

EL SOCIO Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

Luis F. Castillo Argañarás

FUNDAMENTACIÓN

Desde la segunda mitad del siglo XIX en que comienzan a expandirse las grandes sociedades comerciales, el Derecho se ve obligado a brindarles protección en el escenario internacional. Se puede señalar que por el desarrollo de la institución societaria en el plano internacional, con la proliferación de los grupos de empresas controladas por una sociedad matriz, el surgimiento de las empresas multinacionales y de las nuevas modalidades de inversión, el Derecho debe enfrentarse a una realidad compleja y multiforme.

La Corte Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction (1970) marco una diferencia entre la protección de la sociedad comercial y la correspondiente a los socios. En ese sentido se analizará cual es el marco jurídico aplicable en relación aplicable a la protección de los socios en el campo de las inversiones extranjeras.



I. Introducción

Tradicionalmente, “los instrumentos jurídicos que persiguen la protección de las inversiones extranjeras frente a los posibles perjuicios derivados de acciones u omisiones del Estado de acogida, han experimentado una constante evolución motivada por el desarrollo del comercio internacional pero también por las transformaciones del mapa político mundial y de los intereses que en los dos ámbitos se ponen en juego”¹.

¹ BLANCO, Vicente, DAMASO, Javier, “La Protección de las Inversiones Extranjeras y la Codificación Internacional del Arbitraje” en *Anales de Estudios Económicos y Empresariales*, España, 1992, pág. 353.

Ileana Di Giovan considera que “la inversión externa teme: a) la inestabilidad de las normas jurídicas y de las políticas económicas; b) la incertidumbre respecto al repatrio de los capitales y dividendos; c) el riesgo de las nacionalizaciones; d) los cambios abruptos de políticas y la manipulación de variables económicas por parte de las autoridades, al punto que generen situaciones que puedan caer en la teoría de la imprevisión o que de cualquier manera sean susceptibles de acarrear al inversor una pérdida substancial de su inversión o de los beneficios determinantes o derivados de ella; e) el incumplimiento de contrato por parte del Estado (cuando éste es cocontratante) o de una empresa del Estado y la eventual denegación de justicia; f) el riesgo de conflicto armado o de perturbaciones civiles”².

El mecanismo utilizado por las sociedades para obtener el amparo de sus inversiones en otro Estado fue siempre la institución de la protección diplomática, “que se irá configurando a lo largo de las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del XX dando lugar a una abundante jurisprudencia internacional sobre protección de sociedades mercantiles”³. Por otro lado, el 18 de marzo de 1965, en virtud del Convenio de Washington, fue creado el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), tribunal arbitral, que también tiene una abundante jurisprudencia internacional y donde Argentina enfrenta numerosas demandas de sociedades.

En este mundo globalizado, de complejas redes comerciales, proliferación de los grupos de empresas controladas por una sociedad matriz, el surgimiento de las empresas multinacionales, surgen los siguientes planteos: a) ¿qué protección tiene el socio o los socios?, b) ¿cuál fue la solución dada por el Derecho en el marco de la protección diplomática y del CIADI? En esta ponencia se tratará de dar respuesta a esos interrogantes. En ese sentido se analizará, brevemente, en primer lugar a la institución de la protección diplomática y la jurisprudencia pertinente al problema planteado y en segundo lugar al CIADI y la solución brindada por este tribunal arbitral. Finalmente, llegaremos a las conclusiones.

II. La protección diplomática

Según Diez de Velasco, “la protección diplomática es uno de los procedimientos más clásicos para asegurar la aplicación de las normas de

² DI GIOVAN, Ileana, Abeledo Perrot, 1992, pág. 274.

³ BLANCO, Vicente, DAMASO, Javier, op. cit., 1992, pág. 354.

Derecho Internacional. Su regulación se encuentra en normas de carácter consuetudinario, hoy generalmente admitidas”⁴.

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) de Naciones Unidas ha codificado el tema y fue aprobada su labor por Asamblea General de la ONU como Resolución 62/67 de 2006.

La Corte Permanente de Justicia Internacional, antecesora de la actual Corte Internacional de Justicia (CIJ), la ha definido en el asunto Concesiones Mavrommatis en Palestina señalando que “es un principio elemental del Derecho Internacional el que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al Derecho Internacional cometidos por otro Estado, del que no haya podido obtener satisfacción por las vías ordinarias. Al hacerse cargo de la causa de uno de los suyos, al poner en movimiento en su favor la acción diplomática o la acción judicial, este Estado hace valer, a decir verdad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus súbditos el Derecho Internacional”⁵.

