

## EXAMEN DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL<sup>1</sup>

### *EXAMINING MULTINATIONAL ENTERPRISES & INTERNATIONAL LAW*

*Por Leopoldo M. A. Godio\* - Agustina N. Vázquez\*\**

**RESUMEN:** La regulación de las empresas multinacionales ha evolucionado exponencialmente desde el fallo *Salomon vs. Salomon* en la Cámara de los Lords del Reino Unido: estas empresas comenzaron siendo formas de administrar riqueza pero rápidamente pasaron a ser vehículos predilectos para las inversiones y se convirtieron en una pieza fundamental para generar una economía global integrada.

Resulta de particular interés el rol que ha adoptado el Derecho Internacional Público cuando se ha visto envuelto en el mundo corporativo: si bien las empresas multinacionales no se consideran sujetos del Derecho Internacional, es imposible negar su peso en la arena internacional. Basta para ello tomar como ejemplo que los tratados internacionales de protección de las inversiones se han construido alrededor de las necesidades del inversor generando una multiplicidad de foros.

El presente trabajo examinará la evolución de la jurisprudencia acerca de la protección de las inversiones de empresas multinacionales en los foros internacionales, tomando como puntos de referencia los fallos de la Corte Internacional de Justicia en los casos *Barcelona Traction – Sicula – Diallo* y lo decidido recientemente ante tribunal de arbitraje internacional tal como en el caso *Yukos*. En este sentido, se planteará que la regulación de empresas multinacionales es un proceso regulatorio que aún no encuentran armonización normativa, y que si bien aún no podemos hablar que estamos ante una rama del “Derecho de las Empresas Multinacionales” en el marco del Derecho Internacional Público, podríamos estar en el sendero correcto para ello.

**PALABRAS CLAVES:** derecho internacional – empresas multinacionales – regulación.

**ABSTRACT:** The subject of regulating multinational enterprises (MNEs) has grown apace since the early *Salomon v. Salomon*: these companies first started as ways to manage wealth at the U.K. but quickly became investment vehicles that empowered the continued rise of a globally integrated economy.

Of particular note is the role of International Law when dealing with such an actor: while MNEs are still not considered subjects of International Law, they have certainly made clear that International Investment Agreements (IIA) are molded out of their needs.

This article will examine the evolution of caselaw regarding the protection of MNEs’ investments in international *fori*, paying particular care to both the ICJ’s saying about the matter when dealing with diplomatic protection cases (*Barcelona Traction – Sicula – Diallo*) and international arbitral tribunals (*Yukos*). In doing so, this article will show that the regulating MNEs process is still

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 14 de marzo y aprobado para su publicación el 21 de julio de 2016.

\* Leopoldo M. A. Godio es Abogado y Magister en Relaciones Internacionales (Universidad de Buenos Aires). Profesor UBA y UCA. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Miembro del Instituto de Derecho Internacional del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales. Miembro del Instituto de Derecho Internacional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Director del Instituto de Derecho Internacional Público del Colegio de Abogados de San Isidro.

\*\*Agustina N. Vázquez es Abogada (Universidad de Buenos Aires) y realiza su LLM por la University of London. Profesora UBA y UFLO. Participante del proyecto *UNCTAD IIA University Mapping Project*. Entrenadora del equipo representativo de la UBA en el *Foreign Direct Investment Moot* (2015).

struggling to find regulatory harmonization. It seems a little too early to talk about “MNEs Law” but maybe we are in the right track to do so.

**KEYWORDS:** International Law – multinational enterprises – regulation.

## **I. Introducción: concepto, evolución y utilización de la empresa multinacional**

El concepto legal de “empresa”, concebida como una entidad jurídica de existencia ideal cuya personalidad es distinta a de quienes la integran contiene, necesariamente, no sólo la capacidad de poseer atributos propios como el nombre, domicilio y patrimonio, sino también contar con una voluntad propia para el ejercicio de actos jurídicos que, en efecto, se traducen en derechos y obligaciones de la misma naturaleza.

De este modo, a partir de las legislaciones internas, una corporación puede instituirse en diferentes figuras legales aunque, generalmente, se las clasifica –según las normas del lugar de constitución y la doctrina comparada–, en función de los fines de lucro y la posibilidad de emitir acciones<sup>2</sup>.

Siguiendo a Dunning y Lundan, entendemos que estamos en presencia de una empresa multinacional cuando la misma se organiza para la producción y venta de bienes o servicios a en uno o más mercados diferentes al de su Estado de origen o lugar de constitución<sup>3</sup>. También se las han denominado “empresas transnacionales” o “multinacionales” o “corporaciones trans-estados”, de acuerdo a lo que plantean Pitelis y Sugden<sup>4</sup>.

Sin embargo, para comprender adecuadamente los desafíos que imponen este tipo de empresas al derecho internacional contemporáneo es necesario realizar una breve reseña histórica que comienza, al menos considerando su volumen comercial, con las primeras

---

<sup>2</sup> Al respecto, el Black’s Law Dictionary conceptualiza a la corporación como una entidad legal creada bajo las leyes de un Estado, compuesta por una o más personas que conforman un ente distinto de sus miembros y que –por imperio de la propia ley que las crea– permite su existencia con independencia de los cambios en su composición societaria. Esta entidad jurídica se perpetuará en el tiempo y actuará –en la medida de sus poderes– de acuerdo a los objetivos que indique su estatuto y que la ley donde opera, le permita. Sin perjuicio de lo anterior, en el mismo texto “empresa” remite a la “corporación”. Cfr. GARNER, Bryan A., & BLACK, Henry C., *Black’s law dictionary*, St. Paul, Thomson/West, 2004.

A su vez, resulta de interés la concepción de Dunning y Lundan sobre empresas multinacionales como un *sistema de gobernanza que realiza un conjunto de actividades que añade valor a su producción con una coordinación y el control unificado*. Ver al respecto DUNNING, John, & LUNDAN, Sarianna M., “Multinational Enterprises and the Global Economy”, *Journal of International Business Studies*, Vol. 39, Issue 7, 2008, pp. 1236-1238.

<sup>3</sup> DUNNING, John, & LUNDAN, Sarianna M., *Multinational enterprises and the global economy*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2008, pp. 3-9.

<sup>4</sup> Cfr. PITELIS, Christos & SUGDEN, Roger, *The nature of the transnational firm*, London, Routledge, 2000, p. 72.

“corporaciones” dedicadas al comercio internacional en los siglos XVI y XVII<sup>5</sup> como, por ejemplo, aquellas que fueran registradas en la denominada *Companies House*<sup>6</sup> –similar a la Inspección General de Justicia en el ámbito local–, que habilitaba la realización de negocios con el permiso de la corona británica otorgándoles, además, limitadas facultades en el territorio autorizado que les protegía de eventuales investigaciones criminales, entre otras<sup>7</sup>.

No fue sino hasta el caso *Salomon vs. A. Salomon & Co Ltd.*, decidido unánimemente por la Cámara de los Lores en 1896, que se estableció definitivamente la distinción de la personalidad jurídica de una empresa<sup>8</sup> y de quienes la integraban, impidiendo a los acreedores de una empresa insolvente (Salomon) demandar a los accionistas de la compañía para obtener el cobro de las deudas pendientes. Posteriormente, la idea fue afirmándose a favor de esta tesis, contribuyendo a la consolidación de una estructura legal con el capitalismo como abanderado a lo largo y ancho del mundo<sup>9</sup>.

Este tipo de organizaciones constituyeron, en alguna medida, el albor de las actuales corporaciones ya que no sólo autorizaban la creación de un ente jurídico de existencia ideal diferenciado de sus miembros con el fin de optimizar el comercio sino que contaba, particularmente, con prerrogativas de naturaleza *pública* para el ejercicio de facultades que, en el siglo XXI, aparecen como de difícil justificación.<sup>10</sup> De este modo, la presencia de facultades de índole pública y privada estableció una característica de las primeras corporaciones comerciales que pueden tener alguna correlación actual con el modo en el que se realizan inversiones *Public Private Partnership* (en adelante, “P.P.P.”), utilizadas

---

<sup>5</sup> Cfr. HANNIGAN, Brenda, *Company law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 34-40. Asimismo, Cooke señala que “The history of companies follows the development of civic life in England. The appearance of large towns in medieval England led to the development of industry and trade in those towns. Many towns formed themselves into corporations, which were established by Royal Charter”. Cfr. COOKE, Colin A., *Corporation, trust and company*, Manchester, Manchester University Press, 1950, pp. 7-12. En idéntico sentido ver HUDSON, Alastair, *The law on investment entities*, London, Sweet & Maxwell, 2007, pp. 407-416.

<sup>6</sup> Fuente: <https://www.gov.uk/government/organisations/companies-house/about/about-our-services> (consulta el 16/11/2015).

