

Riesgos en la inversión en Cuba: bienes confiscados a estadounidenses

Daniel Marín Moreno

Socio del Área de Mercantil
de Gómez-Acebo & Pombo, Barcelona

Diana Paola Urrego Barón

Abogada del Área de Mercantil
de Gómez-Acebo & Pombo, Barcelona

Se materializan las nuevas medidas de los Estados Unidos hacia Cuba. El pasado jueves 2 de mayo el título III de la Ley para la Libertad y la Solidaridad Democrática Cubana (más conocida como «Ley Helms-Burton») entró por primera vez en vigor. Esto supone la activación de la posibilidad de reclamar ante los tribunales estadounidenses por razón de propiedades que fueron nacionalizadas en Cuba en la época de la Revolución, y que, actualmente están siendo usadas por terceras personas. La reacción internacional frente a dicha entrada en vigor ha sido importante, especialmente en la Unión Europea.

El pasado miércoles 17 de abril, el secretario de Estado de los Estados Unidos, Mike Pompeo, comunicó oficialmente que, de conformidad con la Ley de Libertad y Solidaridad Democrática Cubana (más conocida como «Ley Helms-Burton» de 1996), se decidió levantar, por primera vez en la historia, la suspensión del título III de la ley a partir del 2 de mayo del 2019, otorgando el derecho a ciudadanos estadounidenses a iniciar acciones judiciales ante las cortes americanas en reclamación de bienes de los que fueron desposeídos en la época de la Revolución cubana.

Resulta destacable el saber que esta decisión se encuentra enmarcada en una serie de acciones progresivas iniciadas a principios de este año —a las que ya nos referimos en nuestra nota de enero del 2019—, con el fin de levantar gradualmente la suspensión de este título III que nunca ha entrado en vigor, pues hasta ahora el Gobierno de los Estados Unidos, en cumplimiento de un acuerdo llegado con la Unión Europea, lo había prorrogado siempre por el plazo máximo previsto (seis meses).

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

1. Antecedentes

La legislación estadounidense incluye una serie de normas que limitan la capacidad de comerciar, invertir y realizar transacciones financieras con Cuba. La principal en la actualidad es la mencionada Ley Helms-Burton. La mayor parte de dicha ley se aplica exclusivamente a personas físicas y jurídicas sometidas a la jurisdicción de los Estados Unidos de América. Sin embargo, contiene en su articulado dos títulos (III y IV) que pueden ser de aplicación a personas físicas y jurídicas de terceros países.

El título III otorga a los estadounidenses (incluidos los de origen cubano) un derecho a poder demandar ante los tribunales federales de Estados Unidos a las personas y compañías extranjeras que realicen negocios sobre bienes en Cuba sobre los que, en el momento de la Revolución cubana, ciudadanos estadounidenses (o que tras la revolución se hicieron ciudadanos estadounidenses) tenían derechos («bienes nacionalizados»).

El título IV prevé la posibilidad de denegar visados o de expulsar de los Estados Unidos a las personas que tengan negocios o estén involucradas con compañías que negocien sobre bienes desposeídos.

El título III nunca había entrado en vigor, pues se había venido suspendiendo su aplicación de forma consecutiva por el tiempo máximo permitido por la Ley Helms-Burton, esto es, seis meses. Rompiendo con esa tradición, el pasado 16 de enero del 2019 se suspendió la entrada en vigor durante tan sólo cuarenta y cinco días; a su término, el pasado 4 de marzo del 2019, la suspensión se aplazó un mes más. Sin embargo, en ese momento se llevó a cabo por primera vez una implementación parcial del título III, ya que se permitió demandar a compañías cubanas incluidas en la lista de entidades restringidas, actualizada el 12 de marzo del 2019. Muchas de estas entidades ya se encuentran sometidas a una serie de sanciones en los Estados Unidos por su conexión con el ejército o con los servicios de inteligencia y seguridad cubanos y su implementación parcial, en la práctica, no ha tenido mayor impacto, debido, entre otras cosas, a las dificultades de establecer la jurisdicción personal de estas entidades en los tribunales de los Estados Unidos, pues muchas de ellas no realizan ningún tipo de actividad económica allí.

