
Las empresas multinacionales en el Derecho Internacional Público contemporáneo^(*)

Eduardo Dargent Bocanegra

Abogado. Investigador de la Comisión Andina de Juristas.

1 Introducción.

El intercambio comercial es un fenómeno antiguo, el cual se ha dado desde hace siglos en la historia de la humanidad. Desde la segunda mitad del siglo XIX, la presencia de grandes y poderosas empresas, con actividades en múltiples países, ha convertido a éstas en actores esenciales a considerar en las relaciones internacionales. Recientemente se discute sobre la subjetividad que tendrían estas entidades en el derecho internacional. En este artículo se discutirán algunas nociones sobre la naturaleza jurídica de las empresas multinacionales en el Derecho Internacional Público contemporáneo, a partir de la descripción de la forma en que se ha dado la relación entre estas empresas y los países en vías de desarrollo desde, aproximadamente, la década del 50. Centro el análisis en los conflictos entre las partes y las alternativas que se buscaron para solucionarlos, pues considero que de esta problemática se desprende su situación jurídica actual y la que pudiesen tener en el futuro.

Con este objetivo, en primer lugar, haré una exposición de los procesos que rodean el nacimiento de estas empresas. Luego, se señalarán las características que nos permitan determinar qué es una empresa multinacional y se planteará una definición que considero describe en forma adecuada a estas

entidades. Identificado nuestro objeto de estudio, analizaré la forma en que se han relacionado las empresas con los países en vías de desarrollo durante las últimas décadas. Desde la postguerra, aproximadamente, empresas y Estados en vías de desarrollo pretendieron imponer determinados principios en sus relaciones. Por el lado de las empresas, se buscaba que el Estado respete los contratos empresa-Estado pactados, principio del *pacta sunt servanda*, y que acojan “el principio de no discriminación” entre extranjeros y nacionales. Con ello se intenta reducir el riesgo de una expropiación o que se cambien los términos de lo acordado. Por su lado, los Estados del tercer mundo buscaron imponer el principio de “soberanía permanente sobre los recursos naturales”, que les permitiría nacionalizar las inversiones extranjeras en su territorio mediante procedimientos internos y aplicando la ley nacional, incluso modificando los términos de los contratos. Es precisamente de esta relación conflictiva y las previsiones tomadas para superarla que nace la especial subjetividad actual de las empresas multinacionales en el Derecho Internacional Público. Finalmente, analizaré brevemente la situación en que se encuentra la discusión sobre los códigos de conducta planteados para regular la actividad de estas empresas en el ámbito internacional.

(*) El presente artículo tiene como base el trabajo que, con el mismo nombre, obtuvo una mención honrosa en el VI Concurso de Investigación de la Dirección Académica de Investigación de la PUCP. Agradezco a los profesores Elizabeth Salmón y Juan José Ruda por el apoyo brindado para desarrollar la investigación. Asimismo, los valiosos comentarios de Fernando Piórola a la versión final del artículo.

Cabe mencionar que actualmente las relaciones entre las empresas multinacionales y los países desarrollados también constituyen un tema de estudio muy interesante. Es evidente que, poco a poco, el poder de estas empresas llega a competir con los intereses de los Estados-nación más poderosos del planeta, produciéndose situaciones de singular importancia para el futuro de las relaciones internacionales. Sin embargo, este tema escapa a nuestro objeto de estudio y a la perspectiva jurídica que intento darle al artículo, por lo que no será tratado mas que en forma tangencial en la parte final.

2 Antecedentes.

Si bien puede ser aventurado señalar una fecha precisa, se considera que las empresas multinacionales se vuelven actores relevantes de las Relaciones Internacionales a partir de diversos procesos que se inician, o alcanzan relevancia, después de la Segunda Guerra Mundial⁽¹⁾. Aunque desde finales del siglo XIX ya existen antecedentes del fenómeno, es a partir de este momento cuando los conflictos entre ellas y los Estados en vías de desarrollo se vuelven bastante comunes. Los procesos que rodean el inicio de esta problemática son diversos y convergentes, siendo los principales, según Eduardo White⁽²⁾:

a) En primer lugar, el crecimiento del número de miembros de la comunidad internacional como resultado del proceso de descolonización y aplicación del **principio de autodeterminación de los pueblos**. Estos nuevos Estados se convierten en parte de una Comunidad Internacional que, sostiene, tiene determinadas reglas surgidas de una costumbre que ellos no han aceptado obedecer. Ello da lugar a lo que se ha llamado **nacionalismos económicos**. El sentimiento nacionalista anti-colonial de los nuevos Estados se ve exacerbado por las grandes desigualdades económicas y la llamada **dependencia económica** a la que sienten se hallan sujetos. Consideran que gran parte de sus problemas surgen del aprovechamiento del que fueron objeto por parte de los países colonizadores y que, por ello, estos

últimos tienen la responsabilidad de impulsar su desarrollo. A esta situación se añade la bipolaridad del mundo después de la guerra, siendo Washington y Moscú los nuevos centros de poder del orden mundial. Los países de la cortina de hierro denuncian lo que llaman la injusta distribución de rentas del mundo capitalista. En los países del tercer mundo los defensores de esta ideología señalan a las empresas multinacionales como el exponente más claro de esta injusticia. Al respecto, nos dice Antonio Remiro Brotons: “(p)ronto los países en desarrollo exigieron un NOEI (Nuevo Orden Económico Internacional) que permitiera superar una situación que en su opinión, no era fruto de su debilidad congénita o estructural, sino la consecuencia del funcionamiento de un sistema económico concebido para que unos países se hicieran cada vez más ricos a costa de la miseria de otros⁽³⁾”. Esta posición, más allá de su veracidad o no, fue fundamental en las discusiones respecto a las nuevas situaciones a las que se enfrentarían los Estados desarrollados y no desarrollados en sus relaciones. En este trabajo nos interesará, concretamente, la vinculación de este fenómeno con **el principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales** y las expropiaciones a que dio lugar la aplicación de dicho principio, así como los conflictos de nacionalidad para determinar la jurisdicción competente.

b) En segundo lugar, a partir de los años 50, el crecimiento de las empresas multinacionales se vuelve vertiginoso, alcanzando en nuestros días un poder económico impresionante. Causas de ello fueron, entre otras, la liberación de los intercambios y los múltiples tratados comerciales firmados entre los Estados. Al caer las antiguas barreras que limitaban las transacciones comerciales, éstas aumentaron significativamente su volumen. Esencial para ello fueron, también, los adelantos tecnológicos de las empresas de los países desarrollados, especialmente en lo referido a transportes y comunicaciones. Este crecimiento y acumulación de capitales de las empresas multinacionales se ha mantenido, siendo hoy en día actores internacionales que se encuentran, para bien o para mal, en el centro de la teoría de las Relaciones Internacionales dado su

(1) Sobre el origen y evolución de la empresa multinacional puede consultarse: Novak Talavera, Fabián. *La contratación entre Estados y empresas multinacionales*. En: *Agenda Internacional*, No.5 Lima: PUCP, p. 136-143.

(2) WHITE, Eduardo. *Naturaleza Jurídica de las Empresas Multinacionales*. En: *Derecho PUCP*, No. 31, noviembre 1973. p. 200.

(3) REMIRO BROTONS, Antonio y Otros. *Derecho Internacional*. Madrid: Mc.Graw Hill. 1997. p. 1086.

inmenso poder económico. Un ejemplo de su importancia y poder a nivel internacional nos lo da Oswaldo de Rivero en su libro *El Mito del Desarrollo*: “Hoy 38 mil empresas transnacionales y sus subsidiarias efectúan dos tercios del comercio mundial y las 86 empresas más poderosas superan con sus ventas las exportaciones de casi todo los Estados Naciones que forman la actual comunidad internacional. Sólo las 9 potencias más industrializadas, los Estados Unidos, Alemania, Japón, Francia, Reino Unido, Italia, Canadá, Holanda y Bélgica, son capaces de superar con sus exportaciones las ventas de las 10 más poderosas empresas transnacionales, Shell, Exxon, General Motors, Toyota, Ford, Mitsubishi, Mitsui, Nissho Iwai, Sumimoto, Itoch Maruben y Hitachi. (...) El comercio internacional es casi un subproducto de las inversiones, alianzas y acuerdos ente empresas transnacionales. Hoy el 70% del comercio mundial es intra-empresas transnacionales⁽⁴⁾”.

c) Finalmente, menciona White, la formación de nuevos espacios económicos basados en la cooperación e integración entre Estados que buscan unificar y fortalecer sus mercados frente a la competencia internacional. Este sería el caso del proceso de integración europea, por ejemplo. Los Estados que conforman dichos espacios buscarán reglamentar la actividad de estas empresas, así como potenciar las actividades de sus empresas nacionales.

Estos procesos sirven de telón de fondo a las relaciones que se darán entre empresas multinacionales y Estados en vías de desarrollo. Antes de discutir en qué forma se dio esta relación es preciso justificar por qué utilizo el término “empresa multinacional” en este trabajo, las características esenciales de estas empresas y, en consecuencia, plantear una definición adecuada de las mismas.