<sup>7</sup> TINDALL, Robert E., *Multinational Enterprises: Legal and Management Structures and Interrelationship with Ownership, Control, Antitrust, Labor, Taxation and Disclosure*, New York, Oceana Publications, 2007, pp. 43-44.

<sup>8</sup> LIM, Ernest, “Of ‘Landmark’ or ‘Leading’ Cases: Salomon's Challenge”, *Journal of Law and Society*, Vol. 41, Issue 4, 2014, pp. 523-550.

<sup>9</sup> Cfr. TRUBEK, David M., DEZALAY, Yves, BUCHANAN, Ruth & DAVIS, John R., “Global Restructuring and the Law: Studies of the Internationalization of Legal Fields and the Creation of Transitional Arenas”, *Case Western Law Review*, Vol. 44, 1993-1995, p. 407. También ver TRUBEK, David M., & SANTOS, Alvaro, *The new law and economic development: A critical appraisal*. Cambridge, Cambridge University Press. 2006.

<sup>10</sup> Al respecto, ver GRANTHAM, Ross B., ‘The doctrinal basis of the rights of company shareholders’, *Cambridge Law Journal*, Vol. 57, Issue 3, 1998, pp. 554-588.

actualmente para la administración de algunos servicios públicos a través de empresas privadas formadas, conjuntamente, entre el Estado local e inversores privados extranjeros<sup>11</sup>.

A pesar de las creencias que sitúan en el siglo XX al origen de las empresas como vehículos de inversiones internacionales, cabe señalar que la historia presenta, entre los siglos XVII y XVIII, ejemplos de compañías que presentaban las mismas características que las actuales, incluso llegando a exteriorizarse su accionar fraudulento, tal como ocurriera con el célebre caso de la *South Sea Company* que, en 1720, motivó la consideración sobre la ilegalidad de las empresas en el Reino Unido, aunque no por mucho tiempo<sup>12</sup>.

Ya en la segunda mitad del siglo XIX y en el contexto de la revolución industrial, las empresas reaparecen ante la urgente necesidad de atracción de capitales, con el objeto de conformar una sociedad que limitara la posible responsabilidad de los inversores y estimular a los empresarios en su participación mitigando los riesgos y contingencias. De este modo, gracias a la *Bank Charter Act* de 1844 y la decisión de la Cámara de los Lores en el asunto *Salomon vs. A. Salomon & Co Ltd* referido, se creó un sistema en el que la responsabilidad del empresario y de los inversores por las pérdidas de la empresa era limitada hasta el importe nominal, provocando la creación de nuevas empresas en rubros que demandaban la inyección de capital como la manufactura o la construcción de ferrocarriles, entre otros<sup>13</sup>.

De este modo, es que las empresas comenzaron a ser pensadas como un modelo de gestión y organización de inversiones que, en vez de requerir de un gran número de individuos para asociarse cada vez que desean realizar un negocio, se utiliza a la empresa que, como una persona jurídica distinta, agrupa el capital de los inversores orientado a objetivos comerciales comunes o de otro tipo, valiéndose de los distintos tipos societarios que ofrecen las legislaciones locales.

## II. Las empresas multinacionales a la luz del derecho internacional público

---

<sup>11</sup> HODGE, Graeme A., & GREVE, Carsten, “PPPs: The passage of time permits a sober reflection”, *Economic Affairs*, Vol. 29, Issue 1, 2009, pp. 33-39. También ver COLLINS, Michael., *Money and Banking in the UK: A History*, London, Routledge, 2012, pp. 52-55.

<sup>12</sup> SPERLING, John G., *The South Sea Company: an historical essay and bibliographical finding list*, Boston, Baker Library, 1962. Sobre este punto, resulta útil GARBER, Peter M., “Famous first bubbles”, *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 4, Issue 2, 1990, pp. 35-54 y MICKLETHWAIT, John & WOOLDRIDGE, Adrian, *The company: A short history of a revolutionary idea*, New. York, Modern Library/Random House, 2005, pp. 23-25.

<sup>13</sup> HUDSON, Alastair, *Understanding company law*, Oxon, Routledge, 2012, pp. 30-35.

La amplia utilización de las empresas con objeto o fines transnacionales generó la preocupación sobre si era necesario (y posible) la regulación de éstas por el derecho internacional, especialmente en un contexto de globalización de los mercados, que presenta oportunidades valiosas para grandes sociedades comerciales transnacionales, controladas a su vez por otras empresas o compañías que pueden ser, incluso, multinacionales<sup>14</sup>.

Según Hudson, los desafíos se presentan incluso con la clásica estructura de filiales vinculadas a una casa matriz controlante o por entidades económicamente integradas pero jurídicamente separadas. El mismo autor afirma que la noción de “corporación” tendrá un papel que desempeñar en la futura regulación supranacional<sup>15</sup>. En ese sentido, la utilización de las sociedades multinacionales incide también en la consideración de los agentes empresariales y la posibilidad de reglar sus conductas aunque cabe señalar que, históricamente, se trata de un tema restringido o conservador para la doctrina. Sin embargo, más recientemente, el accionar de las empresas transnacionales y sus destacadas implicancias en asuntos atinentes a los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, la transparencia y la protección del medio ambiente, entre otros, ha reabierto el debate académico sobre su responsabilidad.

Sintetizando las posturas doctrinarias, encontramos en Browlie el enfoque tradicional que niega a las corporaciones su subjetividad en el ámbito del derecho internacional público<sup>16</sup>, aunque reconoce que la nacionalidad y la actividad de las mismas es determinada por la ley del lugar de su constitución, revistiendo aquellas un carácter significativo, toda vez que confiere ciertos derechos en el ámbito internacional a partir, por ejemplo, de la protección diplomática o los tratados referidos únicamente a los nacionales de los Estados contratantes<sup>17</sup>. En otras palabras, una sociedad que posee la nacionalidad de un Estado Parte, en los términos en un tratado de amistad, Comercio y Navegación o de un Tratado Bilateral de Inversión, para mencionar algunos, adquirirá derechos en virtud del tratado en cuestión.

Por supuesto, el desarrollo de estos tratados constituyen un aspecto de la evolución de las funciones consulares de antaño que fueron, históricamente, motivo de abusos y disputas entre sujetos de derecho internacional bajo el régimen de *capitulaciones*, en el que las

---

<sup>14</sup> GUERRA, Sidney C. (Org.), *Globalização: desafios e implicações para o direito internacional contemporâneo*, Ijuí, Unijui, 2006, p. 94.

<sup>15</sup> HUDSON, Alastair, *Understanding company law*, Oxon, Routledge, 2012, pp. 30-35.

<sup>16</sup> Cfr. BROWNLIE, Ian, *Principles of public international law*, 4th ed., Oxford, Clarendon Press, 2006, pp. 418-421.

<sup>17</sup> HUDSON, Alastair, *Understanding company law*, Oxon, Routledge, 2012, pp. 30-35.

potencias coloniales imponían un trato privilegiado a sus súbditos en territorio extranjero<sup>18</sup>, tal como lo analizara, tangencialmente, la Corte Internacional de Justicia (en adelante, “C.I.J.” o “la Corte”, indistintamente) en el Asunto referido a los derechos de los nacionales de Estados Unidos de América en Marruecos, al considerar sus aspectos particulares y la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida<sup>19</sup>.

De este modo, la vinculación del derecho internacional público con las empresas transnacionales aparece, al menos inicialmente, en las esferas consulares y diplomáticas, en este último caso, a través del instituto de la protección diplomática, como ocurriera en los asuntos *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* y *Elettronica Sicula S.p.A.*, decididos por la C.I.J. y analizaremos posteriormente. En otras palabras, las primeras actuaciones internacionales de las empresas transnacionales focalizaron su interés en garantizar el desarrollo de una protección al comercio que establecía relaciones –recíprocas o no– sobre bases en condiciones no menos favorables a las otorgadas a otros Estados, adquiriendo en la segunda mitad el siglo XX un alto grado de uniformidad<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Rousseau considera que el régimen, ya desaparecido, era una limitación a la competencia territorial del Estado y se refería a la condición jurídica de los extranjeros en los países no cristianos en Medio y Extremo Oriente (Turquía, Egipto y China, y en menor medida Japón, Corea, Siam, Manchuria, Irán, Siria, Líbano, y partes de África como Madagascar, Tripolitania, Túnez, Marruecos, Etiopía), quienes quedaban excluidos, casi totalmente, de la competencia del Estado que recibe y eran sometidos, en gran parte, a la competencia de su Estado de origen. Cfr. ROUSSEAU, Charles, *Derecho Internacional Público*, Barcelona, 3º Ed., Ariel, 1966, p. 233. Sorensen agrega que los servicios consulares renovaron su importancia gracias a la expansión del comercio marítimo, la Revolución Industrial, la apertura de China y el Japón, junto al establecimiento de regímenes extraterritoriales en los Estados. Cfr. SORENSEN, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, México, 5ta. Reimpresión, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 404. En similar sentido, Podestá Costa y Ruda agregan que, en Constantinopla, los mercaderes italianos habían obtenido la facultad de ejercer ciertos derechos con magistrados propios. Cfr. PODESTA COSTA, Luis A. y RUDA, José M., *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, 5º Ed., Tea, 1979, p. 414. Para un análisis de la evolución de las funciones consulares ver DAVÉRÈDE, Alberto L. & GODIO, Leopoldo M. A., “Evolución y actualidad de la asistencia consular. La protección de la persona humana analizada por la Corte Internacional de Justicia”, en Alejandro Chehtman [et. al.], *La jurisprudencia reciente y el derecho internacional*, Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 2013, pp. 33-88.

