

JUSTICIA EN LAS AMÉRICAS

Blog de la Fundación para el Debido Proceso

Los Derechos de Accionistas Insuficientemente Protegidos por la CIDH

AGOSTO 3, 2021



Arturo C. Porzecanski*

El principio bajo el cual un Estado incurre en responsabilidad internacional cuando expropia la propiedad de inversionistas extranjeros sin una compensación adecuada está bien establecido en el derecho internacional. Cláusulas relacionadas con la protección de la propiedad en el extranjero pueden encontrarse en acuerdos internacionales que datan de finales del siglo XIX; pero a raíz de la conclusión de miles de tratados bilaterales y regionales de inversión y comercio durante la década de 1990 y principios de los 2000, ahora las cláusulas relacionadas con la protección de inversiones transfronterizas se han vuelto comunes en casi todos los países alrededor del globo.

Sin embargo, aún están por aclararse algunos aspectos de la responsabilidad internacional de un Estado cuando decide expropiar sin compensación la propiedad de sus propios ciudadanos. Exceptuando a los inversionistas locales en Europa, prácticamente todos los demás alrededor del globo han tenido que atenerse a los remedios judiciales disponibles bajo las leyes de sus respectivos Estados. En el caso de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (vigente desde 1953) especificó que “toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes” y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2012) condicionó toda privación al pago “en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida”. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos le ha dado fuerza a esas cláusulas a través de fallos emblemáticos.

Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos incluyó varios artículos enumerando derechos fundamentales de naturaleza económica, con el artículo 17 explicitando el derecho a la propiedad del cual nadie será privado arbitrariamente. Sin embargo, mientras tratados y declaraciones regionales subsiguientes —la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (1978), la Carta Africana Sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), la Carta Árabe de Derechos Humanos (2004) y la Declaración de Derechos Humanos de los Estados del Sudeste Asiático (2012)— también reconocen los derechos a la propiedad, lo hacen en formas limitadas. Solo la Carta Árabe incluye un derecho pleno a la propiedad privada, y en general sus protecciones contra expropiaciones y regulaciones onerosas son débiles. Por otro lado, ni la Carta Africana ni la Árabe ni la del Sudeste Asiático hacen mención de un derecho a la compensación.

El artículo 21 de la **Convención Americana** establece que “toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes” y que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa”. Sin embargo, en América Latina, olas periódicas de nacionalismo y populismo, inestabilidad política y políticas económicas que desconocen el libre mercado —combinadas con tierras urbanas y rurales crónica e ilegalmente ocupadas y no tituladas— han debilitado los derechos de propiedad y el imperio de la ley. Inclusive en las naciones donde el **derecho a la propiedad** está consagrado en sus constituciones, los gobiernos lo han pisoteado, confiscando la propiedad de sus conciudadanos, ya sea directamente a través de expropiaciones sin compensación justa y célere, o indirectamente a través de impuestos agobiantes, controles de precios, devaluaciones monetarias y otras intervenciones estatales dañinas, que disminuyen el valor de los activos y llevan a la bancarrota de algunos empresarios.

Y cuando pareciera que el derecho a la propiedad está firmemente establecido, resulta difícil hacer respetarlo, debido a demoras en los procesos judiciales, las diversas posibilidades de apelación, la corrupción ocasional o endémica y la débil independencia judicial. En algunas circunstancias y jurisdicciones, los y las inversionistas a veces pueden evitar algunos de los inconvenientes de litigios eternos aceptando un proceso arbitral. Sin embargo, en la mayoría de los países es prácticamente imposible entablar un pleito y ganarle al gobierno de turno por tomas de propiedad o por pérdidas sufridas en inversiones —mismo cuando el litigio involucra abusos cometidos por administraciones pasadas.

Un número pequeño de accionistas latinoamericanos en compañías y bancos han buscado justicia más allá de sus fronteras, presentando peticiones para eventual consideración por la Corte Interamericana de Derechos Humanos [la Corte], cuyas decisiones son legalmente vinculantes para los Estados. Sin embargo, solo un puñado de esas peticiones relativas al artículo 21 han resultado en casos sobre los cuales la Corte ha emitido sentencias. Por consecuencia, hay muy poca jurisprudencia

interamericana para guiar a los inversionistas y gobiernos sobre qué es y no es permitido respecto al “uso y goce” de bienes.