3 Definición y características de la empresa multinacional.

A estas empresas se les ha llamado de diversas maneras: sociedad transnacional, empresa

transnacional, empresa multinacional, etcétera. Si bien veremos que la discusión en torno a la denominación sí es relevante para analizar a estas entidades, es bastante común utilizar los términos indistintamente.

En primer lugar, opto por la denominación de “empresa” en vez del de “sociedad” pues cuando hablamos de “empresa” estamos refiriéndonos a una entidad que busca una misma actividad o fin económico. En cambio, “sociedad” se refiere a una expresión o forma de organización de las empresas. Es común que las empresas multinacionales tomen la forma de una sociedad comercial, pero ello no siempre es así.

Sin duda el término que más disputas ha generado en la doctrina es el del adjetivo con el que debemos referirnos a estas empresas de actuación mundial. La discusión, principalmente, se ha dado entre aquellos que consideran adecuado el término “transnacional” y aquellos que consideran que “multinacional” describe mejor a las entidades descritas.

Según el profesor Ermida Uriarte, el primer nombre dado a estas entidades⁽⁵⁾ fue el de “multinacional”, aparentemente a raíz de un informe aparecido en *Business Week* del 20 de abril de 1962 que llevaba por título *The Multinational Corporation*. Este término, poco a poco, se fue haciendo popular. Sin embargo, la doctrina de la época fue cuestionándolo y optando por el término “transnacional”. La ONU, por ejemplo, inició sus primeras discusiones sobre estas empresas refiriéndose a ellas como “multinacionales” para luego adoptar el término “transnacional”, tal como puede apreciarse en la Resolución 3202 de la Asamblea General.

Un buen ejemplo de las razones para este cambio de denominación las encontramos en el curso presentado por el profesor peruano Andrés Aramburú en la academia de Derecho Internacional Público en La Haya⁽⁶⁾ en 1976. El profesor señala que el término “multinacional” hace pensar que estas empresas tienen “múltiples nacionalidades”. Ello puede entenderse de dos maneras. La primera se refiere a múltiples inversores de distintas nacionalidades, ya sean Estados

(4) DE RIVERO, Oswaldo. *El Mito del Desarrollo. Los Países Inviabiles en el Siglo XXI*. Lima: Mosca Azul, 1998. pp.57-58. Cabe señalar que el autor menciona 11 empresas y no 10.

(5) ERMIDA URIARTE, Oscar. *Empresas Multinacionales y Derecho Laboral*. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, 1981. p. 40.

(6) ARAMBURÚ MENCHACA, Andrés. *Multinational Firms and the Processes of Regional Economic Integration*. En: R.C.A.D.I. 1976-II. vol.T150. Sijthoff Leyde, 1977. pp. 373-381.

o individuos. La segunda se refiere a que estas nacionalidades serían atribuidas por el hecho de operar en distintos Estados, es decir, las empresas tendrían la nacionalidad de todos los Estados en los que operasen.

El primer caso, según Aramburú ⁽⁷⁾, nos lleva a un error, que es considerar que una persona puede tener más de una nacionalidad efectiva. Niega que las empresas puedan tener más de una nacionalidad, y señala que necesariamente deben estar sujetas a la ley del Estado al que se incorporan. Hablar de múltiples nacionalidades por la participación de socios o capitales de diversos Estados en las empresas puede llevar a reforzar la “Teoría del Control”, según la cual se podrá atribuir a las empresas la nacionalidad de quienes las dirigen y ejercer su protección diplomática internacionalizando el conflicto. Considera que las empresas transnacionales tienen un vínculo determinado con el Estado al que se incorporan ya que han optado por establecerse en él porque saben que gozarán de determinadas ventajas por desarrollar allí sus actividades. Por ello, deben respetar ese vínculo y aceptar su subordinación al derecho interno, pues así como obtienen ventajas deben aceptar posibles desventajas.

La segunda posibilidad, es decir, la de considerar que el término “multinacional” se refiere a la actuación en diversos países, también la considera errada ya que una empresa no se convierte en multinacional por tener operaciones en el extranjero. Seguirá teniendo una sola nacionalidad. Señala que el mejor término es “transnacional” en cuanto permite entender que se trata de una empresa, con una única nacionalidad determinada, que desarrolla sus actividades en distintos países.

Vemos pues que, esencialmente, la posición del profesor Aramburú se basa en que las personas jurídicas, en este caso las empresas multinacionales, deben tener una sola nacionalidad, aunque reconoce la dificultad de adoptar criterios para determinarla. Al hablar de multinacionalidad hacemos pensar en personas jurídicas que gozan de varias nacionalidades

y que podrán invocarlas para que los Estados de las que serían nacionales ejerzan a su favor la protección diplomática. Por ello que los países del tercer mundo y las Naciones Unidas desecharan este término y, al hacerlo, optaron por señalar, indirectamente, que no es válida la posibilidad de que la persona jurídica tenga varias nacionalidades, ya sean las de quienes la dirigen o de los países en que desarrolle actividades. De esta manera se restringen los supuestos de internacionalización del conflicto mediante la protección diplomática.

Por las razones expresadas, el término “transnacional” se ha generalizado en la doctrina. Sin embargo, otras objeciones fueron hechas al término “multinacional”, las cuales han sido recogidas por Tassano en su tesis *La Personalidad de las Empresas Transnacionales*⁽⁸⁾. Este autor considera que el término “multinacional” se presta a confusiones en cuanto se basa en la idea de que las personas jurídicas tienen nacionalidad. Pero, a diferencia de Aramburú, Tassano cuestiona la denominación ya no al considerar que las empresas deben tener una única nacionalidad, sino por la dificultad o imposibilidad de atribuirle una a las personas jurídicas. Según el autor, esta opción de otorgarles nacionalidad a las personas jurídicas nace de la intención de los países exportadores de capital de pretender brindar protección diplomática a las empresas multinacionales⁽⁹⁾. Por ello, opta por el término “transnacional” ya que éste se refiere a que el orden que las regula va más allá de los Estados. Además, el término describe su actuación internacional, es decir, su sujeción a diversos órdenes jurídicos nacionales por su actividad. “Lo sustancial es su actuación por encima de los límites geográficos y políticos de los Estados y esto se asocia con el término Transnacional⁽¹⁰⁾”. Como ya hemos señalado esta denominación es utilizada en su gran mayoría por la doctrina.

Hablar de múltiples nacionalidades por la participación de socios o capitales de diversos Estados en las empresas puede llevar a que se acepte la “Teoría del Control” para ejercer la protección diplomática.

(7) Ibid.; p. 374.

(8) TASSANO VELAOCHAGA, Hebert. *La Personalidad de las Empresas Transnacionales*. Tesis para optar el título de abogado. Pontificia Universidad Católica. 1996. p. 10-29.

(9) Además, señala Tassano, el término “multinacional” parece referirse a que la empresa, para serlo, debe tener múltiples nacionalidades y que ello llevaría a considerar, por ejemplo, que la Coca Cola no sea una multinacional en cuanto es una empresa con una sola nacionalidad: la de los Estados Unidos de América.

(10) TASSANO VELAOCHAGA, Hebert. Op.cit; p.19.

Según esta teoría se podrá atribuir a las personas jurídicas la nacionalidad de quienes las dirigen. Ello permitiría al Estado del que son nacionales los propietarios ejercer la protección diplomática a favor de las empresas multinacionales, resultado que no conviene de ninguna manera a los Estados en vías de desarrollo que tengan intereses contrarios a los de las empresas.

Soy de la opinión que la presente discusión puede ser superada si desvinculamos el término “multinacional” del carácter de plurinacional que estos autores le asignan. Así, si consideramos que “multinacional” se refiere ya no a la nacionalidad de la empresa atribuida por la nacionalidad de sus miembros, procedencia de capital o a su actividad en distintos Estados, sino a que dicha actividad se lleva a cabo en varios Estados **sin que ello signifique asignarle la nacionalidad de estos Estados**, logramos conciliar el término y las objeciones planteadas.

Por otro lado, como señala el profesor Merciai, el término transnacional hace pensar que la empresa tiene un centro de operaciones desde el que se proyecta hacia el mundo. Para él, ello no es cierto en todo los casos, por lo que el término no le parece adecuado⁽¹¹⁾. Merciai supera algunos “fantasmas” asociados con los términos empleados producto de la discusión de los años 70 y en los que profundizaremos más adelante. Este autor no asocia la posibilidad de poder vincular a una empresa multinacional a múltiples órdenes Estatales con que ello pueda ser utilizado para que cada uno de estos Estados ejerza a su favor la protección diplomática. Señala que al nivel de Derecho Internacional se está lejos de aceptar que la “Teoría del Control” pueda ser considerada un vínculo de nacionalidad. Se basa en la sentencia del caso “Barcelona Traction”, la cual analizaremos más adelante cuando tomemos una opción respecto a la nacionalidad de las personas jurídicas. Para Merciai el término, simplemente, evoca que estas empresas en su actuar se ven atadas a múltiples órdenes nacionales en cuanto su acción se lleva a cabo en varios Estados, pero sin que ello les otorgue una múltiple nacionalidad.