<sup>19</sup> Se requirió en esa oportunidad el pronunciamiento de la CIJ sobre la extensión en Marruecos de privilegios a ciudadanos norteamericanos (inmunidad fiscal y exención de leyes locales) en base a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, y la controversia acerca del derecho del gobierno francés de reglamentar, sin acuerdo de los EEUU, las importaciones sin divisas en dicho territorio. La Corte, en su sentencia del 27 de agosto de 1952, consideró que los únicos privilegios de los EEUU resultan de los artículos 20 y 21 del tratado de 1836 (competencia de jurisdicción consular en materia civil y penal entre norteamericanos), excluyendo la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. Cfr. *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, Judgment of August 27th, 1952: I.C.J. Reports 1952, p. 176.

<sup>20</sup> Cfr. SORENSEN, Max. *op.cit.* pp. 404 y ss. Podestá Costa sostiene que formaba parte del derecho aplicable a la persona extranjera y que pertenecen a este tipo los tratados bilaterales celebrados por la República Argentina con Francia (1853), Brasil (1856), Alemania (1857), España (1863), Suecia y Noruega (1885) e Italia (1894); así como los multilaterales, entre los que se encuentran las convenciones interamericanas sobre derechos de extranjería (México, 1902), entre otros. Cfr. PODESTA COSTA, Luis A. y RUDA, José M., *op. cit.*, pp. 411 y ss.

*II.a) Los asuntos Barcelona Traction, Light and Power Company Limited:*

Decidido por la C.I.J. en dos fases, entre los años 1964 y 1970, constituye un antecedente que sirvió de experiencia para el funcionamiento del sistema de solución de controversias del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, “C.I.A.D.I.”), y para la conformación de otros foros internacionales especializados en materia de inversión –uno de los mejores ejemplos de la fragmentación institucional en múltiples tribunales pertenecientes a un sistema judicial descentralizado, según afirmara Koskenniemi, resultando en la fragmentación del derecho internacional<sup>21</sup>.

En apretada síntesis de los hechos del caso y sus antecedentes, debemos señalar que la *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (en adelante, “Barcelona Traction”), era una sociedad *holding* constituida en Toronto, lugar de su sede social, durante 1911, con el objeto de producir y distribuir energía eléctrica en la región de Cataluña, España, conformando para ello una serie de filiales, algunas constituidas conforme a la legislación canadiense y otras conforme a la española, con sede social en este último Estado. Con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, un porcentaje elevado de las acciones de la empresa fue transferido a nacionales belgas<sup>22</sup>.

Los inconvenientes para la Barcelona Traction se presentaron a partir de unas emisiones de bonos realizadas que debían ser canceladas mediante transferencias realizadas por las filiales españolas y que debieron ser suspendidas, en 1936, con el inicio de la Guerra Civil Española (1936-1939), reanudándose en 1940 junto al pago de los intereses. Sin embargo, se presentó una negativa al giro de divisas por parte de las autoridades españolas y más adelante, en 1948, fue decretada la quiebra de la empresa por un tribunal local, asignando un administrador para los bienes de la empresa situados en Cataluña, originando una serie de hechos que derivaron en la adquisición, por parte de una empresa española recién formada, de los activos y el control de la empresa<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. I.L.C., “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission. Finalized by Martti Koskenniemi” (A/CN.4/L.682). Ver Resolución AG A/RES/61/34 (2006). Disponible en [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/61/34&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/61/34&Lang=S) (consulta el 14/08/2015). Ver también KOSKENNIEMI, Martii, “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 25, 2002, pp. 553-579.

<sup>22</sup> WITTICH, Stephan, ‘Barcelona Traction Case’, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, para. 1.

<sup>23</sup> *Ibidem*, para. 2-3.

Paralelamente, la Barcelona Traction y otras partes interesadas instituyeron una serie de procedimientos ante tribunales españoles, sin éxito alguno, llegando incluso a activar el interés de los EEUU, Bélgica y el Reino Unido, que realizaron gestiones informales en nombre de sus nacionales, al tiempo que Canadá ya había comenzado a actuar en nombre propio de la Barcelona Traction. Con el tiempo, Bélgica continuó sus acciones proponiendo un arbitraje a España en 1951, el cual fue rechazado por ésta<sup>24</sup>.

Ante la C.I.J., el procedimiento fue iniciado por Bélgica en 1958 y reactivado, luego de un periodo de negociaciones, en 1962 para dar lugar a la segunda fase e invocando, en su Memoria, la protección diplomática de los accionistas de su nacionalidad, quienes poseían la mayor parte de acciones de la empresa y el perjuicio sufrido por las medidas adoptadas por el gobierno español al impedir el normal giro de divisas al exterior.

La demanda belga fue declarada inadmisibile por la C.I.J., al decidir el caso en 1970, por dos motivos principales: 1) el intento de justificar la demanda sobre la base de analogías con el derecho interno, entendiendo que los accionistas podían actuar en forma particular y por fuera de la figura de la empresa para reclamar por la pérdida de ganancias; y 2) la legitimación canadiense, a partir del lugar de constitución, en desmedro de la legitimación belga a partir de la nacionalidad de los accionistas.

Respecto del primer punto, la Corte rechazó los argumentos belgas al interpretar que los accionistas sólo podrían actuar por derecho propio en caso que la empresa dejara de existir, en una suerte de acción residual que, en el caso, debía ser denegada toda vez que la Barcelona Traction aún se encontraba legamente activa. En cuanto al segundo motivo, la C.I.J. entendió que el inicio de la protección diplomática por parte de Canadá, mediante negociaciones con el Reino de España, impedía el traslado de su legitimación (*ius standi*) a Bélgica para un reclamo posterior, en tanto dicha negociación no se encuentre finalizada o desistida por parte del primero. En otras palabras, la Corte se negó a aceptar la legitimación del Estado de los accionistas mayoritarios en el caso concreto, manifestándose a favor del Estado de constitución de la empresa por haber iniciado, primero en el tiempo, la protección diplomática.

Resulta interesante destacar que, en su decisión, la C.I.J. consideró algunos aspectos referidos a la admisión de inversiones extranjeras por parte de un Estado y su protección, debiéndose distinguir entre las obligaciones de un Estado para con la comunidad

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, para. 4.

internacional en su conjunto, y los derivados *vis-à-vis* de una relación particular con otro Estado, que otorgue a este último efectos específicos, es decir, si en el caso Bélgica contaba con un derecho afectado a partir de los interés belgas en una sociedad canadiense. Asimismo, la Corte también subrayó la importancia de las normas locales en el ámbito de las relaciones económicas internacionales, especialmente considerando las características corporativas de empresas como la *Barcelona Traction* y concluyendo que, en el caso, la lesión de los derechos de la corporación no implicaba, necesariamente, una responsabilidad internacional de España respecto de los accionistas belgas, ya que sólo se vieron afectados sus intereses en la empresa, pero no sus derechos legalmente protegidos<sup>25</sup>.

Respecto a la cuestión del “levantamiento del velo societario”, en relación al interés de los accionistas belgas en el asunto, la C.I.J. consideró que se trataba de una excepcionalidad admisible sólo en circunstancias especiales que, en el caso analizado, no se encontraba presente rechazando la pretensión sobre este punto, a pesar de la jurisprudencia arbitral invocada por Bélgica. En palabras de la propia Corte:

“It is in this context that the process of ‘lifting the corporate veil’ or ‘disregarding the legal entity’ has been found justified and equitable in certain circumstances or for certain purposes. The wealth of practice already accumulated on the subject in municipal law indicates that the veil is lifted, for instance, to prevent the misuse of the privileges of legal personality, as in certain cases of fraud or malfeasance, to protect third persons such as a creditor or purchaser, or to prevent the evasion of legal requirements or of obligations”<sup>26</sup>.