El Artículo 1 de la Resolución 62/67 de Asamblea General de la ONU, establece que “[A] los efectos del presente proyecto de artículos, la protección diplomática consiste en la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad”.

El término ‘nacional’ empleado en este artículo “*comprende tanto las personas físicas como las jurídicas*”⁶. En ese sentido, se da un trato distinto en el articulado de la resolución a las personas físicas y a las jurídicas.

La protección diplomática a personas jurídicas está regulada desde el Artículo 9 al 13 inclusive⁷.

⁴ DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, editorial Tecnos, Madrid, 2010, pág. 902.

⁵ C.P.J.I., serie A, n° 2, para 12.

⁶ Naciones Unidas. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 58° periodo de sesiones (documento A/61/10), 2006, pág. 32

⁷ El Artículo 9 establece: “A los efectos de la protección diplomática de una sociedad, se entiende por Estado de la Nacionalidad el Estado con arreglo a cuya legislación se constituyó dicha sociedad. Sin embargo, cuando la sociedad esté controlada por na-

El Informe de la Comisión de Derecho Internacional subraya que “la práctica de los Estados gira en gran parte en torno de la protección diplomática de las sociedades de capitales, empresas con un fin lucrativo y responsabilidad limitada que suelen adoptar la forma de sociedades anónimas, cuyo capital está dividido en acciones, y no de las otras personas jurídicas”⁸, y agrega “ello explica porqué el presente proyecto de artículo y los siguientes tratan de la protección diplomática de esas sociedades y de sus accionistas”⁹.

La Comisión de Derecho Internacional señala que “como en el caso de las personas naturales, la concesión de la nacionalidad a una sociedad pertenece ‘al dominio reservado’ o esfera de competencia exclusiva de un Estado”¹⁰. En el caso Barcelona Traction Light & Power, la Corte Internacional de Justicia sentenció:

*“...el Derecho Internacional ha debido reconocer la sociedad anónima como institución creada por los Estados en una esfera que pertenece esencialmente a su jurisdicción interna. Ello a su vez exige que el derecho internacional se remita a las normas pertinentes del derecho interno cada vez que se planean problemas jurídicos relativos a los derechos de los Estados que conciernen al tratamiento de las sociedades y los accionistas y respeto de los cuales el derecho internacional no ha establecido sus propias normas”*¹¹.

El Informe de la CDI considera que “aunque el Derecho Internacional no tiene normas propias sobre la creación, administración y disolución de una sociedad o sobre los derechos de los accionistas y su relación con la sociedad y por consiguiente, debe acudir al derecho interno para obtener orientación al respecto, incumbe al derecho internacional determinar las circunstancias en que un Estado puede ejercer la protección diplomática a favor de una sociedad o de sus accionistas”¹². Así, la Corte Internacio-

cional de otro Estado u otros Estados, no desarrolle negocios de importancia en el Estado en el que se constituyó y tenga la sede de su administración y su control financiero en otro Estado, este Estado se considerará el Estado de la nacionalidad”.

⁸ *Ibidem*. Pág. 59.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*, siguiendo el Asunto relativo a los *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco* (pie de página n° 103).

¹¹ I.C.J. Barcelona Traction, págs. 33 y 34, para. 38.

¹² Naciones Unidas. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 58° periodo de sesiones (documento A/61/10), 2006, pág. 59.

nal de Justicia señaló que “el Derecho Internacional atribuye el derecho a ejercer la protección diplomática de una persona jurídica al Estado con arreglo a cuyas leyes se ha constituido y en cuyo territorio tiene su domicilio social”¹³.

La Resolución 62/67 regula la protección de los accionistas en su Artículo 11¹⁴.

Al respecto la CDI consideró que “el principio más fundamental de la protección diplomática de las sociedades es que una sociedad debe ser protegida por el Estado de su nacionalidad y no por el Estado o los Estados de la nacionalidad de los accionistas de la sociedad”¹⁵. La Corte Internacional de Justicia, en el caso Barcelona Traction señaló que solo es posible la protección diplomática de los accionistas de “una sociedad anónima, cuyo capital está dividido en acciones”¹⁶, y agrega que “este tipo de sociedades se caracteriza por una clara distinción entre la sociedad y los accionistas”¹⁷.