Habiendo optado por el término “empresa multinacional”, veamos cuáles son las características de nuestro objeto de estudio. Las características de estas empresas son:

a) Actuación en varios Estados.- El primer rasgo esencial es que la actividades de la empresa debe darse en diversos Estados pues ello es lo que le asigna la característica de multinacionalidad.

b) Relación jerárquica.- Para que podamos hablar de una empresa multinacional esa actuación en diversos Estados debe estar guiada por una cabeza visible. Ello será lo que permita hablar de una actuación subordinada de los componentes de la “empresa multinacional” y de la elaboración de una estrategia común que sobrepase las fronteras.

c) Unidad de conjunto.- Esta subordinación debe llevar a que se actúe en conjunto, es decir, no basta con que exista jerarquía sino que se busque un objetivo común. Esta unidad de conjunto se ve expresada en una unidad de acción que tiene dos expresiones: (i) La primera sería el hacer uso de recursos comunes y, (ii) la segunda el tener una estrategia coordinada.

Además de los criterios antes mencionados, debemos tener en cuenta el tamaño de la empresa. Si bien consideramos que el tamaño no es un elemento que permita hablar de la multinacionalidad o no de una empresa, el empleo de este término en el presente trabajo estará limitado a empresas de cierto tamaño e importancia.

Criterios que creo se deben rechazar son los que asocian el origen del capital o la búsqueda de ganancias con las “empresas multinacionales”. Durante la guerra fría los países del este de Europa buscaban señalar este criterio en el código de conducta para las “empresas multinacionales” que estaba siendo elaborado por las Naciones Unidas. Obviamente, en cuanto las empresas de estos países señalaban que su fin no eran las ganancias sino uno “social” de acuerdo a su carácter público, estarían excluidas de la regulación y limitaciones de los códigos. Estas empresas del Este eran precisamente la mejor prueba de que ello no es cierto pues, a pesar de su supuesto fin social, actuaron

(11) Merciai considera que no se debe utilizar el término “transnacional” pues “ ‘multinationale’ reflet mieux la multiplicité de rattachements nationaux simultanés que ‘transnationale’ qui laisse entendre que l’entreprise agit non seulement au travers des frontières mais également à partir d’un centre unique, alors que cette dernière condition n’est pas toujours vérifiée”. MERCIAI, Patrizio. Op.cit: p. 37. “multinacional refleja mejor la multiplicidad de vínculos nacionales simultáneos que “transnacional” que deja entender que la empresa no solamente sobrepasa fronteras sino también desde un centro único, cuando esta última condición no siempre se verifica”. (Traducción libre).

en el tercer mundo como cualquier “empresa multinacional”.

Merciai propone la siguiente definición para la “empresa multinacional”, basado en criterios económicos y políticos, que me parece correcta por su amplitud y por incluir las características antes mencionadas: “(t)oda entidad que tiene por vocación producir o comercializar bienes o servicios y que persigue este objetivo con el apoyo de establecimientos situados sobre el territorio de varios Estados, entre los cuales reparte los recursos disponibles para que ejecuten actividades concertadas en el centro del conjunto⁽¹²⁾”. Este es el sentido que le asigno a la “empresa multinacional” en esta investigación. Con estas definiciones veamos ahora cómo han sido las relaciones entre las “empresas multinacionales” y los Estado en vías de desarrollo.

4 Las reivindicaciones de los nuevos Estados a partir de los años 50.

Las relaciones entre los nuevos y viejos Estados después de los procesos de descolonización e independencia no se amoldaban en los criterios que habían regido el Derecho Internacional tradicional. Por un lado, los Estados-nación ven aparecer a las Organizaciones Internacionales y a las unidades supranacionales como nuevos sujetos de Derecho Internacional. Además, nacen decenas de nuevos Estados-nación con sentimientos nacionales exacerbados que buscan un trato justo e igualitario frente a los viejos Estados. Esta nueva situación del Derecho Internacional Público se ve reflejada en las primeras discusiones que se dan entre los nuevos Estados y los países industrializados.

En los años sesenta nace el llamado “Grupo de los 77”⁽¹³⁾, el cual reunía a ese número de países del tercer mundo. Este “sindicato” de Estados pobres se convierte en un estandarte en la negociación de lo que se llamó

“Derecho Internacional del Desarrollo”. Los miembros del grupo señalaron claramente que no buscaban ayuda sino relaciones comerciales equitativas con los países desarrollados; concretamente, que no se fijen los precios de sus principales exportaciones: las materias primas. En la conferencia convocada por las Naciones Unidas en Ginebra sobre Comercio y Desarrollo en 1964, la frase utilizada por el Grupo de los 77 fue: *Trade, not aid*⁽¹⁴⁾.

La doctrina de la Soberanía Permanente de los Estados sobre sus Recursos Naturales es una clara manifestación del nuevo orden buscado por estos Estados. Esta noción se introdujo por primera vez en las Resoluciones 523(VI) y 626(VII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Sin duda es en la relación entre las “empresas multinacionales” y Estados donde se darán los mayores conflictos. Ello debido a que esta doctrina surge, esencialmente, como una forma conveniente para los países en vías de desarrollo de justificar la anulación de acuerdos firmados entre Estados y empresas multinacionales dedicadas a la actividad extractiva (petroleras, empresas mineras, pesqueras, etcétera) ya sea para expropiarlas o para buscar acuerdos más convenientes. Si la soberanía es permanente, entonces, los estados no podrían renunciar a su derecho a nacionalizar. Como veremos, esta noción ha sido central en las relaciones entre Estados en vías de desarrollo y “empresas multinacionales”. En el primer caso, las expropiaciones tienen por objeto utilizar las ganancias de estos recursos en el desarrollo de los países en cuestión⁽¹⁵⁾.

A pesar de que estos Estados consideraban la expropiación como un derecho, son obligados, mediante presiones diplomáticas de los Estados de los que eran nacionales las empresas, a pagar una alta compensación a las empresas expropiadas. Los Estados desarrollados empleaban el supuesto vínculo de nacionalidad de la empresa afectada para ejercer presión diplomática contra el Estado expropiador.

(12) “*Toute entité qui a pour vocation de produire ou de commercialiser des biens ou des services, et qui poursuit ce but avec le concours d'établissements, situés sur le territoire de plusieurs états, entre lesquels elle répartit les ressources disponibles afin qu'ils exécutent les activités concertées à l'échelon de l'ensemble*”. MERCIAI, Patrizio. Op.cit: p. 36.

(13) Si bien se llamó de esta manera por agrupar en un inicio a 77 estados, posteriormente este grupo se incrementó.

(14) Como bien señala REMIRO BROTONS en la obra citada hubiese sido más sensato hablar de “*Trade and Aid*”.

(15) Oscar SCHACHTER dice al respecto: “*These policies often required altering the long standing resource concessions and contractual arrangements which foreign investors considered acquired rights entitled to protection under international law. During the 1950's, this clash was expressed in resistance to nationalisation measures alleged to be contrary to international law*”. SCHACHTER, Oscar. *International Law in Theory and Practice*. En: R.C.A.D.I. 1982. Vol.V, T. 178. Martinus Nijhoff, 1985. p. 298.

Remiro Brotons señala al respecto que “(e)n el pasado la pretensión de un Estado de hacer efectiva la soberanía sobre las riquezas de su territorio mediante una política de nacionalización se topó con la alegación de los países occidentales, en ejercicio de la protección diplomática de sus nacionales expropiados, de una norma de Derecho Internacional según la cual los extranjeros desposeídos tienen derecho, en todo caso, a una compensación rápida, adecuada y efectiva⁽¹⁶⁾”.

Esto significaba, en la práctica, equiparar a las expropiaciones con un acto ilícito internacional y no al ejercicio de un derecho. Los Estados de los que provenían las empresas buscan asegurar la protección de éstas mediante tratados que reconociesen sus derechos y que deriven la solución de eventuales problemas a las reglas del derecho internacional⁽¹⁷⁾.

Por su número y fuerza en la Asamblea General de Naciones Unidas⁽¹⁸⁾, los Estados en vías de desarrollo presionaron para cambiar la aplicación del Derecho Internacional a los casos de expropiación, señalando como nuevo principio que, en cuanto la Soberanía del Estado era permanente sobre sus recursos naturales, cualquier eventual conflicto con relación a ellos debía ser resuelto, en aplicación de esa soberanía, por el derecho interno del país expropiador. Obviamente, las “empresas multinacionales” no veían en un juez nacional las garantías de imparcialidad para poder sentirse seguros. Mucho menos cuando en muchos de estos Estados el poder judicial era un brazo político del gobierno.

La expresión más clara de este nuevo orden económico internacional es la “Carta de Derechos y Obligaciones Económicas y Sociales de los Estados” aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 12 de diciembre de 1974. Esta declaración tiene el *status* legal de una resolución de la Asamblea General. Fue aprobada por amplia mayoría aunque las 10 abstenciones y 6 votos en contra obviamente eran de países desarrollados. En el artículo 2, párrafo 1 y apartado c, del párrafo 2, se señala que:

(...)poco a poco, el poder de las empresas multinacionales llega a competir con los intereses de los Estados, produciéndose situaciones de singular importancia para el futuro de las relaciones internacionales

“1. Todo Estado tiene y debe ejercer la completa soberanía permanente, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas, incluida su posesión, uso y disposición.

