

Table of Contents

LA LEY HELMS-BURTON	2
TÍTULO III: EL DERECHO PRIVADO DE ACCIÓN	2
OBJECIONES	4
LEGAL	6
PRUDENCIALES	7
POLÍTICOS	7

El Título III de Helms-Burton: ¿abriendo las puertas de la inundación?

Peter Fox

Socio de la firma de abogados Scoolidge Peters Russotti & Fox LLP

El 17 de abril de 2019, el secretario de Estado de los Estados Unidos, Mike Pompeo, anunció que el presidente Trump no suspendería por ningún período de tiempo adicional el Título III de la Ley de Libertad y Solidaridad Democrática de Cuba, mejor conocida como Ley Helms-Burton.¹ El Título III de la Helms-Burton permite a los ciudadanos de los Estados Unidos cuyas propiedades fueron expropiadas por el gobierno cubano a partir del 1 de enero de 1959 presentar demandas en las cortes estadounidenses a cualquiera, independientemente de su nacionalidad, que a sabiendas o intencionalmente “trafique” con esa propiedad. Pero en respuesta a la fuerte oposición de muchos aliados y socios comerciales de los Estados Unidos, y a las inquietudes sobre las violaciones del Derecho internacional, el Título III se ha suspendido continuamente, en intervalos de seis meses, desde que entró en vigencia en julio de 1996. El derecho de acción privado nunca ha sido invocado.

Sin embargo, cuando la suspensión actual expire, el 2 de mayo de 2019, el derecho privado de acción entrará en vigencia y, por primera vez, los actuales inversionistas en Cuba, sus afiliados, y posiblemente sus proveedores y prestamistas se encontrarán enfrentando riesgos potencialmente significativos de litigios en los Estados Unidos. En este artículo se presentan brevemente la historia y los contornos del Título III,

¹ Ver U.S. Department of State, Secretary of State Michael R. Pompeo’s Remarks to the Press (Apr. 17, 2019), <https://www.state.gov/secretary/remarks/2019/04/291174.htm>.

sus principales objeciones y algunos factores que pudieran reducir su impacto.

La Ley Helms-Burton

El presidente Clinton firmó la ley Helms-Burton el 12 de marzo de 1996.² La legislación refleja un esfuerzo por aumentar la presión sobre el gobierno cubano después del colapso de la Unión Soviética y de la subsiguiente incertidumbre económica en la isla. Además de codificar el embargo comercial contra Cuba,³ el Congreso se enfocó en empresas privadas extranjeras que podrían invertir en el país.⁴ El Título IV de Helms-Burton prohíbe que las personas ingresen a los Estados Unidos si tienen vínculos económicos con propiedades expropiadas de ciudadanos estadounidenses; el Título III ofrece un derecho privado de acción contra dichas personas y organizaciones comerciales similares.

Pero tal vez en respuesta a las preocupaciones de la separación de poderes, el Congreso delegó la autoridad en el presidente para suspender el derecho de acción bajo el Título III durante intervalos de seis meses.⁵ Y eso fue lo que hizo exactamente el presidente Clinton⁶ y después todos y cada uno de los presidentes que le siguieron hasta la decisión del presidente Trump, en abril pasado,⁷ en sentido contrario

Título III: El derecho privado de acción

El derecho privado de acción creado por el Título III es extraordinariamente amplio, y las compensaciones que ofrece son extensas. Para empezar, el derecho a demandar no se limita a los demandantes que eran ciudadanos estadounidenses cuando se expropió su propiedad. Más bien cualquier ciudadano de los Estados Unidos que haya reclamado la expropiación de bienes *cuando la Helms-Burton se convirtió en ley* tiene derecho de acción, según el estatuto,⁸ independientemente de si dicha persona tenía o no conexión con los Estados Unidos en el momento de la confiscación. En la práctica, esto significa que los cubano-americanos naturalizados ciudadanos estadounidenses después de emigrar de la Cuba postrevolucionaria pueden buscar compensación, según el Título III, por las

² Congress.Gov, Actions Overview H.R.927 — 104th Congress (1995-1996), <https://www.congress.gov/bill/104th-congress/house-bill/927/actions>.

³ Ver 22 U.S.C. § 6032.

