

LA PROTECCION DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS Y LA CODIFICACION INTERNACIONAL DEL ARBITRAJE

Dámaso Javier Vicente Blanco *

INTRODUCCION

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.

Desde la expansión de las grandes sociedades comerciales, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, el Derecho se ve obligado a enfrentarse a la necesidad de su tutela -así como a la de los intereses económicos de las personas físicas fuera de su Estado nacional-. El medio utilizado es una institución de Derecho Internacional por la que los Estados amparan a sus nacionales frente a otros Estados: 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, tanto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, como del Tribunal Internacional de Justicia, como de Comisiones de reclamaciones, instancias creadas «ad hoc» y comisiones de conciliación...¹.

La evolución de la institución societaria en el plano internacional, con la generalización de los grupos de empresas controlados por una sociedad matriz, la aparición de las empresas multinacionales y de las nuevas formas de inversión, hacen que una institución del Derecho Internacional Clásico deba enfrentarse a una realidad compleja y multiforme, encontrando serias dificultades para su adaptación satisfactoria.

A estos cambios del comercio internacional se suma la aparición en la escena mundial de los nuevos países independientes surgidos del período de la descolonización, apari-

* Abogado. Profesor de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid (España).

¹ Vide HOCHEPIED, Jean-Pierre de. *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*. París: Editions A. Pedone, 1965; y CAFLISH, Lucius. *La Protection des Sociétés Commerciales et des Intérêts en Droit International Public*. Martinus Nijhoff. La Haya, 1969.

ción que origina en un primer momento una ola de nacionalizaciones y expropiaciones que convulsionan a los inversionistas y a los Estados exportadores de capital (los países industrializados). La incorporación de estos nuevos países a las Naciones Unidas y la consciencia de su subdesarrollo económico los llevará a agruparse en defensa de sus intereses frente a los intereses económicos del mundo desarrollado, oponiéndose además - como habían hecho los países latinoamericanos desde finales del siglo XIX- a la vía de la protección diplomática para canalizar reclamaciones económicas ².

Estos eran, a muy grandes rasgos, el estado de la cuestión y el contexto en el momento en el que el Tribunal Internacional de Justicia conoce el asunto de la «Barcelona Traction» y dicta la correspondiente sentencia de 5 de febrero de 1970 ³.

La doctrina occidental del Derecho Internacional, contemporánea de la sentencia -la de los países occidentales desarrollados intentando sostener la concepción tradicional del Derecho Internacional- mantenía una pluralidad de teorías que adecuaban la protección diplomática a la tutela de las inversiones extranjeras por sus países de origen ante las nuevas realidades del comercio internacional ⁴.

La doctrina de la «Barcelona Traction» desempeña un papel fundamental en la sustitución de la protección diplomática -al verificar sus limitada operatividad- por una vía alternativa en la protección de las inversiones y el recurso al arbitraje.

El objeto de las presentes páginas es analizar el asunto y la doctrina de la «Barcelona Traction» para mostrar su incidencia en la evolución posterior de la protección de inversiones, examinando los distintos instrumentos internacionales que contemplan el arbitraje de Derecho Internacional Privado como medio de resolución de disputas en la materia y su caracterización. Un último capítulo se dedica a comparar la doctrina de la «Barcelona» con la reciente sentencia del TIJ de 20 de julio de 1989 en el caso de la «Electronica Sicula, SPA», cuestionándose la posible revisión de la sentencia de 5 de febrero de 1970 ⁵.

EL CASO DE LA «BARCELONA TRACTION» ANTE EL TRIBUNAL DE LA HAYA

El 15 de septiembre de 1958 el Gobierno belga presenta ante el Tribunal Internacional de Justicia una demanda contra España por los actos y omisiones, contrarios al Derecho Internacional, que los órganos de este Estado habían realizado en perjuicio de la sociedad de nacionalidad canadiense «Barcelona Traction», de la que eran accionistas mayoritarios personas físicas y jurídicas de nacionalidad belga ⁶.

2 Vide DIEZ DE VELAZCO, Manuel. «La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires». EN: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1974-I, Tomo 141 de la colección, pp. 93 a 97.

3 Sentencia del TIJ de 24 de julio de 1964 y de 5 de febrero de 1970 en *R.E.D.I.* vol. XXIII (nº 2-3) 1970.

4 Vide HOCHÉPIED. *Ob. Cit.*; CAFLISCH. *Ob. Cit.*; y VISSCHER, Paul de. «La Protection diplomatique des personnes morales». EN: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1961-I, tomo 102 de la colección, pp. 295-510; BAATTAGIINI, Giovanni. *La protezione diplomatica delle società*. CEDAM. Padua, 1957.

5 *Electronica Sicula Spa (ELSI), Etats-Unis d'Amérique v. Italie*, arrêt du 20 juillet 1989: *C.I.J. Rec.*, 1989, p. 15.

6 Sobre la sentencia de la «Barcelona Traction» vide GARCIA ARIAS, Luis. «El caso de la «Barcelona Traction» ante el Tribunal Internacional de Justicia». EN: *Revista Española de Derecho Internacional*.

La «Barcelona Traction» era una sociedad por acciones fundada en 1911 en Canadá, de acuerdo con el Derecho de aquel país, donde además emplazaba su sede social. Actuaba como sociedad matriz en un grupo de empresas bajo su control, cuya actividad principal consistía en la producción y distribución de energía eléctrica en Cataluña.

En 1936, a causa de la Guerra Civil española, la «Barcelona Traction» suspende el servicio de sus obligaciones, emitidas con anterioridad, y establecidas mayoritariamente en libras esterlinas. Cuando en 1940, una vez finalizado el conflicto armado, desea reanudar el servicio de las obligaciones mayoritarias, se encuentra con la denegación de las autoridades españolas a autorizar la necesaria transferencia de divisas.

Un grupo financiero español, entre tanto, se va haciendo con la propiedad de una buena parte de estas obligaciones, y el 9 de febrero de 1948 solicita ante la jurisdicción española la apertura de la quiebra de la sociedad, que sería concedida por el juez de Reus tres días después.

El procedimiento de quiebra significó la venta en pública subasta el 4 de enero de 1952 de las acciones de las sociedades filiales y su adjudicación a una sociedad (FECSA) constituida recientemente y propiedad del mismo grupo financiero español que solicitó la quiebra ⁷.

Tras la declaración de quiebra varios Estados ejercieron acciones diplomáticas ante España en beneficio de la «Barcelona Traction». En particular el Gobierno canadiense, Estado nacional de la sociedad, realizó distintas gestiones diplomáticas entre 1948 y 1955, año en que cesó toda intervención.

Una comisión formada por España, Canadá y el Reino Unido, a propuesta española, justificó en una declaración de junio de 1951 la denegación por las autoridades españolas de la transferencia de divisas. El Gobierno de Bélgica, que había iniciado su acción diplomática contra España en 1948, protestó por no haber sido llamado a participar en la comisión y rechazó que la declaración de la misma le vinculase. A cambio propuso a España someter la cuestión a un tribunal arbitral, lo que no fue aceptado por el gobierno español.

Al ingresar España en 1955 en las Naciones Unidas y tras nuevas gestiones infructuosas, Bélgica presenta la demanda contra España de 15 de septiembre de 1958 ante el TIJ, pues la admisión del Estado Español en la ONU ponía en vigor de nuevo la cláusula de jurisdicción obligatoria que contenía un tratado hispano-belga de 1927.

La citada demanda -amparándose en el criterio de control de la «Barcelona Traction» por accionistas de nacionalidad belga, y sin hacer referencia a estos en su encabezamiento-

Vol. XIII, nn. 2-3. Consejo Superior de investigaciones Científicas. Madrid, 1970. pp. 201-203; FRANCESKAKIS, Ph. «Lueurs sur le droit international des sociétés de capitaux; l'arrêt «Barcelona» de la Cour Internationale de Justice». EN: *Revue Critique de Droit International Privé*. París, 1970. Tomo 59, n. 4. pp. 609-664; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo: «Aportación de la Sentencia del Tribunal de la Haya en el caso «Barcelona Traction» (5 de febrero de 1970) a la Jurisprudencia Internacional». EN: *Cuadernos de la Cátedra 'J.B. Scott'*, Universidad de Valladolid, 1970.

7 Vide PINTO, Roger. «Chronique de jurisprudence de la Cour Internationale de Justice». *Journal du Droit International*. Año 97, n. 4, París, octubre-diciembre 1970.p. 976.

solicitaba la declaración de que España había realizado actos y omisiones contrarios al Derecho Internacional que habían conducido a la quiebra y al despojo de los bienes de la sociedad canadiense «Barcelona Traction» por lo que era responsable del perjuicio. Y en consecuencia requería a la «restitutio in integrum» de la «Barcelona Traction» por parte del Estado español y al pago de una indemnización al Gobierno belga por los daños causados a la sociedad. Si la restitución no era posible, subsidiariamente, se solicitaba el pago por el Gobierno español al Gobierno belga de una indemnización por el valor de los bienes, derechos e intereses de la «Barcelona» y por los perjuicios por ésta sufridos. Y con carácter totalmente subsidiario, la reparación del perjuicio, al menos en la cuantía que afectase a los nacionales belgas, mediante el pago de las indemnizaciones antes solicitadas.

El Gobierno español contestó a la demanda belga formulando tres excepciones preliminares en virtud de las cuales la consideraba infundada.

El inicio de negociaciones por parte de los intereses privados en causa motivó que Bélgica desistiese en marzo de 1961 de proseguir la instancia con objeto de facilitar el acuerdo. Pero las conversaciones fracasaron y el Gobierno belga interpuso el 18 de junio de 1962 una nueva demanda ante el TIJ.

La nueva demanda, como la de 1958, seguía sin hacer referencia en su enunciado a los accionistas belgas de la sociedad, pero ya no se fundamentaba en el criterio de control. El sujeto pasivo de la protección belga dejaba de ser la propia «Barcelona Traction» para ocupar esta posición los accionistas belgas de la sociedad. Ahora Bélgica solicitaba el reconocimiento de los daños causados por España, en violación del Derecho internacional, a los accionistas de la «Barcelona» que gozaban de su nacionalidad, y su reparación, primero mediante la «restitutio in integrum» y si no era posible mediante una indemnización por la cuantía de la cuota de participación que poseían sus nacionales en la sociedad («una suma equivalente al 88 por 100 del valor neto»). Junto a ello se pedía otra indemnización por los perjuicios accesorios causados a estos accionistas.

El abandono del «criterio de control» como criterio base en el que fundamentar el ejercicio de la protección de diplomática de una sociedad respondía, al parecer, a la toma en consideración del Gobierno belga tanto de las críticas del Gobierno español a la primera demanda como de algunas consideraciones que la doctrina de Derecho Internacional Privado de la época hizo al respecto⁸. Con el cambio, el Gobierno de Bélgica persiguió introducir la protección directa de los accionistas por su Estado nacional.

A esta segunda demanda España respondió con un escrito en el que interponía cuatro excepciones preliminares, a saber; que el Tribunal era incompetente porque el desistimiento a la primera demanda había puesto fin a su jurisdicción; que el Tribunal no era competente de acuerdo con el tratado hispano-belga de 1927; que el Gobierno belga no estaba legitimado para proteger a la sociedad canadiense o a los accionistas belgas de ésta; y por último, que no se habían agotado los recursos internos del Estado demandado antes de acudir ante el TIJ. Las tres últimas excepciones coincidían con las formuladas por España contra la primera demanda.

8 Vide GARCIA ARIAS. Ob.Cit. pp. 205 y 206; y VISSCHER, Paul de. Ob. Cit. pp. 459 y 460.

El escrito de excepciones dio lugar a un proceso incidental sobre las mismas, escalonadas de modo que las dos primeras negaban la competencia del TIJ y la tercera y cuarta rechazaban la admisibilidad de la demanda. Tras el procedimiento oral, en sus conclusiones, el Gobierno belga solicitó al Tribunal el rechazo de las excepciones que negaban su competencia y la unión al fondo del asunto de las que impugnaban la admisibilidad de la demanda.

En sentencia de 24 de julio de 1964 el Tribunal rechazó las dos primeras excepciones preliminares, entendiendo que el desistimiento de 1961 se hacía a la instancia -ponía término al procedimiento en curso- y no a la acción, y que el TIJ sustituía al Tribunal Permanente Justicia Internacional en la cláusula de jurisdicción obligatoria del tratado hispano-belga de 1927.