2. Todo Estado tiene el derecho de:

(...)

c) Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes. En cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea el motivo de controversia, esta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra a otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios”.

Es decir, se declara que es lógico ejercicio de la soberanía estatal que sea el derecho interno el aplicable a un caso de expropiación y los tribunales del Estado los competentes para resolver las cuestiones relativas a la misma. Con ello se pretende señalar que se trata de un derecho irrenunciable de los Estados, sin que sea necesario acudir al derecho internacional como derecho aplicable al momento de solucionar un

(16) REMIRO BROTONS. Op. cit.: p. 1095.

(17) “Los primeros esfuerzos para establecer estándares de comportamiento relativos a Empresas Transnacionales estaban relacionados, sobre todo, con la protección de las inversiones extranjeras. Tales esfuerzos continuaron y dieron lugar a multitud de instrumentos internacionales”. MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. *Derecho Internacional Público*. Parte General. Segunda Edición. Valladolid: Trotta, 1995. p.201.

(18) Es importante señalar la creación en 1974 del Centro de Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas, oficina encargada de brindar alternativas de solución a los problemas planteados.

eventual conflicto. Esta posición nos llevaría a asumir que no puede existir un contrato seguro entre Estado y “empresa multinacional” pues siempre estará latente la posibilidad de anularlo o modificarlo legislativamente por parte del Estado.

Sin embargo, no hay que olvidar que esta carta de derechos tiene el carácter de una resolución, es decir, no tiene efectos obligatorios ni carácter de *ius cogens* al tratarse de un acto concertado no vinculante. Además, fue rechazada por la mayoría de países industrializados por lo que no les resultaría aplicable. Tampoco hay que olvidar que la soberanía, como veremos, puede ser voluntariamente limitada. La propia declaración lo reconoce cuando la parte final del párrafo c) deja abierto el camino para el pacto en contrario.

En efecto, debajo de la agresividad de las posiciones señaladas, existe un evidente y necesario interés por parte de los Estados en vías de desarrollo para que las empresas multinacionales inviertan en ellos. Por un lado se ve a las “empresas multinacionales” como un factor importante para el desarrollo, pues sólo a través de su presencia es posible realizar un adecuado intercambio de tecnología. Además, ofrecen trabajo e inversión de capital en actividades que los Estados no estarían en capacidad de realizar.

Esta relación de “concertación/conflicto” entre Estados y empresas variará según los intereses de ambas partes. Las “empresas multinacionales”, como es obvio, van a buscar protegerse frente al peligro de ser nacionalizadas y recibir un pago ridículo a cambio. Veamos las diferentes respuestas que se fueron dando a este conflicto de intereses entre Estados y empresas.

4.1 Una primera respuesta: la protección diplomática.

La tradicional protección diplomática que brinda un Estado a sus nacionales, por lo general personas físicas, puede ser ampliada al caso de las personas jurídicas a fin de brindarles una protección

efectiva frente a los actos de Estados que pudiesen afectarlas. La Nacionalidad de una persona natural es “la relación jurídico-política entre un individuo y el Estado⁽¹⁹⁾”. La discusión en torno a la nacionalidad de las personas jurídicas consiste en determinar si este atributo puede ser extendido a estos entes y, de ser así, en qué supuestos.

Si la respuesta a la pregunta planteada fuera positiva, los Estados podrían brindar protección diplomática a las empresas que resultasen siendo nacionales suyas. Ello permitiría llevar eventuales conflictos al campo del Derecho Internacional donde hay mayor posibilidad de encontrar una solución conveniente para las empresas que en el ámbito interno del Estado en que se desenvuelven, dada la intervención a su favor de su Estado nacional. En cambio, si la respuesta fuese negativa, la eventual resolución de conflictos se daría entre la Empresa y el Estado de acogida sin intervención de otro Estado. Obviamente la primera opción en términos muy amplios fue defendida por los países exportadores de capital y, la segunda, por aquellos que acogen “empresas multinacionales”, quienes no desean que, al ya gran poder de la empresa, se le sume como forma de presión la interferencia de un país desarrollado.

A fin de determinar ésta nacionalidad se dan diferentes criterios basados en otras tantas teorías⁽²⁰⁾. Aquí nos interesa resaltar la “Teoría del Control”. Por ella se atribuye a las personas jurídicas la nacionalidad de quienes realmente las controlan, es decir, de los que ejercen el control efectivo de la empresa. Por ello, fue utilizada durante la Segunda Guerra Mundial como justificación para la expropiación de empresas que eran, o se sospechaba pertenecían, al capital alemán en los países aliados. Obviamente, esta última opción será la más ventajosa para las “empresas multinacionales” pues permitiría que, al momento de presentarse el conflicto, sea el Estado nacional de los socios que la controlan el que asuma su defensa y no,

(19) MÉNDEZ CHANG, Elvira. *La Nacionalidad de las Personas Jurídicas en el Proyecto de Constitución*. En: *Revista del Foro*. Lima, 1993. Año LXXI. No. 1. p. 59.

(20) Además de la Teoría de Control. Hebert Tassano señala las siguientes teorías y criterios de asignar la nacionalidad: según la **Teoría de la Autonomía de la Voluntad**, la persona jurídica tendrá la nacionalidad que deseen quienes la constituyan. Según la **Teoría de la Fundación**, ésta estará determinada por el lugar donde se creó, autorizó o registró la persona jurídica. La **teoría de la nacionalidad** señala que la persona jurídica será nacional del Estado del que sean nacionales la mayoría de sus socios. La **Teoría de la Propiedad del Capital** señala que la nacionalidad estará determinada por el Estado del que provenga la mayoría del capital, siendo en muchos casos muy difícil esta determinación. La **Teoría del Domicilio** señala que la persona jurídica será nacional del país donde esté domiciliada. TAZANO VELAOCHAGA, Hebert. Op.cit.: pp.12-13.

como en otros casos, un Estado nacional que podría ya no tener tanta proximidad con la empresa.

En un sentido estricto debemos entender únicamente que al referirnos a la protección diplomática estamos designando a “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⁽²¹⁾”. De ello se deriva que la protección diplomática será una relación interestatal entre el Estado que presuntamente ha realizado el acto ilícito y el Estado que ha visto violado un derecho subjetivo propio, aunque el daño haya recaído en otra persona. De igual manera, al ser un derecho subjetivo propio, el Estado estará en capacidad de decidir voluntariamente⁽²²⁾ si interviene o no lo hace. Otro punto a considerar es que, de probarse este vínculo nacional, es un requisito indispensable para ejercer la protección diplomática que se hayan agotado los recursos internos del país que supuestamente ha realizado el acto ilícito, condición difícil de cumplir y que puede tomar mucho tiempo.

En el caso de las personas jurídicas, la atribución de nacionalidad se vuelve difícil y complicada dados los criterios mediante la cual ésta debe ser definida. Coincidimos en parte con Méndez Chang cuando dice que “(r)esulta poco consistente el planteamiento que pretende otorgar nacionalidad a la persona jurídica. No se le puede atribuir un vínculo afectivo con el Estado y no puede ejercitar derechos políticos. El motivo principal por el cual un sector de la doctrina intenta sustentar la existencia de nacionalidad en las personas jurídicas -aún sobre la bases que no son unánimemente aceptadas- es la posibilidad del ejercicio de la protección diplomática de tipo económico, propiciando la intervención⁽²³⁾”. Sin embargo, discrepamos con la doctora Méndez en cuanto creemos que la jurisprudencia internacional sí ha acogido la tesis de la nacionalidad de las personas jurídicas y ha señalado algunos criterios claros para atribuir este vínculo.

En efecto, la jurisprudencia internacional sí ha reconocido que las personas jurídicas tienen nacionalidad, por lo que es posible ejercer la protección diplomática a su favor. Lo que ha sido rechazado es la posibilidad de atribuir la nacionalidad sobre la base de la “Teoría del Control”. En el caso “Barcelona Traction” entre Bélgica y España la Corte Internacional de Justicia rechazó la posibilidad de asignar a la nacionalidad de los socios mayoritarios belgas de la empresa Barcelona Traction.

No pretendemos discutir en profundidad esta sentencia, pero sí es relevante para nuestro trabajo señalar que ha sentado un precedente esencial en el tema de la nacionalidad de las personas jurídicas. En primer lugar, la sentencia declara que el vínculo de nacionalidad podrá ser establecido mediante dos criterios posibles reconocidos en el derecho internacional: la nacionalidad bajo la que se constituyó la sociedad o el Estado en cuyo territorio se estableció su sede social. Se deja de lado, entonces, la “Teoría del Control”. Vicente Blanco señala que la sentencia tiene tres consecuencias claras⁽²⁴⁾: (i) se deja de lado la “Teoría de Control”, (ii) se rechaza la tesis que niega la nacionalidad de las Personas Jurídicas y, (iii) se rechaza la existencia de un criterio general sobre el nexo efectivo de nacionalidad al señalar que al presente caso no es asimilable el asunto *Nottebohm*⁽²⁵⁾, pero no se descarta pueda serlo para otros casos.