⁴ Ver *id.* § 6091.

⁵ Ver 22 U.S.C. §§ 6085(c)(1)-(2).

⁶ Ver Jim Lobe, *U.S.-CUBA: Clinton Delays Lawsuit Provisions in Helms-Burton*, Inter Press Service News Agency, 16 de julio de 1996, <http://www.ipsnews.net/1996/07/us-cuba-clinton-delays-lawsuit-provisions-in-helms-burton/>.

⁷ Zachary Cohen y Jennifer Hansler, *Trump Expected to Become First President to Target Cuba with this Controversial Policy*, CNN.com, 16 de abril de 2019, <https://www.cnn.com/2019/04/16/politics/us-cuba-title-iii-venezuela/index.html>.

⁸ Ver 22 U.S.C. §§ 6082(a)(1)(A), 6082(a)(4)(B).

propiedades que ellos o sus familiares poseían mientras vivieron en la Isla. La extensión del derecho de acción del Título III a los miembros de la llamada comunidad de exiliados cubanos amplía enormemente las reclamaciones basadas en los Estados Unidos por expropiar bienes cubanos más allá de los aproximadamente 6.000 certificados por la Comisión de Liquidación de Reclamaciones Extranjeras de los Estados Unidos (la FCSC).⁹

El Título III también incluye una amplia red de posibles acusados. “Una persona” que “trafica” en una propiedad cubana en la que un nacional de los Estados Unidos basa una reclamación puede ser responsable.¹⁰ Y el “tráfico” está ampliamente definido. A los fines del Título III, una persona “trafica” en una propiedad confiscada si:

A sabiendas e intencionalmente: (i) vende, transfiere, distribuye, dispensa, negocia, administra, o de otra manera dispone de propiedad confiscada, o compra, arrienda, recibe, posee, obtiene control de, administra, usa, o de otra manera adquiere o posee un interés en propiedad confiscada, (ii) participa en una actividad comercial que utiliza o se beneficia de otra manera de propiedad confiscada, o (iii) causa, dirige, participa o se beneficia del tráfico (como se describe en la cláusula (i) o (ii)) por otra persona, o de lo contrario se involucra en el tráfico (como se describe en la cláusula (i) o (ii)) a través de otra persona, sin la autorización de ningún ciudadano de los Estados Unidos que tenga un reclamo de la propiedad.¹¹

La extensión de la responsabilidad no solo a las personas que controlan directamente u operan esas propiedades expropiadas, sino también a aquellas que se “benefician”, “obtienen ganancias” o tienen un “interés” en la propiedad parece incluir una variedad de jugadores tangenciales. Por ejemplo, lo más probable es que los bancos que le prestan a las empresas que operan propiedades expropiadas estén cubiertos, al menos en la medida en que mantengan una participación de seguridad en los ingresos derivados de la operación de esa propiedad. También se puede argumentar con solidez que algunas compañías sin conexión directa con Cuba se

⁹ Estas reclamaciones, valoradas en aproximadamente 1.9 mil millones de dólares y con 8 mil millones en intereses adicionales, se presentaron bajo la Ley de Resolución de Reclamaciones Internacionales de 1949 y reflejan solo las pérdidas en propiedades de nacionales de los Estados Unidos en el momento de la expropiación. Ver Richard E. Feinberg, *Reconciling U.S. Property Claims in Cuba: Transforming Trauma into Property*, Brookings Inst. 2, 17 n.31 (2015).

¹⁰ Ver 22 U.S.C. §§ 6082(a)(1)(A).

¹¹ *Id.* § 6023(13)(A) (énfasis añadido). Quedan excluidos de la definición de “tráfico”: la entrega de señales de telecomunicaciones internacionales a Cuba; (ii) la negociación o tenencia de valores negociados o mantenidos públicamente, a menos que la negociación sea con o por una persona que el Secretario del Tesoro determine que es un nacional especialmente designado; (iii) transacciones y usos de propiedad relacionados con viajes legales a Cuba, en la medida en que dichas transacciones y usos de propiedad sean necesarios para la realización de dicho viaje; o (iv) transacciones y usos de propiedad por parte de una persona que es ciudadano de Cuba y residente de Cuba, y que no es un funcionario del gobierno cubano o del partido político gobernante en Cuba.