Dichos peticionarios enfrentan dos grandes obstáculos. Primero y más importante, bajo las interpretaciones consolidadas de la Convención Americana y de los instrumentos regionales relacionados —inclusive los códigos civiles de una variedad de países de América Latina— a las personas naturales se les reconocen el goce de derechos humanos, pero a las personas jurídicas no. El preámbulo de la Convención estipula que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana.” Además, su artículo 1[1] establece que los Estados deben “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”, y su artículo 1[2] especifica que “para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

Sin embargo, en el caso *Cantos Vs. Argentina* (2001), la Corte reconoció la potencial arbitrariedad que podría surgir de ignorarse que detrás de toda **persona jurídica** está un ser humano con derechos protegidos:

[S]i un hacendado adquiere una máquina cosechadora para trabajar su campo y el gobierno se la confisca, tendrá el amparo del artículo 21. Pero, si en lugar de un hacendado, se trata de dos agricultores de escasos recursos que forman una sociedad para comprar la misma cosechadora, y el gobierno se la confisca, ellos no podrán invocar la Convención Americana porque la cosechadora en cuestión sería propiedad de una sociedad.

Por ende, la Corte aceptó que hay una diferencia entre los derechos de los accionistas de una empresa y los de la empresa en sí. La sentencia sobre *Cantos* indicó que “si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la **Convención Americana** [...] Esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al **Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos** para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho.”

El segundo obstáculo es que todos los reclamos sobre derechos violados deben pasar la inspección de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión, o **CIDH**). Su plantel de abogados y consultores hacen una determinación inicial sobre si las peticiones incluyen una posible violación de derechos protegidos, agotaron las instancias judiciales en las cortes nacionales, y cumplen con todas las formalidades necesarias previstas en los artículos 46 y 47 de la Convención Americana. La gran mayoría de las peticiones son rechazadas; por ejemplo, en 2020, el 78 por ciento de ellas fueron desestimadas en esta etapa. Aquellas que superan la etapa de estudio inicial pasan a las etapas de admisibilidad y de mérito, lo cual involucra un detallado análisis por parte de los abogados, consultas con el gobierno relevante —incluyendo

para tratar de llegar a un acuerdo amistoso entre las partes— y, si no hay resolución satisfactoria, la Comisión llega a sus conclusiones tomando en consideración la documentación suministrada por ambas partes.

A principios de 2016, en respuesta a una solicitud del gobierno de Panamá, la Corte dio a conocer una bienvenida **opinión consultiva** interpretando los derechos de las personas jurídicas en las Américas. Ella indicó que las personas jurídicas no son titulares de los derechos establecidos en la Convención, con la excepción de las organizaciones que representan a comunidades indígenas y de trabajadores (por ejemplo, las organizaciones sindicales). Sin embargo, reconoció que puede haber situaciones en las cuales las personas naturales ejercen sus derechos a través de personas jurídicas, como ocurre en el caso de los medios de comunicación y que potenciales coincidencias como estas “deberá[n] ser analizada[s] en cada caso”.

Por otro lado, la Corte eliminó la barrera que las personas naturales, como los accionistas o socios de una empresa u otra propiedad, enfrentaban para poder acudir al **Sistema Interamericano** cuando por disposiciones del derecho de su país ellos no podían agotar directamente los recursos locales en su nombre, en calidad de personas naturales. En sus propias palabras, “la interposición de recursos por parte de personas jurídicas no implica *per se* que no se hayan agotado los recursos internos por parte de las personas físicas titulares de los derechos convencionales”.

