

UNA ALARMANTE TENTATIVA DE AMPLIACION DEL AMPARO DIPLOMATICO: LA PROTECCION JUDICIAL DEL ACCIONISTA

Se encuentra actualmente sometido a decisión de la Corte Internacional de Justicia un importante litigio entre Bélgica y España concerniente a la "Barcelona Traction, Light and Power Company Ltda." Bélgica ha promovido el pleito invocando una denegación de justicia de que sería víctima dicha compañía. El rasgo singular de este asunto es que está ejerciendo la protección diplomática en el plano judicial, no en favor de la compañía misma que posee nacionalidad canadiense, sino en favor de personas jurídicas y físicas de nacionalidad belga que se afirma tienen la calidad de accionistas de la compañía canadiense.

España objetó el "locus standi" belga en esta emergencia, dado que la regla normal es que la protección diplomática puede ser únicamente ejercida por el Estado de nacionalidad de la persona física o jurídica que se pretende agraviada. Ante esa excepción preliminar, Bélgica insistió en que el derecho internacional contemporáneo acuerda a todo Estado la prerrogativa de ejercer la protección diplomática, incluso en el plano judicial, en favor de las personas físicas o jurídicas de su nacionalidad que sean accionistas de compañías o sociedades anónimas de una nacionalidad distinta.

Un pronunciamiento de la Corte en favor de la tesis belga entrañaría un precedente de gran trascendencia, en cuanto habrá de significar necesariamente una enorme ampliación, una extensión alarmante y desmedida,



del instituto de la protección diplomática. En la economía contemporánea, de grandes sociedades anónimas con proyección trasnacional, cuyas acciones al portador se colocan libremente en las bolsas y mercados extranjeros, la aceptación de la protección diplomática del accionista significará que en breve plazo cualquier Estado —y particularmente, las grandes potencias inversoras de capitales en el exterior— adquirirán personería para formular reclamaciones diplomáticas, y aún demandas judiciales internacionales contra cualquier otro Estado, independientemente del cuidado que el Estado territorial tenga en la nacionalidad de las sociedades anónimas que actúan en su jurisdicción.

La Corte no se ha pronunciado aún sobre la tesis belga, habiéndose limitado a disponer, por nueve votos contra siete, que la excepción preliminar española sea unida al fondo y se decida al resolver el mérito del reclamo.

No obstante, el margen escaso de votos obtenido en favor de esta unión al fondo y, sobre todo, la emisión de una decidida tesis favorable al rechazo de la excepción española, formulada en su opinión individual por el Vice-Presidente de la Corte, el Juez de nacionalidad china, Wellington Koo, crean justificada alarma ante esta tentativa de ampliación del amparo diplomático y demuestran la necesidad de que la opinión interesada en los Estados latino-americanos, se preocupe de una cuestión que tan vitalmente afecta sus intereses y sus tradiciones en materia de responsabilidad internacional del Estado, y de protección diplomática. Consideramos que las conclusiones y argumentos acogidos por el juez de China nacionalista, así como la gravedad de las consecuencias de una futura decisión de la Corte en el mismo sentido, justifican estudios doctrinarios de la índole del que aquí se intenta, aún cuando recaigan sobre problemas que se encuentran todavía “sub-judice”.

Pero antes de estudiar los argumentos invocados en el voto del Juez Koo, es menester destacar ciertos antecedentes establecidos por la jurisprudencia internacional —en cuya elaboración han tenido intervención principal algunos Estados latinoamericanos— en lo que respecta al fundamento jurídico necesario para poder presentar una reclamación internacional, que es necesario tener en cuenta para el adecuado planteamiento de la cuestión a examinar.

I — *El fundamento necesario de toda reclamación internacional*

Para que un Estado pueda formular una reclamación internacional propiamente dicha —como algo distinto de la mera representación o expresión de interés en un asunto— es indispensable que uno de sus na-

cionales haya sido directamente afectado en sus derechos por un acto contrario al Derecho Internacional emanado del Estado contra el cual se dirige la reclamación. A fin de interponer un reclamo válido, tanto en el plano diplomático como en el judicial o arbitral, no es bastante que los intereses o las legítimas expectativas de un extranjero, no protegidas por el Derecho, se vean afectadas o que éste sufra un daño económico o de otra naturaleza. Es indispensable que la persona protegida sea ella misma el titular de un derecho que le permita formular un reclamo por daños en el orden jurídico interno.

Un acto que viola los derechos de una persona puede, al propio tiempo, tener desfavorables repercusiones en los intereses o las expectativas de otra persona, vinculada a la primera por lazos jurídicos contractuales o de otra naturaleza. Sin embargo, a menos que el acto injurioso afecte directa y simultáneamente los derechos propiamente tales de ambas personas, no se puede interponer reclamación válida por cuenta de la última.

Es así que el Derecho Internacional no autoriza la protección de los legítimos intereses y expectativas de los acreedores en la buena situación financiera y solvencia económica de sus deudores. Si una persona que tiene una deuda con un extranjero es afectada en sus derechos por un acto violatorio del Derecho Internacional, ello no autoriza al Estado de nacionalidad del acreedor extranjero a actuar en protección de los intereses de este último, aún si la persona directamente afectada no pueda ser protegida por tratarse de un nacional, de un apátrida o porque el Estado de su nacionalidad no está dispuesto a ampararlo. Esta cuestión se planteó varias veces ante tribunales internacionales arbitrales y “se decidió reiteradamente que los acreedores carecían de personería para plantear injurias cometidas respecto de sus deudores”¹. No existe, pues, una especie de “acción pauliana” en Derecho Internacional.

La afirmación más categórica de este concepto fundamental fue formulada por el comisionado Mexicano de la Comisión Mixta de Reclamaciones entre Estados Unidos y México, el destacado jurista Fernández Mac-Gregor. En el asunto Dickson Wheel Car Co., se planteó Fernández Mac-Gregor, la cuestión de “si el daño causado directamente a una compañía de nacionalidad mexicana y que ha repercutido en una compañía de nacionalidad estado-unidense, acreedora de la primera, causándole un perjuicio en forma remota, constituye un acto violatorio del Derecho In-

¹ Ralston, *Law and Procedure of International Arbitral Tribunals*, p. 158-9; Moore, *International arbitrations* p. 2336; Borchard, *Diplomatic Protection of citizens abroad*, p. 645; *Recueil of International Arbitral Awards* (en adelante R.I.A.A.); vol. II p. 730; III p. 1425; IV p. 373 y 679.

ternacional". En un voto redactado por Fernández Mac-Gregor, y que al contar con la aprobación del árbitro tercero, el distinguido jurista holandés Van Vollenhoven, se transformó en la decisión del tribunal, se fijaron estos conceptos básicos para la materia que nos ocupa:

"I. Un Estado no incurre en responsabilidad internacional por el hecho de que un súbdito del Estado reclamante sufra daños como corolario o resultado de un agravio que el Estado demandado ha infligido a uno de sus propios nacionales o a un individuo de una nacionalidad distinta de aquella del Estado reclamante, con quien el reclamante está ligado por lazos de relación o parentesco.