“benefician” o “lucran” si están estrechamente relacionadas con una filial corporativa que en sus negocios utiliza propiedades expropiadas. Por ejemplo, la empresa matriz de una subsidiaria parecería estar implicada en ese “trafico”. Finalmente, dado el uso flexible, en inglés, de los verbos “lucrar”, “beneficiar” y “participar”, es fácil imaginar los argumentos que los proveedores y otras contrapartes ofrecerán contra los traficantes, según el Título III.

La última característica del Título III, que hace que su derecho de acción privado sea especialmente poderoso, consiste en la provisión por daños y perjuicios. Una vez que se establece la responsabilidad, los demandados deben compensar a los demandantes por el valor total de la propiedad expropiada, medida por: (1) el valor asignado a la propiedad por la FCSC, si la acción se basó en una reclamación certificada por la FCSC; (2) el valor justo de mercado actual de la propiedad; (3) el valor justo de mercado de la propiedad en el momento de la expropiación, con intereses compuestos; o (4) un valor determinado por el tribunal.¹² Estos daños se triplicarán en las circunstancias en que la demanda se fundamente en una reclamación certificada por la FCSC, o cuando el demandante haya enviado un aviso de 30 días al acusado antes de iniciar la acción.¹³ Esto significa que, teóricamente, en un escenario extremo, una empresa que vende jabón de baño para beneficio del operador de un hotel expropiado podría ser responsable por tres veces la mayor de las cuatro posibles valoraciones de la propiedad. Para ponerlo en perspectiva, una reclamación certificada por la FCSC basada en una propiedad de un hotel, se valora en más de 50 millones de dólares.¹⁴

Objeciones

La promulgación de la Helms-Burton provocó fuertes objeciones de muchos aliados y socios comerciales de los Estados Unidos como Canadá, México y la Unión Europea.¹⁵ Estos países vieron en el Título III una aplicación extraterritorial de la ley estadounidense,¹⁶ en violación del Derecho internacional consuetudinario. Si bien un Estado-nación puede regular la conducta de actores extranjeros si esa conducta tiene “un efecto sustancial dentro de su territorio”,¹⁷ se ha sostenido que el uso por parte de ciudadanos no estadounidenses de las propiedades expropiadas en Cuba carece de un nexo suficiente con los Estados Unidos.¹⁸ Después de todo, el

¹² Ver *id.* § 6082(a)(1)(A)(i).

¹³ Ver *id.* § 6082(a)(3).

¹⁴ Ver Feinberg, *supra* nota 9.

¹⁵ Ver Press Release, European Commission, European Commission Welcomes Decision to Suspend Title III (julio de 1996), disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-96-650_en.htm.

¹⁶ Ver *id.*

¹⁷ Ver Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States § 402(1)(c) (1987).

¹⁸ Ver Andreas F. Lowenfeld, *Agora: The Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act*, 90 Am. J. Int'l L. 419, 431 (1996).

daño a los ciudadanos estadounidenses que se deriva de la expropiación de sus bienes fue causado por el gobierno cubano, no por el comercio posterior.¹⁹ Los opositores también argumentan que en la medida en que los títulos III y IV de la Helms-Burton obligan a los extranjeros a elegir entre hacer negocios con los Estados Unidos o con Cuba, el estatuto impone un boicot secundario.²⁰ Ese boicot --se argumenta-- también influye en una conducta extraterritorial que carece de una adecuada conexión doméstica.²¹

Además, Canadá y México vieron a la Helms-Burton como una posible violación de las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés).²² La Unión Europea lo consideró una violación de las normas de la Organización Mundial de Comercio (OMC).²³ De hecho, esta comenzó un procedimiento²⁴ que luego retiró a cambio de las promesas de los Estados Unidos de limitar la aplicación de la Helms-Burton.²⁵

En respuesta a estas percibidas violaciones del derecho internacional y comercial, Canadá, México y la Unión Europea también adoptaron varias medidas para contrarrestar y obstruir la aplicación del Título III. La Unión Europea produjo un conjunto de regulaciones de "bloqueo" que, entre otras cosas, prohíben que personas y empresas europeas reconozcan los fallos de Estados Unidos sobre las acciones del Título III, y crean causas de acción en los tribunales europeos para "recuperar" los daños y costos derivados de los litigios a propósito del Título III.²⁶ Canadá, México y Argentina aprobaron leyes similares.²⁷

Limitaciones

Las principales limitaciones sobre el alcance y la eficacia del Título III se dividen en tres categorías: legal, prudencial y política.