De acuerdo a lo anterior, la C.I.J. consideró dos supuestos en los que habría justificado el levantamiento del mismo: 1) que la empresa hubiera dejado de existir<sup>27</sup>; y 2) la falta de legitimación activa del Estado que pretende actuar en nombre de la empresa. Sobre este último punto, es decir, la determinación de Canadá como Estado legitimado para realizar la protección diplomática de la *Barcelona Traction*, la Corte consideró que:

“In allocating corporate entities to States for purposes of diplomatic protection, international law is based, but only to a limited extent, on an analogy with the rules governing the nationality of individuals. The traditional rule attributes the right of diplomatic protection of a corporate entity to the State under the laws of which it is incorporated and in whose territory it has its registered office. These two criteria have been confirmed by long practice and by numerous international instruments. This notwithstanding, further or different links are at times said to be required in order that a right of diplomatic protection should exist. Indeed, it has been the practice of some States to give a company incorporated under their law diplomatic protection solely when it has

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, para. 10-11.

<sup>26</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, pp. 39-40, para. 56.

<sup>27</sup> Valga recordar que, aunque la Corte comprobó la paralización económica de la sociedad *Barcelona Traction*, se reconoció su existencia como entidad jurídica

its seat (*siège social*) or management or centre of control in their territory, or when a majority or a substantial proportion of the shares has been owned by nationals of the State concerned. Only then, it has been held, does there exist between the corporation and the State in question a genuine connection of the kind familiar from other branches of international law. However, in the particular field of the diplomatic protection of corporate entities, no absolute test of the ‘genuine connection’ has found general acceptance. Such tests as have been applied are of a relative nature, and sometimes links with one State have had to be weighed against those with another. In this connection reference has been made to the *Nottebohm* case. In fact the Parties made frequent reference to it in the course of the proceedings. However, given both the legal and factual aspects of protection in the present case the Court is of the opinion that there can be no analogy with the issues raised or the decision given in that case”<sup>28</sup>.

En otras palabras, la Corte consideró que la norma y las prácticas estatales atribuyen, tradicionalmente, el derecho de protección diplomática de una persona jurídica al Estado del que es nacional, de acuerdo a las leyes que la reconoce y en cuyo territorio tiene su sede social traducándose en limitaciones análogas a las personas físicas, al menos en lo que al vínculo genuino se refiere.

Sin embargo, consideramos que esa especie de “conexión” puede encontrarse no sólo por la nacionalidad a partir del lugar de constitución o su sede social, sino también a partir del principal centro de operaciones o el sitio donde se encuentre la prestación o activo esencial. Sobre este punto, la C.I.J. destacó que la *Barcelona Traction* había establecido una estrecha y permanente vinculación con Canadá (por ejemplo, a través de su sede social, sus cuentas, sus registros de acciones y reuniones de directorio, entre otras) para concluir que esa relación era de reconocimiento general de los Estados interesados, incluyendo Bélgica, especialmente al haber iniciado la protección diplomática, impidiendo así el levantamiento del velo societario<sup>29</sup>.

En relación a las inversiones y su protección por parte de Bélgica, Wittich interpreta que en el contexto del derecho internacional de aquel entonces (y que persiste en la actualidad), la protección de los accionistas requería celebrar acuerdos especiales entre el inversionista privado y el Estado receptor o bien, de un TBI que contengan cláusulas compromisorias de adjudicación de competencia o arbitraje de diferendos referidos a inversiones y considera que, en lo que nos interesa, lo más significativo de la decisión de la C.I.J. fue que, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, es el Estado de constitución y de la sede social el que posee la legitimación para iniciar la protección

<sup>28</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 42, para. 70.

<sup>29</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 42, para. 71.

diplomática, además del vínculo efectivo y permanente, todas condiciones que cumplía Canadá para el caso analizado<sup>30</sup>, al punto de influir en la redacción del artículo 9 del Proyecto de la C.D.I. sobre Protección Diplomática<sup>31</sup>.

Este jurista formula las siguientes consideraciones de interés: la C.I.J. aclaró que la regla general permitía excepciones en circunstancias especiales, como la situación particular del tratamiento de la propiedad enemiga y de nacionalizaciones, el cese de la empresa y la responsabilidad del Estado de constitución por los daños causados que, en este último caso, no fue examinado en detalle aunque parece tener algún asidero en la práctica arbitral. Asimismo, considera que debe tenerse en cuenta que la protección diplomática de las sociedades y sus accionistas o inversores, ya sea en particular o en general, es una cuestión de gran relevancia para el derecho internacional, y la determinación del vínculo no es menor ya que, en teoría, puede definir si una controversia puntual se encuentra contemplada dentro de una cláusula de TBI.

#### *II.b) El asunto Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI):*

El inicio de las negociaciones diplomáticas entre los EEUU e Italia se origina, formalmente, en 1974 con fundamento en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación (celebrado entre éstos Estados en 1949<sup>32</sup>) que culminó, infructuosamente, a mediados de 1978 que contaba, asimismo, con acuerdos complementarios.

Sin embargo, sus comienzos se remontan a una década antes, ya que la controversia que habilitó el ejercicio de la protección diplomática de las dos empresas norteamericanas, accionistas controladoras de la empresa ELSI (situada en Palermo, Sicilia), fueron una serie de decisiones administrativas de autoridades locales que habrían perjudicado económicamente a la misma a finales de los años '60 del siglo XX, durante su proceso de cierre y liquidación establecido para minimizar sus pérdidas afectando negativamente, según

---

<sup>30</sup> Cfr. WITTICH, Stephan, 'Barcelona Traction Case, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, para. 16-19.

<sup>31</sup> Según Dugard, este artículo establece que "(...) el Estado de la nacionalidad de una sociedad es el Estado con arreglo a cuya legislación se ha fundado la sociedad. Sin embargo, cuando la sociedad se encuentra controlada por los nacionales de otro Estado, no realiza actividades empresariales de relevancia en el Estado en que fue constituida, y tiene la sede de su administración financiera y su control en otro Estado, es ese el Estado que debe considerarse Estado de la nacionalidad". Cfr. DUGARD, John, "Artículos sobre protección diplomática", *United Nations Audiovisual Library of International Law*, disponible online en [http://legal.un.org/avl/pdf/ha/adp/adp\\_s.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/adp/adp_s.pdf) (consulta el 13/10/2015).

<sup>32</sup> Disponible en [http://www.wipo.int/wipolex/es/other\\_treaties/text.jsp?file\\_id=244236](http://www.wipo.int/wipolex/es/other_treaties/text.jsp?file_id=244236) (consulta el 10/12/2015).

los EEUU, el valor de venta obtenido por las instalaciones de la empresa ELSI, que había presentado su quiebra ante el *Tribunale di Palermo*, el 26 de abril de 1968 y cuyos procedimientos judiciales locales culminaron en noviembre de 1985<sup>33</sup>.

En fracaso de las negociaciones señaladas en 1978, continuó con la solicitud de los EEUU ante la C.I.J., de fecha 6 de febrero de 1987, para el análisis por una de sus Salas, de conformidad con el artículo 26 del E.C.I.J.

En su Contra-memoria, del 16 de noviembre de 1987, Italia objetó la admisibilidad de la demanda al considerar que las empresas controlantes norteamericanas no habían agotado los recursos internos disponibles en Italia, argumentos que eran rechazados por los EEUU con fundamento en una vulneración directa de sus propios derechos en el tratado de Amistad, Comercio y Navegación, independientemente del caso de las empresas señaladas y agregó que Italia en 1978, al concluirse las negociaciones, no sugirió la existencia de recursos legales disponibles<sup>34</sup>.

Finalmente, la C.I.J. sala rechazó el planteo italiano tendiente a que ELSI, a través Raytheon y Machlett o más tarde por el síndico de la quiebra, actuara por sus propios medios en el agotamiento de los recursos internos locales, incluyendo el planteo de la presunta violación del Tratado entre los EEUU e Italia, habilitando, en consecuencia, el estudio para decidir sobre el fondo del asunto.

El mismo se centró sobre algunos aspectos: a) la posible afectación del artículo 3 y 5 del Tratado a partir de la posible privación, de ELSI y sus controlantes de administrar o enajenar sus bienes para satisfacer a sus acreedores y accionistas; b) la factibilidad del plan de administración y liquidación de ELSI propuesto por Raytheon; y c) la aplicación del Tratado a la luz de la quiebra de ELSI. En otras palabras, si se trataba de una verdadera afectación de su dirección y disposición a partir del accionar de las autoridades italianas o bien, si su perjuicio era una mera especulación.