Las excepciones tercera y cuarta determinó el Tribunal unir las al fondo del asunto, haciendo una extensa explicación de los motivos por los cuales se puede justificar la unión al fondo del asunto de una excepción preliminar.

Para el Tribunal el carácter preliminar dado a las excepciones por el demandado no le vinculaba. Observada desde otro punto de vista la tercera excepción preliminar, que niega la legitimación del Gobierno belga para proteger a los accionistas de su nacionalidad de la «Barcelona», puede ser enunciada de modo que plantea una cuestión que pertenece al fondo del asunto; a saber, si el Derecho Internacional reconoce o no un derecho separado e independiente a los accionistas de una sociedad, derivado de un daño causado a la sociedad por un gobierno extranjero, y si es así, con qué alcance y en qué circunstancias, y si éstas se dan en el caso concreto.

La legitimación del Gobierno belga dependería de la existencia o no de ese derecho separado de los accionistas.

Respecto a la cuarta excepción preliminar -sobre la falta de agotamiento de los recursos internos- el Tribunal entendió que estaba directamente vinculada con la materia de denegación de justicia, que pertenece al fondo del asunto, por lo que se procedió a unirla al mismo.

No admitiéndose las excepciones preliminares españolas se reinició el proceso principal que habían suspendido, con largas prórrogas de los plazos inicialmente establecidos para la presentación de la Contramemoria del Gobierno español, la Réplica belga y la Dúplica española. Todo ello hizo que hasta abril de 1969 no se comenzase el procedimiento oral, en el que se entró en el fondo del asunto examinándose todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas por el gobierno belga. Finalizado en julio de 1969, el Tribunal no hizo pública la sentencia hasta el 5 de febrero de 1970.

En ella rechazaba la demanda belga por quince votos contra uno -el del juez nombrado «ad hoc» por Bélgica-. De los quince votos de la mayoría, doce fundaban su decisión en los motivos enunciados en la sentencia y los otros tres sólo aceptaban la parte dispositiva de la misma (parágrafo 103), en la que el Tribunal se limitaba a rechazar de forma escueta la demanda belga, sin hacer referencia a la admisión de la tercera excepción española. La mayoría del Tribunal basaba su decisión en que el Gobierno belga no había demostrado que poseyera un derecho al ejercicio de la protección ni, por tanto, legitimación para actuar ante el Tribunal.

Al admitir la falta de «ius standi» del Gobierno belga, la sentencia no entró en el resto de cuestiones que habían sido planteadas en el procedimiento oral; cuestiones nada desdeñables, tanto por el número como por su importancia y trascendencia en el Derecho Internacional ⁹.

LA INSTITUCION DE LA PROTECCION DIPLOMATICA Y SU CONSTRUCCION GENERAL EN LA SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1970

La actuación del Gobierno belga frente a España persiguiendo el auxilio de sus nacionales, accionistas de la «Barcelona Traction», no es otra cosa que el ejercicio de la institución de la protección diplomática, tanto en sus gestiones directas ante el Gobierno español como -en nuestro interés- su demanda ante el TIJ.

La sentencia de 5 de febrero de 1970 debía resolver, como hemos visto, si el Gobierno belga estaba legitimado para ejercer la protección diplomática de sus nacionales, accionistas de una sociedad extranjera, por daños causados a la misma por un Estado distinto al de su nacionalidad.

Una revisión de la protección diplomática -institución de Derecho Internacional Público- se hacía necesaria para poder dilucidar con posterioridad la existencia o no del «ius standi» belga.

CONCEPTO DE PROTECCION DIPLOMATICA

La protección diplomática plantea determinadas dificultades derivadas de que se trata de un concepto con pluralidad de sentidos ¹⁰.

En sentido estricto la protección diplomática designa la puesta en movimiento por un sujeto de Derecho Internacional de los medios técnicos -acción diplomática o acción judicial internacional- que permiten a un Estado presentar una reclamación a otro Estado en razón del daño causado a uno de sus nacionales.

Cuando se hace referencia a las «reglas internacionales relativas a la protección diplomática», se utiliza la expresión en este sentido estricto y formal ¹¹, que era, por otra parte, el sentido con que se empleó en la sentencia del TIJ de 5 de febrero de 1970.

En acepciones más laxas el concepto llega a incluir las acciones de los Estados ante otros Estados encaminados a prevenir un daño que afecte a sus ciudadanos, o incluso las

9 Vide GARCIA ARIAS. *Ob. Cit.* p. 226; MIAJA DE LA MUELA. *Aportación de la Sentencia...*, *Ob. Cit.* p. 57; DIEZ DE VELASCO. «La pretendida responsabilidad internacional del Estado español por actos de sus autoridades administrativas en el caso «Barcelona Traction»». EN: *R.E.D.I.*, XXIII, *Ob. Cit.* p. 433; PECOURT GARCIA. «El desistimiento en el proceso internacional: a propósito de la doctrina establecida por el Tribunal Internacional de Justicia en el caso de la «Barcelona Traction»». EN: *R.E.D.I.*, XXIII, *Ob. Cit.* p. 231.

10 Vide CAFLISCH. *Ob. Cit.* p. 12; DIEZ DE VELASCO. «La protection diplomatique...», *Ob. Cit.*, pp. 98 y ss.; BATTAGLINI. *Ob. Cit.*, pp. 52 y 53.

11 *Ibid.*

simples gestiones de un Estado ante otro Estado que persiguen una concesión de este último en beneficio de los nacionales del primero ¹².

La pluralidad de sentidos de la expresión puede llevar a no escasas confusiones e imprecisiones, especialmente cuando se pretende invocar acciones de la práctica diplomática de los Estados, que responden al sentido más amplio de la noción, como precedentes con relevancia en el establecimiento de normas internacionales relativas a la protección diplomáticas «stricto sensu».

La protección diplomática en sentido estricto, que es la que requiere nuestro interés, dispone de dos modalidades para su ejercicio; la acción diplomática, que consiste en la realización de gestiones de gobierno a gobierno, tales como la reclamación formal, la negociación o la conciliación; y la acción judicial, que debe haber sido precedida por la acción diplomática, y que consiste en acudir a los diferentes medios de arreglo de controversias como el arbitraje o los propios tribunales internacionales.

CONFIGURACION EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

La protección diplomática supone el ejercicio, por parte del Estado que la pone en práctica, de un derecho propio. Si bien el hecho ilícito, realizado por otro Estado en violación del Derecho Internacional recae sobre un particular -y es a él a quien directamente perjudica-, ello supone la violación de un derecho subjetivo del Estado al que ese particular pertenece¹³.

Lo que se produce es un endoso por el que se transfiere la reclamación del particular, cuyos derechos han sido conculcados, al Estado del que es nacional. Este endoso se deriva de que el Derecho Internacional no considera a los particulares sujetos en el plano internacional, por lo que en este marco jurídico precisan de la intermediación de su Estado nacional para proteger sus derechos. Por ello sólo el Estado del que es nacional el dañado está legitimado para formular la reclamación internacional ¹⁴.

La protección diplomática aparece entonces como una relación interestatal entre el Estado que realizó el acto ilícito y el Estado que ha visto violado un derecho subjetivo propio, aún cuando en el origen estuviese un perjuicio causado a un particular ¹⁵.

De que el Estado ponga en práctica un derecho subjetivo propio se deriva la total discrecionalidad de que va a gozar en el ejercicio de la protección diplomática, con libertad total de acción y al control absoluto de la reclamación ¹⁶.

12 Vide BASTID, Suzane. «La nationalite des sociétés et la protection diplomatique». EN: **Travaux du Comité Français de Droit International Privé**, años 27 a 30. Librairie Dalloz, París, 1970, pp. 247-265; DIEZ DE VELASCO, Manuel. **Instituciones de Derecho Internacional Público**, Tomo I, Sexta edición (Primera reimposición), Tecnos, Madrid, 1983, p. 386; *Idem*. La protection diplomatique..., **Ob. Cit.**, pp. 87 y ss.

13 Vide MIAJA DE LA MUELA. EN: Aportación de la Sentencia., **Ob. Cit.** p. 78; BATTAGLINI. **Ob. Cit.** pp. 164 y ss; CAFLISCH. **Ob. Cit.**, p. 12

14 Vide FRANCESCAKIS. **Ob. Cit.** p. 612.

15 Vide RIGAUX, François. «Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale». EN: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, 1989 I, Tomo 213 de la colección. Dordrecht/Boston/London, 1989.

16 Vide BASTID. **Ob. Cit.** p. 248; DIEZ DE VELASCO. **Instituciones...**, T.I, **Ob. Cit.** p. 387; VISSCHER. La protection diplomatique..., **Ob. Cit.** pp. 432 y 433.

En algunos casos el Estado puede tener motivaciones de carácter político que escapan al interés del particular dañado -o incluso chocan con él-, pero que en ejercicio de su poder discrecional podrán fundamentar una reclamación limitada o la absoluta renuncia a la reclamación.

Para el particular protegido, «a contrario», la protección diplomática no es más que una «gracia», que depende de una decisión discrecional del Estado, por lo cual no podrá renunciar a ella, ni obligar al Estado a desistir de la acción emprendida, ni exigirle que la lleve a cabo o en qué términos deba hacerlo, salvo que una norma del Derecho interno establezca lo contrario.

LA NACIONALIDAD DE LA RECLAMACION COMO CONDICION NECESARIA PARA EL EJERCICIO DE LA PROTECCION DIPLOMATICA

Para que un Estado pueda poner en marcha la acción de la protección diplomática será necesario que concurren tres condiciones; que la reclamación ostente su nacionalidad; que se hayan agotado los recursos internos del Estado reclamado; y que la persona protegida haya actuado con «manos limpias», sin infringir normas del Derecho interno ni del internacional¹⁷.

La primera de las condiciones tiene singular relevancia, como veremos, en la específica materia de la protección de las sociedades, por lo que nos detendremos brevemente en la construcción que posee con carácter general.

La exigencia de la nacionalidad de la reclamación se deriva de la misma configuración de la protección diplomática anteriormente expuesta. Si se confiere al Estado un derecho propio cuando otro Estado transgrede las normas del Derecho Internacional en la persona de sus nacionales -ocasionándoles un perjuicio- es preciso que éstos lo sean efectivamente del primero de los Estados¹⁸. Como señaló el TPJI en 1939, sólo el vínculo de nacionalidad entre el Estado y el particular otorga al primero el derecho a la protección (salvo en precisas excepciones como los supuestos de protectorado)¹⁹.

En ocasiones se ha planteado el problema que consiste en saber si cualquier nacionalidad atribuida a un particular por un Estado es título suficiente para que éste ejerza la protección diplomática o si por el contrario se precisa de otro vínculo que conceda efectividad a esa nacionalidad.

El convenio de La Haya de 12 de abril de 1930 -codificando normas anteriores establecidas por la jurisprudencia internacional-atribuye expresamente al Estado la competencia exclusiva y discrecional en la concesión de su nacionalidad²⁰; pero no con carácter ilimitado, pues la atribución arbitraria podría permitir a los Estados evadir la aplicación de

17 Vide HOCHEPIED. *Ob.Cit.* pp. 23 y ss.

18 Además para este aspecto vide HOCHEPIED. *Ob.Cit.* p. 23 y 24; MIAJA DE LA MUELA. Aportación de la Sentencia..., *Ob. Cit.* p. 89.

19 Sentencia del Tribunal de Justicia Internacional de 28 de febrero de 1939. Vide HOCHEPIED. *Ob.Cit.* p. 24.

20 *Ibid.* Ver también RIGAUX. *Les situations...Ob. Cit.*, p. 71.

las normas de Derecho Internacional sobre el trato a los extranjeros. El propio tratado establece que los Estados podrán rechazar la nacionalidad otorgada por un Estado si fundamentan su rechazo en que la concesión sea contraria a los tratados, la costumbre internacional o los principios generales del Derecho.

Por estos motivos se ha entendido que aquella nacionalidad atribuida a un individuo por un Estado sin que exista entre ellos una conexión efectiva no es oponible por ese Estado.

En materia de efectividad de la nacionalidad de las personas físicas es paradigmática la sentencia del TIJ de 6 de abril de 1955, en el caso de *Nottebohm*²¹, donde se consideraba inoponible la nacionalidad concedida por Liechtenstein a un individuo que carecía de todo lazo efectivo con aquel país. La pertinencia o impertinencia de trasladar el principio de nacionalidad efectiva a la materia de protección diplomática de las personas jurídicas fue analizado, como veremos, en la sentencia de la «Barcelona».