¹⁹ Ver *id.*

²⁰ Ver *id.*, 429-30.

²¹ Ver *id.*, 430.

²² Ver Anthony Depalma, "Canada and Mexico Join to Oppose U.S. Law on Cuba", *N.Y. Times*, 13 de junio de 1996, <https://www.nytimes.com/1996/06/13/world/canada-and-mexico-join-to-oppose-us-law-on-cuba.html>.

²³ Ver Stefaan Smis and Kim van der Borght, *The EU-U.S. Compromise on the Helms-Burton and D'Amato Acts*, 93 *Am J. of Int'l L.* 227, 228 (1999).

²⁴ Request for Consultations by the European Communities, *United States – The Cuban Liberty and Solidarity Act*, WTO Doc. WT/DS38/1 (13 de mayo de 1996).

²⁵ Smis & van der Borght, *supra* note 23, 231.

²⁶ Ver EU Council Regulation 227/96, Protecting Against the Effect of the Extraterritorial Application of Legislation Adopted by a Third Country, and Actions Based Thereon or Resulting Therefrom, 1996 O.J. (L 309).

²⁷ Ver Canada's Foreign Extraterritorial Measures Act, R.S.C. 1995, c F-29; Mexico's Ley de Protección al Comercio y a la Inversión de Normas Extranjeras que Contravengan el Derecho Internacional, *Diario Oficial de la Federación*, 22-10-1996; Argentina's Law No. 24,871, Sept. 10, 1997.

Legal

Desde un punto de vista legal, la mayor restricción en la aplicación del Título III consiste en la dificultad de los demandantes para encontrar demandados sobre que los tribunales de los Estados Unidos tienen jurisdicción personal. Bajo la Cláusula de Debido Proceso de la Constitución estadounidense, los tribunales nacionales ejercen únicamente una jurisdicción personal limitada. La disputa debe tener una conexión con el estado en que se encuentra el tribunal, o el acusado debe estar en ese estado.²⁸ La reciente jurisprudencia de la Corte Suprema ha dejado en claro que hacer negocios sostenidos o tener una subsidiaria con sede en un estado no hace que el acusado se quede "en casa".²⁹ Aunque es posible imaginar hechos donde el tráfico principal --es decir, el control directo o la explotación de la propiedad expropiada-- afecta a los Estados Unidos, el embargo comercial a Cuba significa que la mayoría de los efectos de estas actividades se sienten al margen del país. El embargo también garantiza, esencialmente, que los traficantes principales se encuentren en el extranjero. Esto deja un subconjunto relativamente pequeño de demandados potenciales --en su mayoría afiliados corporativos de los Estados Unidos o socios comerciales de traficantes principales-- que pueden estar en un estado de la Unión y sujetos a la jurisdicción personal en los Estados Unidos. Debido a la relación tangencial de estos demandados con el tráfico, parece que para los demandantes los casos más fáciles de invocar la jurisdicción personal de la corte son los más difíciles de ganar considerando sus méritos.

Además, los méritos en sí mismos pueden ser un gran obstáculo para muchos demandantes. La recopilación de pruebas de que el tráfico de un acusado fue "deliberado e intencional" podría resultar desafiante, sobre todo porque en muchos casos probablemente la evidencia esté bajo el control de terceras partes hostiles localizadas en el extranjero, y con frecuencia en países cuyas leyes de bloqueo permiten --y de hecho obligan-- a los locales a obviar las acciones del Título III.³⁰ E incluso en los casos donde los hechos no están en discusión, el lenguaje del Título III resulta muy amplio y sujeto a interpretaciones divergentes. Aún tiene que decidirse lo que significa "beneficiarse de" o "participar en". Cuando las conexiones de los demandados con la propiedad expropiada son remotas o débiles, es razonable creer que los tribunales pueden otorgar a estos términos un significado estrecho.

