mismo que el Sr. Brownlie, se opone a la inclusión del apartado *b* del proyecto de artículo 18, que es demasiado controvertido para ser codificado y que no tiene un fundamento sólido. En el párrafo 73 de su informe el Relator Especial trae a colación varios asuntos en apoyo de la intervención del Estado de nacionalidad de los accionistas, aunque esos asuntos no han llegado a sentar jurisprudencia. Según el *Digest of International Law* de Moore, la legitimación procesal de los demandantes en el asunto del *Delagoa Bay Railway* fue reconocida por Portugal en el compromiso arbitral y, por consiguiente, el laudo se basó en el convenio correspondiente y no en el derecho internacional general<sup>3</sup>. Tampoco se puede invocar en apoyo del apartado *b* del proyecto de artículo 18 el asunto de *El Triunfo Company*, ya que en éste se trató de la protección de los accionistas directamente afectados en sus derechos. En el *Manual of Public International Law* de Sørensen, Jiménez de Aréchaga citaba una serie de laudos arbitrales en los que se rechazaban expresamente las reclamaciones presentadas en favor de los accionistas frente al Estado de nacionalidad de la sociedad<sup>4</sup>.

4. El propio Relator Especial dice en el párrafo 66 de su informe que la existencia de tal norma no deja de ser controvertida. En el párrafo 68 dice que hay pruebas en apoyo de una excepción de ese tipo con anterioridad al asunto de la *Barcelona Traction*, en la práctica de los Estados, los laudos arbitrales y la doctrina, pero añade que la práctica de los Estados y las decisiones arbitrales distan mucho de

<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).

<sup>3</sup> Véase J. B. Moore, *Digest of International Law*, Washington D.C., U. S. Government Printing Office, 1906, vol. VI, págs. 647 y ss.

<sup>4</sup> Véase E. Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», en M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law*, Londres, Macmillan, 1968, pág. 531.

ser claras. En el párrafo 69, tras citar varias controversias en las que el Reino Unido o los Estados Unidos afirmaron la existencia de esa excepción, observa que ninguno de esos casos aporta pruebas concluyentes a favor de la excepción y concluye, como Jiménez de Aréchaga, que no se puede argumentar incontestablemente sobre la base de una práctica estatal tan limitada y contradictoria. En el párrafo 70 menciona una serie de resoluciones judiciales que considera igualmente poco concluyentes, aunque en la recapitulación que hace en el párrafo 72 afirma que, si bien la jurisprudencia no proclama claramente el derecho del Estado a asumir la causa de sus nacionales que son accionistas de una sociedad frente al Estado de nacionalidad de la sociedad, de los términos empleados en algunos de esos laudos se deduce cierto apoyo, aunque vacilante, en favor de ese derecho.

5. Dado el carácter limitado y contradictorio de la práctica de los Estados, las resoluciones judiciales poco concluyentes y los laudos arbitrales vacilantes no deja de resultar desconcertante leer en el párrafo 87 del informe que el Relator Especial apoya la excepción del apartado *b* del proyecto de artículo 18 porque goza de amplio apoyo en la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina. Personalmente, está en desacuerdo con esa apreciación. Más que tratar de codificar la excepción, la Comisión debería dejar que los Estados concertasen tratados bilaterales sobre inversiones, así como tratados multilaterales. Está de acuerdo con la afirmación de la profesora Kokott, a que se hace referencia en el párrafo 17, de que 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 disponibles de solución de controversias<sup>5</sup>. Es un hecho: los tratados de fomento y protección de las inversiones son una característica de la práctica internacional actual.

6. En 1981, en un estudio publicado en *The British Year Book of International Law*, Mann citó a Alemania, Suiza, Francia y el Reino Unido entre los países que habían celebrado tratados bilaterales sobre inversiones que permitían a los inversores resolver sus controversias en materia de inversiones con el Estado anfitrión ante tribunales especiales de arbitraje o ante el CIADI<sup>6</sup>. En octubre de 1995 el Reino Unido había concertado tratados bilaterales sobre inversiones con unos 35 Estados, la mayoría de ellos en desarrollo. Al mismo tiempo, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones brinda mecanismos de garantía de inversiones que permiten asegurar las inversiones privadas en el extranjero; su función principal consiste en garantizar las inversiones en los países receptores contra los riesgos no comerciales. En el Convenio constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones se mencionan cuatro categorías de riesgo: *a*) la transferencia del riesgo, que se produce cuando el país receptor decide imponer limitaciones a la convertibilidad y transferencia de monedas; *b*) la expropiación, que priva al inversionista de su propiedad o control; *c*) el incumplimiento de contrato; y *d*) la guerra o los disturbios civiles en el país recep-

tor. El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones cuenta en la actualidad con 161 miembros, 139 de ellos países en desarrollo, y está abierto a la participación de todos los miembros del Banco Mundial, lo que demuestra que hay otra manera de plantear esta cuestión que permita eludir la codificación.

7. El Sr. Kamto ha citado el asunto *Biloune* para justificar su apoyo al apartado *b* del proyecto de artículo 18. Sin embargo, después de leer también la causa, el orador cree poder afirmar que no se trata de un caso de protección diplomática sino más bien de una controversia sobre inversiones que fue sometida a la Corte Permanente de Arbitraje. Un hecho importante que ha pasado por alto el Sr. Kamto en relación con ese asunto es que el acuerdo sobre inversiones entre la sociedad Marine Drive Complex Ltd. y el Centro de Inversiones de Ghana incluía una cláusula de solución de controversias y arbitraje. En el artículo 15 del acuerdo se establecía un procedimiento de solución amistosa y, en su defecto, el recurso al arbitraje de conformidad con las normas de la CNUDMI. El Código de Inversiones de Ghana contiene disposiciones análogas. Por consiguiente, es incorrecto suponer que el Sr. Biloune y su sociedad no disponían de ninguna vía de recurso. Así pues, no se puede aducir ese asunto para respaldar el argumento en favor de la inclusión del apartado *b* del proyecto de artículo 18. Por el contrario, justifica su exclusión. A juicio del orador, la práctica de los Estados se inclina abrumadoramente a favorecer los acuerdos bilaterales sobre inversiones acompañados de mecanismos multilaterales de garantía de inversiones. Por último, la afirmación del Relator Especial de que el apartado *b* del proyecto de artículo 18 goza de amplio apoyo en la práctica de los Estados se funda en la práctica de dos Estados, el Reino Unido y los Estados Unidos, e incluso esos dos países, en algunos casos importantes, rechazaron las pretensiones fundadas en esa excepción.

8. Para recapitular, se hace eco de la conclusión de la profesora Kokott, mencionada en el párrafo 17 del informe, según la cual la opción más realista consiste en 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 solución de controversias basados en tratados. Por los motivos expuestos, no puede apoyar el apartado *b* del proyecto de artículo 18.

9. El Sr. KAMTO dice que, que él sepa, el Sr. Addo desconocía la existencia del asunto *Biloune* hasta que él lo mencionó. No ha negado nunca que el asunto se resolviera mediante arbitraje ni que se pudiera recurrir a procedimientos de solución de controversias. Al mencionar las circunstancias del caso su único propósito fue indicar lo que podía sucederle a un accionista si no disponía de algún tipo de protección.

10. El Sr. MOMTAZ pregunta, en relación con la sugerencia del Sr. Addo de que hay otra forma de abordar la cuestión de las excepciones que quizá permita eludir la codificación, cuál es el planteamiento que él sugiere.

11. El Sr. ADDO dice que no ha sugerido otro planteamiento. Lo único que ha dicho es que la Comisión debería

<sup>5</sup> Véase Kokott, *loc. cit.* (2756.ª sesión, nota 5), pág. 276.