Finalmente, el pasado 17 de abril se anunció que la suspensión se aplazaría dos semanas más, esto es, del 18 de abril hasta el 1 de mayo, momento en el cual el título III entraría en vigor.

Por su lado, el título IV no prevé en su articulado la posibilidad de una suspensión temporal de su aplicación, por lo que se encuentra en vigor, aunque en la práctica no se ha hecho mucho uso de él. Sin embargo, en la misma comunicación del 17 de abril también se advirtió del endurecimiento de su aplicación.

La entrada en vigor del título III supone una aplicación extraterritorial del derecho de los Estados Unidos, pues, tal y como está redactado, se aplicaría a actos realizados dentro y fuera de ese país, aunque involucren a personas o empresas no sujetas a su jurisdicción.

La norma es criticada por la mencionada aplicación extraterritorial y por las dudas sobre el nexo causal del daño, pues traslada la responsabilidad de la desposesión hecha por el Gobierno de Cuba a nacionales de terceros Estados que no participaron en ella por el mero uso de esos bienes nacionalizados.

Desde la misma promulgación de dicho título III, diversos países se han visto abocados a adoptar sus propias medidas de protección. Así pues, países como Canadá y México han modificado sus leyes para proteger a sus nacionales, no dando reconocimiento a decisiones judiciales que contravengan el derecho internacional.

La reacción más fuerte y activa, sin embargo, provino de la Unión Europea, que denunció a los Estados Unidos ante la Organización Mundial del Comercio por vulnerar las normas de derecho internacional y establecer trabas a la libertad de comercio, ya que sus intereses se veían directamente afectados. El procedimiento no llegó a su fin debido a que ambos bloques llegaron a un «Principio de Acuerdo» que retiraba la denuncia interpuesta por la Unión Europea a condición del cumplimiento por parte de los Estados Unidos de los compromisos adquiridos. Uno de estos compromisos es la suspensión ininterrumpida del título III siempre que la Unión Europea continúe con sus esfuerzos por promover la democracia en Cuba.

Al levantar la suspensión de dicho título III, los Estados Unidos estarían incumpliendo directamente el Principio de Acuerdo y la Unión Europea podría usar este incumplimiento como uno de sus mecanismos de defensa para reiniciar el procedimiento en el seno de la Organización Mundial del Comercio y con ello obligar a los Estados Unidos a cumplir la citada suspensión.

Paralelamente, en el seno de la Unión Europea y al margen del proceso iniciado ante la Organización Mundial del Comercio, el Consejo materializó su postura mediante dos instrumentos jurídicos:

- a) Por un lado, se promulgó el «Reglamento (CE) núm. 2271/96, de 22 de noviembre de 1996, relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella», el cual defiende en todo momento la liberalización del comercio a nivel mundial y la eliminación progresiva de las restricciones al comercio. Sostiene, además, que la aplicación extraterritorial de las leyes vulnera el derecho internacional al pretender regular las acciones de terceros que se encuentran bajo la jurisdicción de la Unión Europea.

Finalmente, debido a la excepcionalidad del caso, establece concretamente que no se reconocerán las sentencias dictadas por tribunales estadounidenses en relación con la Ley Helms-Burton y que se permitirá que las compañías europeas demandadas puedan contrademandar para recuperar cualquier daño causado en este contexto, pues no están sometidas a cumplir obligaciones establecidas por una tercera jurisdicción.

- b) Y, por otro lado, se promulgó la «Acción común de 22 de noviembre de 1996, relativa a medidas de protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella», que permite a los Estados miembros establecer las medidas que estimen oportunas para proteger los intereses de las personas físicas o jurídicas nacionales que pudiesen verse afectadas.