Finalmente, hay varias posibles defensas afirmativas a las acciones bajo el Título III. Una es su estatuto de limitaciones, que es de dos años.³¹ La

²⁸Las personas naturales también pueden estar sujetas a jurisdicción personal si están físicamente presentes en el estado cuando se les entrega una citación para comparecer ante el tribunal. Ver *Burnham v. Superior Court of California*, 495 U.S. 604 (1990).

²⁹ Ver *Daimler AG v. Bauman*, 571 U.S. ___, 134 S. Ct. 746 (2014).

³⁰ Ver *Daimler AG v. Bauman*, 571 U.S. ___, 134 S. Ct. 746 (2014).

³¹ Ver 22 U.S.C. § 6084.

disposición sirve, esencialmente, para delimitar la responsabilidad de las personas relacionadas con negocios en curso en Cuba. Otra posible defensa sería invocar el llamado "acto de la doctrina estatal", ese que, cuando se reconoce, evita que los tribunales lleguen a preguntas sobre la validez de acciones internas de un Estado extranjero.³² El propósito consiste en evitar que los tribunales interfieran con la política exterior de la nación, llevada a cabo por los poderes políticos del gobierno.³³ Sin la acción del Congreso sobre el tema, el acto de la doctrina estatal casi seguramente impedirá que los tribunales de los Estados Unidos alcancen los méritos de cualquier acción en virtud del Título III, pero en la Helms-Burton el Congreso reemplazó expresamente la doctrina, ordenando que "ningún tribunal de los Estados Unidos se negara, en base al acto de la doctrina estatal, a tomar una determinación sobre los méritos de una acción presentada" bajo el Título III.³⁴ Si el acto de la doctrina estatal se planteó como una defensa, la cuestión que un tribunal debe resolver sería si el Congreso tiene el poder de controlar la aplicación de la doctrina; o si tal poder es exclusivamente del presidente.

Prudenciales

Varias consideraciones prudenciales pueden dar una pausa a los demandantes potenciales antes de comenzar una acción bajo el Título III. La primera sería la reacción del actual gobierno cubano. En caso de que la política de los Estados Unidos hacia Cuba retroceda a la de la administración Obama o se liberalice aún más, las oportunidades económicas para los ciudadanos de los Estados Unidos pueden abrirse en una Cuba aún comunista. Es probable que el gobierno cubano tome nota de la identidad de los demandantes del Título III y de que es poco probable que esas personas reciban concesiones, licencias u otras autorizaciones que puedan ser necesarias para futuras inversiones en el país. En segundo lugar, como se señaló antes, los miembros de la Unión Europea y otros Estados han creado derechos privados de acción para recuperar daños y costos en las acciones del Título III. Debido a estas leyes, la victoria en una acción del Título III en los Estados Unidos significa la exposición a la responsabilidad en el extranjero. Los potenciales demandantes estadounidenses con activos o intereses comerciales en la Unión Europea seguramente considerarán este factor al sopesar los costos y beneficios de comenzar una acción conforme al Título III.

Políticos

La decisión del presidente Trump de no suspender más el Título III ha provocado una fuerte oposición de la comunidad internacional y de algunos demócratas en el Congreso. Según informes, la Unión Europea presionó a

³² Ver *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964).

³³ Ver *id.*

³⁴ 22 U.S.C. § 6082(a)(6).

la administración Trump para que continuara con la suspensión, advirtiendo que si no lo hace, se requerirá que la Unión Europea “utilice todos los medios a su disposición” para detener las acciones del Título III.³⁵ Las opciones potenciales, aparentemente, incluyen el restablecimiento de un procedimiento de la OMC contra los Estados Unidos.³⁶ El día en que el secretario Pompeo anunció la intención del presidente Trump de poner fin a la suspensión del Título III, Canadá y la Unión Europea emitieron una declaración conjunta en la que condenaron la medida;³⁷ México prometió tomar medidas para proteger las inversiones de sus nacionales en Cuba.³⁸ A nivel nacional, al menos un senador ha criticado enérgicamente los planes de poner fin a la suspensión.³⁹

Es imposible predecir qué efecto tendrá esta oposición en la política de los Estados Unidos. