

84. CASO RELATIVO A ELETTRONICA SICULA S.p.A. (ELSI)

Fallo de 20 de julio de 1989

En su fallo, la Sala de la Corte constituida para conocer del caso relativo a Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) rechazó una excepción de Italia a la admisibilidad de la solicitud y dictaminó que la República Italiana no había cometido ninguna de las transgresiones alegadas por los Estados Unidos del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre las partes firmado en Roma el 2 de febrero de 1948, ni del Acuerdo Complementario de ese Tratado. En consecuencia, rechazó la petición de reparación hecha por los Estados Unidos.

*
* * *

La composición de la Sala fue la siguiente: *Presidente*: Ruda; *Magistrados*: Oda, Ago, Schwebel y Sir Robert Jennings.

*
* * *

El texto completo de la cláusula dispositiva del fallo es el siguiente:

“LA SALA,

“1) Por unanimidad,

“*Rechaza* la objeción interpuesta por la República Italiana a la admisibilidad de la solicitud presentada en el caso por los Estados Unidos de América el 6 de febrero de 1987;

“2) Por cuatro votos contra uno,

“*Dictamina* que la República Italiana no ha cometido ninguna de las transgresiones del Tratado de amistad, comercio y navegación entre las partes, firmado en Roma el 2 de febrero de 1948, ni del acuerdo complementario de ese Tratado, firmado entre las partes en Washington el 26 de septiembre de 1951, que se aducen en la solicitud.

“VOTOS A FAVOR: *Presidente* Ruda; *Magistrados* Oda, Ago y Sir Robert Jennings.

“VOTO EN CONTRA: *Magistrado* Schwebel.

“3) Por cuatro votos contra uno,

“*Rechaza*, en consecuencia, la solicitud de reparación presentada contra la República Italiana por los Estados Unidos de América.

“VOTOS A FAVOR: *Presidente* Ruda; *Magistrados* Oda, Ago y Sir Robert Jennings.

“VOTO EN CONTRA: *Magistrado* Schwebel.”

*
* * *

El Magistrado Oda agregó una opinión separada al fallo y el Magistrado Schwebel le agregó una opinión disidente. En sus opiniones, esos Magistrados expusieron y explicaron las posiciones que adoptaban respecto a ciertas cuestiones tratadas en el fallo.

Actuaciones y presentaciones de las partes
(Párrafos 1 a 12)

La Sala comienza por recapitular las diversas etapas de las actuaciones, recordando que el presente caso se refiere a una controversia en la que los Estados Unidos de América alegan que Italia, por sus actuaciones respecto a una empresa italiana, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, que era de propiedad absoluta de dos sociedades estadounidenses, Raytheon Company (“Raytheon”) y Machlett Laboratories Incorporated (“Machlett”), ha violado ciertas disposiciones del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre las dos partes concertado en Roma el 2 de febrero de 1948 (“el Tratado ACN”) y el Acuerdo Complementario del mismo concertado el 26 de septiembre de 1951.

Orígenes y evolución del litigio
(Párrafos 13 a 45)

En 1967, Raytheon poseía el 99,16% de las acciones de ELSI, perteneciendo el 0,84% restante a Machlett, que era también una filial de propiedad absoluta de Raytheon. ELSI estaba establecida en Palermo, Sicilia, donde tenía una fábrica para la producción de componentes electrónicos; en 1967, tenía una fuerza laboral de algo menos de 900 empleados. Sus cinco principales líneas de producción eran tubos de microondas, tubos de rayos catódicos, rectificadores de semiconductores, tubos de rayos X y protectores de subidas de voltaje.

De 1964 a 1966, ELSI obtuvo un beneficio de explotación, pero fue insuficiente para compensar sus gastos por deudas o pérdidas acumuladas. En febrero de 1967, según los Estados Unidos, Raytheon comenzó a tomar medidas para procurar que ELSI fuera autosuficiente.

Al mismo tiempo, se celebraron, entre febrero de 1967 y marzo de 1968, numerosas reuniones con sociedades y funcionarios italianos, cuyo propósito manifiesto era hallar para ELSI un asociado italiano con poder económico e influencia y estudiar las posibilidades de otro apoyo gubernamental.

Cuando resultó evidente que no era probable que esas conversaciones llevaran a un arreglo mutuamente satisfactorio, Raytheon y Machlett, como accionistas de ELSI, comenzaron a planear seriamente el cierre y la liquidación de ELSI para minimizar sus pérdidas. El Director Financiero de Raytheon preparó un análisis del balance en el que se indicaba la situación esperada al 31 de marzo de 1968. En él se indicaba que el valor en libros de los activos de ELSI era de 18.640 millones de liras; como se explica en su declaración jurada incorporada a las actuaciones, se indicaban también “las perspectivas mínimas de recuperación de valores de que podíamos estar seguros, para garantizar un proceso ordenado de liquidación”, y el valor realizable total de los activos sobre esa base (el “valor de venta rápida”) se calculaba en 10.838,8 millones de liras. La deuda total de la empresa al 30 de septiembre de 1967 era de

13.123,9 millones de liras. La "liquidación ordenada" prevista era una operación para la venta de la empresa ELSI o de sus activos, en bloque o separadamente, y la cancelación, total o parcial, de sus deudas, con cargo a los ingresos, realizándose toda la operación bajo el control de la propia dirección de ELSI. Se preveía pagar totalmente a todos los acreedores o, si sólo se obtenía el "valor de venta rápida", que los principales acreedores sin garantía recibieran alrededor del 50% de sus créditos, y que esto sería aceptable, ya que era más favorable que lo que podía esperarse en caso de quiebra.

El 28 de marzo de 1968, se decidió que la empresa cesara sus operaciones. Sin embargo, continuaron las reuniones con funcionarios italianos, en las que las autoridades italianas presionaron rigurosamente a ELSI a no cerrar la fábrica y a no despedir a los trabajadores. El 29 de marzo de 1968, se enviaron por correo cartas de despido a los empleados de ELSI.

El 1º de abril de 1968, el Alcalde de Palermo expidió una orden, efectiva inmediatamente, por la que se requisaban la fábrica de ELSI y los activos correspondientes por un período de seis meses.