<sup>6</sup> F. A. Mann, «British treaties for the promotion and protection of investments», *The British Year Book of International Law*, 1981, pág. 241.

abandonar las excepciones que trata de codificar, ya que es más probable que los Estados utilicen tratados bilaterales sobre inversiones y acuerdos multilaterales para resolver los problemas que puedan surgir.

12. El Sr. DUGARD (Relator Especial) pregunta si lo que sugiere el Sr. Addo es que lo que es actualmente *lex specialis* se convierta en *lex generalis* y que se regule la cuestión simplemente mediante tratados bilaterales sobre inversiones.

13. El Sr. ADDO dice que, en su opinión, basta con codificar el proyecto de artículo 17. El apartado *b* del proyecto de artículo 18 no tiene ningún fundamento sólido que autorice su codificación y debería abandonarse. Podría aceptar el apartado *a* del proyecto de artículo 18 si se le explicara el papel del liquidador.

14. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO felicita al Relator Especial por la presentación que ha hecho de un excelente informe y dice que la cuestión fundamental a la que se enfrenta la Comisión es la de si debe atenerse al precedente de la *Barcelona Traction* en particular y, de ser así, hasta qué punto. A pesar de las críticas posteriores, incluidas las que se recogen en los votos particulares de algunos magistrados y que se detallan en los párrafos 8 y siguientes del informe, ese fallo constituyó un hito en el examen de la cuestión de la protección de las personas jurídicas.

15. Al elaborar unas normas, hay que tener en cuenta la evolución, desde 1970, de las relaciones económicas internacionales en general y de la cuestión de las inversiones extranjeras y su protección en particular. Los mecanismos jurídicos internos creados en respuesta a esa evolución han influido de manera importante en las relaciones jurídicas internacionales, como se desprende de los acuerdos bilaterales y multilaterales de protección. Esos acuerdos han cobrado importancia y en algunos casos se han hecho indispensables para atraer capitales a los países en desarrollo, si bien éstos no son ya los únicos receptores de inversiones extranjeras. Como demuestran las inversiones de la sociedad venezolana CITGO en los Estados Unidos, el flujo de inversiones puede correr en ambos sentidos.

16. Existe una relación importante entre el ordenamiento jurídico interno y los acuerdos de protección de las inversiones, por una parte, y las normas generales sobre la protección diplomática, por otra. A diferencia de otros miembros, sin embargo, opina que la relación no debe ser supletoria, ya que así se atribuiría un papel más importante a los ordenamientos jurídicos internos y a los acuerdos bilaterales en la creación de normas sobre la protección de las inversiones extranjeras. Por el contrario, la relación debe ser complementaria. La elaboración de mecanismos convencionales de protección de los inversionistas extranjeros no debería reemplazar la protección diplomática, que sigue siendo el marco jurídico general.

17. El Relator Especial propone varias opciones en que la Comisión podría basar el proyecto de artículos. La más aceptable, la opción 1, en que se reafirma el principio de la *Barcelona Traction* de que sólo el Estado de nacionalidad tiene derecho a ejercer la protección diplomática, es la recogida en el párrafo 1 del proyecto de artículo 17,

que podría remitirse al Comité de Redacción. El Comité podría incluir en la versión española el cambio propuesto por el Sr. Sepúlveda, a saber, la sustitución de las palabras «tendrá derecho a ejercer» por «está facultado para ejercer». También es aceptable el párrafo 2, que debería figurar en un futuro artículo sobre definiciones. El Estado de nacionalidad de una sociedad es el Estado de «constitución» de la sociedad y no el de su «domicilio». Esos dos términos podrían parecer sinónimos, pero la CIJ acertadamente empleó el primero en varios párrafos de la sentencia dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*. Opina que habría que suprimir los corchetes del párrafo 2, aunque con eso no se resolvería la importante cuestión de si los criterios de la constitución y el domicilio social son acumulativos o alternativos. El Relator Especial opina que son acumulativos, pero otros miembros de la Comisión, como el Sr. Momtaz, han señalado que son alternativos. Está claro que es necesario seguir ahondando en esta cuestión.

18. La cuestión de la protección diplomática de los accionistas, que se examina en los párrafos 57 y siguientes del informe, difiere considerablemente de la protección de la sociedad como persona jurídica. Los principios generales de derecho internacional aplicables, confirmados por una práctica generalizada, no permiten que el Estado de nacionalidad de los accionistas ejerza la protección diplomática en su favor. En el párrafo 1 del proyecto de artículo 18 se reitera este principio que se basa en la decisión de la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction* de que el Gobierno de Bélgica no podía intervenir en favor de los accionistas belgas de una sociedad canadiense, aunque los accionistas fuesen belgas. Aceptar, como principio, la posibilidad de que el Estado de nacionalidad de los accionistas pueda intervenir en su favor, abriendo paso así a una multiplicidad de reclamaciones concurrentes, podría crear un clima de confusión e incertidumbre en las relaciones económicas internacionales. No obstante, podrían hacerse excepciones al principio. En el asunto de la *Barcelona Traction*, la Corte examinó si cabía hacer una excepción en el caso del Gobierno belga basándose en una causa distinta de la personalidad jurídica de la sociedad. En el presente caso, las excepciones propuestas se basan en acuerdos bilaterales entre el Estado inversionista y el Estado receptor o entre éste y el Estado de nacionalidad de la sociedad, acuerdos en los que figuran disposiciones sobre jurisdicción y sobre la solución de las controversias que surjan como consecuencia del trato reservado por el Estado receptor a las sociedades que invierten en él.

19. La Corte dijo claramente que la primera excepción, recogida en el apartado *a* del proyecto de artículo 18, se da cuando la sociedad ha dejado de existir o ha quedado destruida económicamente, lo que representa una considerable ampliación del criterio. La segunda excepción prevista en la decisión dictada en el asunto de la *Barcelona Traction* se da cuando el Estado de nacionalidad de la sociedad no está facultado para intervenir en su favor. El apartado *a* del proyecto de artículo 18 es aceptable en general, aunque el que una sociedad «deje de existir» debe entenderse en un sentido amplio, es decir, más allá de la quiebra. Para abarcar situaciones en las que ya no puede operar por otros motivos, algo que debe especificarse en el comentario.

20. Al igual que otros miembros, es partidario de eliminar la segunda excepción, a pesar de la recomendación del párrafo 87 del informe. No está de acuerdo con la afirmación que hace el Relator Especial en el párrafo 65 de que el único medio de que dispone una sociedad en el plano internacional para obtener reparación es la intervención del Estado de nacionalidad de los accionistas. Es en el contexto de una sociedad de derecho interno, regida por un ordenamiento jurídico interno, en el que deben considerarse las reclamaciones y la reparación. Abrir las puertas a la posibilidad de que intervenga un Estado en esos casos sería peligroso, aun cuando puedan extraerse algunas conclusiones de resoluciones judiciales internacionales, como la dictada en el asunto de la sociedad *ELSI*, en el que las sociedades accionistas eran extranjeras. Con todo, le cuesta aceptar la utilidad de una excepción de esta índole, especialmente en relación con las inversiones extranjeras en países en desarrollo.

21. El Sr. GALICKI felicita al Relator Especial por un informe en el que se aborda uno de los problemas más controvertidos relacionado con el tema de la protección diplomática. En el párrafo 1 del proyecto de artículo 17 se enuncia el principio de que los Estados están facultados para ejercer la protección diplomática de las sociedades que tienen su nacionalidad, principio que casi nadie discute, pero no existe una práctica judicial y estatal unificada en apoyo de un principio análogo relativo al no ejercicio de esa protección en favor de los accionistas de las sociedades, o posibles excepciones a ese principio.

22. En el párrafo 22 del informe, el Relator Especial subraya que la decisión dictada en el asunto de la *Barcelona Traction* no es sacrosanta, pero reconoce en el párrafo 3 que ha dominado todos los debates sobre el tema y que no se puede intentar seriamente formular unas normas sin haber examinado a fondo esa decisión, sus consecuencias y las críticas de que ha sido objeto. En el párrafo 96 de la sentencia de la Corte figuraba la afirmación decisiva de que la adopción de una teoría de la protección diplomática de los accionistas, «al abrir camino a reclamaciones diplomáticas concurrentes, podría crear un clima de confusión e inseguridad en las relaciones económicas» [pág. 49].

23. En el párrafo 70 de la sentencia, la Corte declaró que el derecho a ejercer la protección diplomática de una sociedad se atribuye tradicionalmente al Estado en el que ha sido constituida, y en el que tiene su domicilio social, dos criterios confirmados por una práctica inveterada y numerosos instrumentos internacionales. Reconoció también, sin embargo, que «a veces se consideran necesarios unos vínculos más estrechos o diferentes para que exista un derecho de protección diplomática» [pág. 42]. El Relator Especial ha presentado un amplio análisis de las posibles opciones con respecto a qué Estado puede estar facultado para ejercer la protección diplomática en razón de un perjuicio causado a una sociedad. La opción del criterio del Estado de nacionalidad, que se refleja en el párrafo 1 del proyecto de artículo 17, parece plenamente justificada. De hecho la Comisión, en el artículo 3 sobre la protección diplomática, en la segunda parte del proyecto de artículos, consagrada a la protección diplomática de las

personas físicas<sup>7</sup>, ha designado el Estado de nacionalidad como el Estado facultado para ejercer la protección diplomática. Lógicamente debe aplicarse el mismo criterio de un vínculo jurídico de nacionalidad a toda persona jurídica directamente afectada por un perjuicio resultante de un hecho internacionalmente ilícito. Este planteamiento unificado permitiría aplicar otras normas que ha de formular la Comisión tanto a las personas físicas como a las jurídicas en materia de protección diplomática.

24. La definición del Estado de nacionalidad de una sociedad que se propone en el párrafo 2 del proyecto de artículo 17 parece aceptable, tal vez con una corrección. Debería mantenerse la parte del párrafo que figura entre corchetes, en la que se menciona el Estado en cuyo territorio la sociedad tiene su domicilio social, además del Estado en que ésta se ha constituido; en el asunto de la *Barcelona Traction* la CIJ utilizó ambos criterios en pie de igualdad. Como parte del desarrollo progresivo del derecho internacional, sin embargo, podría sustituirse la conjunción «y» por «o». Exigir que se cumplan ambos criterios al mismo tiempo no parece práctico, sobre todo a la luz de las diferentes disposiciones jurídicas internas de los Estados conforme a las cuales las sociedades normalmente se constituyen o fijan su domicilio. Además, como ha señalado correctamente el Sr. Sreenivasa Rao, los términos «domicilio» y «constitución» se emplean a menudo alternativamente.

25. Al aceptar que el vínculo de la nacionalidad entre una sociedad y el Estado de su constitución o domicilio es suficiente para que ese Estado pueda ejercer la protección diplomática, el Relator Especial deja de lado las demás opciones presentadas, como la del Estado del vínculo efectivo, el Estado del domicilio social o el Estado de control económico. Como ha subrayado acertadamente el Sr. Sreenivasa Rao, los Estados no suelen presentar reclamaciones en favor de sociedades a menos que se cumplan otras condiciones además de las de la constitución o el domicilio. Tal vez no debieran rechazarse en conjunto todos los criterios distintos de la constitución o el domicilio. La posibilidad de combinar distintos criterios tiene el apoyo de los internacionalistas, e incluso de algunos magistrados que emitieron un voto particular en el asunto de la *Barcelona Traction*, y evitaría la falta de efectividad por la que el Sr. Koskenniemi ha criticado el criterio del lugar de constitución.

26. En el asunto de la *Barcelona Traction* la CIJ resolvió que el Estado cuyos nacionales poseyeran la mayoría de las acciones de una sociedad no podían presentar una reclamación por el perjuicio sufrido por la sociedad misma. En el proyecto de artículo 18 se sigue el criterio de la Corte y en los apartados *a* y *b* se recogen dos excepciones, también enunciadas por la Corte, en las que el Estado de nacionalidad de los accionistas puede ejercer la protección diplomática. A pesar de todas las críticas de que ha sido objeto la posición adoptada por la Corte en el asunto de la *Barcelona Traction*, hay que seguir considerándola como el fundamento de la labor de codificación de la Comisión en esta materia. La posición opuesta adoptada por la Corte en el asunto de la sociedad *ELSI* puede explicarse por una serie de razones que se exponen en el párrafo 25

<sup>7</sup> Véase la nota 1 *supra*.

del informe, pero no debe servir de base a un principio general de codificación. El reconocimiento general de la posibilidad de que el Estado de nacionalidad de los accionistas ejerza la protección diplomática podría dar lugar a un problema grave de competencias concurrentes entre las dos categorías de Estados facultados para ejercer la protección diplomática: el Estado de nacionalidad de la sociedad y el Estado de nacionalidad de sus accionistas. El problema podría complicarse aún por la posibilidad de competencias concurrentes entre distintos Estados de nacionalidad de diferentes grupos de accionistas.

27. Por otra parte, la nacionalidad de los accionistas o de una mayoría de ellos podría cambiar y, por lo tanto, no puede servir como criterio estable en el que fundar el derecho a ejercer la protección diplomática. Por último, el reconocimiento de la posibilidad general del ejercicio de la protección diplomática por el Estado de nacionalidad de los accionistas tendría repercusiones económicas y políticas graves. Podría otorgar a determinadas categorías de personas una protección internacional específica basada en motivos económicos, a saber, la propiedad de acciones, y no en el fundamento tradicional de la nacionalidad. En situaciones extremas podría favorecer el derecho del Estado de nacionalidad de los accionistas a ejercer la protección diplomática en detrimento del derecho del Estado en que la sociedad se ha constituido o tiene su domicilio.

28. Aunque la posibilidad de la protección diplomática de los accionistas puede rechazarse con carácter general, parece razonable y práctico aceptar la existencia de algunas situaciones excepcionales en que la protección podría ser ejercida por el Estado de nacionalidad respectivo. Está completamente de acuerdo con esa postura, reflejada en los apartados *a* y *b* del proyecto de artículo 18, que versan sobre dos supuestos diferentes en los que el Estado de nacionalidad de la sociedad puede ejercer la protección diplomática de ésta. El ejercicio de la protección diplomática con carácter complementario por los Estados de nacionalidad de los accionistas, que de otra manera se verían privados de la protección de sus intereses legítimos por el Estado, parece justificada en esos casos. Los mecanismos que brindan los acuerdos bilaterales e incluso multilaterales sobre la protección de las inversiones extranjeras pueden no ser siempre suficientes.

29. Es difícil aceptar las críticas al apartado *b* del proyecto de artículo 18, ya que cuesta imaginar que un Estado que ha causado un perjuicio a una sociedad que posee su nacionalidad ponga mucho empeño en ejercer la protección diplomática de esa sociedad. En el asunto de la *Barcelona Traction*, la CIJ señaló su apoyo general a la excepción enunciada en el apartado *b* del proyecto de artículo 18 al afirmar que podría ser indicado, por razones de equidad, que en un caso determinado la protección de los accionistas fuera ejercida por su propio Estado nacional. Como se dice en el párrafo 87 del informe, esa excepción goza de amplio apoyo en la práctica de los Estados, los pronunciamientos judiciales y la doctrina. Aunque no esté todavía plenamente madura para su codificación, la excepción debería acogerse favorablemente en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional.