La decisión de la Corte consistió en rechazar, uno a uno, los distintos planteos formulados contra Italia aunque, no obstante, reconoció que este Estado había violado el

---

<sup>33</sup> La empresa tenía una planta de producción de componentes electrónicos y su control era realizado por las sociedades Raytheon y Machlett Laboratories Incorporated, esta última, subsidiaria de la primera. Las medidas de intervención adoptadas por el Alcalde de Palermo se fundaban en la “(...) grave necesidad y urgencia pública para proteger el interés público económico general” y se llegó a plantear que el accionar italiano revestía una expropiación encubierta que buscaba favorecer a IRI, una entidad controlada por Italia. Cfr. TOMKA, Peter, ‘Elettronica Sicula Case’, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, para. 1-7 y 20-21.

<sup>34</sup> *Ibidem*, para. 9-11.

artículo 7 del Tratado referido a la adquisición de bienes inmuebles e intereses al privarse a Raytheon y Machtleet, como accionistas, de sus derechos.

El caso resultó un aporte, desde lo interpretativo, en relación al agotamiento de los recursos internos y la protección diplomática, aspecto sobre la cual el demandado debía demostrar en una inversión de la carga de la prueba, especialmente si alega la existencia de otros recursos internos adicionales.

### *II.c) Yukos vs. Rusia: reflexiones acerca del ius standi en el sistema de la Carta de Energía*

La Corte Permanente de Arbitraje (en adelante, “C.P.A.”) laudó en tres asuntos interrelacionados conocidos, en su conjunto, como el “Caso Yukos”<sup>35</sup>, ordenando a la Federación Rusia a pagar 50 millones de dólares en compensación por la violación de diversas obligaciones contraídas bajo la Carta de Energía (en adelante, “CdE”).

A pesar de tratarse de un particular caso de inversiones en que un tribunal internacional considera relevante analizar la persecución penal de los accionistas de esta compañía, por delitos cometidos de conformidad con la ley interna del Estado receptor de la inversión, el *quid* de la cuestión que nos interesa es el *decidendo* respecto de la calidad (o no) de inversor que revestía Yukor en relación a la Federación de Rusia.

En la CdE, al igual que en el resto de los sistemas internacionales de protección de inversiones transnacionales, el bien tutelado son las inversiones realizadas por aquellos nacionales de un Estado distinto al receptor de la inversión. La vía internacional para proteger o accionar en defensa de una inversión se encuentra, en esencia, cerrada a los inversores nacionales ya que todo el sistema se plantea como un foro de resolución de diferendos que actúe como un seguro para que los inversores extranjeros puedan recurrir a un foro imparcial.

Quizá fue por ello que –al recibir la memoria– la Federación de Rusia fundó su primera defensa con un ataque: cuestionar la calidad de “inversores” de los demandantes, argumentando que todas eran compañías bajo propiedad o control de nacionales rusos y que, en razón de ello, se trataría de una disputa local y no abierta a la jurisdicción del tribunal de la CdE para este punto.

---

<sup>35</sup> Estos casos son: *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (PCA Case No. AA 226), decisión con fecha del 18 de julio del 2014; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation* (PCA Case No. AA 227), decisión con fecha del 18 de julio del 2014; y *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (PCA Case No. AA 228), decisión con fecha del 18 de julio del 2014.

Ante esta defensa, el tribunal se basó en *Plama vs. Bulgaria*<sup>36</sup> y entendió que el requisito de nacionalidad extranjera (es decir, que los inversionistas posean una nacionalidad distinta a la del Estado receptor) se cumplía ya que los inversores estaban organizados en sociedades bajo las leyes de Chipre, más allá de la nacionalidad de sus dueños o controladores. Y verdaderamente, quienes reclamaban en estos casos ante el tribunal arbitral eran las empresas, no las personas físicas detrás de ellas.

Pero esa no era la única objeción al *ratione personae* que había intentado Rusia: el demandado también planteó que los inversores administraban una empresa con la finalidad de cometer delitos y este tema era material penal, con lo cual provocaría la incompetencia del tribunal actuante hasta el momento. .. Rusia indicó veintiocho conductas ilegales y basadas en la mala fe de los inversores que el tribunal decidió dividir dentro de cuatro categorías a fin de abordar: 1) la ilegal adquisición de Yukos; 2) el abuso de derecho cometido contra las ventajas impositivas que brindaba el tratado entre Chipre y Rusia; 3) el uso con mala fe que hicieran los inversores de las ventajas impositivas que tenían ciertas regiones de Rusia; y 4) las acciones posteriores para imposibilitar el cobro de los impuestos.

En respuesta a este argumento, los inversores sostuvieron que, incluso en el supuesto de probarse los extremos alegados por la Federación de Rusia, no correspondía excluir la jurisdicción de la CdE ya que ser acusado (e incluso “condenado”) por un delito le quitaba su categoría de inversor. Sobre este punto, Rusia re-argumentó que si el tribunal les consideraba inversores, a pesar de de los delitos cometidos por los reclamantes, no estaría haciendo otra cosa que convalidar, mediante una norma internacional, violaciones al derecho penal ruso.

Sin embargo, el tribunal entendió que –invocando nuevamente el caso *Plama vs. Bulgaria*– las disposiciones sustantivas del tratado no se podían aplicar como defensa de inversiones conducidas de forma ilegal, incluso si eso no estuviera escrito en el tratado. El tratado tiene como objetivo *la promoción de inversiones hechas de forma legal, con buena fe*, con lo cual no se debería beneficiar a una inversión hecha de forma contraria<sup>37</sup>.

Pero, al analizar la prueba, no encontró sino inversiones realizadas bajo la ley y entendió que Rusia no podía probar la existencia de la llamada doctrina de las “manos

---

<sup>36</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24. Decisión con fecha del 8 de febrero del 2005.

<sup>37</sup> *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation* (PCA Case No. AA 227), para. 1314 y ss.

limpias” como un principio del derecho reconocido en las naciones civilizadas<sup>38</sup>. Asimismo, cabe preguntarse ¿quiénes eran los que reclamaban en estos casos? Al indagar con profundidad en esta cuestión, es entendible la extensión que el tribunal le dedica a este punto. No sólo podía suponer inadmisibile el reclamo, sino además implicaba caminar sobre una delgada línea donde podía llegar a convalidar supuestas conductas fraudulentas.

En, quizá, el caso de inversiones con mayor contenido político en la Rusia post URSS, se mezclaban las personas jurídicas de las empresas chipriotas operando en Rusia bajo la dirección y control efectivo de los conocidos *oligarcas* del nuevo régimen.

A su vez, este tribunal arbitral entendió que la categoría de inversor se obtenía si, de acuerdo al artículo 16 de la CdE, las acciones de Yukos eran propiedad o se encontraban estaban bajo control del demandante. Rusia intentó plantear que sólo se era inversor si se tenía un control efectivo de las acciones y no uno nominal<sup>39</sup>, pero el tribunal prefirió regirse por la amplia letra del tratado y entender que:

“The definition of Investor under the ECT: Article 1(7)(a)(ii) of the ECT defines ‘Investor’ as, with respect to a Contracting Party, ‘a company or other organization organized in accordance with the law applicable in that Contracting Party’.

The Claimants are organized in accordance with the law applicable in Contracting States: The Claimants are companies organized in accordance with the law applicable in Cyprus and therefore meet the requirements of Article 1(7)(a)(ii) of the ECT”<sup>40</sup>.

A su vez, el tribunal entendió que los inversores detrás de las compañías poseían *ius standi* al detentar acciones de Yukos<sup>41</sup> y que era clara la distinción entre los derechos de un accionista –entre ellos, de reclamar por su inversión de acuerdo a la CdE– y los derechos que tenía la empresa a nivel local.

Finalmente, el tribunal sostuvo con firmeza que el argumento esgrimido por la Federación de Rusia al tratar de plantear una inconsistencia por el artículo 4.1 de la CdE no era congruente. La demandada arguyó que si bajo su ley local los accionistas no tenían legitimación activa para reclamar daños sufridos por la compañía, no habría tampoco tal legitimación en el plano internacional<sup>42</sup>.

Posiblemente, se recuerde al Caso Yukos como el asunto con la mayor compensación por daños hasta el momento aunque merezca una mayor consideración a tenor de los

<sup>38</sup> *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation* (PCA Case No. AA 227), para.1314 y ss.

<sup>39</sup> Sobre esta diferencia ver FUKASAKU, Kiichiro [et. al.], *Business for development: fostering the private sector*, Paris, OECD, 2007.

<sup>40</sup> *Yukos vs. Russian Federation*, PCA, 2009 p.33, para. 40.

<sup>41</sup> *Yukos vs. Russian Federation*, PCA, 2009, p.34, para. 47

<sup>42</sup> *Hulley Enterprises Ltd v Russian Federation*, PCA, 2009, p. 82

inusuales planteos realizados por las partes y, particularmente, sobre como el tribunal decidió no analizar totalmente su jurisdicción en el primer laudo debido a la complejidad que presentaba<sup>43</sup>.