LA PROTECCION DIPLOMATICA EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS

La protección diplomática se integra en el marco más general de la responsabilidad internacional de los Estados²².

Al ocasionar un daño a un nacional de un Estado vulnerando el Derecho Internacional, el Estado agresor se hace responsable ante el otro Estado, pues atenta indirectamente contra un derecho subjetivo de éste (se produce una «violación mediata» de su derecho).

De este modo la protección diplomática sería el aspecto pasivo de una misma construcción jurídica.

La protección diplomática sería el aspecto activo, y la actuación del Estado contraria al Derecho Internacional el aspecto pasivo de una misma construcción jurídica.

La protección diplomática viene así a amparar obligaciones que se establecen exclusivamente entre el Estado infractor y el Estado de la nacionalidad de la víctima. Por ello sólo éste último, el Estado del que es nacional el particular perjudicado, puede invocar, de manera exclusiva, la responsabilidad del Estado infractor, esto es, ejercer contra él la protección diplomática.

Esta precisión vino al caso en la sentencia de 5 de febrero de 1970, al examinar el Tribunal si la protección diplomática sancionaba obligaciones «erga omnes» -en las que todos los Estados de la Comunidad Internacional tendrían interés jurídico en que determinados derechos fueran protegidos-, lo que legitimaría a Bélgica, como un Estado más de esa Comunidad, para su reclamación, en ausencia de un derecho subjetivo propio lesionado

21 CAFLISCH. *Ob. Cit.*, p. 15 y HOCHPIED. *Ob. Cit.*, p. 28.

22 Vide DIEZ DE VELASCO. *Instituciones...* t. I, *Ob. Cit.*, p. 496; *La protección...*, *Ob. Cit.*, p. 93. CAFLISH. *Ob. Cit.*, pp. 11 y 12.

por España en sus nacionales. El Tribunal señaló expresamente que la protección diplomática no sancionaba obligaciones «erga omnes»²³.

EL OBJETO MEDIATO DE LA PROTECCION DIPLOMATICA: DERECHO SUBJETIVO

La sentencia entró a examinar si la protección diplomática amparaba cualquier tipo de daño o perjuicio causado por un Estado a los nacionales de otro, o si por el contrario se precisaba que ese daño tuviera un plus especial. Se trata de determinar cuál es el objeto mediato de la protección diplomática, cuando ya hemos señalado que el objeto inmediato es un derecho subjetivo del Estado.

El Tribunal recurrió a la distinción clásica de la Teoría General del Derecho, entre derechos subjetivos e intereses, poniendo en evidencia que no todos los intereses gozan de protección jurídica, esto es, no son derechos subjetivos²⁴.

Para la puesta en práctica de la protección diplomática es preciso demostrar que se ha atentado contra un derecho subjetivo del particular al que su Estado pretende proteger; la lesión de un simple interés, el mero perjuicio, no es suficiente para justificar jurídicamente la obligación de reparar.

LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO DE LA «BARCELONA TRACTION»

LA ESTRUCTURA DE LA SOCIEDAD ANONIMA EN LOS DERECHOS INTERNOS

Una vez vista la construcción de la protección diplomática que acabamos de exponer, el TIJ observa que la legitimación de Bélgica va a depender de que España hubiese violado un derecho subjetivo de sus nacionales, accionistas de la «Barcelona Traction».

De este modo la argumentación fundamental de la sentencia se centra en un aspecto sustantivo -la existencia o inexistencia del derecho violado- y no en el mecanismo de la protección diplomática ni en la legitimación activa en sí misma considerada²⁵.

Para determinar la presencia o no de un derecho de los accionistas, el Tribunal debe acudir a la estructura de la sociedad anónima, con el fin de observar la distribución de derechos entre sociedad y accionistas, y si en el caso concreto concurre²⁶.

La sociedad anónima se contempla en los Derechos mercantiles estatales, a los que es preciso remitirse en ausencia de instituciones equivalentes en el Derecho Internacional.

23 Sentencia de 5 de febrero de 1970, párrafos 33 a 35.

24 Sentencia de 5 de febrero de 1970, párrafos 44 a 49.

25 RUILOBA SANTANA. *Ob. Cit.*, p. 500.

26 Sentencia de 5 de febrero de 1970, párrafos 39 a 50.

Este reenvío reviste caracteres especiales, ya que no se acude a un Ordenamiento Jurídico determinado sino «...a normas generalmente aceptadas por los sistemas de Derecho interno que reconocen la sociedad anónima, cuyo capital está representado por acciones...»; lo que hace pensar en una suerte de normas de Derecho privado comunes a los distintos sistemas estatales, normas de carácter sustantivo situadas entre el Derecho Internacional y los Derechos internos, a las que ha calificado la doctrina como «*tertius genus*» o en las que ha creído encontrar principios estructurales generales de los sistemas de Derecho Internacional Privado.

En todo caso, la remisión al Derecho mercantil lleva al Tribunal a una amplia exposición sobre el concepto y la estructura de la sociedad anónima.

Al decir de la sentencia, la sociedad anónima se caracteriza porque su capital está representado por acciones, y porque los ordenamientos jurídicos contemporáneos le han atribuido personalidad jurídica independiente. Pero lo peculiar de la sociedad anónima, donde reside su concepto, está en la distinción estricta entre la sociedad y los accionistas.

La estructura de la sociedad anónima se funda precisamente en esta distinción. Cada sujeto de Derecho -sociedad y accionistas-tienen derechos distintos, y como consecuencia sus patrimonios están netamente separados. Así el accionista no tendrá ningún derecho al activo social en tanto la sociedad se mantenga en la vida del Derecho.

Además, solamente la sociedad va a tener reservado el poder de actuar para cualquier cuestión que a ella se refiera, y lo desempeñará por medio de sus órganos. Los intereses de los accionistas se defienden mediante la defensa que la sociedad haga de los suyos. Aquellos sólo pueden actuar de forma limitada, con acciones en defensa de la sociedad frente a abusos de la Dirección, o en autodefensa para los accionistas minoritarios. Con carácter general, pues, los accionistas carecen del derecho de acción social o individual.

Esta estructura, que limita los derechos del accionista respecto de la sociedad y sus bienes, se deriva de la responsabilidad limitada de los accionistas, último rasgo característico de la sociedad anónima que condiciona los anteriores.

La voluntad del inversionista por asegurar la inversión no puede modificar esta estructura de la sociedad anónima, por lo que deberá tener en cuenta al efectuar la inversión los posibles riesgos derivados de un trato ilícito que dañe a la sociedad.

Así la distinción entre derechos de la sociedad y derechos de los accionistas, permite diferenciar el perjuicio a la sociedad del perjuicio a los accionistas. Por tanto, cuando resulte lesionado un derecho propio de la sociedad sólo su Estado nacional estará legitimado para ejercer su protección diplomática. Esta es la regla general en materia de protección diplomática de sociedades establecidas por la sentencia de 5 de febrero de 1970.

La sentencia afirma que un daño causado a la sociedad afecta a los accionistas, lo que no significa que tengan derecho a la reparación. La sociedad no es un simple medio para que los accionistas alcancen sus solos objetivos, ya que la existencia independiente de accionistas y sociedad permite la aparición de intereses contrapuestos incluso.

Por ello el accionista sólo podrá exigir reparación cuando el acto ilícito afecte directamente a un derecho propio, como el derecho al voto en la Junta General, y no cuando lo que ha sufrido es un daño indirecto.

Y Bélgica, en el caso concreto, no pudo probar la existencia de una violación de los derechos propios de los accionistas de su nacionalidad.

EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA CONFIGURACION DE LA NACIONALIDAD DE LAS SOCIEDADES

Si la regla general en materia de protección diplomática era que sólo el Estado nacional de la sociedad estaba legitimado para protegerla cuando se lesionaba un derecho de la misma, el Tribunal debía observar si cabían excepciones.

Los Derechos internos utilizan el procedimiento del «levantamiento del velo social» para evitar abusos de las ventajas y facultades que otorga la persona jurídica. Su aplicación conlleva hacer aflorar la realidad de los socios y generalmente se emplea en favor de quienes tratan con la sociedad, pero en circunstancias especiales en beneficio de los accionistas. En el Derecho Internacional puede desempeñar una función similar, como excepción a la regla general legitimando al Estado de los accionistas para ejercer la protección diplomática ²⁷.

El Tribunal especificó cuatro excepciones a la regla general, la más controvertida de las cuales era en el caso la que hacía referencia a la falta de legitimación del Estado nacional de la sociedad para actuar en su favor, lo que abriría la legitimación del Estado de los accionistas.

La Nacionalidad de las Sociedades en el Derecho Internacional.

Para saber si Canadá, Estado nacional de la «Barcelona», estaba legitimado para ejercer la protección, el Tribunal debía resolver tres cuestiones, si la nacionalidad era el vínculo necesario para que un Estado ejerciese la protección diplomática en favor de una sociedad, qué criterios atribuyen la nacionalidad a una sociedad y si la nacionalidad es criterio suficiente o se precisa un nexo efectivo ²⁸.

La sentencia señaló que el vínculo de nacionalidad es el que legitima al Estado para ejercer la protección del particular y, por tanto, es necesario, estableciéndose en base a dos criterios posibles reconocidos tradicionalmente por el Derecho Internacional; la sociedad será nacional del Estado bajo cuyas leyes se haya constituido o del Estado en cuyo territorio establezca su sede social.

El Tribunal se cuestiona si además de necesario la nacionalidad es nexo suficiente, llegando a la conclusión de que el Derecho Internacional no ha aceptado ningún criterio

27 Sentencia de 5 de febrero de 1970, párrafos 56, 57 y 58.

28 Sentencia de 5 de febrero de 1970, párrafos 70 y 71.

absoluto aplicable al nexo efectivo y que la doctrina del caso *Nottebohm* no es aplicable al caso, pues la «Barcelona», además de la nacionalidad había conservado múltiples vínculos con el Canadá, aunque de cada uno de ellos no pueda dársele una relevancia jurídica precisa en el Derecho Internacional ²⁹.

Estas aseveraciones del Tribunal tenían tres consecuencias precisas para el Derecho de la época:

1ª Se rechazaba una tesis negadora de la nacionalidad de las sociedades, iniciada en 1927 por el profesor Niboyet, que exigía un vínculo de interés efectivo de los nacionales del Estado en la sociedad para que le otorgase beneficios como el de la protección diplomática ³⁰.

2ª Se niega toda operatividad al criterio de control
-utilizado en ambas guerras mundiales para determinar el carácter enemigo de una sociedad- en la atribución de la nacionalidad de las sociedades, entendiéndose que la legislación sobre bienes enemigos no podía operar en condiciones normales ³¹.

3ª Se rechaza la existencia de un criterio general sobre nexo efectivo de la nacionalidad de las sociedades, aunque no se descarta la extensión de la doctrina del asunto *Nottebohm* en situaciones asimilables ³².

Otras Circunstancias que Autorizan el Levantamiento del Velo.

El Tribunal rechazó, como ya ha sido dicho, la aplicación al caso de la legislación sobre bienes enemigos y tampoco admitió la relevancia de los acuerdos de indemnización por nacionalizaciones, por su carácter «sui géneris» ³³.

Respecto a la excepción que justifica el levantamiento del velo si la sociedad ha dejado de existir, el Tribunal mantuvo que no era el caso de la «Barcelona», pues aunque quedó económicamente colapsada, pervivió en el derecho y era jurídicamente capaz de tutelar sus derechos ³⁴.

29 Vide FRANCESCAKIS. *Ob. Cit.*, pp. 656 y 657; y DIEZ DE VELASCO. *La protection diplomatique*, *Ob. Cit.*, p. 128.

30 Vide NIBOYET. «Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés?». EN: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1927, p. 404; VISSCHER. *Ob. Cit.*, 633 y ss; FRANCESCAKIS. *Ob. Cit.*, pp. 656 y 657; DIEZ DE VELASCO. *La protection diplomatique*, *Ob. Cit.* p. 128; LEVY, Laurent. *La nationalité des Societes*, París, 1984, p. 33; BASTID y LUCHAIRE. «La condition juridique internationale des sociétés constituées par des étrangers». EN: *La Personnalité morale et ses limites*, pp. 159 y ss.