Lo que queda claro para las personas con intereses en “empresas multinacionales” es que: (i) la atribución de nacionalidad es difícil y difícilmente aplicable a otros supuestos en los que el lugar de constitución o domicilio de la sede social no esté claramente determinado y, (ii) no es posible que quienes ejercen efectivamente el control de la empresa le otorguen la nacionalidad a ésta, por lo que no podrán solicitar la protección diplomática de su Estado nacional. Por el momento en que se dio, no podemos olvidar que esta sentencia se encuentra enmarcada por la discusión en torno a Nuevo Orden Económico Internacional. Al no optar por la “Teoría del Control”,

(21) VICENTE BLANCO, Dámaso Javier. *La Protección de las Inversiones Extranjeras y la Codificación Internacional del Arbitraje*. En: *Agenda Internacional*. Lima, IDEI, Año 1. No. 3. p.114.

(22) Con la salvedad de lo que pueda regular el derecho interno de cada Estado, pudiendo ser esta intervención obligatoria.

(23) MÉNDEZ CHANG, Elvira. Op.cit: p. 60

(24) VICENTE BLANCO, Dámaso Javier. Op. cit.; p. 121.

(25) En este caso la Corte Internacional de Justicia señaló que debía existir un vínculo real entre la persona y el Estado del que es nacional para que la nacionalidad pueda ser opuesta frente a otro Estado.

aplicable a supuestos de guerra que no son los del comercio internacional en situaciones normales, la Corte está dándole la razón a los Estados del tercer mundo que negaban este criterio como justificación para ejercer la protección diplomática⁽²⁶⁾.

La propia sentencia es directa al precisar que en adelante, para garantizar una adecuada protección de las empresas multinacionales, “(...)el único medio posible será el de la realización de acuerdo bilaterales o multilaterales entre los Estados o entre Estados y las Corporaciones inversoras”. Este es el camino que siguieron las empresas multinacionales.

4.2 Respuestas ante los límites de la protección diplomática: los contratos de estado y los acuerdos multilaterales.

Dada las limitaciones de la protección diplomática para garantizar sus intereses, las “empresas multinacionales” optaron por la firma de contratos entre ellas y los Estados, llamados también acuerdos *cuasi-internacionales*, que, en su mayoría, optaban por derivar a un árbitro los posibles conflictos que surgieran entre las partes. Ello permite una relación directa entre empresa y Estado, como veremos más adelante. Asimismo, los Estados exportadores de capital, bajo presión de las propias empresas y en defensa de sus intereses, gestionaron acuerdos bilaterales o multilaterales que garanticen el respeto a estos capitales institucionalizando procesos arbitrales. Con ello se busca evitar que sean los tribunales internos quienes se pronuncien sobre eventuales conflictos, así como asegurar la estabilidad del acuerdo frente a cambios en la legislación nacional.

4.2.1. Contratos de Estado.

En los llamados contratos de Estado tenemos, por un lado, a un Estado, sujeto típico de Derecho Internacional, y por el otro a una “empresa multinacional”. Hace algunas décadas se asimilaba a los contratos de Estado únicamente con los contratos de extracción o aprovechamiento de recursos naturales. En la actualidad encontramos que son de muy diverso tipo⁽²⁷⁾. En esta polémica entre la soberanía y la buena fe que deben tener los estados para cumplir los compromisos asumidos, entre el llamado “principio de la soberanía permanente del Estado sobre sus recursos naturales” y un principio general del derecho como “*el pacta sunt servanda*”, se situará la discusión en torno a la efectividad y límites de los contratos de Estado.

Los contratos de Estado, por lo general, contienen una cláusula arbitral, que señala quién resolverá un eventual conflicto entre las partes, y cláusulas estabilizadoras, que obligan al Estado a no modificar en el futuro los términos contractuales por medio de cambios legislativos. Con estas cláusulas se busca evitar todo cambio malicioso en la aplicación del contrato por parte del Estado o poder oponerse a una futura nacionalización. Asimismo, generalmente se señala en el contrato el derecho a ser aplicado por los árbitros al resolver una disputa, o se les otorga la facultad de decidirlo. El Estado podrá, entonces, pactar con la empresa la ley que le parezca conveniente para resolver discrepancias relativas al contrato. Vemos pues que de esta forma es el propio Estado el que limita voluntariamente su soberanía⁽²⁸⁾. El árbitro deberá evaluar si en el contrato se observa la voluntad del Estado de someter el contrato a un régimen de Derecho

(26) “El hecho que en el asunto Barcelona Traction se encuentre implicado como reclamado un Estado occidental no varía en absoluto la cuestión. La misma técnica de 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(...). Por ello 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 Económico Internacional y dando cabida matizadamente a la voz y los intereses de los países subdesarrollados”. VICENTE BLANCO, Dámaso Javier. Op.cit.; p. 122.

(27) En palabras de Brownlie: “*Governments make contracts of various kinds with aliens or legal persons of foreign nationality: loan agreements (including the issue of state bonds), contracts for supplies and services, contracts of employment, agreements for operation of industrial and other patent right under license, agreements for the construction and operation of transport or telephone systems, agreements conferring the sole right, or some defined right, to exploit natural resource on payment of royalties, and exploration and production sharing agreements. Agreements involving resource exploitation are sometimes described as “concession agreements”, but there is no firm reason for regarding “concession agreements” as a term of art or, assuming they can form a defined category, as being significantly different from other state contracts*” BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Cuarta Edición. Clarendon Press. Oxford University Press: Oxford, 1990. p. 547.

(28) Así lo señala Merciai: “(...) un nombre croissant d'ordres juridiques reconnaît désormais, en dépit de certaines réticences nationalistes, la liberté des parties de choisir le droit applicable à leurs relations, en le puisant au besoin dans plusieurs ordres juridiques. (...) Mais pour “delocaliser” le contrat, c'est-à-dire écarter toute application du droit de l'État partie, une clause expresse reste nécessaire”. MERCIAI, Patrizio. Op.cit.; p. 208.

Internacional sustrayéndolo del orden nacional. En caso de duda se asumirá aplicable el derecho interno pues las restricciones a la soberanía no se presumen⁽²⁹⁾.

Por el lado del Estado también existen cláusulas que buscan protegerlo. Una de ellas podría ser una cláusula que justifique la expropiación por razones de interés público, del mismo modo que se hace en los contratos administrativos de concesión de conformidad al derecho administrativo interno. Queda en manos de los árbitros la discusión en torno a si esas razones eran válidas y si la reparación fue adecuada. Asimismo, otra cláusula que nace en nuestro continente son las llamadas “cláusulas Calvo”, en referencia a la Doctrina Calvo, por medio de las cuáles la “empresa multinacional” se compromete a no solicitar la protección diplomática de su Estado y someter cualquier disputa a la jurisdicción interna del Estado contratante.

Como he señalado, se discute actualmente qué tipo de subjetividad tienen las empresas multinacionales. Según el planteamiento de Barberis⁽³⁰⁾, si un sujeto tiene obligaciones o derechos por los que pueden imponérsele deberes en el orden internacional y no actúa en calidad de órgano de un sujeto internacional, entonces es poseedor de subjetividad internacional.

En este caso, las “empresas multinacionales” pueden reclamar ante árbitros por el incumplimiento de obligaciones por parte del Estado o pueden ser obligadas a responder por su propio incumplimiento. Este derecho nace de los contratos de Estado que así lo señalen o de convenios multilaterales de arreglo de controversias que veremos posteriormente. Por ello podemos concluir que sí gozan de cierta subjetividad internacional. Pero, ¿ello las hace sujetos plenos de derecho internacional? Obviamente no. Aquí no discutimos su poder real ni su relevancia en el ámbito internacional como actores en las relaciones internacionales contemporáneas. Tampoco

la futura conveniencia de reconocerles una mayor subjetividad internacional. Simplemente señalamos que su situación actual es limitada por las propias capacidades atribuidas por los Estados. Es decir, su subjetividad internacional es delegada y limitada ante el Estado con el cual firmaron el contrato. Esta es la posición, entre otros, de Carrillo Salcedo⁽³¹⁾, Merciai⁽³²⁾ y Quoc Dinh⁽³³⁾.

En la sentencia Texaco-Calasiatic de 1977, por ejemplo, el laudo arbitral señaló que se debía aplicar el Derecho Internacional para resolver el caso, por lo que hay que reconocer una subjetividad internacional específica y limitada a la parte privada del contrato. “Un acto de nacionalización es ilícito, en opinión del árbitro, cuando choca con una cláusula estabilizadora o de intangibilidad inserta en un contrato internacionalizado, sin que ello contradiga la soberanía permanente del Estado sobre sus recursos porque éste no aliena (y menos permanentemente) su soberanía, sino que se circunscribe a restringir parcialmente y por tiempo prefijado su ejercicio⁽³⁴⁾”. Este fallo otorga un alto grado de intangibilidad a los contratos de Estado, es decir, a las cláusulas estabilizadoras. Y, obviamente, parece declarar que el principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales, entendido como derecho a nacionalizar, no constituye un principio general del derecho internacional público. Las decisiones arbitrales internacionales han seguido esta interpretación en su gran mayoría y exigido el respeto de las cláusulas estabilizadoras.