Las partes discrepan sobre si, inmediatamente antes de la orden de requisa, hubo una ocupación de la fábrica de ELSI por los empleados, pero es cosa sabida que la fábrica estuvo así ocupada durante el período inmediatamente siguiente a la requisa.

El 19 de abril de 1968, ELSI interpuso una apelación administrativa contra la requisa ante el Prefecto de Palermo.

ELSI presentó el 26 de abril de 1968 una petición de quiebra, refiriéndose a la requisa como la razón por la que la empresa había perdido el control de la fábrica y no podía disponer de una fuente inmediata de recursos líquidos, y mencionando los pagos que habían vencido y no podían satisfacerse. El *Tribunale di Palermo* expidió el 16 de mayo de 1968 un decreto de quiebra.

La apelación administrativa interpuesta por ELSI contra la orden de requisa fue resuelta por el Prefecto de Palermo mediante una decisión dictada el 22 de agosto de 1969, por la que anuló la orden de requisa. Las partes discrepan en cuanto a si ese período era normal para una apelación de ese tipo.

Entretanto, el 16 de junio de 1970, los síndicos de la quiebra habían incoado ante el Tribunal de Palermo actuaciones contra el Ministro del Interior de Italia y el Alcalde de Palermo por los perjuicios resultantes de la requisa. El Tribunal de Apelación de Palermo concedió una indemnización por los daños y perjuicios causados por la imposibilidad de utilizar la fábrica durante el período de la requisa.

El procedimiento de quiebra concluyó en noviembre de 1985. La suma obtenida de la liquidación no dejó ningún remanente para su distribución a los accionistas, Raytheon y Machlett.

I. *Competencia de la Corte y admisibilidad de la solicitud: Norma de agotamiento de los recursos locales*
(Párrafos 48 a 73)

Italia presentó en su contramemoria una excepción a la admisibilidad del presente caso, basada en que, supuestamente, las dos sociedades estadounidenses, Raytheon y Machlett, en cuyo nombre presentaban los Estados Unidos su demanda, no habían agotado los recursos legales de que disponían en Italia. Las partes

conviniere en que esa excepción se conociera y fallara en el marco del fondo del asunto.

Los Estados Unidos negaban que pudiera aplicarse la norma del agotamiento de los recursos locales, ya que el artículo XXVI (la cláusula jurisdiccional) del Tratado ACN es categórico en sus términos y no está condicionado por ninguna referencia a la norma de los recursos locales. También argumentaban que, en la medida en que su petición se refería a un fallo declaratorio de un perjuicio directo causado a los Estados Unidos por la violación de sus derechos en virtud del Tratado ACN, independientemente de la controversia sobre la supuesta violación cometida respecto a Raytheon y Machlett, la norma de los recursos locales era inaplicable. La Sala rechaza esos argumentos. Los Estados Unidos señalaron también que, en ningún momento anterior a la presentación de la contramemoria del demandado en el presente litigio, sugirió Italia que Raytheon y Machlett debían demandar ante los tribunales italianos sobre la base del Tratado, y argüía que ese comportamiento equivalía a una preclusión. Sin embargo, la Sala resolvió que había dificultades para establecer una preclusión a partir de una simple falta de mención en un punto concreto de un canje diplomático algo inconexo.

Sobre la cuestión de si los recursos locales fueron agotados o no por Raytheon y Machlett, la Sala toma nota de que, en el presente caso, se alega que los perjuicios causados a Raytheon y Machlett fueron consecuencia de las "pérdidas en que incurrieron los propietarios de ELSI como resultado del cambio involuntario en el modo de disponer de los activos de ELSI": y es la orden de requisa la que se dice que causó ese cambio y constituye, por lo tanto, el núcleo de la demanda de los Estados Unidos. Por consiguiente, era procedente que la propia ELSI se valiera de los recursos locales.

Tras examinar las medidas adoptadas por ELSI en su apelación contra la orden de requisa y, más tarde, por los síndicos de la quiebra, que reclamaron una indemnización por los daños y perjuicios causados por la requisa, la Sala considera que se interpusieron ante los tribunales nacionales las acciones relativas al fondo de la reclamación presentada por el demandante ante la Sala. Italia alegó, no obstante, que era posible citar las disposiciones de los propios tratados ante los tribunales nacionales, conjuntamente con el artículo 2043 del Código Civil italiano, y que eso nunca se hizo.

Tras examinar la jurisprudencia citada por Italia, la Sala concluye que es imposible deducir cuál hubiera sido la actitud de los tribunales italianos si se hubiera planteado ante ellos esa cuestión. Como correspondía a Italia mostrar que existía un recurso local, e Italia no había podido demostrar a satisfacción de la Sala que quedaba claramente algún recurso que Raytheon y Machlett, independientemente de ELSI y de los síndicos de la quiebra de ELSI, debieran haber utilizado y agotado, la Sala rechaza la excepción de no agotamiento de los recursos locales.

II. *Presuntos incumplimientos del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación y de su Acuerdo Complementario*
(Párrafos 64 a 67)

En el párrafo 1 de sus conclusiones definitivas, los Estados Unidos alegan que:

"1) El demandado violó las obligaciones jurídicas internacionales que había contraído por el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre los dos países y el Acuerdo Complementario de ese Tratado,

y en particular violó los artículos III, V y VII del Tratado y el artículo I del Acuerdo Complementario ...”

Los actos del demandado que se alega que violaron las obligaciones que había contraído en virtud del Tratado fueron descritos por el abogado del demandante en términos que conviene citar aquí:

“En primer lugar, el demandado violó sus obligaciones legales cuando requisó ilegalmente la fábrica de ELSI el 1º de abril de 1968, lo que privó a los accionistas de ELSI de su derecho directo a liquidar los activos de ELSI de un modo ordenado. En segundo lugar, el demandado violó sus obligaciones cuando permitió que los trabajadores de ELSI ocuparan la fábrica. En tercer lugar, el demandado violó sus obligaciones cuando demoró injustificadamente la decisión sobre la ilicitud de la requisita durante 16 meses hasta inmediatamente después de que la fábrica, el equipo y los trabajos en curso de ELSI habían sido adquiridos todos ellos por ELTEL. En cuarto y último lugar, el demandado violó sus obligaciones cuando interfirió en el procedimiento de quiebra de ELSI, lo que permitió al demandado realizar su intención anteriormente expresada de adquirir ELSI por un precio muy inferior a su justo valor de mercado.”