Sin embargo, vale mencionarse que el reconocimiento del *locus standi* ante un tribunal internacional en el caso de una empresa es muy distinto que plantear la subjetividad internacional de la misma. La sociedad posee personalidad *internacional* sólo con el propósito de poder reclamar de modo efectivo ante un tribunal supranacional, en la medida que el propio derecho internacional le confiera esta legitimación para la corte o tribunal en cuestión<sup>44</sup>.

Asimismo, se ha considerado en el caso arbitral *Texaco Overseas Petroleum Co. v. Libya* que un acuerdo de inversión entre un Estado y una sociedad extranjera es un contrato internacional con sujeción a la ley internacional<sup>45</sup>. Este criterio establecido en 1978 se mantenido hasta el día de hoy y se ha ido ampliando y afianzando con la mayoría de los casos en la materia sostenidos en el C.I.A.D.I. En ese sentido, encontramos una aproximación más actualizada en el pensamiento de Rosalyn Higgins, quien considera a las corporaciones multinacionales partícipes en el proceso generador del derecho internacional<sup>46</sup>.

En esa medida, la falta de personalidad jurídica formal es irrelevante, ya que las acciones de estos actores *no estatales* poseen consecuencias jurídicas reales en el ámbito

---

<sup>43</sup> El análisis que propone del *ius standi* quizá se aleja de los más modernos que se plantearan, con éxito, ante violaciones de dichos derechos humanos y libertades fundamentales, pero resulta igualmente valioso en sí mismo. Cfr. EMBERLAND, Marius, *The Human Rights of Companies: Exploring the structure of ECHR protection*, Oxford, Oxford University Press, 2006. P. 45 y sgtes.

<sup>44</sup> Esta personalidad es derivada y limitada por el instrumento constitutivo en cada caso; el cual estará en juego con el marco jurídico que regula de forma general el derecho local. Para profundizar sobre un análisis de las corporaciones y su posible *status* como sujetos para el derecho internacional, en la medida en que lo autoricen acuerdos entre gobiernos ver: FRIEDMANN, Wolfgang G., *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens, 1964, pp. 221-231; y MUCHLINSKI, Peter, 'Corporations in International Law', in Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, para. 7.

<sup>45</sup> Idéntica apreciación realizó la C.I.J. en el asunto de la *Anglo Iranian Oil Company*, analizar la naturaleza de un contrato de concesión celebrado en 1933, considerando que "The Court cannot accept the view that the contract signed between the Iranian Government and the Anglo-Persian Oil Company has a double character. It is nothing more than a concessionary contract between a government and a foreign corporation; there is no privity of contract between the Government of Iran and the Government of the United Kingdom". Cfr. *Anglo-Iranian Oil Co. case (jurisdiction)*, *Judgment of July 22nd, 1952: I.C.J. Reports 1952*, p. 112.

<sup>46</sup> Afirma que aquellas formulan reclamos a través de líneas estatales con el objetivo de maximizar ciertos valores como, por ejemplo, la equidad y previsibilidad en las transacciones comerciales internacionales. Cfr. HIGGINS, Rosalyn, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 50.

internacional. Por lo tanto la ausencia formal de personalidad no resulta un impedimento para el desarrollo de normas relativas a los derechos corporativos y obligaciones en el Derecho internacional<sup>47</sup>.

Asimismo, también resulta innecesario adentrarse en el análisis del status jurídico de estas figuras toda vez que nos demuestran su efectividad como *ius* generadoras<sup>48</sup>. Tomando como ejemplo lo que acontece en el campo de los derechos humanos, se han verificado casos en que la participación de empresas multinacionales ha sido esencial<sup>49</sup>.

De hecho, la idea de la eficacia ayuda a comprender la proliferación de los tratados de protección de inversiones. Tal como señala Muchlinski, el crecimiento de las corporaciones en la economía internacional se tradujo en una mayor injerencia de estas a nivel regulatorio<sup>50</sup>. En ese orden de ideas, Perry-Kessaris afirma que influencia se puede ejemplificar con el impacto corporativo en los sistemas legales, tanto a nivel interno como internacional, justificándolo con la descripción de un modelo que considera a los sistemas legales como productos y a las empresas en el rol de consumidores del mismo. Si se traduce este modelo a un mercado competitivo, las elecciones de los consumidores influenciarán la forma y naturaleza de los productos disponibles al demostrar sus preferencias y, en el caso de las empresas multinacionales, se verifica con la determinación de optar por contratar en determinados Estados amparándose en los tratados que les permitan administrar mejor su negocio<sup>51</sup>.

A su vez, desde la óptica de los Estados receptores, la necesidad de la inversión interna presionará para generar un ambiente favorable al inversor según cuan imperiosa sea su necesidad<sup>52</sup>. Los TBI u otro tipo de acuerdo de inversión internacional, como un tratado de libre comercio con disposiciones sobre inversiones o un acuerdo de integración

---

<sup>47</sup> LAVOPA, Federico, “La delgada línea entre los sujetos y los actores del derecho internacional público en tiempos de globalización: el caso de la alianza transnacional de empresarios en la negación del acuerdo sobre aspectos relacionados con el comercio de la propiedad intelectual (ADPICS)”, en Mónica Pinto (comp.), *Las fuentes de derecho internacional en la era de la globalización*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, pp. 91-120.

<sup>48</sup> CLAPHAM, Andrew. *Human rights obligations of non-state actors*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2006 p. 60 y ss.

<sup>49</sup> MUCHLINSKI, Peter T., “Human rights and multinationals: is there a problem?”, *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944)*, 2001, pp. 31-47.

<sup>50</sup> MUCHLINSKI, Peter T., “Global Bukowina” examined” in Gunther Teubner (ed), *Global law without a State*, Datmouth, Aldershot, 1997, pp. 79-106.

<sup>51</sup> PERRY-KESSARIS, Amanda J., “Multinational enterprises, international economic organizations and convergence among legal systems”, *Non State Actors and International Law*, Vol. 2, 2002, pp. 23-39.

<sup>52</sup> DOLZER, Rudolf & SCHREUER, Schreuer, *Principles of international investment law*, Oxford, Oxford University Press. 2008, pp. 109 y sgtes.

económica regional que cubra la inversión, pueden ayudar a lograr dicha atmósfera propicia para la formulación de inversiones transnacionales por medio de la introducción de normas vinculantes en materia de protección de los inversores internacionales en un tratado celebrado entre el país de cuya nacionalidad es el inversor y el país receptor de la misma<sup>53</sup>.

*II.e) El caso Diallo:*

Este asunto, analizado también por la C.I.J., trata sobre un ciudadano de Guinea que se estableció primero en Congo y luego en Zaire por largos período de tiempos, fundando en este último, durante 1974, una empresa de importación y exportación denominada *Africom-Zaire*, con arreglo a la legislación local e inscrita en el Registro de Comercio de la ciudad de Kinshasa.

En 1979, Diallo amplió sus actividades participando como gerente de la empresa y junto al respaldo de dos socios privados especializados en el transporte de mercancías, retirándose estos socios en 1980, quedando únicamente el Sr. Diallo. Hacia finales de esa década, las relaciones entre esta sociedad con sus asociados comerciales comenzaron a deteriorarse, llegando incluso al inicio de acciones judiciales para el cobro de deudas.

Las diversas controversias entre *Africom-Zaire* o *Africontainers-Zaire*, por un lado, y sus asociados comerciales, por otro, continuaron durante todo el decenio de 1990. Así pues, *Africom-Zaire* reclamaba a la República Democrática del Congo el pago de una deuda como consecuencia de la falta de pago de suministros de *papel listing* al Estado del Zaire entre 1983 y 1986. Por otra parte, *Africom-Zaire* estaba también involucrada en otra controversia, con, *Plantation Lever au Zaire* (“PLZ”), referida a atrasos en el pago o excesos en el cobro de alquileres.

En adición a este escenario, *Africontainers-Zaire* poseía controversias con las empresas *Zaire Fina*, *Zaire Shell* y *Zaire Mobil Oil*, así como con la Oficina Nacional de Transportes (“ONATRA”) y *Générale des Carrières et des Mines* (“Gécamines”), relativos a presuntas violaciones de cláusulas de exclusividad contractual y de almacenamiento forzoso, así como por el uso inadecuado y la destrucción o pérdida de contenedores.