30. El orador se reserva el derecho a hacer una evaluación definitiva de los proyectos de artículo 17 y 18 una vez se hayan presentado los proyectos de artículo 19 y 20. No obstante, esta reserva no modifica en modo alguno su opinión favorable a las propuestas del Relator Especial. Está convencido de que los proyectos de artículo 17 y 18 deberían ser remitidos al Comité de Redacción.

31. El Sr. GAJA, con referencia a la propuesta del Sr. Galicki de emplear la conjunción «o» en la parte del párrafo 2 del proyecto de artículo 17 que figura entre corchetes, transformando así el criterio adoptado en el asunto de la *Barcelona Traction* en dos criterios alternativos, hace notar que en ese caso el Estado de que se tratase podría optar por uno de los dos criterios. Aun así, subsistiría la posibilidad de que una sociedad gozara de doble protección, con lo que se crearía la situación de intervenciones antagónicas a la que ha aludido el Sr. Galicki. Una sociedad, si tuviese sumo interés en gozar de protección diplomática, podría entonces tener el domicilio social en un Estado que adoptase ese criterio como base de la protección diplomática y haberse constituido en otro que a tales efectos tuviera en cuenta el lugar de su constitución. El peligro de introducir la alternativa sería que varios Estados estarían facultados para ejercer la protección diplomática con arreglo al principio de la nacionalidad.

32. El Sr. PELLET coincide plenamente con el Sr. Galicki, mientras que los argumentos del Sr. Gaja siguen sin convencerle. Está firmemente persuadido de que no basta con el solo criterio de la constitución. En un proyecto como el presente, cuya importancia en lo que concierne al problema esencial de la nacionalidad de las sociedades es sólo secundaria, no hay ningún motivo para obligar a los Estados a adoptar el sistema del domicilio social o el de la constitución. El razonamiento del Sr. Gaja puede invertirse: si se mantiene la conjunción «y», ahora empleada en el texto, se corre el riesgo de una denegación de justicia, ya que, si una sociedad no satisface los dos criterios, no puede recibir protección diplomática.

33. El Sr. GALICKI apoya esas observaciones. En situaciones extremas, el requisito acumulativo podría significar que ningún Estado estuviese facultado para ejercer la protección diplomática de una sociedad constituida en un Estado que tuviera su domicilio social en otro Estado.

34. El Sr. KAMTO está plenamente de acuerdo con el Sr. Gaja. Al examinar la posibilidad de combinar los criterios, la Comisión tiene que pensar en el supuesto en que una sociedad no pueda acogerse a la protección diplomática. Tal supuesto se da cuando una sociedad que ha capitalizado sus inversiones en un país determinado tiene interés en establecer su domicilio social en otro lugar, por motivos fiscales o de otro tipo. Tal y como está formulado ahora, el párrafo 2 del proyecto de artículo 17 tiene la ventaja de tomar posición contra esa práctica, que los Estados siguen cada vez con más frecuencia. Tampoco el recurso al derecho interno resuelve el problema por completo. Cabe que el ordenamiento jurídico interno de un Estado establezca que éste tiene derecho a ejercer la protección diplomática si la sociedad está domiciliada en ese Estado, pero el del Estado en que se haya constituido la sociedad puede decir lo mismo. Por eso opina que la Comisión

tiene que elegir con arreglo a unos principios y no basándose sólo en consideraciones jurídicas: ¿cuál es el mensaje que quiere hacer llegar a los países con sociedades constituidas en las Bermudas pero que tienen su domicilio social en Londres? Personalmente opina que la decisión dictada en el asunto de la *Barcelona Traction* puede utilizarse como base, ya que prevé la combinación de criterios y no su aplicación como distintas alternativas.

35. El Sr. GAJA dice que es uno entre muchos partidarios de que se supriman del todo las palabras que figuran entre corchetes. No está a favor de combinar los dos criterios. Sin embargo, en general los Estados no tienen obligaciones en derecho internacional respecto a las sociedades nacionales, de manera que no cabe hablar de denegación de justicia. No necesariamente se tiene que determinar un Estado que puede en cualquier circunstancia ejercer la protección diplomática de una sociedad.

36. El Sr. ADDO hace suyo el punto de vista del Sr. Gaja. Si una sociedad, tras constituirse en un país, fija su domicilio social en otro, ¿qué forma debería adoptar tal domiciliación? El Estado de domicilio no debería, a su juicio, poder prestar protección diplomática a la sociedad.

37. El Sr. CHEE felicita al Relator Especial por un informe bien estructurado y rico en referencias a la doctrina y los precedentes. Han transcurrido 30 años desde la resolución dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*, que se ha considerado que representa la confirmación de la norma tradicional de derecho internacional público según la cual la protección diplomática sólo se ha de ejercer en favor de las sociedades nacionales del Estado protector pero no en beneficio de los accionistas extranjeros. Como señala el Relator Especial en el párrafo 22 del informe, las decisiones de la CIJ no son vinculantes para la Comisión. La decisión dictada en el asunto de la *Barcelona Traction* ha sido objeto de muchas críticas, especialmente por parte de los tratadistas. Entretanto las relaciones económicas internacionales se han desarrollado considerablemente debido a la libre circulación de las inversiones extranjeras.

38. El profesor Briggs señaló acertadamente en 1970 que «el derecho internacional no había seguido evolucionando en lo referente a la protección de los intereses de los accionistas, en particular si se tiene en cuenta el crecimiento de las inversiones extranjeras y las actividades de las sociedades *holding* multinacionales en el último medio siglo»<sup>8</sup>.

39. Desde el asunto de la *Barcelona Traction* se han creado diversos mecanismos para proteger las inversiones extranjeras y a los accionistas, por ejemplo, los tratados bilaterales sobre inversiones, los procedimientos de solución de controversias, incluido el arbitraje, y el CIADI, de 1965, que otorga a las personas físicas y jurídicas el derecho a iniciar un procedimiento contra un Estado infractor para hacer cumplir un contrato. De conformidad con el procedimiento de indemnización global, que es otra posibilidad, el particular puede satisfacer su pretensión en el marco de un organismo nacional, por ejemplo la Comisión de Liquidación de Reclamaciones Extranjeras de los

Estados Unidos. El Reino Unido aplica un sistema similar. Otro mecanismo destinado a proteger los bienes de los extranjeros consiste en una forma mixta de arbitraje conocida como el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, que ha funcionado de manera bastante parecida a la Comisión General de Reclamaciones concertada por los Estados Unidos con varios Estados de América Latina en el decenio de 1930.

40. La Comisión debe pensar seriamente en elegir una de las siete opciones expuestas por el Relator Especial en el párrafo 28 del informe. Por lo que se refiere a la aplicación del principio del vínculo efectivo a las sociedades (opción 2), el Relator Especial ha subrayado en su informe que en el ámbito particular de la protección diplomática de las personas jurídicas, ningún criterio absoluto aplicable al vínculo efectivo ha sido aceptado de manera general (párr. 18). La CIJ rechazó la aplicabilidad del principio del vínculo efectivo a las sociedades. Señala a la atención a este respecto la observación del juez Jennings de que la analogía entre la nacionalidad de las personas físicas y la nacionalidad de las personas jurídicas a menudo puede resultar engañosa y que las normas del derecho internacional que se fundan en la nacionalidad de las personas físicas no siempre pueden aplicarse sin modificación en relación con las personas jurídicas<sup>9</sup>.

41. No tiene nada que objetar al proyecto de artículo 17 y opina que habría que suprimir los corchetes al final del párrafo 2. La Corte añadió el requisito del domicilio al de la constitución a fin de evitar las transacciones mercantiles fraudulentas.