Otra posición señala que sí es un principio, pero que puede estar sujeto a limitaciones. En ese sentido, los Estados podrían limitar su soberanía para ceder el uso de sus recursos naturales, pero sin desnaturalizar este principio. Por ello, para un sector de la doctrina las cláusulas de estabilidad no podrían contener

(29) QUOC DINH, Nguyen y otros. Op.cit.: p. 680

(30) BARBERIS, Julio. *Los Sujetos de Derecho Internacional*. Madrid: Tecnos, 1984. pp.160-193.

(31) “Sin embargo, no hay que desorbitar el alcance de estos datos, pues se trata de una práctica fragmentaria y, en todo caso, de una subjetividad internacional **limitada**, muy distinta de la personalidad internacional de los Estados.” CARRILLO SALCEDO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Segunda Edición. Madrid: Tecnos, 1991. p.37.

(32) “Il apparaît clairement, dans ces circonstances, que la personnalité internationale de la société en cause est dérivée de la volonté d’un État, qu’elle est limitée aux droits et obligations contractuels, qu’elle est fonctionnelle, parce que réduite à ce qui est nécessaire à la société pour respecter ses obligations et faire respecter ses droits, enfin qu’elle est relative dans la mesure où elle n’est opposable qu’à l’État ou aux États qui l’ont reconnue. Il s’agit bien d’un sujet mineur du droit international”. MERCIAI, Patrizio. ” 203.

(33) “Mais cela ne signifie pas que les entreprises jouissent d’une pleine capacité internationale public. Il faut plutôt admettre que les sujets premiers de cet ordre juridique, les États, entrent en relation, par des accords ad hoc, avec d’autres entités, et qu’ils reconnaissent à celles-ci la capacité juridique strictement nécessaire à ces fins”. QUOC DINH, Nguyen y otros”. Op.cit. p. 674.

(34) REMIRO BROTONS, Antonio y otros. *Derecho Internacional*. Madrid: Mc.Graw Hill, 1997. p.1098.

disposiciones que terminaran dejando sin efecto “el principio de soberanía permanente”. Estos autores consideran que una prohibición de nacionalización ilimitada, o de muchos años, terminaría siendo violatoria de este principio y, por tanto, anulable sin perjuicio del pago de una indemnización. Eso fue lo que señaló el árbitro del caso Liamco contra Libia, sólo tres meses después del caso Calasiatic.

Este criterio es excepcional, el principio dominante y aplicado por los árbitros es “*el pacta sunt servanda*” y se reconoce la renuncia a nacionalizar. Al respecto, señala Novak “(e)sta tesis parte de la premisa de que existe un principio de *ius cogens* -que no admite pacto en contrario- según el cual los Estados están prohibidos a renunciar a su derecho de nacionalizar. Sin embargo, no existe tal norma. El Estado tiene plena libertad para concertar tratados y convenios relativos a sus recursos naturales, así como a limitar su ejercicio”.

4.2.2. Acuerdos Multilaterales.

Los tratados multilaterales de protección de inversión, también conocidos como arbitraje codificado o institucionalizado, son una respuesta directa a los problemas de inseguridad a que estaban sujetas las empresas multinacionales luego de la sentencia de la Barcelona Traction, desde el punto de vista de las empresas. Sus características esenciales son: (i) Generalmente buscan resolver controversias entre particulares, nacionales de un Estado miembro del convenio, y otro Estado contratante; (ii) Algunos convenios incorporan obligaciones para los Estados en su relación con las empresas; (iii) Se puede acudir al criterio del control para determinar las empresas beneficiarias; y, (iv) Para determinar el derecho aplicable y en el control jurisdiccional del auto arbitral se evita la competencia de los tribunales del Estado receptor de la inversión⁽³⁵⁾. Los principales acuerdos son:

a) El Centro Internacional para el Arreglo de Controversias sobre Inversiones (ICSID).- el ICSID, por sus siglas en inglés, fue fundado en 1965 promovido por el Banco Mundial. Entró en vigor el 14 de octubre

de 1966. Es una respuesta temprana del Banco Mundial a los problemas de las nacionalizaciones y expropiaciones. Se constituye en una garantía para los inversionistas ya que, de producirse una discrepancia con el Estado receptor de la inversión, pueden acudir allí para que sea resuelta por árbitros conforme a los términos contractuales. “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”⁽³⁶⁾. La controversia debe ser entre un Estado parte del convenio y un nacional de otro Estado parte del convenio⁽³⁷⁾.

El procedimiento de arbitraje se presume exclusivo y ante una cláusula de competencia del centro los tribunales estatales deben declararse incompetentes. Sin embargo, el Estado podrá pactar el agotamiento previo de los recursos internos antes de someter la discrepancia al centro. El laudo arbitral tiene el efecto de cosa juzgada y posee título ejecutivo, por lo que no puede ser revisado por los tribunales del Estado sometido a la controversia.

Asimismo, el laudo tiene reconocimiento en todos los Estados parte del convenio como si fuese una sentencia firme de un tribunal propio⁽³⁸⁾. Podemos entender la importancia y el interés de que el Poder Judicial de dicho Estado sea autónomo frente al poder político.

Cabe señalar que durante todo el procedimiento se prohíbe que el Estado nacional de la empresa ejerza la protección diplomática. A diferencia de las “cláusulas Calvo” en los arbitrajes no convencionales contenidos en un contrato de Estado, en este caso el Estado del que es nacional la empresa no tendrá la posibilidad de desconocer esta cláusula pues el propio convenio del que es parte lo obliga a mantenerse al margen. Sin embargo, si finalmente el Estado del que es receptor la inversión desconoce el laudo arbitral, se abre la vía de la protección diplomática.

b) Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA).- El MIGA, por sus siglas en inglés, también fue auspiciado por el Banco Mundial

(35) VICENTE BLANCO, Dámaso Javier. Op.cit.; p. 126.

(36) Ibid.; p. 129.

(37) Para determinar este vínculo de nacionalidad de la empresa se considerará la sede social o la incorporación a un Estado miembro. Sin embargo, si es acordado entre las partes, se podrá considerar como vínculo el criterio de control, siempre y cuando la nacionalidad atribuida sea de uno de los Estado miembros.

(38) REMIRO BROTONS, Antonio y otros. Op.cit.; p. 1101

y entró en vigencia en abril de 1988. La particularidad de este convenio es que brinda protección a los inversores, personas naturales o jurídicas, respecto a su inversión⁽³⁹⁾ en países en vías de desarrollo. Este acuerdo nace como forma de dar confianza a las empresas multinacionales en sus inversiones en los países del tercer mundo después de la crisis económica a inicios de los 80. Además, constituye una forma de reforzar la ideología dominante en ese momento respecto a la necesidad de liberalizar el comercio internacional. El MIGA es una organización con personalidad jurídica propia que, además de garantizar inversiones, las promueve y asesora a los gobiernos de Estados receptores. Su forma de garantizar las inversiones es cubriendo riesgos complementarios a los comerciales que no son cubiertos por compañías aseguradoras privadas: expropiaciones, guerras, disturbios civiles, rupturas contractuales y restricciones a la repatriación de fondos⁽⁴⁰⁾. Se podrán someter otros asuntos no comerciales a la organización siempre y cuando las partes lo hayan convenido y la junta de directores de la organización lo acepte⁽⁴¹⁾.

Los Estados parte son calificados en dos listas: por un lado Estados que importan capital (Estados del tercer mundo, algunos del ex bloque soviético, España, Portugal y Grecia) y, por otro, Estados que lo exportan. La empresa asegurada deberá estar considerada como nacional de un Estado de la lista de exportadores y realizar su inversión en un Estado considerado como importador de capital⁽⁴²⁾. En este convenio se exigen determinadas obligaciones a los Estado que reciben capital, en concreto el ya mencionado “trato justo y equitativo” para la inversión.

Sus creadores han señalado que el MIGA constituye un “justo medio” entre los intereses de las partes. Sin embargo, consideramos que sus

mecanismos recogen las posiciones de los Estados desarrollados. Ejemplo de ello son los criterios para determinar la nacionalidad: se presume que se es nacional del Estado donde se encuentre la sede social “real” de la empresa en un Estado miembro distinto al de acogida o se atribuye por la nacionalidad de la mayoría de capital social si éste pertenece a uno o varios Estados partes del acuerdo. Como dice Vicente Blanco, “En definitiva, el criterio de control. (...) La recepción del criterio de control como determinante de la responsabilidad del país de acogida marca indubitablemente el sentido del instrumento MIGA a favor de los países exportadores de capital, es decir, de los países desarrollados y de las ETN⁽⁴³⁾”.

Además de estos acuerdos, Novak también menciona la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, Convenio de Lomé IV entre los países ACP (África, Pacífico y Caribe) y la Unión Europea y el Convenio de Arbitraje de la Comunidad Económica Europea destinado a evitar la doble imposición tributaria⁽⁴⁴⁾.

En conclusión, el arbitraje convencional permite superar los problemas de inseguridad de inversión de las empresas multinacionales, minimizando los riesgos de las declaraciones nacionalistas de los años 60 y 70 por las que los Estados en vías de desarrollo buscaban sustentar su soberanía económica y son una respuesta a los límites de la protección diplomática⁽⁴⁵⁾. Vicente Blanco señala que “(e)l arbitraje codificado es el instrumento que potencian los Estado exportadores de capital mientras el arbitraje transnacional 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⁽⁴⁶⁾”.

(39) El concepto de inversión se ha considerado en sentido amplio, aplicándose también a patentes, concesión de franquicias, cooperación tecnológica o cooperación industrial, entre otras.

(40) *Ibid.*; p. 1101.

(41) *Ibid.*; p. 1102.

(42) La particularidad de este acuerdo es que el contrato de garantía se pacta entre el inversionista y el Centro. Allí se acuerdan las primas a pagar, el alcance de la cobertura y la indemnización en caso de siniestro. El Estado en que se realiza la inversión debe aprobar la cobertura señalada en el contrato. Ello es esencial pues, de producirse este hecho, el MIGA pagará al inversor y tendrá todos los derechos de éste relacionados con la inversión. La controversia se da entre el MIGA y el Estado en que se realizó la inversión, no teniendo ningún papel posterior el inversionista. De no llegarse a una solución amigable se somete la discrepancia a arbitraje, siguiendo el procedimiento del ICSID.

(43) VICENTE BLANCO, Dámaso Javier. *Op.cit.*; p. 131.

(44) NOVAK, FABIAN. *Op.cit.*; p. 153.

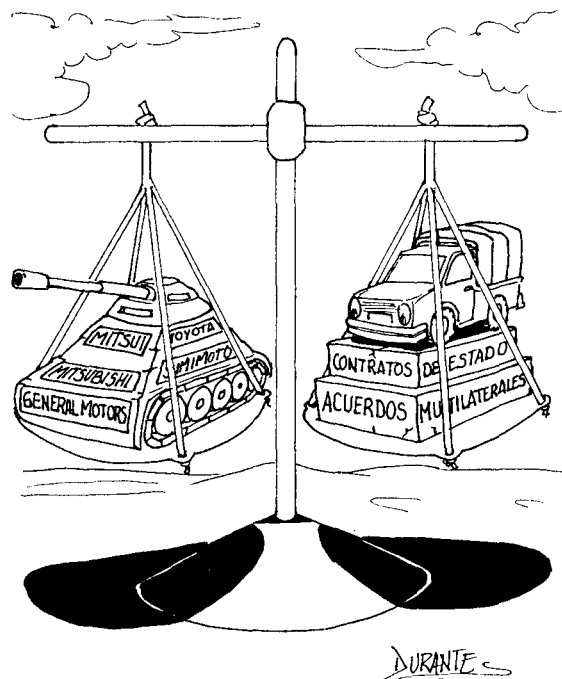
(45) *Ibid.*; p.161.

(46) *Ibid.*; p. 141.

Actualmente la discusión nacionalista de los años 70 ha perdido relevancia. A raíz de la caída del Muro de Berlín, el balance bipolar deja de existir y, actualmente, vemos una hegemonía indiscutible de Washington y sus socios, todos ellos centros del capital de las “empresas multinacionales”. El nuevo orden económico internacional de nuestros días está muy lejos del anterior debido al fracaso del modelo intervencionista y estatista. El desarrollo se asocia con la posibilidad de atraer inversiones y la expropiación deja de ser un tema del que se pueda hablar públicamente sin riesgo a sufrir una fuga de capitales. Por el contrario, los países que buscan el desarrollo compiten entre sí por las inversiones internacionales brindando la mayor seguridad posible a los inversionistas mediante disposiciones favorables de su derecho interno así como la firma de tratados bilaterales o multilaterales de protección.

Para el antiguo tercer mundo la realidad es más difícil pues el antiguo bloque soviético, que indirectamente promovía su “rebelión” contra el capital internacional, es ahora una región que compite contra él en la atracción de inversiones extranjeras⁽⁴⁷⁾. Además, el poder de las multinacionales ha aumentado y se han convertido en importantes actores de las relaciones internacionales, acusados en muchos casos de promover un orden de cosas injusto contra los países en vías de desarrollo. Sin embargo, no me parece adecuado equiparar a las multinacionales de ahora con las de antaño. Actualmente, en muchos Estados, las multinacionales ofrecen mejores convenios laborales, mejor trato y mayor cuidado ecológico que las empresas locales.

Considero, sin embargo, que la ausencia de regulación sobre la actividad de estas empresas y el crecimiento de su poder sí constituye un riesgo cierto y real al no estar involucradas legalmente en problemas de índole internacional. Es claro que el fenómeno no puede ser abordado por las regulaciones nacionales en forma individual y que el reconocimiento que les da el Derecho Internacional Público no guarda relación con su poder real. A continuación, detallaremos algunos intentos de la comunidad internacional para regular la acción de las empresas en forma general.



5 Los códigos de conducta.

A raíz de las discusiones presentadas en los años 70 las Naciones Unidas se plantearon la necesidad de reglamentar internacionalmente la actividad de las “empresas multinacionales”. La Comisión de Empresas Transnacionales, formada en Naciones Unidas en 1974, y el Centro de Información e Investigación sobre Empresas Transnacionales, creado para apoyar a la comisión en su labor, se han dedicado a elaborar un código de conducta para estas empresas.

Las posiciones divergentes y los intereses en juego han entorpecido el trabajo, y, hasta la actualidad, no se ha llegado a un acuerdo al respecto. Desde 1992 el proyecto prácticamente se ha detenido y hoy parece ser un asunto frustrado. En el centro de la discusión está, como veremos, el carácter vinculante o voluntario que deberá tener este código. Se ha decidido determinar esta calidad después de finalizado el código, sin embargo, la realidad demuestra que sus artículos y su estructura dependen, en buena parte, de esta decisión,

(47) “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.” *Ibid.*: p 126.

por lo que distinguir las etapas en la discusión es bastante complicado.

A fin de tomar la iniciativa, en 1977 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) elaboró unas directrices de conducta (*OECD Guidelines for Multinational Enterprises*) que tienen calidad de recomendaciones a ser seguidas por las empresas multinacionales. Asimismo, incluyen principios sobre la forma en que deberán comportarse en sus relaciones los países que las acogen. Los países en vías de desarrollo ven con desconfianza estos principios pues la OCDE es una organización formada por Estados exportadores de capital, de los cuáles provienen la mayoría de empresas multinacionales. Incluso se ha acusado a éste código de ser elaborado como forma de atemperar las posiciones más radicales y la regulación contraria a los intereses de las multinacionales que podría dar como resultado el Código de Naciones Unidas⁽⁴⁸⁾.

En este mismo sentido, aunque de menor relevancia para nuestra discusión sobre la subjetividad y la relación entre Estados y empresa multinacionales, hay que tomar en cuenta el Código de Conducta elaborado por la OIT en 1977. Se refiere al ámbito laboral y constituyen reglas sobre la conducta que deberían seguir las empresas en materia laboral⁽⁴⁹⁾.

Voy a centrar la discusión del tema en el proyecto del código de conducta de las Naciones Unidas, específicamente en el debate sobre el carácter voluntario o vinculante que debe tener este instrumento. Los estados exportadores de capital, de

dónde provienen las “empresas multinacionales”, opinan por el carácter voluntario de los códigos. En cambio, los países en vías de desarrollo, representados en ese momento por el Grupo de los 77, opinan que el código debe ser vinculante para ser efectivo. No hay que olvidar que los países desarrollados llegan a la mesa de negociaciones enfrentando posiciones bastante radicales sobre la soberanía de los Estados en vías de desarrollo⁽⁵⁰⁾.

Esta discrepancia de posiciones tendrá efectos claros en los que ambas partes consideran que debe regular el código a ser adoptado, así como la naturaleza que deberá tener. Otro problema es que, de ser el código vinculante, podríamos estar frente a empresas multinacionales con cierto grado de personalidad jurídica con un carácter general muy distinto al atribuido en forma particular y limitada en los contratos de Estado.

Para los países desarrollados, los códigos deben ser voluntarios, pues establecer códigos vinculantes resultará poco práctico dadas las diversas formas de considerar las prácticas comerciales por parte de los distintos Estados miembros. Sostienen que los principios en ellos contenidos deben servir como guías a las “empresas multinacionales” que no afecten su libertad de inversión y su buen trato con los Estados ya que, de ser muy rígidos, no serán aprobados ni aplicados por los Estados desarrollados, además de entorpecer el libre comercio⁽⁵¹⁾. Las empresas multinacionales, obviamente, también optan por una reglamentación voluntaria. Algunas desean y promueven que el Código de Naciones Unidas sea

(48) “La Declaración no persiguió tanto controlar a las corporaciones transnacionales sino evitar que la Naciones Unidas (*sic*) un código más severo para las ‘multinacionales’, incentivado por los países en vías de desarrollo”. *Ibid.*; p 125.

(49) En opinión de Ermida Uriarte: “En esta línea el mayor progreso tal vez sea el alcanzado en el ámbito laboral, gracias a la acción de la O.I.T., la que ya ha aprobado una especie de código de conducta laboral: la varias veces mencionada Declaración Tripartita sobre las Empresas “multinacional”es y la Política Social.” ERMIDA URIARTE, Oscar. *Op.cit.*; p.126.