El más importante de esos actos del demandado que el demandante alega que violaron el Tratado ACN es la requisita de la fábrica de ELSI por el Alcalde de Palermo el 1º de abril de 1968, que se alega que frustró el plan para realizar lo que el demandante denomina una “liquidación ordenada” de la empresa. Es correcto describir los demás actos impugnados del demandado como subsidiarios de esa reclamación principal, basada en la requisita y sus efectos.

A. *El artículo III del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación*
(Párrafos 68 a 191)

La violación por Italia del artículo III del Tratado ACN que alegan los Estados Unidos corresponde a la primera oración del segundo párrafo, en la que se establece:

“Los ciudadanos y las personas jurídicas y asociaciones de cada una de las Altas Partes Contratantes estarán facultados, de conformidad con las leyes y reglamentos vigentes en el territorio de la otra Alta Parte Contratante, para organizar, controlar y dirigir personas jurídicas y asociaciones de dicha otra Alta Parte Contratante que realicen actividades comerciales, industriales, de transformación, mineras, educativas, filantrópicas, religiosas y científicas.”

En relación con el presente caso, el efecto de esa oración es que Raytheon y Machlett estaban facultadas, de conformidad con las leyes y reglamentos vigentes en el territorio de Italia, para organizar, controlar y dirigir ELSI. La reclamación de los Estados Unidos se centra en el derecho a “controlar y dirigir”. La Sala considera que existe una violación de ese artículo si, como los Estados Unidos alegan, la requisita produjo el efecto de privar a ELSI del derecho y de la posibilidad práctica de vender su fábrica y sus activos para satisfacer las deudas a sus acreedores, así como los derechos de sus accionistas.

Una requisita de ese tipo equivale normalmente a una privación, al menos en gran parte, del derecho a controlar y dirigir. La referencia en el artículo III a la conformidad con “las leyes y reglamentos vigentes” no puede significar que, si un acto es conforme a las

leyes y reglamentos nacionales (como, según Italia, era la requisita), eso excluiría por sí mismo toda posibilidad de que ese acto violara el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación. El cumplimiento del derecho nacional y el cumplimiento de las disposiciones de un tratado son cuestiones diferentes.

La facultad concedida por el tratado a controlar y dirigir no puede interpretarse como una garantía de que nunca se perturbará el ejercicio normal del control y la dirección; todo sistema jurídico debe prever, por ejemplo, injerencias en el ejercicio normal de los derechos durante situaciones de urgencia pública y otras situaciones similares.

Tanto el Prefecto como el Tribunal de Apelación de Palermo resolvieron que la requisita no había estado justificada por la legislación vigente; por consiguiente, si, como parece haber ocurrido, privó a Raytheon y Machlett de los que eran en ese momento sus derechos más importantes a controlar y dirigir, podría constituir a primera vista una violación del párrafo 2 del artículo III.

No obstante, según el demandado, Raytheon y Machlett estaban ya, debido a la situación financiera de ELSI, desprovistas de esos mismos derechos de control y dirección de que alegan haber sido privados. Por consiguiente, la Sala tiene que examinar qué efecto puede haber tenido a ese respecto la situación de ELSI, primero como una cuestión práctica, y luego también como una cuestión de derecho italiano.

La esencia de la reclamación del demandante ha sido en todo tiempo que Raytheon y Machlett, que controlaban ELSI, fueron privadas por la requisita del derecho, y de la posibilidad práctica, de realizar una liquidación ordenada de los activos de ELSI, aunque el plan para dicha liquidación estaba muy condicionado por la situación financiera de ELSI.

Tras tomar nota de que la liquidación ordenada era una alternativa al propósito de mantener en funcionamiento a la empresa, de que se esperaba que la amenaza de cierre presionaría a las autoridades italianas, y de que las autoridades italianas no acudieron al rescate en condiciones aceptables, la Sala señala que la cuestión fundamental es si Raytheon, inmediatamente antes de la requisita, y después del cierre de la planta y el despido, el 29 de marzo de 1968, de la mayoría de los empleados, estaba en condiciones de realizar su plan de liquidación ordenada, incluso aunque no hubiera ocurrido la requisita.

El éxito en la ejecución de un plan de liquidación ordenada habría dependido de varios factores no controlables por la dirección de ELSI. El demandante ha presentado pruebas de que Raytheon estaba dispuesta a proporcionar liquidez y otra asistencia necesaria para efectuar la liquidación ordenada, y la Sala no ve razón para dudar de que Raytheon se había comprometido o estaba dispuesta a comprometerse en ese sentido; pero otros factores suscitan ciertas dudas.

Tras considerar esos otros factores que rigen la cuestión —a disposición de los acreedores a cooperar en una liquidación ordenada, especialmente en caso de desigualdad entre ellos, la probabilidad de que la venta de los activos produjera ingresos suficientes para pagar totalmente a todos los acreedores, las reclamaciones de los empleados despedidos, la dificultad de obtener el mejor precio para activos vendidos en un plazo muy breve, en vista de la perturbación probable en la fábrica cuando se conocieron los planes de cierre, y la actitud de la administración siciliana—, la Sala resuelve que todos esos factores apuntan hacia la conclusión de que no se ha demostrado suficientemente la viabilidad

al 31 de marzo de 1968 de un plan de liquidación ordenada, un eslabón esencial en la cadena de razonamiento en que se basa la reclamación de los Estados Unidos.

Por último, hay que considerar, aparte de las dificultades prácticas, la situación con arreglo al derecho italiano de quiebra. Si ELSI se hallaba el 31 de marzo de 1968 en una situación de insolvencia legal, y si, como alega Italia, una situación de insolvencia entraña la obligación de la empresa de solicitar su propia quiebra, entonces no habrían existido los derechos pertinentes de control y dirección que pudiera proteger el Tratado ACN. Si bien no es esencial para la conclusión de la Sala anteriormente expuesta, la evaluación de la solvencia de ELSI en relación con la ley italiana es muy pertinente.