31 Vide DIEZ DE VELASCO. *Protection diplomatique...*, *Ob. Cit.*, pp. 122 y ss.; VISSCHER. *Ob. Cit.*, pp. 440 y ss.; LEVY. *Ob. Cit.*, p. 220 y ss.; CALVO CARAVACA. «Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional». EN: *Revista General de Derecho*, Año XLIV n. 525, junio 1988, pp. 3679 y ss.; BASTID. *La nationalité des sociétés*. *Ob. Cit.* pp. 254 ss., y 261 y ss.

32 Vide BATAGLINI. *Ob. Cit.* p. 216, 217 y ss.; HOICHEPIED, pp. 27-29 y 101 y ss.; CAFLISCH. *Ob. Cit.*, pp. 136-140; VISSCHER. *Ob. Cit.*, pp. 450-460; DIEZ DE VELASCO. *Protection diplomatique...*, *Ob. Cit.*, p. 128.

33 Sentencia de 5 de febrero de 1970, párrafos 59, 60 y 61.

34 Sentencia de 5 de febrero de 1970, párrafos 64-67.

En conclusión el Tribunal no encontró ninguna circunstancia que autorizase en el caso el levantamiento del velo.

LA POSICION DEL DERECHO INTERNACIONAL ANTE LAS NUEVAS REALIDADES DEL COMERCIO INTERNACIONAL

Dado que el Tribunal había llegado a la conclusión de que los Derechos internos no amparaban la legitimación de Bélgica, acudió al Derecho Internacional con el fin de saber si la reclamación se podía fundar en una lesión de las inversiones extranjeras de origen belga, en tanto que «recursos nacionales». La dificultad de la prueba de su pertenencia a la economía nacional llevó al Tribunal a mantener la regla general ³⁵.

Llegado este momento la sentencia se enfrenta a la paradoja que resulta de contrastar el enorme desarrollo de la realidad económica internacional con la ausencia de un proceso paralelo en el Derecho Internacional de protección de las inversiones extranjeras ³⁶. La paradoja se comprende, para el Tribunal, si se tiene en cuenta el momento histórico en que aparece este Derecho y se observan los intereses en juego. La evolución del Derecho no ha podido ser mayor a causa del conflicto que enfrenta a los Estados exportadores de inversión -los países desarrollados- y a los importadores -los países subdesarrollados-; los primeros en defensa de la propiedad privada extranjera y los segundos contraponiendo el derecho de cada pueblo a sus recursos naturales y sus riquezas ³⁷.

La cuestión de las inversiones extranjeras aparece en este contexto como crucial en tanto que los países subdesarrollados acogen al capital extranjero como elemento esencial de su proyecto de desarrollo.³⁸

El hecho de que en el asunto de la «Barcelona Traction» se encuentre implicado como reclamado un Estado occidental no varía en absoluto la cuestión. La misma técnica de la protección diplomática trasciende el caso concreto al desempeñar un papel de primer orden en la confrontación de intereses del Tercer Mundo frente a los países exportadores de capital ³⁹.

El Tribunal acoge de este modo la reivindicación de los países subdesarrollados de evitar intromisiones de otros Estados en su soberanía por la vía de la protección diplomática que siempre resultan favorables a los inversores de capital ⁴⁰. Por ello debe decirse que el TIJ mediante esta sentencia se une a la tendencia que puede observarse en diversos organismos internacionales durante los años 60 y 70 en la reivindicación de un Nuevo Orden

35 Sentencia de 5 de febrero de 1970, párrafos 86, 87 y 88.

36 Sentencia de 5 de febrero de 1970, párrafos 89, 90 y 91.

37 MIAJA DE LA MUELA. Aportación de la Sentencia..., *Ob. Cit.*, p. 134; NOVELLA, Joaquim, «El Tercer Mundo y el Nuevo Orden Económico Internacional: Reflexiones sobre una década». EN: *Mientras Tanto*, n. 25, pp. 63 y ss.

38 MIAJA DE LA MUELA. Aportación de la Sentencia..., *Ob. Cit.*, p. 124; BENCHIKH, Madjid. *Droit International du sous-développement. Nouvel ordre dans la dépendance*. Berger-Levrault. París, 1983, p. 135.

39 MIAJA DE LA MUELA. Aportación de la Sentencia..., *Ob. Cit.*, p. 130.

40 PINTO, Roger. *Ob. Cit.* p. 976.

Económico Internacional y dando cabida matizadamente a la voz y a los intereses de los países subdesarrollados ⁴¹.

La sentencia señala entonces cual puede ser la vía de protección de las inversiones extranjeras; «...el único medio posible será el de la realización de acuerdos bilaterales o multilaterales entre los Estados o entre Estados y las corporaciones inversoras...»⁴², instrumentos que se han venido elaborando desde la II Guerra Mundial y que incorporan normas sobre procedimiento y competencia en caso de controversias, sobre el trato a inversiones y que permiten en ocasiones a las sociedades amparar directamente sus intereses frente a los Estados ⁴³.

Esta referencia del TIJ a los convenios de inversión «singularizándolos» -valga la expresión- como el único instrumento adecuado para llevar a cabo la protección de las inversiones extranjeras -dado el limitado alcance de la protección diplomática que se puede constatar en la materia- hace de la sentencia de 5 de febrero de 1970 UN PUNTO DE GIRO en la evolución del Derecho que se ocupa de la protección internacional de las inversiones extranjeras. Pues, aún cuando estos convenios sobre inversiones ya hubieran aparecido e iniciado su desarrollo, la verificación del limitado alcance de la protección diplomática y la remarcada indicación como instrumentos adecuados para la protección internacional de las inversiones extranjeras por una sentencia del TIJ potenció su progreso como vía jurídica sustitutiva de la que el Derecho internacional clásico había construido (la protección diplomática). Y, efectivamente, como examinaremos con posterioridad, tras la sentencia se asiste a un desarrollo continuado de los convenios de inversión, dando lugar a los llamados «códigos de inversión», y recogiendo el arbitraje como medio preferente para resolver las discrepancias⁴⁴.

Finalmente el TIJ hizo un último intento de fundamentar la protección de Bélgica en la equidad, en un esfuerzo por agotar las posibilidades del Derecho Internacional. En un primer momento busca la incorporación de la equidad por medio de una tesis extendida que considera que el Estado nacional de los accionistas está legitimado para reclamar cuando el que produce el daño es el Estado nacional de la sociedad, pero no se pronunció sobre su verosimilitud al no ser aplicable al caso ⁴⁵.

En un segundo momento persigue integrar la equidad por la vía de legitimar al Estado de los accionistas cuando el Estado nacional de la sociedad no pueda realizar su protección. Pero al tener carácter subsidiario la legitimación del Estado de los accionistas, habría que probar la imposibilidad jurídica del ejercicio de la tutela por el otro Estado. Al tratarse de un derecho discrecional del Estado no bastaría la simple inacción para abrir la protección subsidiaria.

Además, finaliza el Tribunal, los inversionistas establecen una sociedad en un país extranjero motivados por las ventajas que ofrece ese Estado -por ejemplo de carácter fis-

41 NOVELLA. *Ob. Cit.*, p. 63.

42 Sentencia de 5 de febrero de 1970, párrafo 90.

43 *Ibid.*

44 BENCHIKH. *Ob. Cit.*, p. 206.

45 Vide VISSCHER. *Ob. Cit.*, pp. 475 y ss.; DIEZ DE VELASCO. *La protection...*, *Ob. Cit.*, pp. 163 y ss.; CALVO CARAVACA. *Ob. Cit.*, pp. 3700 y 3071.

cal-, y no parece contrario a la equidad que esas ventajas conlleven determinados riesgos como contrapartida⁴⁶.

LA CODIFICACION DE LA DOCTRINA DE LA «BARCELONA TRACTION»

La escueta configuración de la protección diplomática que hacía la sentencia de 5 de febrero de 1970, no satisfacía ciertamente las necesidades de seguridad en el tráfico, ni tampoco las aspiraciones de las corporaciones multinacionales y sus Estados de origen⁴⁷. Por ello se acogieron a los mecanismos destacados por el TIJ en el párrafo 90 de la sentencia. No se trata de que con anterioridad no hubiesen sido utilizados los contratos sobre inversiones, sino que el bloqueo por el TIJ de la vía tradicional de protección en el Derecho Internacional convierte a estos en el eje central de la protección del capital extranjero. Ello hace que la consecución de tratados y convenios de protección de inversiones se hayan ido planteando sobre tres bases fundamentales que complacen los intereses de los inversionistas:

1ª La utilización como marco general de la protección convencional de las sociedades extranjeras o de control extranjero del principio de tratamiento nacional.

2ª La relevancia creciente del criterio de control como vínculo entre una sociedad y un Estado para beneficiarse de la protección convencional.

3ª La utilización de la vía del arbitraje en los códigos y contratos de inversión como medio satisfactorio para la resolución de controversias sobre inversiones, al posibilitar eludir la soberanía de los Estados.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATAMIENTO EN MATERIA DE INVERSIONES

El principio de trato nacional de las empresas extranjeras o bajo control extranjero ha sido acogido por la «Declaración de la OCDE sobre las empresas multinacionales» de 1976 y ha tenido gran relevancia en las discusiones sobre el Proyecto de Código de Conducta de las Empresas Transnacionales hoy paralizado⁴⁸. Este principio desempeña un papel fundamental en la estrategia de los países industrializados para proteger sus intereses y los de sus nacionales en el comercio internacional, enfrentándose al principio de soberanía nacional y al derecho de los pueblos a sus riquezas, utilizados por los países del Tercer

46 Sentencia de 5 de febrero de 1970. párrafo 99.

47 Vide DIEZ DE VELASCO. *La protection diplomatique... Ob. Cit.* 147 y 179.

48 Para este apartado vide HAMILTON. *Les entreprises internationales. Effets et limites des codes de conduite internationaux.* Ginebra, 1984; *Las empresas transnacionales en el desarrollo mundial. Tercer estudio.* Centro sobre Empresas TRANSnacionales. Naciones Unidas, Nueva York, 1983; *Les principes directeurs de l'OCDE á l'intention des entreprises multinationales,* OCEDE; París, 1986; SACERDOTI, Giorgio. «Barcelona Traction Revisited: Foreign owned and controlled Companies in International Law». EN: *International Law at a time of perplexity, Essays in honor of Shabtai Rosenne,* Nijhoff/Dordrecht/Boston/Londres, 1989, pp. 699-716; *Documento del Consejo Económico y Social de NN.UU: Trabajos relacionados con la formulación de un Código de Conducta,* Doc. M.A.E./10/17, Junio, 1982.

Mundo en los organismos internacionales durante las décadas 60 y 70 para defender a su vez sus propios intereses ⁴⁹.

La Declaración de la OCDE fue el primer código de conducta elaborado por una organización internacional sobre este tipo de empresas. Su posición en materia de inversión directa es favorable a la libre circulación de capitales ya que reúne a los países que son originarios de la mayor parte de la inversión directa mundial.

La Declaración no persiguió tanto controlar a las corporaciones transnacionales sino evitar que las Naciones Unidas un código más severo para las multinacionales, incentivado por los países en vías de desarrollo.

Veamos su caracterización. En la Declaración el principio no es absoluto e inquebrantable, pues no obliga a que se trate a las sociedades internas controladas por extranjeros en todos los casos como sociedades de control interno, pero el compromiso conlleva una tendencia a esta aplicación. Del tenor de la declaración debe entenderse que para los países OCDE el Derecho Internacional establece obligaciones de no discriminación para con las empresas de control extranjero. El principio de tratamiento nacional sólo es aplicable a las empresas ya establecidas, no a las condiciones de admisión de la inversión extranjera. El criterio relevante al objeto de determinar las sociedades beneficiarias del trato nacional es el control por nacionales de un Estado miembro. El trato nacional se aplicará a las sociedades de control extranjero cuando se encuentren en las mismas circunstancias que las empresas nacionales, e incluso el propio hecho del control extranjero puede ser relevante como circunstancia diferenciadora en casos concretos.

En 1975 la Comisión de Empresas Transnacionales de Naciones Unidas estableció un Grupo Intergubernamental de Trabajo para la elaboración de un código de conducta de las empresas transnacionales (ETN). Su finalidad era establecer un instrumento de control de las mismas, pero el proceso de negociaciones superó los objetivos de sus promotores - los países del Tercer Mundo reunidos en el Grupo de los 77- dando lugar a un conjunto de disposiciones no muy rigurosas para las ETN, entre las que se encuentran preceptos en su favor.