Hasta la publicación de esta **opinión consultiva**, la Comisión se había rehusado a admitir un gran número de peticiones presentadas por personas jurídicas (inclusive sindicatos de trabajadores) o en casos donde los recursos judiciales internos habían sido agotados por una **persona jurídica** en vez de una persona natural. Un viejo e infame ejemplo es el rechazo, en 1991, de una petición presentada en contra de Perú por 105 accionistas individuales del Banco de Lima, por el intento en 1987 de expropiar ese y todos los otros bancos del país, sin una justificación basada en el interés público, el pago previo de compensación justa o cumplimiento con los procedimientos establecidos en la constitución de Perú. En esa ocasión, la Comisión concluyó que “el **derecho a la propiedad** es un derecho personal y la Comisión tiene atribuciones para proteger los derechos de un individuo cuya propiedad es confiscada, pero no tiene jurisdicción sobre los derechos de personas jurídicas, tales como compañías o, como en este caso, instituciones bancarias”.

Uno esperaría, por ende, que, a raíz de la opinión de la Corte de 2016, la Comisión hubiese actualizado su criterio al tramitar denuncias de presuntas violaciones del artículo 21 de la Convención. Desafortunadamente, no hay evidencia de ello. En 2019, la petición (*Michelsen y otros Vs. Colombia*) de los accionistas de Bermúdez y Valenzuela S.A., una empresa financiera que la Superintendencia Bancaria aparentemente tomó injusta posesión en 1999 con el objeto de liquidarla, fue declarada inadmisibile porque los recursos presentados en Colombia buscaron justicia para la empresa y no para sus accionistas.

Asimismo, en 2020, una petición (*Vieitez Vs. Argentina*) del principal accionista de una empresa familiar, Pasadena S.A., la cual, a partir de 1988, pasó por un proceso de quiebra supuestamente irregular, fue declarada inadmisible porque el peticionario había actuado y agotado los recursos de la jurisdicción interna en favor de los derechos de Pasadena y no los suyos como persona natural. Y, en las últimas semanas, una petición (*Cerviño Vs. Argentina*) del dueño de un negocio familiar, ASCHA S.A., la víctima de presuntas decisiones judiciales arbitrarias en procesos que tuvieron lugar durante 2002-2014, fue declarada admisible únicamente porque él había sido la presunta víctima de una campaña de hostigamiento e intimidación que no fue investigada por la policía —y no por la queja de violación de sus derechos bajo el artículo 21 relacionado con ASCHA S.A., por ser esta una entidad diferente de la del peticionario.

El trato dado por la Comisión a estas tres peticiones fue homogéneo: sus informes se leen como si hubieran sido escritos antes de que la opinión consultiva de la Corte fuera dada a conocer en 2016. Es muy revelador que ninguno de ellos siquiera hizo mención a la existencia de dicha **opinión consultiva**. Destaca el hecho de que los informes citan pasajes con criterios y lenguaje obsoletos, tomados de viejos informes de la Comisión de fechas 2005 y 2010. Mientras los peticionarios argumentaron que sus empresas eran meros vehículos para representar y defender sus derechos humanos, en particular bajo el artículo 21 de la Convención, los abogados de la Comisión no aceptaron que las personas naturales puedan ejercer sus derechos a través de personas jurídicas, y que dichas situaciones “deberá[n] ser analizada[s] en cada caso”. Ellos tampoco reconocieron que los peticionarios podían haber cumplido con el requisito de agotar los recursos de la jurisdicción interna y, por ende, tenían el derecho de presentar sus peticiones, a pesar de haber utilizado la figura de sus personas jurídicas para defender sus derechos humanos porque su régimen legal los había obligado a hacerlo.

En conclusión, pareciera que los abogados de la Comisión han estado procesando las peticiones que involucran presuntas violaciones a los derechos de propiedad en forma dogmática y superficial. Hasta que la Comisión incorpore la letra y el espíritu de la **opinión consultiva** de la Corte de fecha 2016 en la evaluación de la admisibilidad de dichas peticiones, los derechos humanos de los accionistas latinoamericanos seguirán estando insuficientemente protegidos por el **Sistema Interamericano de Derechos Humanos**.

*Economista distinguido en residencia, American University, y Global Fellow, The Wilson Center, Washington, DC.

<https://dplfblog.com/2021/08/03/los-derechos-de-accionistas-insuficientemente-protegidos-por-la-cidh/>