En ese estado de situación es que, el 31 de octubre de 1995, el Primer Ministro del Zaire ordenó la expulsión del Sr. Diallo, con fundamento en que su presencia y conducta

---

<sup>53</sup> HARB, Asser M. “The Wrongful Acts of Independent State Entities and Attribution to States in International Investment Disputes”, *Transnational Dispute Management (TDM)*, Vol. 3, Issue 5, 2006.

habían violado el orden público en el Zaire, especialmente en las esferas económica, financiera y monetaria, persistiendo en su conducta. Así las cosas, Diallo fue deportado del Zaire el 31 de enero de 1996 y regresó Guinea, que posteriormente inicia reclamos, en ejercicio de la protección diplomática, para obtener el pago de los créditos adeudados a Diallo y sus empresas.

El reclamo de Guinea se dividió en tres secciones: 1) la violación a los derechos personales del individuo; 2) la violación de sus derechos personales como asociado en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire; y 3) la violación a los derechos de esas empresas, por “sustitución”.

En su decisión, la C.I.J. afirmó el derecho a la protección diplomática de los accionistas, habilitando parte del reclamo de Guinea en su nombre. En la práctica ello equivale a sostener que, a diferencia del asunto de la Barcelona Traction, es posible realizar una reclamación directa en nombre de los accionistas inversores, diferenciándolos de la persona jurídica perjudicada.

#### *II.f) Consideraciones sobre los casos mencionados:*

El derecho internacional público, de modo general y conservador, aún no recepta a las corporaciones como sujetos plenos. Sin embargo, reconoce el acceso de estas a los tribunales, para la protección de sus intereses, a mediante de la intervención de los Estados de su nacionalidad o de sus accionistas, según cada caso puntual para actuar en su nombre, con fundamento en una institución más consolidada: la protección diplomática.

Sin embargo, su utilización presenta dificultades por las propias características que presenta, mencionando a la discrecionalidad política y demás restricciones a su disponibilidad, como una parte de una serie de contingencias que pueden frustrar el inicio de una solución pacífica frente al Estado receptor de una inversión.

Por otra parte, Dolzer señala que en el supuesto que el estado asuma la pretensión de la corporación, el reclamo se convierte en un crédito a favor del Estado reclamante<sup>54</sup>. Lo anterior genera distintas variables a considerar una vez superada la discrecionalidad inicial: la naturaleza del bien tutelado, las relaciones internacionales con otros sujetos y actores que

---

<sup>54</sup> DOLZER, Rudolf, “Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 37, Issue 4, 2004, pp. 953 y ss.

influyen en temas vitales para el Estado que asume la protección diplomática, el costo en otros foros políticos e incluso, la opinión pública local.

Es de esperarse que no existan estadísticas de intentos exitosos de protección diplomática y nos animaríamos a sostener que tampoco sería posible ante la confidencialidad que adquieren muchas de estas negociaciones, precisamente, por el amplio margen de discrecionalidad y maniobra que poseen desde un inicio. Es de esperarse que, de llegar a un acuerdo temprano, el mismo no adquiriera carácter público en la medida de lo posible.

Asimismo, de no encontrarse un clima inicial favorable para un acuerdo, es posible que la corporación intente en forma paralela a las negociaciones, agotar los recursos internos del sistema administrativo y jurídico del Estado receptor de la inversión, aunque no deban descartarse los eventuales consejos del Estado encargado de las negociaciones diplomáticas en aplazar aquellos reclamos, como forma de evitar interferencias o complicaciones<sup>55</sup>.

Todo lo anterior tiene, por supuesto, cumplido el requisito del vínculo de la nacionalidad entre el demandante (corporación o accionistas) y el Estado que ejerce la protección diplomática. No obstante, determinar esta relación resulta dificultosa cuando el reclamante es una empresa transnacional con componentes multinacionales, no sólo por el carácter de sus operaciones sino, además, por la posibilidad de ser vinculado en más de un Estado en razón del carácter internacional de sus operaciones, la nacionalidad de sus controlantes, filiales y accionistas involucrados.

Sin dudas, una mirada conservadora limita esta legitimación ante la nacionalidad de la empresa según el lugar de constitución de la misma, el asiento principal de los negocios o la participación accionaria que le controle. Estas variables pueden coincidir en muchas sociedades sin provocar dificultades, pero en un mundo globalizado no resulta una cuestión menor sino que, al contrario, reviste capital importancia.

### **III. La protección internacional de las inversiones y el sistema del C.I.A.D.I.**

---

<sup>55</sup> Para profundizar sobre estas consideraciones, ver D'ASPREMONT, Jean, REISMAN, W. Michael, & NOORTMANN, Math, *Participants in the international legal system : multiple perspectives on non-state actors in international law*, New York, Routledge, 2011.

El C.I.A.D.I. es un sistema particular dentro de los métodos pacíficos de solución de controversias internacionales<sup>56</sup>. No se trata sólo de un centro de arbitraje, sino que permite en su seno la solución mediante, por ejemplo, la mediación y posee una distinción adicional: para que una disputa pueda llegar a un tribunal del C.I.A.D.I. y obtener un laudo, la disputa debe reunir ciertas características que hacen a su funcionamiento y que pueden clasificarse como *ratione materiae* y *ratione personae*, llegándose a sostener que componen su contorno delimitante, es decir, el punto desde el cual un tribunal de este sistema puede decidir en una disputa<sup>57</sup>.

De forma sucinta, son aquellos enumerados en el artículo 25 del Convenio y consisten en: 1) consentimiento de las partes; 2) disputa en términos legales; 3) que el objeto de la disputa sea una inversión; 4) que tanto el Estado receptor de la inversión como el Estado de nacionalidad del inversor sean parte del Convenio de Washington.

En primera etapa, se plantearán cuestiones de admisibilidad. Si la demanda se considera admisible, entonces el tribunal pasará a analizar su jurisdicción y emitirá un laudo al respecto.

Si se ha concedido la jurisdicción, entonces el tribunal pasará a analizar el fondo del asunto, atribuyendo responsabilidad en el caso que entienda que se ha violado una obligación contenida en el tratado.

### *III.a) Proliferación de los TBI y problemas que acarrea:*

La enorme cantidad de Tratados Bilaterales de Inversión -2929 según UNCTAD<sup>58</sup>- han provocado ya una serie de conflictos cuando se presenta un caso donde un inversor tiene disponibles diferentes cursos de acción a raíz de distintos tratados vigentes. De hecho, en dos casos relativamente recientes (*CME vs. República Checa* y *Lauder vs. República Checa*) esta situación se ha llegado a señalar como un ejemplo del problema existente.

Hechos idénticos efectuados por el estado receptor de la inversión fueron estudiados por dos tribunales diferentes. Estos dos casos, sin embargo, discurrieron por dos

---

<sup>56</sup> El C.I.A.D.I. se creó como consecuencia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados que entró en vigor en 1966 (también llamado Convenio de Washington). Su principal función es entender en las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de Otros Estados Contratantes, a un procedimiento de conciliación y arbitraje.

<sup>57</sup> CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES 2-1 HISTORY OF THE ICSID CONVENTION, 566 (International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2001).

<sup>58</sup> Información oficial de la UNCTAD, disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

procedimientos diferentes y arribaron a conclusiones distintas. Esta situación puso en evidencia los riesgos inherentes al actual régimen de inversión internacional, de complejas redes de TBI no coordinados entre sí. El riesgo fundamental es que este flagrante inconsistencia podría potencialmente llevar a disuadir a los inversores de realizar operaciones en materia de inversión directa transnacional.

En ambos casos contra la República Checa, el inversor extranjero tenía ante sí la posibilidad de elegir el foro donde litigar en protección de su inversión (comúnmente, llamado *fórum shopping*) y hasta tenía permitido –por el BIT entre USA/República Checa- iniciar dos arbitrajes internacionales diferentes ya que este tratado permitía incluso que un inversor “indirecto” reclamase la protección del BIT. Este permiso, es una previsión muy difundida en los BIT de muchos Estados, entre ellos Suiza.

Para reforzar la protección que ofrece, el TBI no solo cubre la inversión que se controla de forma directa, sino aquella que también es indirecta tal como pudiera ser una inversión efectuada a través de una compañía establecida en un tercer país, tal como fuera el caso en CME. Esta cobertura de amplio rango de protección fue una reacción al holding de Barcelona Traction, donde se le denegó al estado la protección diplomática que efectuara en representación de accionistas de una compañía con base en otro país fuera de la disputa entablada.

En estos casos, la atracción que ofrece el elegir el foro para litigar se potencia con las diferentes protecciones –tanto a nivel sustancial como procedimental- que un TBI puede ofrecer. Si bien los TBI suelen tener estructuras similares, resultan asombrosas las diferencias encontradas en el UNCTAD’s IIA University Mapping Project.