42. En cuanto al proyecto de artículo 18, apoya el criterio «haya dejado de existir» con preferencia a «prácticamente en quiebra». Sin embargo, el artículo 878 del Código de Comercio español, citado por Mann en un artículo publicado en el *American Journal of International Law*<sup>10</sup>, dispone que, declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes, y que todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos. Así, pues, el apoyo al criterio «prácticamente en quiebra» con preferencia a «haya dejado de existir» también está justificado y se debe tener debidamente en cuenta.

43. El fallo dictado en el asunto de la *Barcelona Traction* se fundó en motivos de procedimiento, es decir, en la cuestión de la legitimación procesal, y no sobre el fondo. Se sacrificaron los hechos a la lógica jurídica y el resultado fue una parodia de justicia. Había una gran suma de dinero de por medio, el 88% de los accionistas eran belgas y se vieron privados de sus derechos de propiedad y otros derechos por vicio de forma, a saber, que Bélgica no estaba legitimada para intervenir. Es difícil imaginar que España desconociera la nacionalidad de la sociedad *Barcelona Traction*. A este respecto le viene a la memoria

<sup>9</sup> Véase *Oppenheim's International Law*, 9.ª ed., publicación dirigida por R. Jennings y A. D. Watts, Harlow, Longman, 1992, vol. I, *Peace*, pág. 860.

<sup>10</sup> F. A. Mann, «The protection of shareholders' interests in the light of the *Barcelona Traction* case», *American Journal of International Law*, vol. 67 (1973), pág. 261.

<sup>8</sup> H. W. Briggs, «*Barcelona Traction: the jus standi of Belgium*», *American Journal of International Law*, vol. 65 (1971), pág. 341.

un comentario del juez Holmes en el sentido de que la definición del derecho depende de la experiencia de la vida, y no de la lógica jurídica. Ya va siendo hora, pues, de reexaminar el asunto de la *Barcelona Traction* a la luz de los acontecimientos más recientes. En un artículo publicado en *International Law: Theory and Practice* en 1998, Dinstein subraya que, en una época de inversiones internacionales en gran —y creciente— escala, las filiales locales son el largo brazo de que se valen las sociedades matrices extranjeras, que el perjuicio causado a una filial local constituye de hecho un perjuicio causado a la sociedad matriz extranjera, que el derecho internacional debe permitir «levantar el velo» de la filial local a fin de proteger efectivamente los bienes de los extranjeros y que sólo el «levantamiento del velo» revela las verdaderas circunstancias en que una sociedad local es propiedad de una sociedad matriz extranjera u otros accionistas<sup>11</sup>. En su opinión, esa observación es muy apropiada para valorar el asunto de la *Barcelona Traction* en el contexto de las actuales relaciones económicas internacionales.

44. El Sr. ECONOMIDES dice que el Relator Especial, aunque, en un excelente informe, ha sido muy crítico con la CIJ por su sentencia en el asunto de la *Barcelona Traction*, ha hecho plenamente suyos en el proyecto de artículo 17 los principios enunciados en ella y ha buscado introducir excepciones a esos principios, basándose principalmente en lo que la Corte parece haber aceptado implícitamente en 1970. Hay cierta incoherencia entre esa crítica y la adopción íntegra de la solución de la Corte, en particular teniendo en cuenta que el Relator Especial señala en el párrafo 27 de su informe que el asunto de la *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. Además, personalmente no está de acuerdo con la afirmación del Relator Especial de que las decisiones de la Corte no son vinculantes para la Comisión (párr. 22). Al contrario, las decisiones de la Corte, al estatuir sobre el derecho internacional, incluido el derecho consuetudinario, y aplicarlo, vinculan a la Comisión como órgano encargado de la codificación del derecho internacional. La Comisión sólo puede apartarse de determinada solución consuetudinaria en aras del desarrollo progresivo del derecho; al hacerlo, debe explicar por qué opta por una nueva norma.

45. Para evaluar mejor las últimas tendencias de la protección diplomática en lo que concierne a las sociedades y los accionistas, hubiera sido preferible disponer de una información más amplia que la suministrada en el párrafo 17 del informe sobre el número de acuerdos concertados después del asunto de la *Barcelona Traction* y sus soluciones concretas.

46. Apoya el párrafo 2 del proyecto de artículo 17, siempre que el Estado en el que se haya constituido la sociedad sea el mismo en que ésta tiene su domicilio social. Pero en el caso excepcional en que una sociedad se haya cons-

tituido en un Estado y tenga su domicilio social en otro, surgirán problemas, porque ninguno de los dos Estados podrá satisfacer las dos condiciones que exige el párrafo 2 y, por lo tanto, no podrá aplicarse esa disposición. En esos casos, la sociedad no tendrá un Estado de nacionalidad que pueda ejercer la protección diplomática en su favor, situación que sería inaceptable. Si se sustituyera la conjunción «y» por «o», como se ha propuesto, se otorgaría el derecho a ejercer la protección diplomática a dos Estados simultáneamente: el Estado en que se hubiese constituido la sociedad y el Estado en cuyo territorio ésta hubiese fijado su domicilio social. Esto no sería lo más acertado, dado el razonamiento de la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*. No alcanza a discernir por qué prácticamente todas las sociedades deberían tener un solo Estado de nacionalidad, cuando algunas, es de suponer que las más hábiles, pueden tener dos. La solución más prudente y conveniente sería apoyar la propuesta del Relator Especial, manteniendo sólo el primer criterio, y explicar en el comentario que el otro criterio es superfluo, ya que el domicilio social de una sociedad se halla casi siempre en el mismo Estado en que se constituyó. Convendría añadir asimismo una referencia al hecho de que, si una sociedad tiene su domicilio social en otro Estado, es el primer criterio el que prevalece sobre el segundo y, por consiguiente, el Estado de nacionalidad de la sociedad es el Estado en que se hubiere constituido y no el Estado en cuyo territorio tenga su domicilio social.

47. El apartado *a* del proyecto de artículo 18 es demasiado restringido. Propone que se inserten las palabras «*de jure o de facto*» entre «existir» y «en el lugar». La expresión latina *de facto* permitiría abarcar el supuesto de una sociedad en una situación tan desesperada que, aunque jurídicamente no hubiera sido disuelta todavía, ya no estuviese en realidad en condiciones de defenderse como persona jurídica. En cambio, abriga reservas con respecto al apartado *b* del proyecto de artículo 18, que no constituye una excepción, sino una nueva norma que corresponde al ámbito del desarrollo progresivo del derecho. Esa nueva norma, que se aplicaría desde luego con más frecuencia que la norma básica del proyecto de artículo 17, va más allá de los fines propuestos y podría suscitar problemas; es controvertida y debería suprimirse, sobre todo porque, como han señalado acertadamente el Sr. Sepúlveda, el Sr. Sreenivasa Rao, el Sr. Addo y otros, las garantías que brinda el arbitraje internacional en materia de inversiones y derecho interno son más que suficientes.

48. En su opinión, el proyecto de artículos sobre la protección diplomática debería incluir una cláusula especial que dispusiera que los artículos no serán aplicables si existen instrumentos internacionales vinculantes de protección de los derechos humanos o de las inversiones en los que se instituyan vías de recurso especiales.

49. El proyecto de artículo 17 puede remitirse al Comité de Redacción, lo mismo que el proyecto de artículo 18 junto con el proyecto de artículo 19, ya que quizás puedan refundirse y, por lo tanto, se deberían examinar conjuntamente.

50. El Sr. FOMBA dice que el excelente informe del Relator Especial plantea cuatro cuestiones sustantivas: la

<sup>11</sup> Véase Y. Dinstein, «Diplomatic protection of companies under international law», en K. Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice - Essays in Honour of Eric Suy*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998, págs. 505 y ss., en particular pág. 515.

definición y atribución de la nacionalidad de las sociedades, la protección diplomática de las sociedades, la protección diplomática de los accionistas de las sociedades y la pertinencia de las soluciones propuestas en los proyectos de artículo 17 y 18.