Después de considerar la decisión del Prefecto y los fallos de los tribunales de Palermo, la Sala señala que, si sus conclusiones deben considerarse como determinaciones de que ELSI era insolvente el 31 de marzo de 1968 con arreglo al derecho italiano, o de que la situación financiera de ELSI en esa fecha era tan desesperada que resultaba insalvable, no constituye ninguna diferencia; refuerzan la conclusión de que no está suficientemente demostrada la viabilidad de una liquidación ordenada.

Si, por consiguiente, los directivos de ELSI, en el momento pertinente, no tenían ninguna posibilidad práctica de llevar a cabo con éxito un plan de liquidación ordenada bajo su propia dirección, y podían incluso haber perdido ya cualquier derecho a hacerlo con arreglo a la legislación italiana, no puede decirse que fue la requisa la que les privó de esa facultad de control y dirección. La actuación conjunta de varias causas llevó al desastre a ELSI, y los efectos de la requisa pueden, sin duda, haber sido una de ellas. La posibilidad de una liquidación ordenada es una cuestión puramente especulativa. Por lo tanto, la Sala no puede hallar aquí nada que equivalga a una violación por Italia del párrafo 2 del artículo III del Tratado ACN.

B. Párrafos 1 y 3 del artículo V del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación
(Párrafos 102 a 112)

La reclamación del demandante en virtud de los párrafos 1 y 3 del artículo V del Tratado ACN se refiere a la protección y la seguridad de los ciudadanos y de sus bienes.

En el párrafo 1 del artículo V, se prevé que “se garantizarán constantemente la protección y la seguridad” de los ciudadanos de cada una de las Altas Partes Contratantes “respecto a sus personas y bienes”; y también que, en relación con los bienes, debe interpretarse que la palabra “ciudadanos” incluye “a las personas jurídicas y las asociaciones”; al definir la naturaleza de la protección, la norma establecida es “la plena protección y seguridad sancionadas por el derecho internacional”. En el párrafo 3, se desarrolla más esa noción de protección y seguridad, al exigir que no sean inferiores a las concedidas a los ciudadanos, empresas jurídicas y asociaciones de la otra Alta Parte Contratante, ni tampoco inferiores a las concedidas a los ciudadanos, personas jurídicas y asociaciones de cualquier tercer país. Existen, por tanto, tres normas diferentes de protección, todas las cuales tienen que cumplirse.

El demandante considera que hubo un incumplimiento de esas disposiciones cuando el demandado “permitió a los trabajadores de ELSI que ocuparan la fábrica”. Aun tomando nota de la alegación de Italia de que los “bienes” pertinentes, la fábrica en Palermo, no

perteneían a Raytheon y Machlett, sino a la empresa italiana ELSI, la Sala examina la cuestión sobre la base del argumento de los Estados Unidos de que los “bienes” que había que proteger eran los de la propia ELSI.

No puede interpretarse que la referencia en el artículo V a la prestación constante de “protección y seguridad” garantiza que los bienes no serán ocupados o perturbados nunca y en ninguna circunstancia. En todo caso, considerando que no se ha probado que la presencia de los trabajadores produjera algún deterioro de la fábrica y su maquinaria, y que las autoridades pudieron no sólo proteger la fábrica, sino incluso, en cierta medida, continuar la producción, no puede considerarse que la protección dada por las autoridades fuera inferior a “la plena protección y seguridad sancionadas por el derecho internacional”; ni tampoco inferiores a las normas aplicables a los nacionales o a terceros Estados. El simple hecho de que el Tribunal de Apelación de Palermo se refiriera a la ocupación como ilegal no significa necesariamente, a juicio de la Sala, que la protección otorgada fuera inferior a la nacional a que se refiere el Tratado ACN. La cuestión esencial es si la legislación nacional, ya sea en sus términos o en su aplicación, ha tratado a ciudadanos de los Estados Unidos peor que a ciudadanos italianos. A juicio de la Sala, no se ha probado eso. Por consiguiente, la Sala debe rechazar la imputación de contravención de los párrafos 1 y 3 del artículo V.

El demandante considera que hubo otra violación de los párrafos 1 y 3 del artículo V del Tratado ACN, por el tiempo transcurrido —16 meses— antes de que el Prefecto resolviera la apelación administrativa de ELSI contra la orden de requisa del Alcalde. Por las razones ya explicadas en relación con el artículo III, la Sala rechaza la alegación de que, si el Prefecto hubiera decidido con mayor rapidez, podría haberse evitado la quiebra.

Con respecto a la alegación alternativa de que Italia estaba obligada a proteger a ELSI de los efectos deletéreos de la requisa, en particular proporcionando un método adecuado de revocarla, la Sala señala que, con arreglo al artículo V, la “plena protección y seguridad” debe ajustarse a la norma mínima internacional, complementada por los criterios del trato a los ciudadanos y el trato a la nación más favorecida. Cabe dudar de que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, pueda considerarse que el retraso del Prefecto en decidir queda por debajo de la norma internacional mínima. Con respecto a la alegación de que no se aplicó la norma de la protección de los ciudadanos, la Sala, aunque no está totalmente convencida de la alegación del demandado de que un plazo tan largo como el transcurrido en el caso de ELSI era bastante usual, no está convencida tampoco de que se haya probado que existía una “norma nacional” de decisión más rápida de las apelaciones administrativas. Por consiguiente, no puede hallar en esa demora una violación de los párrafos 1 y 3 del artículo V del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación.

C. Párrafo 2 del artículo V del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación
(Párrafos 113 a 119)

En la primera oración del párrafo 2 del artículo V del Tratado ACN, se establece lo siguiente:

“2. Los bienes de los ciudadanos y de las personas jurídicas y las asociaciones de cada una de las Altas Partes Contratantes no serán expropiados den-

tro del territorio de la otra Alta Parte Contratante sin un debido procedimiento legal y sin el pronto pago de una indemnización justa y efectiva.”

La Sala advierte una diferencia de terminología entre los dos textos auténticos (el inglés y el italiano), ya que la palabra “taking” es más amplia y vaga que “espropriazione”.