II. Un Estado no incurre en responsabilidad internacional por el hecho de que un individuo o compañía de nacionalidad de otro Estado sufra un daño pecuniario como el corolario o resultado de un agravio que el Estado demandado ha infligido a un individuo o compañía, cualquiera sea su nacionalidad, cuando las relaciones entre la primera y la última son de naturaleza contractual"².

Esta regla, que excluye la reclamación por cuenta de acreedores, ha sido aplicada aún cuando el crédito esté amparado por hipoteca o algún otro derecho real. La Comisión Mixta de Reclamaciones entre Gran Bretaña y México desechó reclamos de tenedores de debentures de una corporación británica, cuya propiedad inmobiliaria en México había sido vendida a otra compañía, bajo garantía hipotecaria, sobre la base de que el interés del acreedor hipotecario "está demasiado indirectamente afectado como para permitirle aparecer como reclamante"³. A una conclusión semejante llegó la Comisión Mixta entre Francia y México formulando una distinción entre el "perjuicio" económico y el "daño" jurídico que es el único que autoriza a formular una reclamación⁴.

En cambio, si los derechos de los acreedores como tales fueran directamente afectados —negándoles por ejemplo, la facultad de demandar judicialmente o desconociendo al acreedor hipotecario el derecho de registrar su privilegio⁵—, entonces la interposición de un reclamo estaría justificada sobre la base de que se ha inferido agravio directo a un derecho propiamente tal, como algo diferenciable de un interés puramente económico.

² IV R.I.A.A., p. 679 y ss.

³ V R.I.A.A., p. 191.

⁴ Feller, *Mexican Claims Commissions*, p. 122.

⁵ Un ejemplo en este sentido puede verse en *Whiteman, Damages in International Law*, pág. 1372.

Otra confirmación de que el Derecho Internacional no autoriza la protección de intereses perjudicados y sí únicamente de derechos realmente agraviados surge de la jurisprudencia arbitral establecida —y confirmada por la Comisión Mixta anglo-mexicana— que rechaza los reclamos formulados por compañías aseguradoras que deben compensar pérdidas sufridas como consecuencia de actos ilícitos⁶. La razón que legitima el rechazo de estos reclamos es que cuando los aseguradores deben pagar una suma en cumplimiento de una obligación contractual ante la realización de determinado evento, aunque esas compañías estén afectadas en sus intereses pecuniarios, no han sufrido injuria, no han sido víctimas de la violación de ningún derecho propio⁷: los aseguradores no tienen, en efecto, derecho a sostener que el riesgo en previsión del cual celebraron el contrato y recibieron el pago de la prima, no debía haber tenido lugar.

A la luz de estos precedentes, cabe entonces concluir que el fundamento necesario de toda reclamación internacional es el agravio a un derecho y no la mera lesión o perjuicio a un interés que aún no haya cristalizado en auténtico derecho ni se halle jurídicamente protegido. Esa distinción entre derechos e intereses ha sido recogida en "dictums" tanto por la Corte Permanente de Justicia Internacional como por la Corte actual.

La Corte Permanente se refirió a la protección internacional de "los derechos o intereses de un individuo, la violación de *cuyos derechos* causa daño"⁸ y la Corte actual ha descrito la protección diplomática como la situación "en la cual un Estado ha adoptado la causa de sus nacionales *cuyos derechos* se reclama han sido desconocidos en otro Estado con violación del Derecho Internacional"⁹.

La jurisprudencia arbitral más prestigiosa, no solo ha confirmado esta distinción, sino que ha exigido además que la lesión del derecho sea directa e inmediata. El amparo diplomático ha de extenderse en favor de la persona sobre quien, como decía Huber, "el daño ha caído en forma inmediata" y no cuando esa persona "es solo el acreedor de otra sobre la cual el daño ha caído en forma inmediata"¹⁰. Y el internacionalista sueco Osten Unden, en el arbitraje de los Bosques de Rodopia Central señalaba la necesidad de determinar, como condición de admisibilidad del reclamo, si el acto impugnado "constituía un paso directamente dirigido contra los derechos del reclamante"¹¹.

⁶ Moore *International Arbitrations*, p. 4507-4516; V.R.I.A.A., p. 139 y ss.

⁷ Rosenne en *Pleadings en el Israel Aerial Incident case*, pág. 533.

⁸ Serie A/17, p. 27-8.

⁹ 1959, I.C.J. Reports, p. 27.

¹⁰ *Reclamaciones del Marruecos Español, Reclamo Ziat Ben-Kirian, II R.I.A.A.*, p. 730.

¹¹ III R.I.A.A., p. 1426.

II — *La protección del accionista*

Los principios y distinciones arriba referidos se aplican a la cuestión de si un Estado puede acordar protección a las personas de su nacionalidad en su carácter de accionistas de una sociedad anónima.

Es necesario determinar, siguiendo el consejo de Huber, si los actos materia del reclamo, han caído o no, directa e inmediatamente, en la persona del accionista. Si tales actos constituyen “un paso directamente dirigido contra sus derechos” —si, por ejemplo, se han confiscado sus títulos o acciones, o se ha dictado una ley que limita la participación en las asambleas o en los dividendos a los accionistas de la nacionalidad del Estado que dicte la ley— es evidente que entonces, el Estado de nacionalidad de cualquier accionista individual podrá ejercer amparo diplomático en su favor, cualquiera sea la nacionalidad de la compañía.

Pero si los actos objeto del reclamo están directamente dirigidos contra la compañía como tal y no contra los derechos propios del accionista —si, por ejemplo, los bienes de la compañía han sido confiscados— entonces es únicamente la compañía como tal la llamada a actuar en el derecho interno y el Estado de nacionalidad de la compañía el único que puede ejercer protección diplomática y hacer suyo el caso en el plano judicial internacional.

En lo que respecta al derecho interno, esto es así por cuanto se ha establecido en todas las naciones el principio de la personería jurídica de las sociedades anónimas, como entidades distintas de sus accionistas. De este principio surge que ningún accionista aislado, sino la corporación como tal, es la llamada a actuar, a través de los órganos sociales, para dar los pasos y ejercer los recursos locales necesarios a fin de proteger a la compañía contra actos o medidas dirigidos contra ella en su conjunto. Los accionistas aisladamente están obligados por el compromiso asumido al adquirir sus acciones, de someterse, en interés común, a las limitaciones en su libertad de acción que resultan de la norma conforme a la cual solo los órganos directivos debidamente elegidos pueden representar a la sociedad.

Es indudable que el Derecho Internacional toma en cuenta y reconoce este principio de la personería jurídica separada y distinta de las compañías o sociedades anónimas, ya sea porque este principio, aceptado por todas las naciones, ha llegado a ser un principio general de derecho, y como tal, una regla de Derecho Internacional o ya porque, del punto de vista internacional, el Derecho Interno es un hecho, no menos real que otros hechos y por lo tanto la personalidad jurídica de las sociedades anó-

nimas, en todo el mundo, constituye una realidad efectiva y necesaria que los órganos internacionales deben reconocer y tomar en cuenta.