En 1982 el Grupo Internacional de Trabajo presentó el proyecto a la Comisión, que era fruto de las discrepancias entre los distintos grupos de países y en las cuestiones objeto de controversia establecía textos alternativos.

La estructura del Código contiene un capítulo que hace referencia al trato de las ETN por los Estados y a la jurisdicción a que aquellas se someten, lo que significaría normas de control de los Estados y no solo de las ETN.

Los países industrializados han pretendido trasladar aquí el planteamiento de la Declaración OCDE en términos muy similares, con la oposición de los países subdesarrollados que entienden que su aplicación significaría una discriminación de sus empresas nacio-

49 ADRIAN ARNAIZ, Antonio Javier: **Las empresas multinacionales**, clases impartidas en el crédito n. 12 del Programa de Doctorado «Los Grupos de Empresas» del Departamento de Derecho Mercantil, Derecho del Trabajo e Internacional Privado. Universidad de Valladolid. Bienio 88-90. Curso 88-89.

nales y se enfrentaría con sus objetivos de desarrollo autónomo evitando la interdependencia.

Por ello los países del Tercer Mundo han intentado integrar excepciones al principio de tratamiento nacional basadas en sus objetivos de desarrollo.

La importancia del proyecto de Naciones Unidas se encuentra en que constituye una vía inducida para configurar el principio de tratamiento nacional ⁵⁰, y el propio conflicto sobre la existencia o inexistencia en Derecho Internacional de principios mínimos sobre trato de empresas extranjeras puede ser un medio para su aparición.

El Código aborda también cuestiones como la competencia jurisdiccional para la resolución de litigios que tengan que ver con las ETN o la posibilidad de acudir a otros medios de resolución de controversias, pero hay desacuerdo sobre los criterios de atribución de competencia y sobre las relaciones entre los distintos modos de procedimientos de arreglo. Además se introdujo por varias delegaciones una disposición que hacía hincapié en la autonomía contractual en la elección del Derecho y el foro por las personas privadas, con objeto de subrayar la posibilidad de eludir el derecho y jurisdicción estatales, sorteando su soberanía.

La aceptación por los países subdesarrollados de las tesis occidentales había entrado en contradicción con su objetivo de potenciar su soberanía nacional para controlar su desarrollo económico. En cualquier caso el futuro del Código es impreciso y los países subdesarrollados no parece tengan hoy el mismo interés en su conclusión debido a su necesidad de inversión y a las normas que le perjudican. En todo caso la cuarta parte del proyecto de Código acepta el enfoque del TIJ en el asunto de la «Barcelona», al vincular jurídicamente las cuestiones de trato nacional con la nacionalización, jurisdicción y arbitraje⁵¹.

EL ARBITRAJE COMO MEDIO DE RESOLUCION DE CONTROVERSIAS SOBRE INVERSIONES

Como hemos señalado, los tratados y contratos de protección de inversiones han acudido al arbitraje como medio de arreglo de controversias más favorables para los intereses de la tutela. El carácter preceptivo del laudo arbitral, generalmente admitido en los distintos Derechos, le hace adecuado cuando se agotan las vías de negociación.

Dos tipos de arbitraje se han desarrollado en el marco de la protección de inversiones extranjeras. El arbitraje codificado como respuesta jurídica institucional de los Estados a las carencias del Derecho Internacional en la protección de la «Barcelona Traction», y el arbitraje no codificado -o transnacional- en el que se plasma la respuesta de los operadores económicos privados ⁵².

50 **Ibid.**

51 **ADRIAN ARNAIZ. Ob. Cit.**

52 **Ibid.**

A. El arbitraje codificado.

El arbitraje codificado -o institucionalizado- se integra en un espacio interestatal, generalmente regulado por normas autónomas o concurrentes de Derecho Internacional Privado, y sometido al litigio judicial estatal o internacional, aunque paulatinamente se desjudicializa por la vía del arbitraje institucionalizado.

Lo relevante es que los contratos de inversión entre una persona privada y un Estado gozan en este ámbito de la cobertura de un tratado internacional -multilateral o bilateral- que le otorga eficacia en el Derecho Internacional y permite, en último término, exigir todas las obligaciones asumidas por los Estados con los nacionales de otros Estados por la vía de la protección diplomática⁵³.

Las características fundamentales de los convenios arbitrales en materia de inversiones se pueden sintetizar en las siguientes:

- Generalmente se trata de resolver controversias entre particulares, nacionales de un Estado miembro, y otro Estado contratante.
- Algunos convenios incorporan obligaciones para los Estados sobre el trato debido a las sociedades.
 - Se acude al criterio de control para determinar las sociedades beneficiarias.
 - En la determinación del Derecho aplicable y en el control jurisdiccional del laudo arbitral se tiende a evitar la competencia del Estado anfitrión de la inversión.

La primera característica hace referencia a que las disputas que se someten al arbitraje se establecen entre particulares y Estados. La concepción que rige la protección diplomática configurándola como una relación interestatal en la que el particular transfiere su derecho a su Estado se abandona al trasladar la tutela del Derecho Internacional Público -protección diplomática- al Derecho Internacional Privado -arbitraje-. El Derecho Internacional Público que tenía por objetivo armonizar los intereses estatales se vio obligado en nuestro siglo a ampliar la cobertura a intereses e individuos particulares, por lo que algunos sectores doctrinales han abogado por el reconocimiento de un papel creciente a los individuos en el orden internacional, convirtiéndose éste también en un medio de conciliación entre Estados y particulares, abandonando lo que se ha venido en llamar «el dogma de la soberanía absoluta del Estado»⁵⁴. Esta doctrina, que aparece especialmente en materia de protección de Derechos Humanos, se ha desarrollado en la práctica mucho más en materia comercial -donde los Estados subdesarrollados utilizaban el principio de soberanía para defender sus intereses económicos-, y así estas codificaciones de arbitraje al posibilitar el enfrentamiento directo entre un Estado y un particular de otro Estado, sin la intermediación de éste y en una instancia jurídica supranacional, resaltan la devaluación del principio de soberanía y la creciente importancia del individuo en el plano internacional.

53 RIGAUX. Les situations..., Ob.Cit., pp. 220 y ss.

54 LEU, Hans-Joachim. «Sobre el orden público mundial». EN: **Libro-Homenaje a Manuel García-Pelayo**, Tomo II, Caracas, 1980, pp. 583-593; TANAKA, Kotaro. «Du droit international an droit mondial». EN: **Etudes juridiques offertes á Julliot de la Morandière** Dalloz, Paris, 1964.

Los convenios, generalmente, han incorporado el criterio de control, expresamente rechazado en el Derecho Internacional de la protección diplomática por la sentencia de la «Barcelona», para determinar las sociedades beneficiarias de su protección; y aparecen también obligaciones de trato con las sociedades extranjeras que se incorporan en sustitución del fracaso del Código de conducta de Naciones Unidas.

Por último, las convenciones de arbitraje tienden a dejar sin aplicación el Derecho del Estado en litigio así como la competencia de su jurisdicción. Parecería, como ha afirmado el profesor Benchikh, que para ver seguras a las sociedades extranjeras hubiese necesidad de «ver legalmente reconocida la sumisión del poder jurisdiccional, fiscal y financiero del Estadosubdesarrollado»⁵⁵. Ello también conlleva un ataque al principio de soberanía.

La superación de este principio en el ámbito comercial internacional priva a los países en vías de desarrollo del único instrumento capaz de preservarlos, de caer en la interdependencia económica, controlando su propio desarrollo ⁵⁶. Lo que significa que éste quedará a merced de los intereses de los países del Norte y de los operadores económicos que en ellos actúen.

En nuestro estudio abordamos el análisis de cuatro tratados multilaterales de protección de inversiones, dos de los cuales son paradigmáticos de la tutela de las inversiones extranjeras mediante el arbitraje (el ICSID y el MIGA). Junto a ellos hacemos un examen de las soluciones contempladas por la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL.

A.1. El Centro Internacional para el Arreglo de Controversias sobre Inversiones (ICSID).

Promovido por el Banco Mundial, el ICSID se fundó por la Convención de Washington de 18 de marzo de 1965 y entró en vigor el 14 de octubre de 1966 ⁵⁷. Su objeto es resolver mediante la conciliación o el arbitraje las controversias entre Estados miembros y nacionales de otros Estados contratantes por las inversiones que estos particulares hubiesen realizado en los primeros. La convención debe entenderse como una primera respuesta de los países desarrollados y de las instituciones del Banco Mundial al período de nacionalizaciones y expropiaciones en los Estados recién llegados a la independencia, con el fin de serenar la inquietud de los inversores internacionales. Así se les ofrecía un medio de resolución de controversias al margen de la jurisdicción y el Derecho de los Estados receptores, dificultándoles la invocación de su soberanía. Antes de la aparición del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones era el instrumento más acabado en la materia.

55 BENCHIKH. *Ob.Cit.*, p. 135.

56 FEUER, Guy y CASSAN, Hervé. *Droit International du développement*, Editorial Dalloz, París, 1985, pp. 29-31 y 198 y ss.

57 Vide DELAUME, Georges R. «Le Centre International pour le règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)». EN: *Journal de Droit International (Clunet)*. París, 1984, tomo 109, n° 4, pp. 775-843; SACERDOTI, Giorgio. «La Convezione di Washington del 1965: bilancio di un vetennio dell'ICSID». EN: *Rivista di diritto internazionale privato e processale*, Roma, 1987, tomo 23, n° 1, pp. 13-40; y GIARDINA, Andrea. *The International Center for Settement of Investment Essays on International Commercial Arbitration*, pp. 214-222, Londres/Dordrecht/Boston, 1989.

La competencia del ICSID se atribuye mediante una cláusula arbitral que puede ser incorporada en un contrato de inversión o establecida a posterior; siempre que se haga en un documento escrito. Este compromiso va a tener carácter irrevocable.

Las controversias sometidas al ICSID se deben establecer entre un Estado contratante y un nacional -persona física o jurídica- de otro Estado miembro de la convención. En principio y con carácter general la determinación de la condición de nacional de un Estado miembro se hará, en materia de sociedades, siguiendo los criterios de sede social o incorporación en un Estado miembro, pero si lo acuerdan previamente las partes, se tomará en consideración el control de la sociedad por nacionales de un Estado contratante. La norma cobra especial importancia si se tiene en cuenta la práctica interpretativa de los tribunales arbitrales no exigiendo un acuerdo explícito de reconocimiento de una sociedad de un Estado no miembro, que a su vez es controlada por nacionales de un Estado contratante. A esta interpretación extensiva cabe pensar no son ajenas la influencia del caso de la «Barcelona», ni el estancamiento del Código de Conducta de Naciones Unidas como medio de control del trato dado por los Estados receptores a las inversiones, ni especialmente el proceso de elaboración del Convenio Constitutivo del MIGA que establece sin matices al criterio de control como relevante en materia de protección de personas jurídicas.

La convención no establece una definición de «inversión» susceptible de la protección, parecía preferible que fueran los propios interesados los que la determinasen en cada caso. La práctica ha demostrado que las inversiones que se protegen no son solamente inversiones directas. Los Estados, no obstante, pueden restringir los supuestos de inversión para los que acepten la competencia del Tribunal.

Para acudir a los procedimientos del ICSID es preciso que se hayan agotado los recursos internos del Estado reclamado. Se trata de un mecanismo autosuficiente, cuyas normas procedimentales, una vez abierta su competencia, son independientes de todo Derecho nacional. El procedimiento de arbitraje tiene carácter exclusivo, el consentimiento arbitral de someter el litigio al ICSID significa la renuncia a cualquier otro modo de arreglo, y ante la presencia de una cláusula de competencia del ICSID los Tribunales estatales deben declararse incompetentes.

El artículo 42 de la Convención permite que las partes elijan las normas aplicables por el Tribunal, permitiendo múltiples posibilidades, tales como elegir el Derecho del Estado de origen de la sociedad, o desligar el asunto a cualquier Derecho nacional invocando los usos y costumbres del comercio internacional, solicitando que el Tribunal resuelva «ex aequo et bono». Lo que asegura al inversor la incompetencia del Derecho nacional del Estado anfitrión, evitando la aplicación de normas que concedan al Estado prerrogativas que respondan al principio de soberanía -normas imperativas en materia económica-.