(50) Joel Davidow y Lisa Chiles nos dicen al respecto, en un artículo escrito en 1978: “*Concerned that TNE’s (Transnational Enterprises) may not be contributing sufficiently to the development of the areas where they operate, developing countries have urged that a code should be formulated to mold corporate conduct into an effective instrument for local or regional development. They expect a code of conduct to redress the imbalance in bargaining power that they perceive between the multinational corporations and the governments or local enterprises with which such corporations deal and to trade and to promote trade and development goals regardless of whether such development could be expected from the operations of the free market.*” Davidow, Joel and Chiles, Lisa. *The United Nations and the Issue of the Binding or Voluntary Nature of International Code of Conduct Regarding Restrictive Business Practices. en American Journal of international Law*. Vol 72. April 1978. No 2. p. 248.

(51) El mejor ejemplo de lo que estos países quisieran que fuera un código de conducta es el ya mencionado Código de la OCDE, pues en él se recogen disposiciones que resultan muy ventajosas para las empresas multinacionales y restan fuerza a las posiciones nacionalistas de los Estados en vías de desarrollo. Este código acoge el principio de trato nacional o trato igualitario entre empresas extranjeras y nacionales, por el cual los Estados receptores de capital no deben discriminar a las empresas extranjeras o controladas por capital extranjero. Esta es la opinión de Vicente Blanco. VICENTE BLANCO, Dámaso Javier. *Op.cit.*; p.124.

aprobado si contiene como destinatarios a los gobiernos⁽⁵²⁾.

Por otro lado, el reconocer el carácter voluntario del Código permitiría que un mayor número de Estados lo aprueben y que el respeto a sus disposiciones se vaya difundiendo⁽⁵³⁾ o que incluso pueda ser tomado como norma aplicable por las partes en un pacto de arbitraje internacional. Desde una perspectiva pragmática podemos concluir que, de ser voluntario, el código tiene buenas posibilidades de ser aprobado en cambio, de seguir buscando su obligatoriedad y precisión, es muy posible que la discusión siga entrapada.

Los países en vías de desarrollo son conscientes de sus limitaciones al negociar con las “empresas multinacionales” y miran con desconfianza la posibilidad de que se respeten simples directrices morales. Señalan la necesidad de una regulación mundial pues la acción individual de los Estados no basta para regular la acción multinacional de las empresas. Pero temen que si se vuelven muy rigurosos las empresas abandonen el Estado y busquen otro donde invertir⁽⁵⁴⁾. Por estas razones los países en desarrollo acuden a las negociaciones proponiendo que el código sea obligatorio. Davidow y Chiles nos dicen que podría ser obligatorio de diferentes maneras: (i) la creación de una organización supranacional que supervise y controle el cumplimiento del código; (ii) que los gobiernos de los cuales son nacionales las empresas aseguren su cumplimiento; y, (iii) que se introduzca el contenido del código en las legislaciones nacionales⁽⁵⁵⁾.

Los países en vías de desarrollo han optado por que estos códigos sean vinculantes en la segunda forma descrita. Desean que ellos obliguen a los países

desarrollados a controlar a las “empresas multinacionales”, ya sea garantizando su respeto a lo señalado en los códigos supervisando sus acciones en el extranjero o proporcionando información que permita su supervisión por parte de los Estados en los que desarrollan sus actividades. Ello implicaría que las cortes de los Estados de las que provienen sean competentes para evaluar la acción de sus empresas en el extranjero cuando el Estado en el que desarrollaba sus actividades se considera afectado. Todo ello resulta siendo problemático, no sólo desde el punto de vista procesal, sino también políticamente sensible, además de la ya discutida dificultad de determinar la nacionalidad de la empresa.

En resumen, podemos concluir que actualmente no parecen haber vías abiertas para una regulación efectiva de la actuación de las “empresas multinacionales”. Si bien existen algunos criterios sobre los que puede existir consenso, los intereses en disputa y el desinterés de los países en vías de desarrollo por el tema hacen difícil pensar en una regulación en el corto o mediano plazo⁽⁵⁶⁾.

6 Reflexiones finales.

Actualmente el “*pacta sunt servanda*” es el principio aplicado por los árbitros que intervienen en disputas entre empresas y Estados. Aún cuando aceptemos el principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales como una norma de *ius cogens*, no existen criterios claros de cuáles serían los límites a su limitación voluntaria. Por lo demás, como hemos visto, se han establecido mecanismos que permiten evitar una confrontación directa con el Estado. Sin embargo, esta conclusión no debe ser entendida como una exhortación a dejar de pensar formas de encontrar

(52) Ermida Uriarte explica esta situación: “Como en definitiva un precepto no obligatorio siempre podrá ser dejado de lado por las empresas, la existencia del mismo les reportaría dos beneficios, a saber, a) si el mismo se dirige por igual a las empresas y a los gobiernos, siempre se podrá oponer, por lo menos, la autoridad moral del código a determinados actos estatales como, por ejemplo, las nacionalizaciones; b) la existencia del código crearía una especie de presunción de que toda empresa “multinacional” se comportaría de acuerdo al mismo.” ERMIDA URIARTE, Oscar. Op.cit.; p. 125.

(53) Esta es la opinión de Hebert Tassano. TASSANO VELA OCHAGA, Hebert. *La Personalidad de las Empresas Transnacionales*. Tesis para optar el título de abogado. Pontificia Universidad Católica. 1996. pp.12-13.

(54) DAVIDOW, Joel y CHILES, Lisa. Op.cit.; p. 257.

(55) “A treaty could create a supranational organization to enforce the code provisions, or the code could provide that home governments of the TNE’s ensure that their TNE’s do not violate the codes in their transactions abroad. Finally, the code could aim for harmonization of business practices law by obliging nations to incorporate the provisions of the code into their national law”. Ibid.; p. 257.


(56) Una excepción a ser señalada es Código aprobado por el Parlamento Europeo para regular la conducta de sus empresas funcionando en países en vías de desarrollo. European Parliament, Resolution A4-0508/1998, *Code of conduct for European enterprises operating in developing countries*. 15/01/1998

acuerdos que concilien los intereses en juego y permitan prever futuros problemas entre las empresas y los países en vías de desarrollo. Creo reconocer una nueva coyuntura en la que los actores de esta historia encuentran nuevas razones para optar por la posibilidad de atribuir una subjetividad general a las “empresas multinacionales” que las hagan responsables por sus inconductas en los Estados y, al mismo tiempo, les otorguen derechos frente a ellos.

Por un lado, la relación entre “empresas multinacionales” y los Estados desarrollados no es la de antes. Cada vez existen más puntos de conflicto entre unos y otros, desde fuga de capitales a paraísos financieros hasta la instalación de fábricas en países en los que la mano de obra es más barata, generándose conflictos y protestas contra las multinacionales. Manifestaciones de estas posiciones contrarias a las multinacionales las hemos visto en los últimos años en el heterogéneo movimiento antiglobalización.

Asimismo, los riesgos de las conductas no reguladas para los estados en vías de desarrollo siguen existiendo. Es cada día más evidente que sólo una concertación internacional permitirá controlar problemas que no son patrimonio de un único Estado, como son la desertización, deforestación o contaminación. Estoy de acuerdo con Ermida Uriarte cuando señala que “La solución más radical (y tal vez más necesaria pero también más inalcanzable) para el problema de control de las ‘empresas multinacionales’ el de ajustarlas a un estatuto internacional; dictar un verdadero reglamento internacional obligatorio⁽⁵⁷⁾”.

En mi opinión, el problema pasa por mantener posiciones absolutas en las negociaciones. Los países en vías de desarrollo podrían ejercer presión suficiente, en concurso con las empresas multinacionales que verían con buenos ojos una mayor subjetividad internacional, para promover la adopción de un código de estas características. Habría que ser muy cuidadosos en asegurar la imparcialidad de un organismo internacional encargado de supervisar el cumplimiento del código por parte de empresas y Estados.

Lo que resulta claro es que el poder de las multinacionales es inmenso en el mundo actual y la posibilidad de control por parte de los Estados es bastante limitado. A pesar del tiempo transcurrido, comparto la preocupación manifestada por el profesor peruano Andrés Aramburú en el curso que dictó en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1976: “Tal vez deberíamos añadir que hasta ahora no hemos alcanzado el punto en el cual podamos anunciar o predecir el establecimiento de un auténtico régimen para las compañías multinacionales que proteja a los Estados contra sus abusos, pero que podría proteger a las empresas contra las consecuencias de tendencias nacionalistas exageradas. ¡Esperemos sea real pronto! El famoso apotegma de Montesquieu que señala que quien goza de cierto poder está naturalmente inclinado a abusar del mismo y que esa inclinación puede solamente ser corregida por la ley, ha sido y será válido para cualquier tiempo en la historia de la humanidad.⁽⁵⁸⁾” 

(57) ERMIDA URIARTE, Oscar. Op.cit.; p. 127.

(58) “*Perhaps we should add that until now we have not reached the point at which we could announce or forecast the establishment of an authentically international regime for multinational companies which will protect States against their abuses, but could also protect the enterprises against the consequences of exaggerated nationalistic trends. Let us hope it will set forth soon! The famous apothegm of Montesquieu stating that anyone who enjoys a certain power is naturally inclined to abuse such power and that such inclination can be corrected only by the law, has been, is, and will be, valid for any time in the history of mankind*” ARAMBURÚ MENCHACA. Op.cit.; p. 365.