Las nociones de “inversor” o “inversión” no están escritas de forma uniforme en todos los tratados, muchas veces protegen hasta cosas distintas<sup>59</sup>. Este asunto suele analizar bastante en la práctica ya que los tipos de disputas que se pueden llegar a arbitrar, son diferentes unas de otras. Sin ir más lejos, el BIT que se usara en los casos mencionados ut supra es más restrictivo en el objeto de su protección –sólo protege contra violaciones al tratado- mientras que otros TBI incluyen como objeto de protección violaciones contractuales sujetas a la ley interna de un Estado u otro tipo de violaciones que indique el instrumento en análisis, de acuerdo a lo que explicara LEGUM (2004).

---

<sup>59</sup> Ver por ejemplo, el problema sobre si los bonos soberanos podían ser protegidos como inversión a raíz del TBI Argentina-Italia en los casos Abaclat, Alpi y Alemanni todos contra Argentina.

#### IV. Conclusión: ¿evolución hacia los “códigos de conducta”?

En el progreso del presente trabajo hemos advertido el constante progreso de las empresas transnacionales en el comercio de los Estados e incluso en las relaciones intergubernamentales, llegando a convertirse en actores incuestionables de un mundo globalizado. Asimismo, ese creciente rol demanda una mayor atención en sus acciones, especialmente si consideramos que muchas de estas empresas poseen un PBI mayor a de varios Estados en vías de desarrollo.

Desde el punto de vista normativo y su evolución, resulta evidente que la relación entre el derecho internacional público y las *corporaciones* se encuentra lejos de ser completo, y armonizado. En ese sentido, podemos afirmar que, actualmente, no posible sostener la existencia de un “derecho internacional de las corporaciones” como tal, toda vez que aún se utiliza, por vía de la analogía, el derecho interno aplicable a las sociedades para resolver situaciones en las cuales estas empresas o sus accionistas promueven demandas en forma directa o bien mediante otros Estados en uso de la protección diplomática. En otras palabras, el remedio que ofrece el derecho internacional público y al que, como hemos explicado en nuestro trabajo, los inversores internacionales recurren a pesar de considerarlo inadecuado para la protección de sus intereses.

Sin embargo, la consolidación de los foros arbitrales como jurisdicciones donde el inversor puede, directamente reclamar, contra un Estado, ha provocado la paulatina consolidación de este modo de reclamo frente a la clásica protección diplomática. En la expansión de estos foros, resulta innegable que el lobby o injerencia ha tenido actores internacionales –como corporaciones multinacionales en casos puntuales– en la construcción de un sistema de requisitos con definiciones laxas.

Lo anterior se presenta como una de las alternativas para resolver las controversias de modo pacífico previsto en los distintos tratados de protección de inversiones y es, generalmente, la más empleada por los inversores cuando los Estados receptores parecen desoír sus insatisfacciones y la vía de protección interna no se presenta tan alentadora como puede resultar un arbitraje internacional especializado.

#### Bibliografía

- BROWNLIE, Ian, *Principles of public international law*, 4th ed., Oxford, Clarendon Press, 2006.

- CLAPHAM, Andrew. *Human rights obligations of non-state actors*. Oxford New York: Oxford University Press, 2006 p. 60 y sgtes.
- COLLINS, Michael., *Money and Banking in the UK: A History*, London, Routledge, 2012.
- COOKE, Colin A., *Corporation, trust and company*, Manchester, Manchester University Press, 1950.
- D'ASPROMONT, Jean, REISMAN, W. Michael, & NOORTMANN, Math, *Participants in the international legal system : multiple perspectives on non-state actors in international law*, New York, Routledge, 2011.
- DAVÉRÈDE, Alberto L. & GODIO, Leopoldo M. A., “Evolución y actualidad de la asistencia consular. La protección de la persona humana analizada por la Corte Internacional de Justicia”, en Alejandro Chehtman [et. al.], *La jurisprudencia reciente y el derecho internacional*, Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 2013, pp. 33-88.
- DOLZER, Rudolf, “Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 37, Issue 4, 2004, pp. 953 y ss.
- DOLZER, Rudolf & SCHREUER, Schreuer, *Principles of international investment law*. Oxford, Oxford University Press. 2008.
- DUGARD, John, “Artículos sobre protección diplomática”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*, disponible online en [http://legal.un.org/avl/pdf/ha/adp/adp\\_s.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/adp/adp_s.pdf) (consulta el 13/10/2015).
- DUNNING, John, & LUNDAN, Sarianna M., “Multinational Enterprises and the Global Economy”, *Journal of International Business Studies*, Vol. 39, Issue 7, 2008, pp. 1236-1238.  
- *Multinational enterprises and the global economy*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2008.
- EMBERLAND, Marius, *The Human Rights of Companies: Exploring the structure of ECHR protection*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- FRIEDMANN, Wolfgang G., *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens, 1964.
- FUKASAKU, Kiichiro [et. al.], *Business for development: fostering the private sector*, Paris, OECD, 2007.
- GARBER, Peter M., “Famous first bubbles”, *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 4, Issue 2, 1990, pp. 35-54.
- GARNER, Bryan A., & BLACK, Henry C., *Black's law dictionary*, St. Paul, Thomson/West, 2004.
- GUERRA, Sidney C. (Org.), *Globalização: desafios e implicações para o direito internacional contemporâneo*, Ijuí, Unijui, 2006.
- GRANTHAM, Ross B., ‘The doctrinal basis of the rights of company shareholders’, *Cambridge Law Journal*, Vol. 57, Issue 3, 1998, pp. 554–588.
- HANNIGAN, Brenda, *Company law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- HARB, Asser M., “The Wrongful Acts of Independent State Entities and Attribution to States in International Investment Disputes”, *Transnational Dispute Management (TDM)*, 2006, Vol. 3, Issue 5.
- HIGGINS, Rosalyn, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1994
- HODGE, Graeme A., & GREVE, Carsten, “PPPs: The passage of time permits a sober reflection”, *Economic Affairs*, Vol. 29, Issue 1, 2009, pp. 33-39.

- HUDSON, Alastair, *The law on investment entities*, London, Sweet & Maxwell, 2007.
  - *Understanding company law*, Oxon, Routledge, 2012, pp. 30-35.
  
- KOSKENNIEMI, Martii, “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 25, 2002, pp. 553-579.
  
- LAVOPA, Federico, “La delgada línea entre los sujetos y los actores del derecho internacional público en tiempos de globalización: el caso de la alianza transnacional de empresarios en la negación del acuerdo sobre aspectos relacionados con el comercio de la propiedad intelectual (ADPICS)”, en Mónica Pinto (comp.), *Las fuentes de derecho internacional en la era de la globalización*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, pp. 91-120.
  
- LIM, Ernest, “Of ‘Landmark’ or ‘Leading’ Cases: Salomon’s Challenge”, *Journal of Law and Society*, Vol. 41, Issue 4, 2014, pp. 523-550.
  
- MICKLETHWAIT, John & WOOLDRIDGE, Adrian, *The company: A short history of a revolutionary idea*, New York, Modern Library/Random House, 2005.
  
- MUCHLINSKI, Peter T., “Global Bukowina” examined” in Gunther Teubner (ed), *Global law without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1997, pp. 79-106.
  - “Human rights and multinationals: is there a problem?”, *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944)*, 2001, pp. 31-47.
  - Corporations in International Law’, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
  
- PERRY-KESSARIS, Amanda J., “Multinational enterprises, international economic organizations and convergence among legal systems”, *Non State Actors and International Law*, Vol. 2, 2002, pp. 23-39.
  
- PITELIS, Christos & SUGDEN, Roger, *The nature of the transnational firm*, London, Routledge, 2000.
  
- PODESTA COSTA, Luis A. y RUDA, José M., *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, 5° Ed., Tea, 1979.
  
- ROUSSEAU, Charles, *Derecho Internacional Público*, Barcelona, 3° Ed., Ariel, 1966.
  
- SORENSEN, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, México, 5ta. Reimpresión, Fondo de Cultura Económica, 1994.
  
- SPERLING, John G., *The South Sea Company: an historical essay and bibliographical finding list*, Boston, Baker Library, 1962.
  
- TINDALL, Robert E., *Multinational Enterprises: Legal and Management Structures and Interrelationship with Ownership, Control, Antitrust, Labor, Taxation and Disclosure*, New York, Oceana Publications, 2007, pp. 43-44.
  
- TOMKA, Peter, ‘Elettronica Sicula Case’, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
  
- TRUBEK, David M., DEZALAY, Yves, BUCHANAN, Ruth & DAVIS, John R., “Global Restructuring and the Law: Studies of the Internationalization of Legal Fields and the Creation of Transitional Arenas”, *Case Western Law Review*, Vol. 44, 1993-1995, pp. 407 y ss.
  
- TRUBEK, David M., & SANTOS, Alvaro, *The new law and economic development: A critical appraisal*. Cambridge, Cambridge University Press. 2006.
  
- WITTICH, Stephan, ‘Barcelona Traction Case’, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.