La prueba de este reconocimiento de la personería jurídica de las sociedades anónimas por parte del Derecho Internacional, la encontramos en un laudo arbitral muy importante dictado en el período entre las dos guerras en el asunto de los “buques tanques de petróleo”. En ese caso Estados Unidos sostuvo que este principio de la personería de las sociedades anónimas debía ser descartado como “una proposición jurídica técnica del derecho interno” y que el Derecho Internacional tenía que atender al hecho real de que todas las acciones de una compañía alemana eran de propiedad de personas de nacionalidad estadounidense, a fin de no aplicar a los bienes de esa sociedad las medidas de desapoderamiento y cesión a la Comisión de Reparaciones impuestas a los barcos alemanes. Sin embargo, el tribunal arbitral rechazó esa pretensión, dio acogida y reconoció en el ordenamiento internacional el principio de la personalidad jurídica distinta de las sociedades anónimas, sobre la base de que “la mayor parte de la doctrina y casi toda la jurisprudencia en todos los países acuerda a la entidad jurídica llamada sociedad anónima una personalidad y un patrimonio enteramente distinto del de los accionistas”¹².

Dado que el Derecho Internacional reconoce y acepta el principio de la personería jurídica diferente de las sociedades anónimas, los conceptos básicos ya analizados acerca del fundamento necesario para toda reclamación internacional se vuelven totalmente aplicables. Así, el agravio contra los derechos de la compañía, no es, “ipso facto”, un agravio contra el derecho del accionista: se han atacado los derechos de la primera, pero no, o todavía no, los del segundo: este sólo ha sido herido en su interés natural en la prosperidad económica de la sociedad de la cual ha adquirido acciones. La injuria se ha dirigido contra un sujeto de derecho con el cual el accionista únicamente mantiene lazos de relación o vinculación contractual o una posición comparable a la del acreedor. De aquí resulta que el Derecho Internacional no autoriza una protección anticipada o “impaciente” del accionista, contra actos que afecten derechos corporativos, mientras la compañía continúe disfrutando de personería jurídica propia y se halle por tanto en condiciones de actuar por medio de sus órganos y de recibir la protección del Estado de su propia nacionalidad. La misma “ratio legis” del Derecho Interno subsiste en lo internacional. La confusión de acciones paralelas e incoordinadas que en lo interno se ha evitado con el principio de la personería y con la obligación de cana-

¹² Caso de la Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellchft Oil Tankers, II, R.I.A.A., p. 787.

lizar toda la acción social a través de los órganos corporativos, se reproduciría en la esfera internacional si los distintos Estados cuyos nacionales fueran accionistas de una misma compañía estuvieran en condiciones de intentar, cada uno por su lado, actos de protección diplomática de sus nacionales respectivos. Así como los recursos internos contra los actos que agravan a la sociedad sólo pueden entablarlos los órganos sociales, también la acción protectora internacional debe mantenerse monopolizada por el Estado de nacionalidad de la compañía.

Esta conclusión resulta corroborada y apoyada por otras normas de Derecho Internacional. Una de ellas es la regla del previo agotamiento de los recursos internos, de enorme importancia pues está destinada a afianzar el respeto de la soberanía y la jurisdicción del Estado territorial.

Esta respetable norma consuetudinaria crea un vínculo adicional de conexión entre la disciplina social del Derecho Interno y la del Derecho Internacional. Los remedios locales deben ser promovidos por los órganos corporativos: el accionista individual carece de "locus standi" en el Derecho Interno para deducirlos, salvo en casos muy excepcionales. Por consiguiente, el Estado de nacionalidad del accionista no tiene competencia para formular una reclamación internacional a esta altura, ya que ello significaría abolir de un plumazo la regla del previo agotamiento de los recursos locales.

Además, en tanto que la acción a través de los órganos sociales, y en favor de la compañía como tal, ejercida por el Estado de su nacionalidad, siga siendo jurídicamente factible no puede decirse que los accionistas individuales hayan recibido un daño definido ni afirmar cuál es la extensión del mismo. La regla tradicional del Derecho Internacional que se opone a la compensación de daños "posibles pero contingentes e indeterminados"¹³ viene apoyar el rechazo de toda acción diplomática por cuenta de los accionistas, a esta altura.

Pero como el único obstáculo a la protección del accionista surge de la personería jurídica propia de la sociedad anónima, resulta de lo expuesto que tal restricción desaparece tan pronto como (y únicamente cuando) la compañía pierde su personería jurídica. Cuando esto ocurre, el lazo entre los accionistas creado por los estatutos sociales ha quedado roto, y no existe ya obstáculo que impida al Estado de nacionalidad del accionista el formular un reclamo por cuenta de éste. Tal reclamo tendrá su base en el agravio inferido a la compañía, en tanto que se mantenga sin ser rectificado, y podrá ejercerse en la medida en que ese agravio dañe al accionista

¹³ Corte Permanente de Justicia Internacional A/17 p. 57.

protegido. Con la desaparición de la personería jurídica de la compañía, ésta no se interpone ya entre el accionista y el Estado ofensor, y el primero pasa a quedar directamente afectado en su derecho a una porción mayor en los excedentes del activo resultante de la liquidación de la sociedad anónima. Pero para que pueda ejercerse la protección internacional del accionista no basta que la sociedad haya quebrado o se halle en proceso de liquidación judicial. Es menester que su personería jurídica se haya extinguido: en tanto que la personería jurídica de la compañía, aun en liquidación se mantenga como tal, los reclamos deben seguir siendo ejercidos por el síndico de la quiebra o por el liquidador judicial en lo interno y por el Estado de nacionalidad de la compañía en liquidación, en lo internacional.

Otra restricción importante a tener en cuenta es que para que pueda protegerse al accionista por un agravio a sus derechos es menester que haya resultado para él un daño definido y determinado. Debe, pues, poder comprobarse que de esa liquidación social ha quedado para la masa de accionistas un surplus efectivo y cuál es su monto; es necesario que hayan sido satisfechos o garantizados los acreedores sociales que, en todos los regímenes jurídicos, poseen privilegio respecto del accionista.

III — *La práctica internacional y la jurisprudencia arbitral en la materia*

En la opinión individual del Juez Koo, más arriba referida, se afirma que "la práctica de los Estados, la reglamentación de los tratados y las decisiones arbitrales internacionales han llegado a reconocer el derecho de un Estado a intervenir por cuenta de sus nacionales, accionistas de una compañía que ha sido agraviada por el Estado de su propia nacionalidad, es decir, el Estado donde se ha constituido conforme a sus leyes y cuya nacionalidad, por lo tanto, se considera que ha asumido"¹⁴.