Desde el punto de vista de los Estados Unidos, en primer lugar, tanto el acto de requisa de la fábrica de ELSI por el demandado como sus actos posteriores de adquisición de la fábrica, sus activos y sus trabajos en curso, aislados y en combinación, constituyen una apropiación de bienes sin el debido procedimiento legal y la indemnización justa. En segundo lugar, los Estados Unidos alegan que, al interferir en el procedimiento de quiebra, el demandado procedió, por conducto de la empresa ELTEL, a adquirir la fábrica de ELSI y sus bienes por debajo del justo valor de mercado.

La Sala observa que la denuncia basada en la combinación de la requisa y los actos posteriores es realmente que la requisa fue el comienzo de un proceso que llevó a la adquisición del conjunto de los activos de ELSI por un precio muy inferior a su valor de mercado. Lo que alega el demandante, por tanto, si no es una expropiación patente, podría considerarse como una expropiación encubierta, ya que, al final del proceso, lo que estaba en juego era el mismo título de propiedad. No obstante, los Estados Unidos habían desautorizado, durante el procedimiento oral, cualquier alegación de que las autoridades italianas hubieran participado en una conspiración para llevar a cabo el cambio de propiedad.

Suponiendo, aunque sin decidir al respecto, que “espropriazione” puede ser suficientemente amplio para incluir una expropiación encubierta, hay que tener en cuenta el Protocolo anexo al Tratado ACN, que extendía el párrafo 2 del artículo V a los “derechos que tengan directa o indirectamente los ciudadanos” de las partes.

La Sala decide que no es posible desconocer, a ese respecto, la situación financiera de ELSI y la decisión consiguiente de cerrar la fábrica y poner fin a las actividades de la empresa. No puede considerarse ninguno de los actos denunciados que ocurrieron después de la declaración de quiebra como una violación del párrafo 2 del artículo V, a falta de prueba de una colusión, que ya ni siquiera se alega. Aunque fuera posible considerar que la requisa había tenido por objeto provocar la quiebra, como un paso hacia una expropiación encubierta, entonces, si ELSI ya estaba obligada a solicitar una declaración de quiebra, o en una situación financiera tal que esa solicitud no podía aplazarse más, la requisa era un acto supererogatorio. Por otra parte, esa requisa, independientemente de los motivos que presuntamente la inspiraron, siendo por sus propios términos por un período limitado, y sujeta a la derogación mediante una apelación administrativa, no podía equivaler, a juicio de la Sala, a una “expropiación” contraria al artículo V, a menos que constituyera una privación importante de los derechos de Raytheon y Machlett sobre la fábrica de ELSI, como podía haber sido el caso si, mientras ELSI aún era solvente, se hubiera efectuado la requisa y se hubiera demorado la tramitación de la apelación administrativa. De hecho, la quiebra de ELSI transformó la situación menos de un mes después de la requisa. Por consiguiente, la requisa sólo podía considerarse importante a ese respecto si causó o desencadenó la quiebra. Esa es precisamente la proposición que es incompatible con las decisiones

de los tribunales nacionales y con las conclusiones de la Sala anteriormente expuestas.

D. Artículo I del Acuerdo Complementario del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación (Párrafos 120 a 130)

El artículo I del Acuerdo Complementario del Tratado ACN, que confiere derechos no condicionados por las normas del trato de los nacionales y el de la nación más favorecida, establece lo siguiente:

“Los ciudadanos y las personas jurídicas y las asociaciones de cada una de las Altas Partes Contratantes no serán sometidos en el territorio de la otra Alta Parte Contratante a medidas arbitrarias o discriminatorias que tengan en particular por consecuencia: a) Impedir su control efectivo y administración de la empresa que hayan obtenido el permiso de constituir o adquirir; o b) Perjudicar sus demás derechos e intereses respecto a tales empresas o las inversiones por ellos efectuadas en forma de aportación de fondos (préstamos, participaciones accionariales o de otro tipo), materiales, maquinaria, servicios, procesos de producción, patentes, técnicas o de cualquier otro modo. Cada una de las Altas Partes Contratantes se compromete a no actuar de modo discriminatorio respecto a los ciudadanos y las personas jurídicas y asociaciones de la otra Alta Parte Contratante a fin de que puedan obtener en condiciones normales los capitales, procedimientos y técnicas necesarios para su desarrollo económico.”

La contestación a la reclamación del demandante de que la requisa fue un acto arbitrario o discriminatorio que violó las cláusulas a) y b) del artículo es la falta de una conexión suficientemente palpable entre los efectos de la requisa y la imposibilidad de que ELSI llevara a cabo la liquidación ordenada prevista. Sin embargo, la Sala considera que el efecto de las palabras “en particular”, que introducen las cláusulas a) y b), sugiere que la prohibición de actos arbitrarios (y discriminatorios) no se limita a los resultantes en las situaciones descritas en a) y b), sino que constituye en efecto una prohibición de tales actos, produzcan o no dichos resultados. Es necesario, por consiguiente, examinar si la requisa fue o no por sí misma un acto arbitrario o discriminatorio.

Los Estados Unidos alegan que hubo “discriminación” en favor del IRI, entidad controlada por Italia; sin embargo, no se han presentado a la Sala pruebas suficientes para apoyar la sugerencia de que hubo un plan para favorecer al IRI a expensas de ELSI, y, por lo tanto, debe rechazarse la denuncia de “medidas discriminatorias” en el sentido del Acuerdo Complementario.

Para demostrar que la orden de requisa constituyó un acto “arbitrario” en el sentido del Acuerdo Complementario, el demandante se ha basado (entre otras cosas) en el valor jurídico de esa orden en el derecho italiano. Alega que la requisa “fue precisamente el tipo de acción arbitraria que estaba prohibida” por el artículo I del Acuerdo Complementario, ya que, “tanto con arreglo al Tratado como a la legislación italiana, la requisa no era razonable y estaba indebidamente motivada”; era “ilegal con arreglo a la legislación italiana precisamente por esa razón”.

Al examinar las decisiones del Prefecto de Palermo y del Tribunal de Apelación de Palermo, la Sala señala que el hecho de que un acto de una autoridad pública puede haber sido ilícito con arreglo al derecho interno no implica necesariamente que ese acto fuera ilícito en

derecho internacional. No puede decirse que, por sí misma y sin más, la ilicitud equivalga a arbitrariedad. La calificación dada a un acto por una autoridad nacional (v.g., injustificado, o no razonable o arbitrario) puede constituir una indicación valiosa, pero no se sigue de ello que el acto haya de clasificarse necesariamente como arbitrario en derecho internacional.