51. Con respecto al primer punto, el principio básico es el mismo que rige la nacionalidad de las personas físicas, a saber, que sólo el Estado territorialmente soberano tiene competencia para determinar la nacionalidad de una sociedad. Hay dos criterios para conferir la nacionalidad: el lugar del domicilio social, utilizado por los países de tradición jurídica romanista, y el lugar de constitución de la sociedad, por el que se inclinan los países de *common law*. En el asunto de la *Barcelona Traction*, la CIJ reconoció formalmente la existencia de esos criterios sin manifestar preferencia por uno ni por otro.

52. El derecho internacional no tiene en cuenta la efectividad del vínculo entre la sociedad y el Estado territorial; la Corte adoptó así un planteamiento diferente del asunto *Nottebohm*. El planteamiento formalista seguido por la Corte en el asunto de la *Barcelona Traction* ha sido desechado hasta cierto punto por el derecho internacional, así como por el Convenio constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones y los tratados bilaterales sobre la protección de las inversiones privadas extranjeras.

53. Sobre la cuestión de la protección diplomática de las sociedades en cuanto tales, la Corte adoptó la norma de que es el Estado en que se hubiere constituido la sociedad el titular del derecho exclusivo a ejercer la protección diplomática en razón de un perjuicio sufrido por esa sociedad. Esta norma refleja el derecho consuetudinario internacional, sin perjuicio del desarrollo de la relación dialéctica entre éste y el proceso convencional.

54. En el fallo de la causa *Barcelona Traction*, la Corte excluyó la posibilidad de protección diplomática de los accionistas por motivos que pueden criticarse desde distintos puntos de vista. Tal protección parecería legítima, no como principio en sí, sino como excepción aplicable en determinadas circunstancias.

55. En general, el proyecto de artículo 17 es aceptable. Puesto que en el asunto de la *Barcelona Traction* se reconocieron los dos criterios enunciados en el párrafo 2, se debería suprimir los corchetes y sustituir la conjunción «y» por «o», con objeto de recoger las dos alternativas. También es aceptable en general el proyecto de artículo 18, que refleja el principio de la legitimidad de la protección del accionista en circunstancias excepcionales. Convendría modificar el apartado *a* suprimiendo las palabras «en el lugar de su constitución»; y habría que mantener la excepción prevista en el apartado *b*.

56. El Sr. Kamto ha planteado la cuestión de si es necesario fijar plazos. Como dijo el Sr. Pellet, se trata de un problema omnipresente en derecho internacional. Pero en el presente contexto hay razones, quizás, para especificar el ámbito *ratione temporis* del derecho a ejercer la protección diplomática.

57. En cuanto a la forma, el Sr. Melescanu propuso refundir los proyectos de artículo 17 y 18 para destacar la relación entre la norma y sus excepciones. El orador prefiere mantener las disposiciones como dos artículos distintos. Opina que ambos deben remitirse al Comité de Redacción.

58. El Sr. PELLET considera muy alarmantes las reacciones al cuarto informe del Relator Especial. Como otros miembros, apoya todos los proyectos de artículo presentados y desea que se remitan al Comité de Redacción. Dicho esto, opina que el Relator Especial casi ha sido demasiado honesto. No cabe duda de que todos los relatores especiales tienen el deber de proporcionar a la Comisión toda la información necesaria para que ésta pueda formarse una opinión. A este respecto el Relator Especial se ha mostrado irreprochable, aportando todos esos elementos con honradez y rigor. Sin embargo, los ha aportado indiscriminadamente, sin ofrecer orientación ni explicar por qué ha optado por una solución antes que por otra. Así, por ejemplo, en el párrafo 2 del proyecto de artículo 17 el Relator Especial propone que la Comisión respalde el principio adoptado por la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*. Ahora bien, para llegar a esa conclusión el Relator Especial examina nada menos que siete opciones, analizando sus ventajas e inconvenientes; pero sin justificar su preferencia, por bien fundada que ésta esté.

59. Tratará de explicar por qué comparte las preferencias del Relator Especial. En primer lugar, está de acuerdo en que el asunto de la *Barcelona Traction* es el inevitable punto de partida de cualquier estudio del tema que se examina. En su sentencia de 1970 la CIJ analizó en detalle cada uno de los aspectos del problema e incluso se pronunció, por vía de observación incidental u *obiter dictum*, sobre cuestiones que no eran fundamentales para sus conclusiones, un método encomiable al que, lamentablemente, renunció después. Unas prolongadas alegaciones, en las que se analizaron detenidamente cada uno de los aspectos del asunto, permiten elucidar la postura de la Corte. Como el Relator Especial, considera que el asunto de la sociedad *ELSI* puede arrojar alguna luz sobre determinados aspectos del asunto de la *Barcelona Traction*, pero que la solución sin embargo descansa en una *lex specialis* que hace difícil su generalización.

60. Como ha explicado el Relator Especial, en su sentencia la Corte se refirió al doble criterio del lugar de constitución y/o el lugar del domicilio social (volverá más adelante sobre la cuestión de «y/o»). Por razones muy distintas de las puramente técnicas, sobre las que también volverá más adelante, el único criterio que verdaderamente puede competir con el criterio mencionado es el del control económico, que hay que reconocer que es un criterio algo formalista.

61. Y, a primera vista, ese criterio es defendible. Después de todo, en el mundo moderno las inversiones, en particular las inversiones extranjeras, constituyen un elemento fundamental de la riqueza de las naciones. Y lo que cuenta es la realidad económica: poco importa que un inversor belga, francés o nigeriano se sirva de una compañía domiciliada en el Canadá o en las Bahamas para invertir en España, los Estados Unidos o el Chad. Si esa



inversión es víctima de un hecho internacionalmente ilícito por parte del país anfitrión, es en última instancia el verdadero Estado de origen de la inversión, o sea el de los accionistas, el Estado cuya economía sufrirá un perjuicio, como señala la CIJ en el párrafo 86 de su sentencia. Varios de los alegatos presentados en la causa sorprendentemente ponen de manifiesto ese extremo, aun cuando ese tipo de razonamiento, de orientación económica neoliberal y capitalista, era mucho menos corriente hace 30 años que ahora.

62. Con todo el respeto que le merece la afirmación que hace el Relator Especial en el párrafo 36 de su informe, el orador no cree que los intereses de los países en desarrollo y los países industrializados sean fundamentalmente divergentes a este respecto. Los verdaderos motivos para rechazar el criterio del control económico radican en otra cosa y, curiosamente, esos dos motivos no han sido claramente expuestos por el Relator Especial, aunque la Corte los formuló de la manera más clara posible en su sentencia de 1970.

63. El primero de esos motivos es de índole meramente práctica y cuestión de sentido común. En el sistema capitalista contemporáneo es extraordinariamente difícil, por no decir absolutamente imposible, «rastrear» los verdaderos orígenes del capital de una sociedad. La mayoría de los accionistas de la *Barcelona Traction* eran belgas, pero no necesariamente personas físicas, y las sociedades que participaban en el capital de esas sociedades accionistas «belgas» muy bien hubieran podido ser sociedades francesas, estadounidenses o indias. En el párrafo 87 de la sentencia la Corte declaró que: «[...] en lo que concierne a las inversiones, la pertenencia a una economía debe ser probada. Esta prueba [...] es a veces muy difícil, en particular cuando están implicadas empresas complejas» [pág. 46]. En el párrafo 96 prosiguió: «El peligro sería tanto mayor cuanto que las acciones de sociedades con una actividad internacional están muy dispersas y cambian a menudo de manos» [pág. 49]. Esto es incluso más cierto ahora que en 1970.

64. El segundo motivo por el que el control económico se debería, en principio, rechazar como criterio es más de índole política o moral que de índole práctica. El Relator Especial parece expresar preocupación, entre otros en los párrafos 10 y 21 de su informe, por el riesgo de que el criterio de la constitución o el domicilio social deje a los accionistas sin protección. Eso parece demostrar excesivos escrúpulos. Los accionistas, en su sabiduría capitalista, podrían optar por constituir una sociedad en un Estado distinto del suyo, a fin de maximizar los beneficios; y en efecto, están en todo su derecho de promover sus intereses de la mejor manera posible en el mejor de los mundos capitalistas. Pero no pueden guardar su metafórica ropa (por lo general en forma de un régimen fiscal más favorable) y nadar al mismo tiempo (beneficiándose de la «proximidad» a su Estado de nacionalidad que les ofrecería un ejercicio más activo y efectivo del derecho —del *derecho*, no la obligación— del Estado a otorgar protección diplomática (véase el párrafo 94 de la sentencia dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*). Como la Corte señaló también acertadamente en el párrafo 99 de la sentencia,

un pasaje no citado por el Relator Especial: «Conviene observar también que los fundadores de una sociedad cuya actividad esté orientada al ámbito internacional deben tener en cuenta el hecho de que los Estados tienen el poder discrecional de conceder o denegar la protección diplomática a sus nacionales. Al establecer una sociedad en un país extranjero, a sus fundadores los mueven normalmente consideraciones especiales; se trata a menudo de aprovechar ventajas fiscales o de otro tipo ofrecidas por el Estado anfitrión. No parece en modo alguno falta de equidad que las ventajas así obtenidas tengan como contrapartida los riesgos creados por el hecho de que la protección de la sociedad y, por lo tanto, de sus accionistas queda encomendada así a un Estado distinto del Estado nacional de estos últimos.» [pág. 50].

65. Esos son los motivos, más que los expuestos por el Relator Especial, que le llevan a apoyar plenamente las conclusiones del Relator Especial que se plasman de manera concreta en el proyecto de artículo 17.

66. En cuanto al texto de la disposición, no tiene nada que objetar al párrafo 1, siempre que el perjuicio haya sido causado por un hecho internacionalmente ilícito. Con todo, esa condición sin duda está implícita y se especificará en los comentarios.

67. En cuanto a la justificación del enunciado del párrafo 1 del proyecto de artículo 17, el Relator Especial se refiere en el párrafo 51 de su informe a la evaluación pesimista que Kokott hace de la situación, según la cual «la normativa tradicional de la protección diplomática ha sido reemplazada en gran medida por numerosos procedimientos de solución de controversias establecidos mediante tratados»<sup>12</sup>, estado de cosas que también menciona la CIJ en el párrafo 90 de su sentencia en el asunto de la *Barcelona Traction*. Esa tendencia es indiscutible, pero no ve ningún motivo para calificarla de pesimista. Por el contrario, la concertación de acuerdos bilaterales en los que se establezcan claramente los derechos de los distintos participantes en las inversiones internacionales y se creen mecanismos de solución de controversias efectivos y eficaces es en sí misma una buena cosa, aun cuando tenga reservas ideológicas con respecto a algunas de las normas que figuran en las convenciones contemporáneas de protección de las inversiones. Esa reserva, sin embargo, no afecta a su aprobación del párrafo 1 del proyecto de artículo 17 en la forma propuesta por el Relator Especial.

68. Tampoco el párrafo 2 del proyecto de artículo 17 plantea problemas de principio, pero como ya ha dicho en varias ocasiones, le preocupa enormemente que se coloque entre corchetes la expresión «y en cuyo territorio tiene su sede social». Algunos miembros de la Comisión parecen verse a sí mismos como legisladores nacionales, no internacionales, actitud que le parece totalmente inaceptable. A pesar de las opiniones expresadas por algunos miembros, la determinación de la nacionalidad de las sociedades es fundamentalmente una cuestión que corresponde al ámbito de la jurisdicción interna de los Estados. Ello es cierto en el caso de las personas físicas, como

<sup>12</sup> Kokott, *loc. cit.* (2756.ª sesión, nota 5), pág. 377.

resolvió la CIJ en el asunto *Nottebohm*; y también lo es en el caso de las sociedades, como asimismo resolvió en la sentencia dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*, en cuyos párrafos 39 a 43 declaró que la condición jurídica de las sociedades era una cuestión de derecho interno, e incluso fundamentalmente de la jurisdicción interna de los Estados. De la misma manera que la nacionalidad de las personas físicas viene determinada por dos criterios alternativos principales, el *jus soli* y el *jus sanguinis*, a los que se alude en el proyecto de artículo 3, también la nacionalidad de las sociedades depende de dos regímenes alternativos, a saber, el lugar de constitución y el lugar del domicilio social, aunque muchos Estados tomen en grado diverso elementos de uno u otro régimen. A pesar de la afirmación del Relator Especial, en el párrafo 53 del informe, de que la insistencia de la Corte en el requisito de un domicilio social en paralelo con el de la constitución no viene al caso, lo cierto es que no está fuera de lugar. Al adoptar esa posición, la Corte se limitó a respetar los ordenamientos jurídicos de los Estados, que recurren a uno u otro de esos criterios o que combinan ambos de alguna manera. A diferencia del Relator Especial y de otros miembros de la Comisión que desean imponer su propio sistema —el de la constitución— al resto del mundo, la Corte también respetó el principio que enuncia en el párrafo 38 de su sentencia —que cita además el Relator Especial en el párrafo 54 de su informe— de que el reconocimiento de que una sociedad anónima es una institución creada por los Estados en un ámbito que corresponde fundamentalmente a su jurisdicción interna exige que el derecho internacional se remita a las normas pertinentes del derecho interno.

69. Contrariamente a lo que algunos miembros quieren creer o afirman, no hay uniformidad entre los diferentes derechos internos a este aspecto. A grandes rasgos, los países anglosajones y sus epígonos se basan en el sistema de la constitución, y los países de tradición jurídica romanista tienden a preferir el del domicilio social o la sede real. De pasada, vale la pena mencionar que la expresión utilizada en la versión inglesa de la sentencia dictada en el asunto de la *Barcelona Traction* no es satisfactoria, ya que la expresión francesa *siège social* estaría mejor traducida por *headquarters*. Es cierto que Italia, bajo la ilustrada influencia del Sr. Gaja, se ha pasado al sistema de la constitución, pero ello no es motivo para obligar indirectamente a otros Estados a alinearse con el derecho anglosajón. La Comisión debería dejar esa cuestión a la CNUDMI y tomar debida nota de que existen dos sistemas, como acertadamente hizo la CIJ en 1970.

70. Es cierto que la formulación que empleó la Corte en el párrafo 70 de la sentencia y que cita el Relator Especial, aunque sólo parcialmente, en el párrafo 52 de su informe plantea problemas. La Corte escribió: «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» [pág. 42]. La conjunción es ciertamente «y». Sin embargo, la lectura del pasaje en que figura esa frase suscita dudas en cuanto a si, incluso la Corte, no tenía en la mente dos criterios alternativos. Sea como sea, tal es la opinión del orador a este respecto.