En defecto de acuerdo sobre Derecho aplicable, el artículo 42 prevé la aplicación del Derecho del Estado miembro parte de la diferencia -incluido su sistema de Derecho Internacional Privado- y los principios del Derecho Internacional en la materia. Es significativa la referencia a la aceptación de reenvío que haga el Derecho nacional a las normas sustantivas de otros Estados, pues se aparta de la tendencia dominante de limitar o excluir esa posibilidad en materia contractual. Al no precisarse una jerarquía entre las fuentes previstas en ausencia de acuerdo, los árbitros no estarán obligados a interpretar el Derecho estatal como los jueces nacionales, sino que podrán interpretarlo incluso a la luz de los usos y costumbres del comercio internacional.

El laudo arbitral debe resolver todas las cuestiones sometidas y a él sólo caben dos recursos en el propio marco del ICSID. Los Tribunales del Estado anfitrión de la inversión no pueden proceder a su revisión, pues tiene efecto de cosa juzgada y es un título ejecutivo.

Si la sentencia arbitral resulta favorable al inversor y el Estado perdedor no la ejecuta se abre la vía de la protección diplomática que se bloquea en tanto la diferencia está en litigio en el ICSID.

A.2 El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA).

La Convención constitutiva del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones fue aprobada por el Consejo de Gobernadores del Banco Mundial en Seúl en octubre de 1985, y entró en vigor en abril de 1988 ⁵⁸.

El MIGA, sus siglas en inglés, puede ser considerado el instrumento clave de los países exportadores de capital en su estrategia para diseñar una protección estable de las inversiones en los países subdesarrollados, así como el medio por el que impulsar de nuevo estas inversiones tras la crisis financiera de comienzos de los 80.

La Convención establece un sistema multilateral de seguros de las inversiones, pretendiendo sus impulsores restablecer la confianza de los operadores económicos internacionales en la inversión en los países subdesarrollados. Así, aparece en la actualidad como el máximo exponente normativo de la evolución de la disputa entre países desarrollados exportadores de inversión y el Tercer Mundo receptor, cubriendo la laguna revelada por el TIJ en la sentencia de la «Barcelona Traction» ⁵⁹, y llenado incluso el vacío dejado por el Código de Conducta de Naciones Unidas para las ETN.

Se trata de una organización internacional, con personalidad jurídica propia en el orden internacional y recursos propios -el capital que le permite prestar la garantía-, inspirada en principios librecambistas, e integrada en el grupo del Banco Mundial.

Su sistema organizativo clasifica a los Estados miembros en dos listas de Estados -Estados importantes y exportadores de capital- y los votos para la toma de acuerdos tienen lugar por grupos de Estados, con paridad de voto entre cada lista y ponderando el voto de cada Estado según el volumen de capital suscrito.

La institución tiene múltiples funciones ya que además de garantizar las inversiones, las promueve y da consejo a los Gobiernos receptores.

58 Para su estudio se han seguido los trabajos de TOUSCOZ, Jean. «Les opérations de garantie de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (A.M.G.I.)». EN: *Journal de Droit International* (Clunet). París, 1987, nº 4, pp. 901-925; *Idem*. «Les règlements des différends dans la Convention instituant l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (A.M.G.I.): un développement de l'arbitrage international et du Droit des investissements internationaux». EN: *Revue de l'arbitrage*, París, 1988, nº 4, pp. 629-638; TREVES, Tulio. «La Convenzione istitutiva della M.I.G.A. come Codice di Condotta in tema di investimenti». EN: *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*. Roma, 1987, tomo 23, nº 1, pp. 1-12; SACERDOTI, Giorgio: «La Convenzione di Washington...». *Ob.Cit.*, Véase el texto del Convenio en su versión en castellano en el Boletín Oficial del Estado de 9 de marzo de 1988.

59 ADRIAN ARNAIZ. *Ob. Cit.*

Aún cuando se afirma reiteradamente que el organismo incorpora conquistas derivadas de la reivindicación del Nuevo Orden Económico Internacional, del contenido de sus normas, y mecanismo, así como de la lista de Estados firmantes de la Convención se debe interpretar que los países subdesarrollados se han visto compelidos, por la fuerza de los hechos, a aceptar ese mecanismo ante la posibilidad de quedar al margen de los flujos internacionales de capital. Como ejemplo de disposiciones que han tenido que ser aceptadas por los Estados subdesarrollados en la Convención del MIGA, mientras las habían rechazado en otros instrumentos internacionales, baste citar el artículo 12 d.i.v. de la convención que exige al país de acogida un «trato justo y equitativo» para la inversión.

El convenio da una definición amplia de las inversiones susceptibles de ser garantizadas por el Organismo -contribuciones al capital social y otras inversiones directas-, que permite dar cobertura a supuestos de transferencia de tecnología y cooperación industrial, por ejemplo.

Las garantías se establecen para inversionistas, personas naturales o jurídicas, nacionales de un Estado miembro distinto al de acogida. La determinación de la nacionalidad de las sociedades se hará o bien siguiendo el criterio de sede social real en un Estado miembro distinto al de acogida o por la nacionalidad de la mayoría del capital social si pertenece a uno o varios Estados contratantes distintos al anfitrión. En definitiva, el criterio de control.

Los artífices de la convención conscientes de las dificultades que plantea la determinación de la nacionalidad de quienes ejercen el control han establecido diversas presunciones para supuestos en que sea difícil su precisión. Así se considera propietario real a quien recibe el producto de las acciones y tiene derecho a recuperarlas, si no puede identificarse al propietario real se presume tal al propietario aparente y en su defecto a quien tuviera la mayoría de votos en la última reunión de accionistas.

La recepción del criterio de control como determinante de la responsabilidad del país de acogida marca indudablemente el sentido del instrumento MIGA en favor de los países exportadores de capital, es decir, de los países desarrollados, y de las ETN.

Los riesgos que asegura la garantía de la convención son riesgos no comerciales, derivados de acciones u omisiones del Gobierno receptor que el inversionista no haya consentido. Se establecen cuatro categorías; pérdidas resultantes de la restricción de cambio o transferencia de divisas; las expropiaciones, nacionalizaciones o riesgos asimilables; los incumplimientos contractuales por parte del país de acogida; y las guerras o disturbios civiles.

El mecanismo de la garantía sólo va a asegurar a las inversiones que se realicen en los Estados de la lista «B» del Tratado- donde se encuentra España junto con Portugal, Grecia, los países latinoamericanos, los afroasiáticos y varios países del antiguo bloque socialista que en el momento de firmar la Convención aún poseían un régimen de economía planificada (Hungría, Rumania, Vietnam...).

La base del mecanismo son los «contratos de garantía», contratos de Derecho Privado que se establecen entre el Organismo y el inversionista y determinan el alcance de la cobertura, los medios de arreglo de la controversia, el Derecho aplicable, y también las primas que debe pagar el asegurado y la indemnización en caso de siniestro.

El Estado receptor de la inversión debe conceder su aprobación a los riesgos que se precisen en el contrato, en caso contrario el Organismo no podrá garantizar la inversión. Y es mediante el contrato de garantía por el que éste se compromete a indemnizar en caso de siniestro.

Lo característico del sistema es que por medio del contrato el inversionista cede al Organismo Multilateral todos sus derechos y reclamaciones relacionados con la inversión. Así cuando aparece el siniestro y el inversionista acude al MIGA y cobra la indemnización, la controversia queda establecida entre el Organismo y el país receptor de la inversión. Y el inversionista desaparece de todo el desarrollo ulterior del proceso.

El MIGA buscará antes que nada ser indemnizado por el Estado de acogida por la vía del acuerdo amigable. Y si no, existen procedimientos previos de negociación y conciliación que en el caso de fracasar abren paso al procedimiento de arbitraje.

En el procedimiento de arbitraje el MIGA se convierte en actor frente al Estado de acogida que será el demandado. Todo el procedimiento de arbitraje se realizará siguiendo las normas del reglamento del ICSID.

El Derecho aplicable por los árbitros según el Convenio vendrá determinado por el Convenio constitutivo del MIGA, el acuerdo entre las partes de la diferencia, los Estados y reglamentos del Organismo, las normas del Derecho Internacional, el Derecho del Estado miembro y las disposiciones del contrato de inversión; pero el Tribunal puede resolver con acuerdo de las partes «ex aequo et bono». La inexistencia de jerarquía en la aplicación de estas reglas podría permitir escapar del Derecho nacional del Estado y sortear su soberanía nacional y las normas imperativas que a ella respondan.

El laudo arbitral tendrá fuerza obligatoria y será título de ejecución en los Estados miembros sin que éstos puedan exigir el *exequatur*. Al impedir el control de la sentencia por los tribunales estatales de nuevo se elude la soberanía del Estado.

Cabe concluir pues que el MIGA es la culminación del conflicto entre países desarrollados y el Tercer Mundo sobre el tratamiento que los Estados receptores de inversión deben a las sociedades extranjeras. El saldo del conflicto según lo analizado parece favorable a los países industrializados y a las ETN. El Organismo Multilateral, en expresión del profesor Adrián, es hoy el «símbolo de la cooperación entre países y ETN en la etapa de la interdependencia económica y globalización del comercio internacional»⁶⁰.

A.3. La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la «UNCITRAL».

Inspirándose en las normas de la Convención de Nueva York, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional -creada en 1966- acometió los trabajos de elaboración de una Ley Modelo que fue adoptada por la UNCITRAL el 21 de junio de

60 *Ibid.*

1985⁶¹. Tanto la técnica utilizada como el momento de aparición han sido juzgados como prudentes y oportunos⁶². Con la aparición de la Ley Modelo los Estados poseían un referente para sus legislaciones nacionales.

Tienen interés para nuestro estudio las cuestiones que hacen referencia al Derecho aplicable por el tribunal al litigio y la reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

El art. 28 de la Ley reconoce la libertad de las partes en la elección de normas aplicables, sin que estén limitadas a escoger un solo Derecho aplicable a la relación. También podrán escoger los usos y costumbres del Derecho Internacional e incluso que se resuelva en equidad. Pero las partes sólo podrán referirse a normas sustantivas no a normas de conflicto. Paradójicamente se contempla que si las partes no han escogido las normas aplicables el tribunal las determinará acudiendo a las normas de conflicto que considere aplicables. Lo que limita la libertad del tribunal imponiéndole la utilización del método de atribución, aunque las partes podrán facultarle para escoger las normas sustantivas aplicables.

La aplicación de los usos y costumbres del comercio internacional no puede dar lugar sin embargo a un laudo arbitral desconectado de todo Derecho nacional porque la Ley Modelo toma como fundamento de su configuración del arbitraje internacional la existencia de un vínculo entre el procedimiento arbitral y una ley nacional que otorgue cobertura al acuerdo arbitral y al laudo. Lo que imposibilita una sentencia «flotante» o apátrida.

En consecuencia el laudo arbitral no tendrá de modo automático fuerza obligatoria y necesitará el «exequator» estatal para ser ejecutado.

La Ley Modelo por tanto se aparta claramente de la tendencia que acabamos de observar en los mecanismos anteriormente expuestos, lo que ha sido ampliamente criticado como un retroceso que no tiene en cuenta la singularidad de las controversias sobre inversiones⁶³.

Probablemente porque la Ley Modelo de la UNCITRAL nace en una institución no ligada al sistema financiero de Naciones Unidas (como el Banco Mundial) escapa de los planteamientos de los países industrializados y de las ETN, que han conseguido imponer sus puntos de vista en los instrumentos anteriores.

A.4. El Convenio de Lomé IV entre los países ACP y la CEE.

En el modelo de los acuerdos entre países ACP -Africa, Caribe y Pacífico- y la CEE, que tienen por objeto la cooperación al desarrollo de la comunidad con estos países, se ha

61 Vide FERNANDEZ-PACHECO MARTINEZ. «Ley Modelo Sobre Arbitraje Comercial Internacional». EN: *Actualidad Civil*, n° 21, semana 22-29 de mayo de 1980, pp. 1273-1300; FOUCHARD, Philippe. «Le règlement d'arbitrage CNUDCI». EN: *Journal de Droit International* (Clunet), París, 1979, n° 4; pp. 816-845. Para un estudio pormenorizado y reciente Vide BROCHES. *Commentary on the UNCITRAL, model law on international commercial arbitration*, Deventer, 1990.

62 LALIVE, Pierre. «Codification et arbitrage international». EN: *Etudes offertes á Bertold Goldman. Le droit des relations économiques internationale*. Librairies Technique, París, 1982, p. 163.