Ni los motivos dados por el Prefecto para anular la requisa, ni el análisis hecho por el Tribunal de Apelación de Palermo de la decisión del Prefecto de que la requisa efectuada por el Alcalde constituía un abuso de poder, con la consecuencia de que la orden carecía de licitud, significan necesariamente y por sí mismos, a juicio de la Sala, que el Prefecto o el Tribunal de Apelación de Palermo hayan considerado que el acto del Alcalde era arbitrario o no razonable. La arbitrariedad es una omisión dolosa del debido procedimiento legal, un acto que hiere, o al menos sorprende, al sentimiento de corrección jurídica. Ni la decisión del Prefecto ni el fallo del Tribunal de Apelación de Palermo contienen ninguna indicación de que la orden de requisa del Alcalde ha de considerarse en ese sentido. Independientemente de las decisiones del Prefecto o de los tribunales locales, la Sala considera que no puede decirse que haya sido irrazonable o simplemente caprichoso que el Alcalde procurara usar sus facultades para tratar de hacer algo relacionado con la situación existente en Palermo en el momento de la requisa. La orden del Alcalde se hizo conscientemente en el contexto de un sistema jurídico de recursos de apelación adecuados, y fue tratada como tal por la autoridad administrativa superior y por los tribunales nacionales. No tiene ninguno de los signos de un acto "arbitrario". Por consiguiente, no hubo violación del artículo I del Acuerdo Complementario.

E. *El artículo VII del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación*
(Párrafos 131 a 135)

El artículo VII del Tratado ACN se ocupa principalmente, en cuatro párrafos, de garantizar el derecho "de adquirir y poseer bienes inmuebles u otros derechos reales [en el texto inglés, "interests"] en el territorio de la otra Alta Parte Contratante o a disponer de ellos".

La Sala observa que la controversia entre las partes gira en torno a la diferencia de significado entre la palabra inglesa "interests" y las italianas "diritti reali" y a los problemas derivados de la calificación, por el Tratado, del grupo de derechos conferidos por ese artículo, estableciendo normas alternativas, y sujeto a una salvedad. La Sala considera, sin embargo, que, para la aplicación de ese artículo, sigue existiendo la misma dificultad que la que había al tratar de aplicar el párrafo 2 del artículo III del Tratado ACN: lo que privó realmente a Raytheon y Machlett, como accionistas, de su derecho a disponer de los bienes inmuebles y los derechos reales de ELSI no fue la requisa, sino la precaria situación financiera de ELSI, que llevó por último a una quiebra inevitable. En la quiebra, el derecho a disponer de los bienes de una sociedad no pertenece ya a la empresa, sino a los síndicos que actúan en su nombre; y la Sala ya ha decidido que ELSI estaba encaminada hacia la quiebra incluso antes de la requisa. Por consiguiente, la Sala no halla que se violara el artículo VII del Tratado ACN.

*

* *

Habiendo decidido que el demandado no ha violado el Tratado ACN del modo alegado por el demandante, la Sala rechaza también, consiguientemente, la reclamación de indemnización contenida en las conclusiones del demandante.

RESUMEN DE LAS OPINIONES AGREGADAS
AL FALLO DE LA CORTE

Opinión separada del Magistrado Oda

El Magistrado Oda, en su opinión separada, acepta la decisión operativa del fallo. Sin embargo, señala que, al iniciar las actuaciones, los Estados Unidos abrazaban la causa de sus nacionales (Raytheon y Machlett) como accionistas de una sociedad italiana (ELSI), en tanto que, como la propia Corte determinó en el fallo de la *Barcelona Traction* en 1970, los derechos de los accionistas como tales quedan fuera del ámbito de la protección diplomática con arreglo al derecho internacional general.

A juicio del Magistrado Oda, el Tratado ACN de 1948 no tenía el propósito de alterar la condición jurídica de los accionistas ni de aumentar sus derechos en modo alguno. Las disposiciones de ese Tratado en que se basa el demandante, y que se consideran ampliamente en el fallo, no tenían por objeto proteger los derechos de Raytheon y Machlett como accionistas de ELSI.

El Tratado ACN de 1948, como otros tratados similares de amistad, comercio y navegación en que son parte los Estados Unidos, permiten a uno de los Estados partes abrazar la causa de una sociedad del otro Estado parte en una acción contra éste cuando la sociedad de que se trate sea controlada por nacionales de la parte que entable la acción. Los Estados Unidos podían, por tanto, haber interpuesto una acción por incumplimiento de ciertas disposiciones del Tratado de 1948 que le facultaban a defender a una sociedad italiana (ELSI) en la que sus nacionales (Raytheon y Machlett) poseían un interés que equivalía al control.

Sin embargo, el demandante no se había basado en esas disposiciones, y la Sala apenas se ha referido a ellas en su fallo. Aunque las actuaciones se hubieran incoado para apoyar la causa de ELSI, el demandante, a juicio del Magistrado Oda, aún hubiera tenido que probar una denegación de justicia, lo que no había hecho.

Opinión disidente del Magistrado Schwebel

El Magistrado Schwebel conviene con el fallo en los que él denomina dos aspectos de suma importancia que tienen grandes consecuencias para la vitalidad y el desarrollo del derecho internacional.

En primer lugar, el fallo aplica una regla de razón en su interpretación del alcance del requisito del agotamiento de los recursos locales. Mantiene que no es preciso haber agotado cada uno de los posibles recursos locales para satisfacer esa norma, sino que, cuando en sustancia se hayan agotado los recursos locales, eso basta para cumplir los requisitos de la norma, aunque pueda ocurrir que no se haya utilizado una variante en la aplicación de los recursos locales. Esa conclusión limita así ciertas interpretaciones previas de la norma de un modo razonable.