Aun cuando es exacto, según se verá más adelante, que España concedió esta conclusión ante la Corte, en forma injustificada y sumamente perjudicial para sus intereses, la verdad es que el examen de la práctica de los Estados y la jurisprudencia arbitral demuestra que tanto la admisión española como la arriba transcrita afirmación del Juez Koo, que en ella se basa, no corresponden en absoluto a la realidad.

a) *La práctica de los Estados*

En lo que respecta a la práctica de los Estados, es exacto que, en algunos, casos tanto el Reino Unido como los Estados Unidos han formulado

¹⁴ 1964 I.C.J. Reports, p. 58.

representaciones a algunas Cancillerías latino-americanas, invocando derechos de accionistas,¹⁵ pero tales representaciones —que no siempre constituyeron el ejercicio formal del derecho de protección diplomática— fueron resistidas por los Estados a quienes se dirigían, y la solución definitiva del problema planteado debió encontrarse siempre en arreglos que respetaran la integridad de la personería de las sociedades nacionales por cuyos accionistas se intentaba ejercer la interposición diplomática. Así en el caso Tlahuillo, el gobierno mexicano se opuso enérgicamente a la interposición diplomática planteada en base al carácter nacional mexicano de la compañía, llegándose en definitiva a una solución mediante acuerdo directo entre el Gobierno mexicano y la compañía. Y en el caso del Mexican Eagle, que dio lugar a una ruptura de relaciones entre México y el Reino Unido, el gobierno de México, después de impugnar el locus standi de las personas por quienes se reclamaba, por cuanto los accionistas “no son copropietarios de los bienes sociales sino titulares de un derecho de crédito eventual a una parte del acervo social en el momento de la liquidación, no siendo por tanto posible establecer el daño sufrido por los accionistas sino hasta ese momento”, afirmó dignamente que “no podría admitir que un Estado cualquiera, bajo pretexto de proteger los intereses de los accionistas de una sociedad mexicana, pudiera contestar la existencia de la personalidad moral de sociedades constituídas en México conforme a las leyes de este país¹⁶.

En 1876 se produjo una seria incidencia diplomática entre Gran Bretaña y la Argentina a raíz del intento de protección diplomática ejercido por Gran Bretaña en favor de los accionistas británicos de la sociedad argentina “sucursal del Banco de Londres”. El canciller Bernardo de Irigoyen, se opuso a la tentativa de amparo diplomático, alegando que “la sociedad anónima es una persona moral, enteramente distinta de los individuos que contribuyeron a formarla” y anticipó los problemas actuales al hacer notar que “las acciones se transfieren y las que están hoy en poder de ingleses pueden pasar fácilmente a ciudadanos de otra nación... tendríamos una entidad que podría variar diariamente de nacionalidad y revestir también en algún caso una multiplicidad de nacionalidades, lo que originaría serias complicaciones”¹⁷.

15 Mervyn Jones, Protection on behalf of shareholders of foreign companies, British Year book of International Law, 1949 p. 229.

16 M. Jones op. cit. 238-247. Nota mexicana de 26 de abril de 1938.

17 Sobre esta tesis, mantenida tradicionalmente por la Argentina, que niega rotundamente el amparo diplomático al accionista extranjero de una sociedad anónima nacional, llamada por los autores argentinos doctrina Irigoyen, ver Ruiz Moreno, Historia de las Relaciones Exteriores Argentinas, Buenos Aires, 1961, p. 337-8.

Siempre hay, como mínimo, dos partes en toda negociación diplomática, y la práctica sustentada por el Estado reclamado tiene por lo menos tanta fuerza como la del reclamante, y mayor aun cuando, como en estos casos, el intento de interposición en favor del accionista fue resistido con éxito.

La práctica invocada ante la Corte, y en la que funda su afirmación el Juez Koo, es sumamente restringida, pues se reduce a la de dos Estados, el Reino Unido y Estados Unidos, inversores de capital en el exterior e interesados por tanto en determinada solución al problema. No se ha tomado debidamente en cuenta la práctica de otras naciones igualmente dignas de consideración, en particular la de Estados latino-americanos, en cuyos archivos diplomáticos es posible encontrar innumerables ejemplos en que se ha rechazado con éxito como en los casos citados de Argentina y de México, el intento de amparo diplomático en favor de accionistas extranjeros de sociedades constituídas conforme a la ley nacional.

Pero aun si se quisiera reducir la práctica de los Estados a la de aquellas dos grandes Potencias que han sido más diligentes en la publicación de sus archivos diplomáticos, la verdad es que la actitud tanto del Reino Unido como de Estados Unidos en el problema no deja de arrojar elocuentes vacilaciones y aun flagrantes contradicciones. En un caso muy significativo en el cual, en vez de reclamante, tuvo el papel de reclamado, el Reino Unido formuló, en una nota firmada por Austen Chamberlain, admirable por su precisión y el rigor de su análisis jurídico, las reglas que rigen esta materia, señalando que la protección en favor del accionista solo es procedente cuando la compañía se ha extinguido¹⁸. A raíz de esta nota Estados Unidos cesó en su reclamo. Y Estados Unidos en varios casos denegó el ejercicio del amparo diplomático a accionistas de su nacionalidad, por respeto a la personería jurídica de sociedades colombianas y peruanas¹⁹. No es posible, pues, inferir conclusiones válidas a partir de una práctica estatal tan limitada como contradictoria.

b) *La jurisprudencia arbitral.*

En lo que respecta a la jurisprudencia arbitral, pueden formularse, y demostrarse claramente, dos afirmaciones categóricas. La primera es que no existen laudos arbitrales basados en el Derecho Internacional que reconozcan o proclaman el derecho de un Estado a hacer suyo el caso de uno de sus nacionales, accionistas en una sociedad anónima extranjera, por

18 Asunto de la compañía Romano-Americana, For. Rel. U.S. 1928. II. p. 957 sigts.

19 Moore's Digest, Vol. VI p. 644 y 646.

actos que afecten a la sociedad, ya sea con respecto al Estado de nacionalidad de la compañía, ya sea con respecto a cualquier otro Estado. Y la segunda afirmación es que, por el contrario, cabe señalar diversos laudos arbitrales, que involucran nuevamente a Estados latino-americanos, en los cuales el tribunal rechazó explícitamente reclamaciones que se intentaban formular en nombre y por cuenta de accionistas extranjeros, contra el Estado de nacionalidad de la sociedad anónima en cuestión.

A fin de demostrar la primera de las dos afirmaciones precedentes es necesario descartar, por irrelevantes o mal interpretados, los casos que suelen invocarse en favor de la protección del accionista.

El primero de ellos y el más importante, es el caso de la Bahía de Delagoa. Aquí el gobierno inglés ejerció ante Portugal la protección de una compañía inglesa accionista de una compañía portuguesa y el gobierno de Estados Unidos protegió, a su vez, conjuntamente los intereses de una persona de su nacionalidad accionista de la compañía inglesa. Sin embargo, en este caso el "ius standi" de la compañía inglesa fue concedido por Portugal en el compromiso arbitral y la misión del tribunal se redujo a determinar el monto de la compensación. Esa concesión de Portugal equivalió, de un punto de vista práctico, a que el propio gobierno portugués que había autorizado el funcionamiento de la sociedad portuguesa, privara a ésta de personería jurídica, al así prescindir de ella.

Este arbitraje, por lo tanto, no constituye precedente en favor de la protección del accionista. Por el contrario, el propio laudo insiste en que este aspecto se funda en el acuerdo específico de partes y no en el derecho internacional común que, el Tribunal sugiere, hubiera conducido a una solución distinta.

Dijo el Tribunal en su laudo: "la sola persona que, en derecho estricto, tendría calidad para presentarse como demandante ante el gobierno portugués es la compañía (portuguesa) concesionaria del ferrocarril; pues es la única que entró en relación contractual con el Estado demandado y es ella la que fue desposeída por la rescisión. Sin embargo, habiendo declarado el propio gobierno demandado que no formulará ninguna excepción por el hecho de que la persona realmente legitimada para actuar no sea parte del proceso, el Tribunal arbitral debe tomar nota de que las partes han convenido de común acuerdo sustituir esa persona por la Compañía (inglesa) Delagoa Bay".

Pero aun en este caso el Tribunal tropezó con el obstáculo propio a toda protección diplomática del accionista: la falta de determinación de la cuantía del daño, dado que los acreedores de la compañía tienen prioridad

respecto del accionista. Por eso agregó el Tribunal "el monto adjudicado por el presente fallo no puede ser atribuido a la Compañía Inglesa sino a condición de que ésta lo afecte al pago de sus acreedores obligatorios y otros que existan, conforme a sus respectivos privilegios. No habiendo estado estos acreedores representados directamente en el proceso y no habiendo tenido por consiguiente la ocasión de formular sus defensas y conclusiones, el Tribunal no puede por sí efectuar esta distribución".

Es más: en este caso Estados Unidos actuaba también como demandante por cuenta de una persona accionista de la compañía inglesa. Aquí el Tribunal, que no estaba ligado por un previo acuerdo de las partes, y que podía decidir este punto conforme a lo que entendía era el derecho general aplicable, se negó a conceder a la persona del accionista una acción directa contra Portugal. Dijo el Tribunal: "es imposible reconocerle un derecho contra Portugal, en concurrencia con la compañía inglesa y al mismo título que ésta... si bien es propietaria de acciones y de obligaciones de la compañía inglesa... ninguno de esos títulos podría conferirle una acción directa contra Portugal; ella no posee, por esos distintos conceptos, sino pretensiones a hacer valer contra la compañía inglesa. Son cuestiones estas de administración interior que es materialmente imposible resolver en un proceso trabado entre la Compañía inglesa, por un lado, como derecho habiente de la compañía concesionaria, y el gobierno de Portugal por otro lado"²⁰.

Se invoca también el caso de "El Triunfo", en un arbitraje entre Estados Unidos y El Salvador. Este caso, sin embargo, es un ejemplo de protección de accionistas directamente afectados en sus derechos como tales, puesto que se les había desconocido el derecho específico de todo accionista a celebrar asambleas y elegir directores. No es, por lo tanto, ejemplo de reconocimiento del amparo diplomático al accionista por actos dirigidos contra la sociedad²¹.

Otros casos que se invocan como el de Ziat-Ben Kiram²², Shufeldt²³ y Ruden²⁴ no son relevantes para el problema que estamos examinando, pues no se refieren a sociedades anónimas o sociedades de capitales sino a sociedades personales cuya personería jurídica no es reconocida por todos los sistemas jurídicos. Finalmente, el caso Alsop no fue decidido con

²⁰ Texto del laudo en *La Fontaine, Pasicrisie Internationale*, págs. 398-410.

²¹ *For. Rel. U.S.* 1902 p. 848.

²² *II R.I.A.A.* p. 730.

²³ *II R.I.A.A.* p. 1097.

²⁴ *La Pradelle et Politis, Recueil d'Arbitrages t. II*, p. 592 V., también *affaires Cerrutti Germán Cavalier, La Política Internacional de Colombia, Vol. II* págs. 199-223 y *Spillane, Annual Digest, Vol. 1931-2*, p. 218.

arreglo al derecho internacional sino como amigable compensación y en base a un acuerdo especial ²⁵.

c) *Los laudos arbitrales que rechazan la protección del accionista.*

Pero más importante aun que demostrar la inexistencia de laudos arbitrales que acojan la protección del accionista —contrariamente a lo afirmado por el Juez Koo— es evidenciar que en por lo menos tres laudos se rechazaron reclamaciones en nombre de accionistas extranjeros, dirigidas contra el Estado de nacionalidad de la sociedad anónima. Estos casos prueban en forma concluyente, como lo sostuvo el gobierno británico después de analizarlos en la nota arriba referida, que “cuando la sociedad anónima existe todavía en forma efectiva los accionistas carecen de status para reclamar respecto de daños a la propiedad corporativa y la intervención en su nombre es inadmisibles” ²⁶.

El primero y más importante de esos laudos es el dictado por la Comisión mixta Estadounidense venezolana en el asunto Kunhardt. Allí se planteó el reclamo de un accionista estadounidense de una sociedad anónima venezolana, que había sido víctima de una medida del gobierno venezolano que se afirmaba había vuelto imposible el cumplimiento del objeto social. Los comisionados estado-unidense y venezolano coincidieron en desestimar la reclamación, si bien llegaron a tal disposición por caminos diferentes, pero por igual acertados. El comisionado estadounidense Bainbridge, después de hacer notar que “si hubiera alguna reclamación contra Venezuela solo los administradores de la Compañía o el síndico de la misma en caso de disolución, podrían entablarla”, admitió sin embargo el “locus standi” del accionista, en base a que la sociedad había quedado automáticamente disuelta al volverse imposible el objeto social. No obstante, no hizo lugar al reclamo de Kunhardt, en base al carácter indeterminado del daño, expresando: “el verdadero interés de Kunhardt es un derecho en equidad a su parte proporcional en los bienes de la compañía, después que los acreedores de la sociedad hayan sido pagos. Un elemento no solo importante, sino esencial de prueba para determinar la medida real del daño sufrido por el reclamante falta totalmente en este caso. No se ha formulado prueba del monto del pasivo de la sociedad, aun cuando la existencia de deudas sociales es evidente. El valor de las acciones de una sociedad y la medida del interés de un accionista en la propiedad social dependen en forma absoluta de la relación que el activo de la compañía guarde con sus obligaciones. La ausencia de tal prueba en este caso hace imposible determinar el interés de Kurhardt Co. en la concesión o la cuan-

25 Ver en For. Rel. U.S. 1928 - II, p. 972.

26 For Rel. U.S. 1928, p. 970.

tía de la pérdida sufrida por el reclamante. El reclamo debe ser, por lo tanto, desestimado” ²⁷.

Y el comisionado venezolano Paul negó el locus standi del accionista de una sociedad anónima venezolana, sosteniendo que “constituyendo el hecho fundamental del reclamo la anulación que se pretende ilícita de una concesión a una compañía venezolana, el reclamante necesariamente debe ser el propietario titular de tal concesión, y tal propietario es la única persona facultada a reclamar restitución, a través de sus representantes jurídicos autorizados”. Después de hacer notar que conforme al derecho comercial venezolano, la imposibilidad del objeto social obliga a proceder a la disolución de la sociedad, pero no entraña su desaparición automática ni inmediata, y que esta posee una personalidad jurídica destintamente separada de los accionistas, agrega que mientras dure la existencia de la compañía “la integridad de los derechos corporativos permanece en la corporación misma, y su ejercicio está especial y legalmente encomendado, por el derecho común, por las disposiciones de los códigos de comercio y por el contrato social, el administrador de la sociedad o su consejo directivo. Por consiguiente, los mencionados derechos no pueden ser ejercidos por ninguna persona distinta a los directores de la compañía. Kurnhardt no tiene capacidad jurídica para aparecer ante la Comisión como reclamante por daños originados por una ruptura de contrato cuyos derechos y obligaciones habían sido mutuamente establecidos únicamente entre el Gobierno de Venezuela y la Compañía Anónima Transportes en Encontrados” ²⁸.

La Comisión Mixta holanda-venezolana adoptó una resolución semejante, negando el “locus standi” de Baasch y Romer como accionistas de una sociedad anónima venezolana. Este laudo es particularmente interesante y significativo porque se funda en la diferencia que existe por un lado, entre la sociedad personal, cuya personería jurídica distinta y separada no es un principio jurídico reconocido por todas las legislaciones y por lo tanto intocable, sino una regla técnica descartable por motivos de equidad, y por otro lado, la sociedad anónima, que es una persona jurídica cuya contextura como tal el orden internacional debe tomar en cuenta y reconocer.

Los reclamantes Baasch y Romer se presentaron en calidad de sucesores de una sociedad colectiva de cuatro personas, tres de ellas de nacionalidad holandesa, y también como liquidadores de otra sociedad personal de seis personas, cuatro de ellas de nacionalidad holandesa, y formularon

27 IX R.I.A.A. p. 174-5.

28 Ibid, pág. 179

tres reclamos en nombre de la primera y cuatro reclamos en nombre de la segunda. Los seis primeros reclamos versaban sobre suministros y pagos hechos al Estado de Venezuela y al ejército o a revolucionarios exitosos. La Comisión Mixta, autorizada por el protocolo para decidir "sobre bases de absoluta equidad, sin consideración a objeciones de naturaleza técnica o las disposiciones de la legislación nacional" ²⁹, descartó la personería de las sociedades personales y "concedió los reclamos en proporción a los intereses holandeses de los miembros de las mismas" o sea, tres cuartos de los tres primeros reclamos y cuatro sextos de los tres siguientes.

Pero el séptimo reclamo presentaba un aspecto distinto. Allí la sociedad personal colectiva comparecía en calidad de accionista de la Sociedad Anónima venezolana Compañía de Luz Eléctrica de Barquisimeto y reclamaba por el importe total de sus acciones debido a que esta sociedad anónima había quebrado a raíz de que sus instalaciones habían sido destruidas en la guerra civil. El tribunal, que había aplicado la autorización acordada por el protocolo para dejar de lado objeciones de naturaleza técnica no consideró que la objeción formulada por el abogado de Venezuela invocando la personería jurídica de la compañía de Luz Eléctrica de Barquisimeto tuviera ese carácter puramente técnico. Dijo el árbitro en discordia Plumley: "NO es necesario considerar por más tiempo este reclamo, sino acceder a la posición tomada por el ilustrado agente del gobierno venezolano. Se trata de una compañía venezolana creada y existente conforme a y por virtud de las leyes de Venezuela y tiene su domicilio en Venezuela. Esta Comisión Mixta carece de jurisdicción sobre el reclamo. Es la propiedad de la compañía la que ha sido dañada. Esta puede tener un título legítimo para reclamar ante los Tribunales venezolanos, pero no tiene "ius standi" aquí. El hecho de que los accionistas sean holandeses no afecta la cuestión. La nacionalidad de la Compañía es la sola cuestión a ser considerada" ³⁰.

Un tercer laudo venezolano que también corrobora los principios expuesto es el resuleto por la Comisión Mixta germano-venezolana, en el asunto Brewer, Moller y Compañía. También aquí esta sociedad personal reclamaba por una serie de conceptos: daños de guerra; actos de piratería; daños causados por clausura de puertos y correos y un noveno ítem versaba sobre "la participación del reclamante en el reclamo de la compañía de Navegación del Lago Maracaibo y del Río Catacumbo". Resulta del laudo que era esta una asociación de capitales, dotada de personería, en la cual, conforme a la legislación venezolana, "las personas que participan en las

ganancias o pérdidas no tienen derecho de propiedad en los efectos y bienes de la asociación, ni siquiera en aquello que ellos han contribuido. Su solo derecho es recibir una rendición de cuentas de lo aportado y los beneficios o pérdidas de la operación". El comisionado alemán sostuvo que la defensa, venezolana de la personería separada de esta asociación comercial de capitales era una objeción técnica que debía ser desechada por la Comisión, conforme a un protocolo similar al holando-venezolano.

El árbitro en discordia Duffield declaró que "no le era posible considerar la objeción del Comisionado de Venezuela como una objeción técnica, en el sentido del protocolo. Ciertamente bajo el protocolo esta Comisión no puede asumir jurisdicción sobre un reclamo que no es propiedad de un súbdito alemán". "Si los asociados alemanes solo tienen un derecho a que se les rinda cuentas de su contribución y las ganancias resultantes, no son los propietarios, jurídicamente hablando del crédito ni de interés alguno en el mismo". Asimismo el árbitro se planteó la dificultad de la indeterminación del reclamo, propia de toda reclamación de accionistas de capital, como un motivo adicional para desestimarla. "Resulta del código de comercio que en caso de fracasar la actividad de la empresa... los contribuyentes sufrirán la pérdida de toda su contribución de capital, si esa es la proporción de las pérdidas totales, después de lo cual se les considera acreedores pro-tanto por su contribución. Es por consiguiente enteramente incierto del punto de vista jurídico si van a recibir, al rendirse cuentas, una parte del reclamo contra el Gobierno" ³¹.

IV — La admisión española acerca de la protección del accionista ante el estado de nacionalidad de la Compañía.

Ante estos antecedentes diplomáticos y arbitrales tan concluyentes, y que rechazan por igual, o quizás con mayor fuerza aun, la protección del accionista ante el Estado de nacionalidad de la compañía, no parece corresponder a las reglas vigentes la posición de España que, tanto en las negociaciones diplomáticas previas con Bélgica, como ante la Corte, concedió este punto y se mostró dispuesta a admitir la validez de la protección del accionista cuando ella se ejerce respecto del Estado de nacionalidad de la compañía anónima. La explicación de esta posición es la influencia que puedan haber tenido reputados estudios doctrinarios sobre el punto como los de De Visscher ³² y Mervyn Jones ³³ aceptando esta distinción.

³¹ X R.I.A.A. p. 433 - 435.