63 FOUCHARD. *Ob. Cit.*, p. 825; LALIVE, *Codification...*, *Ob. Cit.*, p. 164.

procedido a una evolución sustancial en materia de inversiones originarias de la Comunidad a los países ACP, tanto en lo que se refiere a su tratamiento como al establecimiento de un mecanismo de protección ⁶⁴.

Si en materia de trato de inversiones el II Convenio de Lomé (1979) introducía una disposición general relativa al trato no discriminatorio de las inversiones -en términos imprecisos y sin eficacia salvo pacto entre un Estado CEE y un país ACP que la establezca expresamente-, el Convenio de Lomé III (1984) -firmado tras la crisis económica de los años 70, que redujo las ayudas públicas de los Estados industrializados al Tercer Mundo y tras la crisis financiera de los países subdesarrollados a comienzos de los 80 y el abandono por éstos de la reivindicación del Nuevo Orden Económico Internacional- ya incorporaba una intención de ampliar el alcance del principio de no discriminación.

La Convención de Lomé IV (1989), en un último paso evolutivo, incorpora inequívocamente el compromiso del «trato justo y equitativo» a los inversionistas comunitarios.

En materia de protección de inversiones este último Convenio establece el régimen de nación más favorecida de los países ACP a los comunitarios, lo que conlleva extender a éstos a todo beneficio que un país ACP conceda a los inversionistas de cualquier Estado en un Convenio. Pero, lo que es más importante, implanta un instrumento para la resolución mediante la conciliación o el arbitraje de controversias relativas a los contratos de obras, suministros y servicios financieros por el Fondo Europeo de Desarrollo ⁶⁵.

Su ámbito de aplicación se circunscribe a los litigios que tengan su origen en los distintos tipos de contratos financiados por el FED. Por tanto, las partes en litigio serán un Estado ACP y un licitador de un Estado comunitario.

El tribunal arbitral aplicará al litigio el Derecho del Estado ACP, salvo que en el contrato se precise la aplicación de otro Derecho. No obstante el contrato establecido entre las partes será el medio que utilice el tribunal para resolver la disputa mientras no vulnere el Derecho aplicable. El tribunal podrá tomar en cuenta los usos del comercio internacional pero sólo complementariamente. Si el Derecho aplicable no regula alguna cuestión el tribunal arbitral podrá acudir a sus normas de conflicto. En todo caso, si las partes lo acuerdan se podrá resolver en equidad. En ningún caso cabrá la posibilidad de una sentencia «flotante».

El laudo arbitral tendrá por el contrario fuerza obligatoria y será un título de ejecución en los Estados ACP y en los de la CEE como si fuera una sentencia interna. La jurisdicción de los Estados ACP queda por tanto eludida, sin poder comprobar el modo de aplicación de su Derecho.

64 Vide MAGANZA, Giorgio. «La convention de Lomé». EN: *Le Droit de la Communauté Economique Européenne*, vol. 13. Bruselas, 1980. En él aparece el texto de la IV Convención de Lomé.

65 Decisión del Consejo de Ministros ACP-CE de 29 de marzo de 1990. DOCE, Diario oficial de las Comunidades Europeas, 21 de diciembre de 1990, que aprueba el procedimiento de conciliación y arbitraje previsto en el Convenio.

A.5. El Convenio de Arbitraje de la CEE destinado a evitar la doble imposición

La doble imposición fiscal de una misma actividad económica transfronteriza, derivada del juego de los 12 sistemas fiscales de los Estados comunitarios, y de su inadaptación, y que origina una diferencia de trato entre los inversores que operan en actividades transfronterizas y los que lo hacen en su territorio, en perjuicio de los primeros, aparece como un obstáculo en la libertad de circulación en la CEE y por ende a la realización del mercado interior. Por ello la Comisión en su Libro Blanco sobre el mercado interior planteó tres medidas para la supresión de la doble imposición, una de ellas establecía un mecanismo de arbitraje para exigir a los Estados adoptar acuerdos en ese sentido. El 23 de julio de 1990 los representantes de los doce Estados firmaron el «Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios entre empresas asociadas» que establece el procedimiento de arbitraje ⁶⁶. Pertenece a la categoría de convenios complementarios del art. 220 TCEE y lo que se persigue al suprimir la doble imposición es conceder a las empresas que realizan actividades transfronterizas en la Comunidad un trato fiscal no menos favorable al que reciben las empresas que actúan en un solo Estado.

El Convenio será de aplicación cuando determinados beneficios se computen dos veces a efectos fiscales, al incluirse en los beneficios de dos empresas de Estados miembros diferentes. Parte de la consideración de «empresa de un Estado miembro» de aquel Estado donde tenga el establecimiento permanente (aunque pertenezca a una empresa de otro Estado contratante), para en virtud del criterio de control por otra empresa de un Estado comunitario aplicarle un régimen especial de atribución de beneficios. Solamente se podrán beneficiar las empresas agrupadas que tengan establecimientos permanentes en Estados diferentes de la Comunidad.

El Convenio establece determinados principios que van a actuar como Derecho aplicable por el tribunal arbitral. La instancia se inicia por la empresa que considera que se han violado los «principios de aplicación del Convenio». El mecanismo no podrá utilizarse si la empresa ha acudido a los tribunales del Estado correspondiente y existe sentencia firme incontrovertida o si ha recibido una sanción por infracción de las normas fiscales de ese Estado. Ello significa que ni la competencia de los Derechos internos de los Estados ni su jurisdicción son irrelevantes.

El dictamen de la Comisión arbitral será la base para la adopción por las autoridades partes del procedimiento de una decisión. Será imperativo para las partes salvo que lleguen a un acuerdo que conduzca al objetivo perseguido. No será controlable por la jurisdicción de los Estados implicados ni por el TJCE hasta que se establezca un Protocolo de atribución de competencia judicial.

66 Vide Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) n° L.225 de 20 de agosto de 1990, «Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de las empresas asociadas» (90/436/CEE); y también «Derecho fiscal y cooperación transfronteriza entre empresas». EN: **Documentos Europeos**, n° 1-2/91. Comisión de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, enero de 1991; Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre «Realización del Mercado Interior: un espacio sin fronteras interiores», COM(90) 552 final, Bruselas 17 de diciembre de 1990.

B. El Arbitraje No Codificado

Como hemos señalando el arbitraje no codificado «es la respuesta de los operadores económicos privados» a las consecuencias de la doctrina de la «Barcelona»⁶⁷.

El poder de las grandes corporaciones multinacionales adquiere tales magnitudes que logran hacer efectivos sus criterios en las negociaciones con los países subdesarrollados para la conclusión de los contratos relativos a las inversiones que hayan podido proyectar⁶⁸. La capacidad de los países del Tercer Mundo para negociar en condiciones de igualdad está claramente disminuida por las crisis económica y financiera de los dos últimos decenios y se observa su mayor precariedad cuando se examinan comparativamente magnitudes que miden el peso relativo de Estados y ETN -como el PIB de los primeros y el volumen de ventas de las últimas- en la economía mundial, pues el poder económico de tales empresas sobrepasa «al de casi la totalidad de países de la periferia del sistema»⁶⁹. No es de extrañar por tanto que cuando una gran corporación se siente a negociar con un país subdesarrollado haga valer sus condiciones.

Así los nuevos contratos de inversión entre ETN y Estados en vías de desarrollo eluden o limitan la eficacia del Derecho estatal y mediante el arbitraje evitan a las jurisdicciones nacionales⁷⁰.

El arbitraje no codificado, como fenómeno en expansión aparece relacionado con la configuración del espacio transnacional. Espacio que se determina por un orden jurídico diferenciado de los Derecho estatales y del Derecho Internacional, y que pone en juego la subjetividad jurídica de los grandes operadores económicos como actores principales de la nueva economía mundial⁷¹.

La existencia en el ámbito de uno de diversos órdenes transnacionales aparece como una cuestión no pacífica en la doctrina del Derecho Internacional Privado; y frente a quien habla del Derecho transnacional como un «tercer Derecho» hay quien sostiene que existen pluralidad de órdenes transnacionales⁷².

Así el orden jurídico internacional en su sentido clásico y los derechos estatales se ven desplazados por un orden jurídico transnacional en la articulación de los intereses privados⁷³. El fenómeno de la «deslocalización» aparece con toda claridad en el arbitraje

67 ARNAIZ ADRIAN. *Ob. Cit.*

68 Vide BENCHIKH. *Ob. Cit.* p. 135.

69 Vide VIDAL VILLA, José María. *Hacia una economía mundial. Norte/Sur: frente a frente.* Plaza & Janés-Cambio 16. Barcelona, 1990, pp. 198 y ss.

70 Vide BENCHIKH. *Ob. Cit.*, p. 206.

71 Vide RIGAUX François, *Droit public et Droit Privé dans les relations internationales.* París, 1977; y *Les situations juridiques...*, *Ob. Cit.*, pp. 243 y 256; MOHAMMED ABDELWAHAB Bekheki, «Droit International et investissement international: quelques reflexions sur des développements recents». EN: *Mélanges Michel Virally*, París, 1991, p. 110.

72 Vide RIGAUX. *Les situations Juridiques...*, *Ob. Cit.*, pp. 256 y 257; VIRALLY, Michel. «Un tiers droit? Réflexions théoriques». EN: *Etudes offerts à Bertold Goldman. Le droit des relations économiques internationales*, pp. 373-385.

73 Vide RIGAUX, François: «Soberaineté des Etats et arbitrage transnational». EN: *Etudes offerts à Bertold Goldman. Le droit des relations économiques internationales.* París, 1982.

transnacional permitiendo la aparición de sentencias «flotantes» o apátridas y de contratos sin ley estatal ⁷⁴.

Con respecto a la coercibilidad de las sentencias arbitrales «flotantes» se ha señalado que los sujetos del espacio transnacional poseen medios de coacción distintos a la física, que les permiten ejercer una presión suficiente para que las sentencias se ejecuten sin intervención estatal. Esa coercibilidad autónoma apoyaría la hipótesis de la existencia de ese orden u órdenes jurídicos autónomos ⁷⁵.

Los Acuerdos de Argel de 19 de enero de 1981 entre EE.UU. e Irán se integran en esta corriente de desjudicialización de las controversias sobre inversiones, sustrayendo un conflicto interestatal tanto a la competencia del TIJ como de las jurisdicciones estatales, poniendo en primer lugar los grandes intereses privados implicados.

B.1. El Tribunal arbitral del contencioso Irano-Estadounidense establecido por los Acuerdos de Argel de 1981.

Los acuerdos de Argel de 19 de enero de 1981 que tuvieron por objeto resolver el conflicto irano-estadounidense, constituyen un instrumento excepcional.⁷⁶

El contexto de los Acuerdos era particular por el cautiverio que sufrían diplomáticos y ciudadanos norteamericanos en la embajada de su país en Teherán, que había sido tomada por los estudiantes islámicos el 4 de noviembre de 1979. Tras varias vicisitudes los EE.UU. bloquearon todas las cuentas oficiales iraníes en su territorio o fuera de él, pero en posesión de personas bajo su jurisdicción. De forma paralela el gobierno norteamericano presentó una demanda ante el TIJ el 29 de noviembre de 1979 que condenaría a Irán y una iniciativa ante el Consejo de Seguridad de la ONU que aprobó una resolución pidiendo la liberación de los rehenes. El 24 de abril de 1980 los EE.UU. emprendieron una acción militar que pretendía liberar a los rehenes y al fracasar dejó al gobierno norteamericano sin más vía de actuación.

Una declaración iraní en noviembre de 1980 estableciendo condiciones para liberar a los rehenes puso las bases para una negociación con el gobierno argelino como intermediario. La negociación fue siempre indirecta, y tras la aprobación del Parlamento iraní el 19 de enero, se aceptó por EE.UU. e Irán el texto definitivo que publicó el gobierno argelino sin la existencia de la firma común en el documento; lo que muestra una singularidad formal, extraña a los modos habituales de rubricar acuerdos internacionales.

74 *Ibid*, p. 274.

75 *Ibid*, pp. 273 y 274.