Esto quiere decir, en la práctica, que las sentencias que pudieran llegar a promulgarse en el contexto de procesos judiciales iniciados a partir del 2 de mayo del 2019 no tendrían ninguna validez jurídica para miembros que estuvieran bajo la jurisdicción de la Unión Europea y que, adicionalmente, los demandados podrían contrademandar a sus demandantes exigiéndoles la indemnización por los daños y perjuicios que pudieran llegar a ocasionarles.

2. A quién afecta el título III de la Ley Helms-Burton

El título III de la Ley Helms-Burton afecta a quienes «trafiquen» con bienes nacionalizados. En la ley se usa el término específico *traficar* para referirse a compañías extranjeras que a) vendan, transfieran, distribuyan, dirijan o, de alguna manera dispongan de un bien nacionalizado; o compren, renten, reciban, posean, obtengan su control, usen o, de alguna otra manera, adquieran o mantengan un interés en un bien nacionalizado; b) se involucren en una actividad comercial usando o beneficiándose de un bien nacionalizado, o c) causen, dirijan, participen en dicho tráfico u obtengan provecho de él por medio de otra persona.

Una de las dificultades en el momento de implementar este título será que el mismo concepto de ‘traficar’ se define de forma extremadamente amplia, queriendo abordar transacciones económicas directas e indirectas sobre esos bienes nacionalizados. Su definición alcanza a compañías que directamente explotan propiedades y negocios en Cuba —como, por ejemplo, operadores que explotan propiedades turísticas sobre tierras que previamente eran propiedad de estadounidenses— y también a compañías que se «beneficien» de estas propiedades o tengan algún «provecho» del «tráfico» de terceras partes.

En la práctica, este título afectará a las empresas que tengan intereses económicos en la isla y que exploten por cualquier título negocios en inmuebles que sean bienes nacionalizados. Una interpretación extensa del concepto ‘tráfico’ podría tener consecuencias incluso para empresas estadounidenses, dado que, por ejemplo, las aerolíneas y las empresas de cruceros de los Estados Unidos usan aeropuertos y puertos sobre propiedades nacionalizadas. Una de las primeras demandas presentadas es precisamente por el uso de un puerto de cruceros.

3. Consecuencias y reacciones internacionales

Hasta este cambio de ley ningún ciudadano estadounidense había hecho efectivo su derecho de demandar a compañías extranjeras que «trafiquen» con bienes nacionalizados, dado que los sucesivos presidentes que ocuparon el cargo posteriormente al Principio de Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos habían prorrogado sistemáticamente por el periodo máximo la suspensión del título III cumpliendo con lo acordado ante la Organización Mundial del Comercio.

Sin embargo, este título entró en vigor por primera vez el pasado 2 de mayo. Ya han empezado a presentarse reclamaciones por parte de ciudadanos estadounidenses sobre esos bienes nacionalizados y, con ello, una serie de empresas multinacionales de diversos sectores que han efectuado transacciones en Cuba se enfrentan ahora a una exposición potencial a litigios en los Estados Unidos. Varias de estas empresas tienen su sede en Europa, Canadá, China, Singapur y otros países fuera de los Estados Unidos.

Adicionalmente, se desencadenará el comienzo de batallas legales de terceros países y actores internacionales que —como la Unión Europea— hayan aprobado normativa nacional de bloqueo y protección contra la Ley Helms-Burton. En respuesta a dichas demandas —como ya dijimos anteriormente—, los afectados podrán contrademandar exigiendo una compensación por daños y perjuicios.

Las reacciones internacionales no han sido pocas; países como Canadá, China, México, Portugal o Rusia han lamentado públicamente la toma de esta decisión por parte del Gobierno de los Estados Unidos. Por su parte, en el seno de la Unión Europea, la alta representante para la Política Exterior, Federica Mogherini, y la comisaria europea de Comercio, Cecilia Malmström, enviaron el 10 de abril del 2019 una carta al secretario de Estado de los Estados Unidos, Mike Pompeo, para avisarle de que podrían reactivar su demanda ante la Organización Mundial del Comercio y para advertirle de que «[l]a Unión Europea se verá obligada a utilizar todos los medios a su disposición, incluidos aquellos en cooperación con socios internacionales, para proteger sus intereses».