En segundo lugar, el fallo interpreta en gran medida el Tratado ACN de un modo que lo apoya más bien que lo limita como un instrumento de protección de los derechos de los ciudadanos y las sociedades de los Estados Unidos e Italia. La Sala se negó a aceptar diver-

Los argumentos presentados a ella que, si se hubieran aceptado, habrían privado al Tratado de gran parte de su valor. En particular, la Sala se negó a admitir que ELSI, una sociedad italiana cuyas acciones eran propiedad de sociedades estadounidenses, quedaba fuera del alcance de la protección concedida por el Tratado. No se aceptaron las reclamaciones de los Estados Unidos en el caso, pero no se debió a que la Sala fallara contra los Estados Unidos respecto al derecho derivado del Tratado; decidió en contra de los Estados Unidos respecto a la importancia práctica y jurídica que había que dar a los hechos del caso.

El Tratado y su Acuerdo Complementario debían interpretarse como una unidad, ya que el Acuerdo era expresamente "parte integrante" del Tratado. Como los Estados Unidos e Italia sostenían interpretaciones contradictorias del Tratado, lo que demostraba que algunas de sus disposiciones eran ambiguas, se trataba de un caso en el que procedía recurrir a los trabajos preparatorios del Tratado y las circunstancias de su concertación. Era un hecho que Italia había pedido que se negociara el Acuerdo Complementario para satisfacer las necesidades previstas de inversionistas estadounidenses que invirtieran en Italia. Las actas del Parlamento italiano relativas a la ratificación del Tratado y del Acuerdo Complementario demuestran que la intención de las partes era dar a los inversionistas "garantías contra riesgos políticos" y "libertad para gestionar las empresas" que los inversionistas constituyeran o adquirieran en aplicación de "los principios de trato equitativo" que se pretendía establecer en el Tratado. En el acta completa y detallada de la ratificación, no existe traza alguna de apoyo a la interpretación de que los múltiples derechos que el Tratado concedía a los inversionistas estuvieran condicionados a que la inversión se hiciera en una sociedad de la misma nacionalidad que el inversionista.

La requisa privó a Raytheon de su derecho derivado del Tratado a controlar y gestionar y, por consiguiente, liquidar ELSI

La conclusión fundamental de la Sala en el caso es que, debido a las circunstancias prácticas de la situación financiera de ELSI y a las características jurídicas de la práctica italiana en materia de quiebras, Raytheon ya no podía, en la fecha de la requisa, controlar y gestionar —y, por consiguiente, liquidar— ELSI y, por ello, no pudo ser privada por la requisa de su derecho a hacerlo derivado del Tratado. A juicio del Magistrado Schwebel, esa conclusión es incorrecta por las siguientes razones.

En primer lugar, ELSI había sido notificada en marzo de 1968, por motivos financieros y jurídicos, de que debía liquidar sus activos, en un proceso dirigido por la propia ELSI.

En segundo lugar, hasta el día de la requisa, no se había tomado ninguna medida de carácter jurídico o práctico para colocar a ELSI en situación de quiebra, o para forzarla a la quiebra.

En tercer lugar, en las semanas y días precedentes, y siguientes, a la requisa, los más altos funcionarios de Sicilia y del Gobierno italiano, informados gráficamente de la precaria situación financiera de ELSI, presionaron a ELSI para que no cerrara la fábrica, ni despidiera a los trabajadores, y para que, en vez de ello, tomara medidas conjuntamente con los sectores públicos y privados italianos para mantener abierta o reabrir la fábrica y llevar a cabo la liquidación a lo largo de cierto período de tiempo. El Primer Ministro de Italia y

el Presidente de Sicilia y otras personas próximas a ellos actuaron presumiblemente, y debe presumirse que actuaron, con arreglo a la legislación italiana. Por consiguiente, tanto si está acertado en el presente caso el letrado italiano como si lo está el estadounidense en sus interpretaciones divergentes del derecho italiano de quiebra, es evidente que el "derecho vivo" de Italia en el momento de la requisa era incompatible con lo alegado por Italia y con la aceptación de esa alegación por la Sala. No debía permitirse que Italia mantuviera en 1989 lo contrario de lo que había mantenido en 1968.

En cuarto lugar, la conclusión fundamental de la Sala no es plenamente compatible con la decisión del Tribunal de Apelación de Palermo en la que se basa el fallo. Ese Tribunal concluyó que la quiebra de ELSI fue causada no por la requisa, sino por su anterior situación de insolvencia. Sin embargo, ni concluyó ni implicó que esa insolvencia suprimiera los derechos existentes de gestión y control de ELSI. En su lugar, concedió una indemnización por daños y perjuicios "derivados de la no disponibilidad operativa" de la fábrica como resultado de una orden de requisa que decidió que había sido "ilícita". Por tanto, ese Tribunal consideró que ELSI seguía teniendo en la fecha de la requisa, y después de ella, derechos de propiedad en ELSI, incluso aunque hubiera sido insolvente antes de esa fecha.

En quinto lugar, los expertos de Italia difirieron entre sí respecto a si ELSI era insolvente en la fecha de la requisa.

En sexto lugar, y esto es lo más importante, la cuestión de si ELSI era insolvente al 1º de abril de 1968 dependía esencialmente de la política de Raytheon, cuyos recursos eran amplios. La Sala acepta que Raytheon había transferido recursos líquidos para pagar a pequeños acreedores, que Raytheon estaba dispuesta a comprar gran parte de las cuentas por cobrar de ELSI al 100% de su valor y que Raytheon estaba dispuesta a adelantar suficientes recursos líquidos para permitir que ELSI llevara a cabo una liquidación ordenada. ¿Por qué acepta entonces la conclusión incompatible de que, en el momento de la requisa, ELSI era insolvente o, si no lo era, estaba en todo caso deslizándose rápidamente hacia la quiebra? Si no se hubiera producido la requisa, y si Raytheon hubiera satisfecho las necesidades inmediatas de liquidez de ELSI, comprando así tiempo para vender los activos, ¿podía mantenerse realmente que ELSI hubiera sido forzada a la quiebra, o en todo caso cuándo lo hubiera sido? Aunque se hubiera producido eventualmente la quiebra, esa fecha posterior habría permitido a Raytheon reducir materialmente sus pérdidas respecto a aquéllas en que realmente incurrió. Además, si no se hubiera producido la requisa, los bancos italianos habrían tenido interés en liquidar sus créditos contra ELSI por el 40 o el 50% de su valor.