76 Vide AUDIT, Bernard: «Les «Acords» d'Alger du 19 janvier 1981 tendant au règlement des différends entre les Etats-Unis et l'Iran». EN: *Journal du Droit International*. (Clunet), Paris, 1981, n° 4, pp. 713-775; *Idem*. «Le Tribunal des Différends Irano-Américains (1981-1984)». EN: *Journal du Droit International* (Clunet), Paris, 1985, n° 4, pp. 791-863; LEURENT, Bruno. «Problèmes soulevés par les demandes américaines». EN: *Revue Critique de Droit International Privé*, Paris, 1985, pp. 273-503; SEIDLL-HOHENVELDERN, Ignaz: «Le règlement du contentieux irano-américain par les accords d'Alger du 19 janvier 1981». EN: *Etudes offerts à Bertold Goldman. Le droit...*, Ob. Cit., pp. 343-359.

En el texto se prevenía la constitución de un tribunal arbitral con competencias específicas para la resolución de litigios sobre algunas de las diferencias que aparecían en el asunto. El número de demandas presentadas inicialmente ascendían a 3850, lo que da muestras de la amplitud de los acuerdos y del entramado de vínculos entre la economía del Irán imperial y los EE.UU.

Para resolver las cuestiones de procedimiento el Tribunal debía acudir al Reglamento de arbitraje de 1976 de la UNCITRAL.

El art. II de la Declaración anexa establece que el Tribunal se constituye para resolver sobre demandas de nacionales norteamericanos contra Irán y de nacionales iraníes contra los EE.UU. La nacionalidad de las personas jurídicas demandantes se prevé que se determine según los criterios de constitución en uno de los Estados o propiedad directa o indirecta por nacionales del 50% al menos del capital social, estableciéndose diversas presunciones al respecto. Ello exigía así un criterio de efectividad de la nacionalidad de la sociedad. Además se incorporaba el criterio de control. Estas disposiciones en materia de nacionalidad de sociedades han resultado muy favorables a los intereses norteamericanos, pues por la propia estructura económica iraní carecía de sociedades privadas equiparables a las norteamericanas.

La competencia del Tribunal se extendía a aquellas demandas nacidas de litigios de carácter comercial y de los derivados de las expropiaciones del régimen revolucionario. Quedaron excluidas las demandas sobre contratos que tuviesen cláusulas de atribución de la competencia a la jurisdicción iraní siempre que se tratase de un compromiso expreso de jurisdicción obligatoria y exclusiva.

La norma que determinaba el Derecho aplicable a las controversias no contemplaba la resolución mediante la amigable composición, aunque la práctica del Tribunal parece haberse guiado más por este principio que por otro. Se recogen expresamente tres tipos de normas aplicables: normas de conflicto, principios del derecho comercial y Principios de Derecho Internacional; normas que no se colocan en el mismo plano, puesto que priman los principios de Derecho Internacional. El Tribunal ha actuado con extrema libertad en la elección de las normas del catálogo de forma distributiva. No obstante, en la mayoría de los casos el Tribunal se aparta intencionalmente de buscar el Derecho aplicable y busca, a la manera de la sentencia del TIJ en el asunto de la «Barcelona», la aplicación de un «Derecho común universal» desconectando la cuestión de un Derecho estatal concreto. En conclusión, el Tribunal escasamente ha aplicado el Derecho interno iraní prefiriendo acudir a otro tipo de normas y eludiendo así el principio de soberanía.

Las decisiones del Tribunal tienen fuerza obligatoria sin poder ser objeto de recurso. La ejecución habitual, no obstante, se ha hecho mediante un método cautelares, al haber establecido los acuerdos un fondo con parte de los haberes iraníes bloqueados por los EE.UU., con los que se han pagado las sumas a las que se condenaba a Irán. Así pues, también la jurisdicción iraní fue sorteada en la mayor parte de los casos por el procedimiento arbitral.

¿UNA REVISIÓN DE LA DOCTRINA DE LA «BARCELONA TRACTION»? LA SENTENCIA DEL TIJ EN EL ASUNTO «ELETTRONICA SICULA, SPA»

Veinte años después de la sentencia de la «Barcelona Traction», el 20 de julio de 1989, el TIJ volvía a dictar una resolución en materia de protección diplomática de los accionistas de una sociedad de capital extranjero ⁷⁷.

Con una Cámara «ad hoc» formada por jueces de países desarrollados, salvo su presidente -el juez Ruda, presidente del TIJ- la sentencia de la «Electronica Sicula Spa» (ELSI) elude abiertamente entrar en la rigurosa racionalidad de la sentencia de la «Barcelona Traction», dejándose arrastrar más por la fuerza de las prácticas recientes de los tribunales arbitrales en el marco de acuerdo sobre inversiones entre Estados, y entre éstos y operadores económicos internacionales, (y de la pura intencionalidad) que por el Derecho asentado en la materia por la sentencia de 5 de febrero de 1970 y los elementos jurídicos presentes. Pareciera como si en un juego de vaivén los veinte años de desarrollo de los convenios sobre inversiones y de la práctica arbitral impulsado por la sentencia de la «Barcelona» se volvieran sobre el órgano internacional que la dictó para hacerle cambiar las normas que estableciera en la materia.

La ELSI, una sociedad por acciones de nacionalidad italiana y controlada al cien por cien por la sociedad matriz Raytheon MC (99'16%) y por su filial Machlett L., ambas norteamericanas, fue requisada por el alcalde de Palermo, para evitar conflictos sociales, cuando decidió hacer una liquidación regular a causa de su mala situación económica. La fábrica fue ocupada por los obreros y al no poder hacer frente a sus deudas solicitó su quiebra.

Una empresa pública italiana adquirió a bajo precio la sociedad tras varias subastas infructuosas, y el prefecto de Palermo terminaría por anular la ordenanza de requisición del alcalde.

Estados Unidos, tras ejercer acciones diplomáticas ante Italia, presenta una demanda contra este país el 6 de febrero de 1987 ante el TIJ por haber violado el «Tratado de amistad, comercio y navegación entre los Estados Unidos y la República Italiana» de 1948.

Pues bien, el Tratado de 1948 no establece ninguna norma que otorgue a los accionistas la protección directa por su Estado nacional cuando los daños sean causados a la sociedad, y sin embargo el Tribunal, eludiendo deliberadamente la regla general fijada por el TIJ en 1970 que distingue los derechos de la sociedad de los derechos de los accionistas -reiteradamente invocada por Italia-, acepta que se hayan agotado los recursos internos del Estado italiano cuando los accionistas de la ELSI no recurrieron ante sus jueces y tribunales -sino la propia sociedad- y cuando la jurisdicción italiana no pudo resolver sobre si se había violado o no un derecho de aquellos accionistas; considera que el Estado italiano ha

77 *Electronica Sicula Spa (ELSI), Etats-Unis d'Amérique v. Italie, arrêt du 20 juillet 1989: C.I.J. Rec., 1989, p. 15.* Para su estudio se han seguido los trabajos de: JEANCOLAS, Chaterine. «L'arrêt Electronica Sicula Spa (ELSI) du 20 juillet 1989". EN: *R.G.D.I.P.* 1990, pp. 701-740; STERN, Brigitte. «La protection diplomatique des investissements internationaux. De Barcelona Traction à Electronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse». EN: *Journal de Droit International (Clunet)*, París, 1990, tomo 117, n° 4, pp. 897-945.

atentado contra el derecho de controlar y administrar la sociedad por parte de los accionistas, cuando no se ha lesionado ningún derecho propio de los mismos -como el derecho a participar en las Juntas Generales o el derecho a designar administrador-; levanta el velo social para atribuir los bienes de la ELSI a sus accionistas sin motivarlo jurídicamente; asimila derechos e intereses sin suficiente fundamentación al entrar en un supuesto hipotético que no debe resolver; confunde en fin a accionistas y sociedad y en ningún momento alude a la regla general de la sentencia de la «Barcelona Traction» ni a las excepciones por ella contempladas. Más bien parece que la Cámara encargada de resolver ha querido establecer nuevos principios en la materia ⁷⁸ -olvidándose, como si se tratase de una pesadilla, de la doctrina de la «Barcelona»- acogiendo posiblemente a dos fundamentaciones expresamente rechazadas en aquélla: la de considerar accionistas y sociedad como una «unidad de destino» y la de considerar «recursos nacionales» del Estado de los accionistas a los bienes de la sociedad.

Y no es que la sentencia de la «Barcelona» no pueda ser cuestionada sino que las consideraciones de la sentencia se deslizan por el terreno del análisis subjetivo -cuando no de confusiones calculadas y de imprecisiones jurídicas- sin demostrar que desmonta argumentalmente la sutil elaboración de la sentencia de 5 de febrero de 1970. Antes al contrario la Cámara «ad hoc» huye deliberadamente de enfrentarse a la doctrina de la «Barcelona».

El caso fue paradójicamente resuelto exculpando a Italia del pago de indemnizaciones, porque cuando se produjo la requisición la ELSI era insolvente, aunque en los argumentos jurídicos se asume la posición del demandante entendiendo que ha habido violación de derechos. Podía sin embargo haberse resuelto el litigio en el marco de la doctrina de la «Barcelona Traction», considerando que la sociedad había desaparecido en el Derecho y no podía defenderse por ella misma, por lo que quedaban habilitados sus accionistas y el Estado de éstos; o que, dado que había sido el propio Estado nacional de la sociedad el que había producido el daño, estaría legitimado para protegerla el Estado de los accionistas.

Nada de eso se argumentó. Podía incluso haberse cuestionado el mantenimiento de la regla general, como ha hecho acaso no sin razón el prof. Sacerdoti, entendiendo que el levantamiento del velo en los Derechos internos no es tan excepcional como sostenía el TIJ en 1970 ⁷⁹ pero la Cámara ha preferido una sentencia «pragmática» quizás, frente al supuesto «conceptualismo» de la de 1970 ⁸⁰. Pero olvida que el accionista mayoritario, Raytheon, no había adquirido el cien por cien de las acciones de la ELSI en solitario porque el Derecho italiano hubiese levantado el velo de la sociedad responsabilizándolo de sus deudas. Al quedarse en el 99'16% la «ficción jurídica» de la sociedad le protegía de ello. Este hecho sin embargo, a resultas de la argumentación de la Cámara, no evitaba «a contrario» el levantamiento del velo en su beneficio, lo que parece claramente contrario a la equidad, pero demuestra que una determinada construcción jurídica no es necesariamente fruto del puro «conceptualismo jurídico» sino también un modo de articular derechos y obligaciones e intereses en juego, y que la aplicación de un método «pragmático» puede llevar a romper el frágil equilibrio sobre el que se sustenta.

78 STERN. *Op. Cit.*, p. 931.

79 Vide SACERDOTI. *Barcelona Traction Revisited...*, *Ob. Cit.*, p. 706.

80 Vide JEANCOLAS. *Op. Cit.*, p. 740.

No parece que la sentencia de 20 de julio de 1989 invalide sin más la doctrina de la sentencia de 5 de febrero de 1970, pues como se ha señalado, no ha sentado un «gran principio general» que sustituya en la materia al principio de 1970⁸¹.

CONCLUSIONES

En conclusión la sentencia de la «Barcelona Traction» significa el abandono de la protección como instrumento de tutela de los intereses de los accionistas extranjeros y de la inversión extranjera en general, y su sustitución por el arbitraje, que aparece como el medio idóneo para la protección de los intereses de las empresas multinacionales y de los Estados exportadores de capital.

El abandono de la protección diplomática pone en evidencia las limitaciones del Derecho Internacional para proteger los intereses privados, siendo un medio insuficiente para satisfacer las necesidades de seguridad de las ETN.

La configuración del principio de tratamiento nacional, que no ha podido establecerse en el código de Naciones Unidas sobre las ETN se integra en los códigos de inversiones como vía por la cual colmar la laguna y satisfacer los intereses de los inversionistas y sus Estados.

El criterio control se proyecta ahora como un criterio relevante en la protección convencional de las sociedades.

El arbitraje codificado es el instrumento que potencian los Estados exportadores de capital mientras el arbitraje trasnacional es utilizado y promovido por las corporaciones multinacionales para colmar la laguna del Derecho Internacional Público. Y ambos permiten soslayar Derecho y jurisdicción de los Estados subdesarrollados.

No puede afirmarse que la doctrina de la «Barcelona Traction» haya sido superada al menos jurisprudencialmente por la sentencia del la ELSI, aunque de la constatación de las modificaciones operadas en las legislaciones mercantiles el levantamiento del velo podría actuar en nuevos supuestos no contemplados por esa doctrina.

En todo caso parece difícil dada la existencia de instrumentos como el MIGA y el ICSID, que pueda volver a plantearse un caso de esta naturaleza ante el TIJ.

81 Vide STERN. Ob. Cit., p. 944.