Finalmente la Corte Internacional señaló que “cuando los intereses de un accionista resultan lesionados por un perjuicio causado a la sociedad es a la sociedad a la que el accionista debe dirigirse para que esta ejercite la acción correspondiente, dado que aunque dos entidades distintas pueden sufrir el mismo perjuicio, solo una de ellas ha visto vulnerados sus derechos”¹⁸ y la Corte consideró que los principios que rigen la distinción entre la sociedad y los accionistas se derivan del derecho interno y no del internacional¹⁹.

¹³ I.C.J. Barcelona Traction, pág. 42, para. 70.

¹⁴ El Artículo 11 establece: “Un Estado de la nacionalidad de los accionistas de una sociedad no tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a esos accionistas en caso de perjuicio causado a la sociedad, a menos que:

a) La sociedad haya dejado de existir, de conformidad con la legislación del Estado en el que se constituyó, por algún motivo no relacionado con el perjuicio, o

b) La sociedad tenga, en la fecha en la que se produjo el perjuicio, la nacionalidad del Estado cuya responsabilidad por el perjuicio se invoca y la constitución de la sociedad en ese Estado sea exigida por éste como condición previa para realizar negocios en dicho Estado”.

¹⁵ Naciones Unidas, op. cit., 2006, pág. 65.

¹⁶ I.C.J. Barcelona Traction, 1970, pág. 34, para. 40.

¹⁷ *Ibidem*, para 41.

¹⁸ *Ibidem*, para 44.

¹⁹ *Ibidem*, para 50.

III. EL CIADI

La solución de controversias a nivel internacional fue siempre un ámbito reservado a la actuación de los Estados. Esa situación, en los últimos años cambió abruptamente sobre todo en el campo de protección internacional de las inversiones extranjeras donde aparecen con un marcado protagonismo las sociedades. En ese sentido, Andrea Gualde señala que “el desarrollo creciente del sistema de protección de inversiones enfrenta a los Estados con la posibilidad de que sus actos y omisiones sean cuestionados a la luz de una eventual responsabilidad internacional por sujetos diferentes de los otros Estados soberanos que integran la comunidad internacional”²⁰. El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados fue abierto a la firma en Washington el 18 de Marzo de 1965 y crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)²¹. Depende del Banco Mundial.

Del Artículo 25 de la Convención de Washington²² surge que la Jurisdicción del CIADI en dos supuestos: a) Un Estado sea parte en el procedimiento y b) la otra parte sea nacional de un Estado contratante. La Convención diferencia entre persona física y jurídica estableciendo distintos requisitos en cuanto a al momento desde el que deben ostentar la nacionalidad. Se debe destacar que en el caso de las personas jurídicas, la jurisdicción del Centro se extiende a la controlante; c) se trate de una disputa legal²³.

²⁰ GUALDE, Andrea, “Las Implicancias el Arbitraje Internacional en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno de los Estados”, J.A. 2004-II-1321, Lexis n° 0003/010516.

²¹ Argentina firmó la convención el 21 de mayo de 1991, depositó el instrumento de ratificación el 19 de octubre de 1994 y entro en vigor el 18 de noviembre de 1994. Información disponible en el Sitio web del CIADI: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=Spanish> (consulta realizada el 24/06/2013).

²² “La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro”.

²³ Ver, GUALDE, Andrea, op. cit., 2004, pág. 15.

En el tema que analizamos, es paradigmático el caso CMS Gas Transmission Company y la República Argentina (Caso ARB/01/8) del 17 de julio de 2003 (decisión sobre excepciones a la jurisdicción)²⁴.

Transportadora de Gas del Norte (TGN), una sociedad constituida en la Argentina, obtuvo en 1992 una licencia para el transporte de gas, a la vez que paquetes de acciones de la compañía de que era propietario el Estado se vendieron a inversionistas privados. Tras una segunda Oferta Pública de Acciones realizada en 1995, CMS compró las acciones que todavía pertenecían al Estado y que representaban el 25% de TGN; luego adquirió un 4.42% adicional que había sido asignado a un programa de participación accionaria de los empleados, con lo cual totalizó 29.42% de TGN²⁵. De conformidad con los arreglos hechos para la privatización de este sector, las tarifas se calcularían en dólares de los Estados Unidos y se expresarían en pesos a la tasa de cambio vigente al momento de la facturación, a la vez que esas tarifas se reajustarían cada seis meses de acuerdo al Índice de Precios del Productor de los Estados Unidos (PPI). Luego de una crisis económica y financiera de gran envergadura, la República Argentina puso en vigor a partir de fines de 1999 diversas medidas que, en la opinión del Demandante, tuvieron un efecto adverso en sus negocios y violaron las garantías que protegían su inversión en TGN. Estas diversas medidas condujeron más tarde a la devaluación de la moneda y a la adopción de medidas financieras y administrativas adicionales que, según se arguye, también tuvieron un efecto adverso sobre el inversionista²⁶. Esta situación motivó la presentación de una solicitud de arbitraje de CMS Gas (sociedad constituida en Estados Unidos de América) ante el CIADI contra la República Argentina el 26 de julio de 2001. CMS Gas señala que no está demandando por derechos que pertenezcan a TGN sino por derechos asociados a su inversión en la sociedad y sostiene que tiene la condición de inversionista extranjero en los términos del Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) entre Argentina y EE.UU. Así, su participación como accionista es una inversión extranjera protegida por el tratado²⁷. Argenti-