71. En consecuencia, insta encarecidamente al Relator Especial y al Comité de Redacción a mantener las palabras que ahora figuran entre corchetes y a acabar con la ambigüedad creada por la formulación utilizada por la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*, mediante la sustitución de la conjunción «y» por «o», como han propuesto el Sr. Galicki y otros miembros. Es la única manera de respetar la competencia fundamentalmente interna de los Estados en uno de los raros ámbitos en que todavía existe. Y del modo más terminante afirma que no alcanza a ver por qué motivo sus colegas anglosajónfilos deberían imponer el criterio de la constitución a los Estados que siguen apegados al sistema del *siège social* (*headquarters*), o domicilio social, un criterio que, en contra de lo que acaba de afirmar el Sr. Gaja, es mucho menos formalista que el de la constitución: aun cuando esos Estados estén en minoría y no figuren entre los económicamente más fuertes; incluso aunque técnicamente se pueda sostener que es preferible el sistema de la constitución —cuestión sobre la que no está en condiciones de pronunciarse y que, como internacionalista, desecha sin más— no corresponde al mandato de la Comisión dar preferencia a un ordenamiento sobre otro. La tarea de la Comisión, como la de la Corte en 1970, consiste en señalar que los Estados tienen cierto grado de libertad a este respecto, y el orador no alcanza a discernir por qué debería arrogarse la posibilidad de restringir esa libertad. La única alternativa sería no decir nada, suprimiendo simplemente el párrafo 2 y subrayando en los comentarios que la determinación de la nacionalidad de las sociedades corresponde esencialmente al ámbito de la jurisdicción interna de los Estados.

72. Los proyectos de artículo 18, 19 y 20 constituyen excepciones al principio del proyecto de artículo 17 que son totalmente aceptables y asumibles, teniendo presente que fue la propia CIJ la que mencionó esas excepciones en la sentencia dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*, con relativa cautela y también en forma de *obiter dicta*, ya que ninguna de esas excepciones era aplicable a las circunstancias del caso.

73. La excepción a que se refiere el apartado *a* del proyecto de artículo 18 versa sobre el supuesto en que la sociedad ha dejado de existir en el lugar de su constitución. Tampoco le plantea ello ningún problema de principio, aunque el enunciado de la disposición lo deja algo perplejo. Si la sociedad ha dejado de existir, es evidente que el Estado cuya nacionalidad posee —bien por haberse constituido en él, o bien por tener en él su domicilio social— ya no podrá otorgarse su protección. No se puede proteger a una persona fallecida; en el mejor de los casos se puede proteger a sus causahabientes, quienes, en el caso de que se trata, son, *mutatis mutandis*, los accionistas. Siendo así, se pregunta si el criterio que siguió la Corte en el asunto de la *Barcelona Traction*, que, según explica el Relator Especial en los párrafos 59 y 60 de su informe, es más estricto que el aplicado anteriormente, no resulta demasiado rígido. Como el Sr. Brownlie, citado por el juez Jessup, como Paul De Visscher, citado por el juez Fitzmaurice, como el Sr. Riphagen, cuyas opiniones personales al respecto ha releído, considera preferible atenerse en lo fundamental a la idea de la efectividad de la entidad jurídica. Ciertamente es que la protección diplomática descansa en una ficción: una sociedad es a su vez en algunos aspectos una ficción jurídica. Pero cuando esa ficción ya no corresponde a ninguna realidad, cuando la entidad jurídica ya no tiene

ninguna efectividad, cuando está «prácticamente extinta», es preciso abandonar la ficción y volver a la realidad. Toda la cuestión estriba en si la sociedad está aún o no en condiciones de actuar en ejercicio de sus derechos y en defensa de sus intereses. Si lo está, no hay motivo para abandonar el principio establecido en el proyecto de artículo 17. Si ya no lo está, entonces la excepción enunciada en el apartado *a* del proyecto de artículo 18 es necesaria; pero tal como la presenta el Relator Especial, basándose en el espíritu, aunque no en la letra, de la sentencia dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*, esa excepción parece decididamente demasiado estricta y formalista. Sería mejor decir que la protección diplomática podrá ejercerse en favor de los accionistas cuando haya que descartar «la posibilidad de que haya una vía de recurso disponible a través de la sociedad» [pág. 41, párr. 66]; o cuando la sociedad ya no esté de hecho en condiciones de actuar en defensa de sus derechos e intereses.

74. Por otra parte, no se opone a añadir, como propone el Relator Especial, las palabras «en el lugar de su constitución», lo que permite así evitar ambigüedades: por ejemplo, en el asunto de la *Barcelona Traction*, el hecho de que esa sociedad no pudiera actuar en España no se debía tomar en consideración, por lo menos con arreglo al criterio de la nacionalidad; esa incapacidad para actuar en España afectaba sólo a la otra condición para el ejercicio de la protección diplomática, es decir, al agotamiento de los recursos internos.

75. No comparte la preocupación de algunos otros miembros con respecto al apartado *b* del proyecto de artículo 18. Hay que reconocer que el Relator Especial demuestra que la CIJ no respaldó firmemente el principio según el cual se puede ejercer la protección diplomática en favor de los accionistas de una sociedad si esa sociedad tiene la nacionalidad del Estado responsable del perjuicio que se le ha causado. El Relator Especial ha demostrado también que los precedentes son ambiguos, aunque parece haber exagerado el alcance de esa ambigüedad. El asunto de la sociedad *ELSI* viene a confirmar esa opinión, aunque el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre los Estados Unidos de América y la República Italiana<sup>13</sup> no desempeñó un papel exclusivo en el razonamiento de la Sala. Como subraya el Relator Especial en el párrafo 84 de su informe, y como han señalado varios oradores para corroborar sus críticas del *obiter dictum* de la Corte en el asunto de la *Barcelona Traction* de 1970, el Reino Unido y los Estados Unidos se pronunciaron en favor de esa excepción. Pero el hecho de que los Estados Unidos sean partidarios de una norma de derecho internacional —o de lo que permita que subsista de ella— no significa que esa norma sea necesariamente mala. Además, aparece reflejada ahora, no sólo, como pretenden algunos miembros, en algunas convenciones bilaterales sobre inversiones, sino en miles de tales convenciones concertadas por todos los Estados de la comunidad internacional, independientemente de su nivel de desarrollo u orientación ideológica. Este estado de cosas consolida el principio sentado por la Corte en su *obiter dictum*.

*Se levanta la sesión a las 13.00 horas.*

## 2760.ª SESIÓN

*Miércoles 21 de mayo de 2003, a las 10.05 horas*

*Presidente:* Sr. Enrique CANDIOTI

*Miembros presentes:* Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Bae-na Soares, Sr. Brownlie, Sr. Chee, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sra. Escameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kolodkin, Sr. Mansfield, Sr. Melescanu, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosentock, 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. KABATSI observa que el Relator Especial, al analizar a fondo y de manera objetiva el tema de la protección diplomática de las personas jurídicas, se planteó con razón la cuestión de la nacionalidad de las mismas y optó por reafirmar el carácter central de la sentencia de la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*. Parte, en efecto, del principio de que, a los efectos de la protección diplomática, el Estado de nacionalidad de una sociedad es aquel en que se ha constituido la sociedad y en cuyo territorio tiene su sede social, si bien esta segunda condición figura en el texto entre corchetes. En numerosos acuerdos bilaterales o multilaterales de protección de las inversiones se prevén otros mecanismos en lo que concierne a las sociedades, los accionistas y otras partes interesadas, pero, en defecto de pacto, el fallo en el asunto de la *Barcelona Traction* sigue siendo la expresión correcta del derecho.

2. Pasando ahora concretamente a los proyectos de artículo 17 y 18, el primero de ellos no plantea mayores problemas, por lo que debería remitirse al Comité de Redacción, aun cuando las palabras «y en cuyo territorio tiene su sede social» no parecen muy útiles. Sin duda, se trata de un criterio que aplicó la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction* pero, en la práctica, la sede figura en la constitución y una sociedad tiene la nacionalidad del Estado donde se constituye. Si se mantienen las palabras antedichas con la conjunción «y», puede suceder que las sociedades, quizá escasas en número, que tengan su sede en el territorio de un Estado diferente de aquel en que están constituidas, pueden perder el derecho a la protección diplomática al no reunir las dos condiciones expuestas en el proyecto de artículo 17. Si se sustituye la conjunción

<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).

<sup>13</sup> Véase 2757.ª sesión, nota 6.