³² Charles de Visscher De la protección diplomatique des actionnaires d'une société contre l'état sous la législation duquel celle société s'est constituée", *Revue de droit international et de Legisl. comparée*, 1934, p. 624 sigts. Paul de Visscher, *La protection diplomatique des personnes morales*, *Recueil des Cours* 1961 - I p. 399 s.

³³ Op. cit. (34) 1964 I.C.J. Reports p. 58 - 9.

²⁹ Protocolo de 28 de febrero de 1903 - X R.I.A.A. p. 709.
³⁰ X R.I.A.A. p. 723-727. El subrayado no figura en el original.

Es indudable que esta concesión española representó como no dejaron de hacerlo notar los abogados belgas, “una brecha enorme abierta por el demandado mismo en su sistema de defensa”. A España la perjudicó esta reiterada admisión de que un Estado puede proteger a los accionistas de una sociedad anónima cuando esta última posee la nacionalidad del Estado demandado. Esto da lugar de inmediato a un ineludible argumento “a fortiori”, que no dejó de ser formulado por los abogados belgas: si Uds. admiten que se puede proteger en ese caso, que es el más difícil y extremo, porque se atenta contra una personería jurídica creada por la propia ley del Estado demandado, ¿qué motivo habría para negar tal protección en los demás casos? La fuerza lógica de esta argumentación “a fortiori” es difícilmente rebatible y exclusivamente en ella se basa, por ejemplo, el Juez Koo para llegar en su opinión separada a una conclusión favorable a la protección del accionista³⁴.

A nuestro juicio, esta equivocada admisión debiera ser rectificadora y retirada por España en la fase de fondo del asunto. Se trata de una cuestión de derecho y no de hecho; de un punto de vista o interpretación probablemente equivocado, acerca del derecho internacional en vigor en la materia. Todo litigante está siempre a tiempo de enmendar un error con respecto al derecho aplicable, incluso si ha mantenido una tesis jurídica distinta en la fase diplomática o preliminar del litigio. Por otra parte, las sucesivas demandas y alegaciones belgas no demuestran un cuidado excesivo en la consistencia y continuidad de los puntos de vista aducidos, por lo que tampoco cierto deber de lealtad procesal podría obligar al demandado a aferrarse tenazmente a doctrinas jurídicas que se revelan en desacuerdo con los hechos, a la luz de un estudio más vasto del problema, llevado a cabo en una escala geográfica más extendida y universal.

Pero aún, sino se rectificara esta posición ante la Corte, este organismo no podría —como lo ha hecho el Juez Koo— fundar exclusivamente sus conclusiones de derecho en las tesis alegadas o concedidas por las partes. El poder de disposición de éstas no es al respecto total, ya que la Corte debe fallar con arreglo al Derecho Internacional y “iura novit curia”.

La verdad es que en el derecho internacional común, y a menos que existan pactos expresos entre las partes estableciendo una regla diferente, como en el caso de la bahía de Delagoa, no se puede proteger al accionista mientras la sociedad anónima conserva su personería jurídica, ya sea tanto respecto del Estado de nacionalidad de la sociedad como respecto de cualquier otro Estado y recién se puede protegerla cuando la personería jurídica de la sociedad se ha extinguido.

No es que existan, pues, dos excepciones a la regla que prohíbe la protección del accionista: una primera, la del Estado de nacionalidad de la compañía, y una segunda, cuando se ha extinguido la personalidad social. Sólo existe la segunda, que no es en rigor tal excepción, pues cuando la personería moral se ha extinguido no puede hablarse de accionistas, sino de ex-accionistas. En aquellos ejemplos que se invocan para sustentar la protección de la sociedad contra el Estado de nacionalidad de la misma, la protección se ejerció, no porque la compañía fuera nacional del Estado contra el cual se actuaba, sino porque en esos casos, como ya lo señalaba el Reino Unido en la recordada nota de 1928, se había extinguido la personería social. No es que se atravesase el velo corporativo, sino que éste ha caído por sí solo.

Se afirma que las consideraciones de justicia imponen reconocer la protección del accionista contra el Estado de nacionalidad de la sociedad, ya que, sino fuera así, “siendo el Estado culpable el mismo de la nacionalidad de la sociedad en cuestión, no habría ninguna posibilidad de reparación conforme el derecho internacional”³⁵. Pero fuera de que las normas vigentes de protección diplomática no evidencian una preocupación exclusiva por consideraciones de justicia individual, debe observarse además que siempre tienen los accionistas extranjeros de una sociedad la posibilidad de poner término voluntariamente a la misma y, con ello, abrir la puerta a la protección del accionista por el Estado de su propia nacionalidad.

V — La discusión de conveniencia

Se aducen, por último, argumentos de conveniencia en favor de la protección por actos contra la sociedad anónima, aun antes de extinguirse la personería jurídica de ésta.

Así, por ejemplo, los alegatos escritos y orales de Bélgica ante la Corte hacen caudal de que solo de esta manera se afianza la seguridad de las inversiones efectuadas en el extranjero; únicamente así, se toman en cuenta, mediante un desarrollo progresivo del orden jurídico internacional, las nuevas situaciones creadas por el auge de las grandes sociedades financieras en las cuales el estatuto de derecho interno es, muy a menudo, distinto de la nacionalidad de los accionistas y, por último, en esta forma se asegura la protección del inversor extranjero en aquellos casos en que el Estado de nacionalidad de la compañía se desinteresa de su suerte, justamente porque todos o la mayoría de los accionistas no son sus nacionales.

³⁵ Opinión separada del Juez Koo, 1964 I.C.J. Reports p. 58.

Se dice que entonces los lesionados se verían privados de toda protección diplomática, a menos que se introduzca un *correctivo*.

Esta argumentación “ab inconvenienti” es también susceptible de invocarse, a nuestro juicio con mayor fuerza, en el sentido opuesto. Como ha hecho notar Mervyn Jones, “si un Estado del que la compañía no es nacional, pudiera formular reclamos respecto de un agravio inferido a la compañía meramente porque hay accionistas de su nacionalidad que han experimentado pérdidas, el resultado sería tan caótico en el plano internacional como el que existiría en el derecho interno si cualquiera grupo de accionistas estuviera facultado para actuar judicialmente en cualquier caso en que la compañía ha experimentado perjuicios. . . La posición del gobierno de nacionalidad de la compañía y la del Estado contra el cual se formula el reclamo se volverían intolerables. Podría bien ocurrir, en tales circunstancias, que el número de posibles Estados reclamantes respecto de un daño a una gran compañía, comprendiera a la mitad de los Estados del mundo. Además, los accionistas extranjeros son, con frecuencia, compañías ellas mismas, con lo cual el proceso podría prolongarse “ad infinitum”³⁶.

El carácter anónimo de las sociedades, la circunstancia de que en la mayor parte de las legislaciones los títulos accionarios son al portador y otras particularidades propias del carácter eminentemente mercantil de dichos certificados, facilitarían, como ya observaba el canciller argentino Irigoyen en 1876, arreglos tendientes a que determinados Estados interesados en ejercer protección en un caso dado pudieran aparecer como autorizados a ejercerla. Como decía, en otro contexto, el Juez Parker como árbitro tercero en la Comisión de reclamaciones germano-estadounidense, “ello abriría la puerta a abusos y podría dar por resultado el convertir a una nación poderosa en una agencia de reclamaciones internacionales”³⁷.

De admitir esta tesis se promovería un desarrollo enorme y maligno, un verdadero “neoplasma” de la protección diplomática que, por sus propios excesos, acarrearía la muerte de esta institución.

Pero, a nuestro juicio, lo importante no es saber quién tiene razón en esta discusión de conveniencia, sino señalar que ella es totalmente improcedente, que carece de relevancia para decidir el problema jurídico en juego, o sea si conforme al Derecho Internacional general en vigor, corresponde o no la protección anticipada o “impaciente” del accionista, antes de extinguida la personería jurídica de una sociedad anónima. Nos pa-

36 Op. cit. p. 234.
37 VII R.I.A.A. p. 141.

rece absolutamente inadecuado el método pragmático seguido por el Juez Koo cuando expresa “lo que es pertinente en la cuestión bajo consideración es determinar cuál es el punto de vista más razonable y más práctico a adoptar en lo que concierne a la protección de los accionistas”³⁸.

El juez internacional, al determinar cual es el derecho vigente, no actúa con la libertad de un legislador para escoger la regla que le parezca más razonable y más práctica, particularmente en una materia como ésta de la protección diplomática, cuyas normas han surgido de un enfrentamiento entre tesis opuestas, particularmente entre ciertos Estados europeos y latino-americanos.

Las reglas vigentes del Derecho Internacional general o común en materia de reclamaciones internacionales que han surgido de ese enfrentamiento —la necesidad de que toda reclamación sea patrocinada por un Estado; el carácter facultativo de ese patrocinio; la necesidad de que el Estado que patrocina sea el de nacionalidad de la persona agraviada; el carácter continuo de esta exigencia de nacionalidad, desde el momento de la comisión del acto hasta el de la decisión del pleito; el requerimiento de la violencia directa de un derecho como base para toda reclamación; la exigencia de que el daño sea determinado y cierto; la regla del previo agotamiento de los recursos internos todas ellas, a pesar de su carácter de normas jurídicas vigentes, han sido más de una vez criticadas como ilógicas y conducentes a injusticias y a resultados fortuitos en algunas de sus aplicaciones prácticas.

Se ha observado así la injusticia e inconveniencia de que los apátridas y las personas de la nacionalidad del Estado infractor, se vean privadas de protección; la circunstancia, inequitativa para el individuo afectado, de que si ocurre un cambio de nacionalidad, aún involuntario, ningún Estado será capaz de ejercer protección³⁹; la desaparición de la reclamación si el extranjero agraviado deja herederos de distinta nacionalidad; finalmente, la circunstancia de que si el Estado de nacionalidad del individuo o de una compañía declina ejercer protección por cuenta de ellos, los acreedores del individuo o los accionistas de la sociedad pueden quedar desamparados. A este respecto cabe acotar que la situación de una sociedad no es tan grave como la del particular, ya que los accionistas pueden extinguir la compañía y abrir así la posibilidad de protección por el Estado de su propia nacionalidad.

38 1964 I.C.J. Reports p. 55.

39 Ver la opinión disidente de Juez Van Eysinga respecto del fallo de la Corte Permanente en A/B 76, p. 35.

Alguna de estas observaciones pueden ser ciertas, pero tales críticas al derecho vigente realmente pierden de vista la razón de ser de las normas jurídicas intrnacionales existentes sobre protección diplomática. La perfecta y completa protección del extranjero; la seguridad total y absoluta de las inversiones internacionales, no constituyen la razón de ser ni la "ratio legis" de estas normas del Derecho Internacional consuetudinario. Los intereses que tales normas toman en cuenta y protegen no son exclusivamente intereses individuales, sino sobre todo intereses de Estados y, fundamentalmente, el interés de los Estados en el mantenimiento de un sistema equilibrado que, por un lado, acuerda una cierta, aunque limitada, medida de protección a los intereses e inversiones extranjeras y, por otro, respeta la soberanía y jurisdicción doméstica del Estado territorial.

Las reglas vigentes, que hemos reseñado más arriba, representan las condiciones esenciales, resultantes de un proceso de desarrollo histórico, conforme a los cuales el Estado territorial se halla dispuesto a aceptar reclamaciones presentadas por otros Estados, relativas a personas que residen, o poseen intereses, en su territorio. Tales reglas del Derecho Internacional general, tomadas en su conjunto, constituyen una especie de "modus vivendi", una trasacción o compromiso equilibrado, que se ha desarrollado y ha sido aceptado en forma gradual y pacífica, tanto por los Estados interesados en extender el alcance de su protección diplomática, como por los Estados interesados en restringir ese alcance.

Si bien los Estados soberanos tienen plena discreción para acordar entre sí, mediante convenios expresos, los *correctivos* o modificaciones que estimen justos o necesarios a tales reglas, sería sumamente peligroso para la normalidad y estabilidad de las relaciones internacionales que el juez, en función investigatoria e interpretativa del derecho internacional vigente, se sintiera autorizado a retocar o introducir *correctivos* en los rasgos fundamentales de ese "corpus juris" consuetudinario que reglamenta la protección diplomática, autorizando, por ejemplo, una "protección diplomática de reemplazo" en favor del Estado de nacionalidad de los accionistas, en base a consideraciones subjetivas acerca de lo que ese juez entienda ser "lo más razonable y lo más práctico".

MARCO F. MOYANO FORERO

LA SUCURSAL EN COLOMBIA DE LAS SOCIEDADES DOMICILIADAS EN EL EXTERIOR

Motivo de frecuentes equívocos y aun objeto de persistentes debates entre quienes trajinan estos arduos menesteres del derecho comercial, ha sido el tema de las sucursales establecidas en el país, de sociedades domiciliadas en el extranjero, con negocios de carácter permanente en Colombia.

No pocas veces han llegado hasta afirmar algunos mercantilistas que por el hecho de establecer una sociedad extranjera negocios de tal índole dentro del territorio colombiano, no puede hablarse de sucursal, propiamente dicha, sino de la simple incorporación de la respectiva sociedad comercial en el país, sin que deba atenerse a las normas especiales que rigen entre nosotros sobre ciertas formalidades expresamente exigidas por nuestra legislación vigente, tales como el señalamiento del término de la duración de dichos negocios o como la fijación de las causales para la extinción de los mismos en Colombia.

Arguyen al efecto que le basta a la sociedad incorporada haber dado cumplimiento, en la época de su incorporación, a los preceptos legales vigentes entonces para obtener autorización de la autoridad competente para ejercer su objeto en el país, sin que deba sujetarse a ulteriores ordenamientos, por haber adquirido con ello derechos que no pueden ser vulnerados ni desconocidos por leyes posteriores, y porque, en el sentir de quienes así se pronuncian, no puede hablarse de dos entes jurídicos, sociedad y sucursal, puesto que se trata de una misma persona jurídica con negocios