²⁴ Disponible en la Página web del CIADI: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (última consulta 25/6/2013).

²⁵ CMS Gas Transmission Company y la República Argentina (Caso ARB/01/8), Para 19.

²⁶ *Ibidem*, para 20.

²⁷ *Ibidem*, para. 40.

na considera que la personalidad jurídica de las sociedades es distinta e independiente de aquella de los accionistas²⁸.

El Tribunal señaló que no encuentra en el derecho internacional actual, un obstáculo al permitir reclamaciones de los accionistas en forma independiente de la sociedad relevante, ni siquiera si esos accionistas son minoritarios no controladores²⁹. El Tribunal señala que el Convenio no define el término 'inversión' porque tampoco pretende definir los requisitos que debe reunir una inversión para estar dentro de la jurisdicción del CIADI. El Convenio no contiene requisito alguno en cuanto a que una inversión, para estar dentro de la jurisdicción debe ser hecha por accionistas que controlan la sociedad o que son propietarios de la mayoría de las acciones³⁰. Por otro lado, hay una interpretación divergente en cuanto al art. I (I) del TBI³¹. Argentina señaló que una inversión en acciones es una inversión protegida por el tratado, pero ello solo permite reclamar por medidas que afecten a las acciones como tales, por ejemplo mediante la expropiación de acciones o la interferencia con los derechos políticos y económicos relacionados con esas acciones, pero esto no permite reclamaciones relacionadas con el daño sufrido por la sociedad. Si se hubiera autorizado una reclamación por daños indirectos, se habría señalado expresamente en el TBI³². CMS, por su parte señala que la Argentina exigió que los licenciatarios de la privatización de la industria de gas fuesen sociedades nacionales en las cuales los accionistas extranjeros fuesen expresamente invitados a participar y la protección del TBI era mencionada en esas invitaciones³³.

²⁸ *Ibidem*, para 42.

²⁹ *Ibidem*, para 48.

³⁰ *Ibidem*, para 51.

³¹ "a) 'inversión' significa todo tipo de inversión, tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad o esté controlada por nacionales o sociedades de la otra Parte, y comprende, entre otros:

(...)

ii) sociedades, acciones, participaciones u otros intereses en sociedades o intereses en sus activos..."

³² CMS Gas Transmission Company y la República Argentina (Caso ARB/01/8), para 59.

³³ *Ibidem*, para 60.

El tribunal concluyó que la jurisdicción puede ser admitida en función de los términos específicos del TBI y del Convenio de 1965 teniendo en consideración la amplitud de la definición de inversión del TBI³⁴.

IV. Conclusiones generales

En esta sociedad globalizada, el escenario internacional fue mutando. De un escenario Estado-céntrico donde el método para proteger las inversiones extranjeras era la protección diplomática basado en un mecanismo de reclamos “Estado-Estado” a uno “inversor-Estado” en el marco del Tribunal arbitral (CIADI) del Banco Mundial. Incluso en este último caso, la situación también varió; ya que el sujeto legitimado frente a un Estado era fundamentalmente una sociedad. El caso CMS Gas viene a transformarse en paradigmático pues permite el reclamo de un accionista ante el tribunal. Esto último encuentra su fundamento en la amplitud de la definición de inversión en un TBI. Salvo el caso Barcelona Traction, no se encuentra en el derecho internacional actual, un obstáculo al permitir reclamaciones de los accionistas en forma independiente de la sociedad relevante, ni siquiera si esos accionistas son minoritarios no controladores.

³⁴ *Ibíd*em, paras 63 y 65.