El Magistrado Schwebel reconoce que una liquidación ordenada habría estado llena de incertidumbres, pero no tanto en relación con la capacidad y el derecho de ELSI a liquidar sus activos, sino en cuanto al cálculo de los perjuicios que podía estimarse que había ocasionado la denegación de ese derecho.

La conclusión de que, al imponer la requisa, Italia violó un derecho viable de Raytheon a controlar y gestionar ELSI es aún más patente a la luz del significado del Tratado, elucidado por su proceso de ratificación. No era compatible con el "control sin obstáculos" por los inversionistas de las sociedades que "adquirieran", ni con la "garantía contra riesgos políticos" del Trata-

do ni contra los "principios de trato equitativo" que el Tratado se proponía garantizar.

La requisita fue una medida arbitraria que violó el Tratado

La conclusión de la Sala de que la requisita de la fábrica de ELSI y de su equipo no constituyó una medida arbitraria que violó el Tratado se basa en tres conclusiones, que el Magistrado Schwebel considera infundadas: en primer lugar, que el Prefecto de Palermo y el Tribunal de Apelación de esa ciudad no decidieron que la requisita hubiera sido arbitraria; en segundo lugar, que en derecho internacional la requisita no era ni irrazonable ni caprichosa; y en tercer lugar, que en todo caso los procedimientos de apelación y recurso a que la orden de requisita estaba sujeta en Italia garantizaban en definitiva que la orden no era arbitraria.

i) *Las decisiones del Prefecto y del Tribunal de Apelación*

El Prefecto sostuvo que el Alcalde, al expedir la orden de requisita, se basó en disposiciones legales que, en condiciones de grave necesidad pública y urgencia imprevista, le facultaban para requisar bienes privados; sin embargo, en este caso, el Prefecto concluyó que esas condiciones estaban presentes "desde un punto de vista puramente teórico", una conclusión que parece significar que no se daban realmente. La decisión del Prefecto indica que, de hecho, no se daban esas condiciones, ya que el Prefecto concluye que: a) La orden de requisita no podía volver a poner en funcionamiento la fábrica de ELSI o resolver los problemas de la empresa; b) De hecho, la orden no lo consiguió; c) La fábrica siguió cerrada y ocupada por sus antiguos empleados, y d) El orden público fue perturbado en todo caso por el cierre de la fábrica. En resumen, la orden de requisita resultó injustificada en todos los sentidos. La conclusión del Prefecto de que, como la orden de requisita no pudo lograr sus pretendidos propósitos, carecía de fundamento jurídico que pudiera justificarla no está lejos de afirmar que la requisita estuvo mal motivada y, por consiguiente, era irrazonable o incluso caprichosa.

Por otra parte, el Prefecto mantuvo que la orden mostraba por sus términos que el Alcalde la expidió para mostrar su intención de intervenir "de un modo u otro", como una medida "encaminada más que nada a manifestar su intención de hacer frente al problema". El Prefecto se refería ahí a una disposición de la orden del Alcalde en la que se afirmaba que "la prensa local está tomando un gran interés en la situación ... está siendo muy crítica respecto a las autoridades y las está acusando de indiferencia frente a este grave problema cívico ...". El Tribunal de Apelación de Palermo calificó la conclusión del Prefecto como "grave" y como "indicativa de un caso típico de abuso de poder" por parte del Alcalde, es decir, un clásico acto arbitrario. Además, el Tribunal de Apelación acusó al Alcalde de agravar la requisita "ilícita", al dejar de pagar la indemnización por la requisita prevista en la propia orden, incumplimiento contrario al debido proceso legal, que es antitético de un acto arbitrario.

ii) *El carácter irrazonable y caprichoso de la requisita*

Lo que es irrazonable o caprichoso en derecho internacional, si bien tiene un sentido en el derecho consuetudinario internacional, no tiene un significado invariable y claro, sino que puede apreciarse sólo en el contexto particular de los hechos de cada caso. En el presente caso, la orden de requisita, tal como fue motivada, expedida y aplicada, fue arbitraria porque:

— Las bases legales en que se basaba la orden del Alcalde sólo estaban justificadas en teoría;

— La orden no podía lograr, y no logró, su pretendido propósito;

— La orden "también" se expidió "principalmente" para acallar las críticas públicas, y no por sus propios méritos, un "caso típico de abuso de poder";

— La orden violó sus propios términos al no pagarse una indemnización por la requisita;

— Una finalidad sumamente importante de la orden de requisita era impedir la liquidación de ELSI y la posible dispersión de sus activos, propósito buscado sin consideración de las obligaciones en contrario derivadas del Tratado (pese a la afirmación de Italia de que esas obligaciones eran vinculantes internamente).

iii) *El proceso de apelación no anuló la arbitrariedad de la medida*

Podía argumentarse que los procesos objetivos de revisión administrativa y judicial en Italia de la orden de requisita habían garantizado, por su existencia y su aplicación, que la requisita, aunque hubiera sido arbitraria inicialmente, no lo fue en definitiva, absolviendo así a Italia de cualquier incumplimiento consumado de sus obligaciones internacionales.

Sin embargo, como se afirma en el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas:

"Existe incumplimiento por un Estado de una obligación internacional que le exija que logre, por medios de su propia elección, un resultado específico, si, por el comportamiento adoptado, el Estado no logra el resultado de él exigido por esa obligación."

Ese criterio encaja en el presente caso, ya que Italia no proporcionó a ELSI o a sus representantes "una indemnización plena y completa" (como requiere la CDI) de lo que, por lo demás, constituyó un acto arbitrario de requisita. La orden de requisita fue anulada por el Prefecto, pero 16 meses después de haber sido promulgada, tiempo en el cual ELSI había sufrido perjuicios irreparables como resultado de ella. El Tribunal de Palermo concedió una indemnización mínima por los daños y perjuicios causados por la requisita, sin tener en cuenta, sin embargo, los principales elementos de las pérdidas efectivas de ELSI. De ello se deduce, por consiguiente, que no se colocó a ELSI en la situación en que hubiera estado si no hubiera habido requisita, o en una situación equivalente. Por esa razón, los procesos administrativo y judicial italianos, por estimables que fueran, no absuelven a Italia de haber cometido un acto arbitrario con el significado que se le da en el Tratado.