Es de destacar la mención en la carta de que la mayoría de los cincuenta mayores demandantes —que conforman el 70 % del valor total de las reclamaciones certificadas conforme a la Ley Helms-Burton— tienen activos en la Unión Europea. Esto significaría que, en el contexto de una contrademanda a compañías estadounidenses, en la Unión Europea se podría disponer de esos bienes en reparación de los posibles daños ocasionados.

Finalmente y con posterioridad a la comunicación del levantamiento de la suspensión, la Unión Europea reiteró en un comunicado conjunto que se ratifica en su oposición a la aplicación extraterritorial de la Ley Helms-Burton y que condena profundamente la decisión tomada por el Gobierno de los Estados Unidos.

4. Recomendaciones

Las compañías que actualmente llevan o han llevado a cabo en los últimos dos años actividades económicas en Cuba o que mantienen o han mantenido en los últimos dos años relaciones económicas con terceras partes que desarrollan actividades económicas en este país deben considerar evaluar su exposición potencial a estos litigios y las opciones posibles de mitigar sus riesgos. Teniendo en cuenta la situación actual, nuestras recomendaciones son distintas atendiendo al momento temporal en el que se encuentra el inversor.

- *Antes de la inversión*

- Aquellas personas o compañías interesadas en invertir en Cuba o que ya hayan empezado la planificación de proyectos relacionados con la inversión extranjera en la isla deberán asesorarse previamente en derecho estadounidense con el fin de conocer las posibles implicaciones que su inversión pudiera representar en relación con este país.
- Específicamente, sería necesario saber si los bienes afectados por la posible futura inversión se encuentran dentro de aquellas reclamaciones reconocidas y aceptadas por la Comisión de Liquidación de Reclamaciones Extranjeras de Estados Unidos (FCSC por sus siglas en inglés) o si fueron bienes nacionalizados. A modo de ejemplo, sería necesario conocer cuestiones como quién es el propietario de la reclamación, cuándo la adquirió, si está certificada por la citada comisión o si fue presentada, pero no se certificó.

Hay varias fuentes de información accesibles en Cuba y en los Estados Unidos que, si bien no permiten descartar por completo el riesgo de reclamación, sí permiten acotarlo.

- En caso de que terceras partes relacionadas con la compañía desarrollen actividades en Cuba, sería importante tanto buscar información y conocer si sus actividades se pueden encontrar dentro de la definición de ‘traficar’ según la Ley Helms-Burton como clasificar los riesgos asociados con el mantenimiento de esas relaciones directas.

- *Después de la inversión*

- Para las personas o compañías que ya se han establecido en Cuba mediante cualquier tipo de inversión y forma jurídica, es determinante conocer si de algún modo están realizando actividades que puedan considerarse incluidos en el concepto legal de ‘tráfico’ sobre bienes nacionalizados.

- Si se pueden llegar a considerar sus actividades dentro del término *traficar*, entonces, dada la entrada en vigor del título III, sería recomendable buscar asesoramiento sobre si un tribunal de los Estados Unidos tiene jurisdicción personal sobre la compañía y sobre las formas de defenderse en caso de la eventual llegada de una reclamación conforme al título III, entre ellas, la posibilidad de interponer una contrademanda basada en la normativa europea mencionada anteriormente.
- Finalmente y en íntima conexión con el punto anterior, se debe buscar asesoramiento respecto a la eventual ejecución de una resolución judicial dentro y fuera de los Estados Unidos por aplicación del título III y a los obstáculos que aquélla encontraría para su ejecución fuera de dicho país. A nivel europeo, el Reglamento 2271/96, nombrado anteriormente, sería de aplicación y dificultaría seriamente la ejecución de estas resoluciones en el seno de la Unión Europea. Sin embargo, sería prudente saber qué otros motivos de oposición regulados a nivel nacional serían aplicables al caso.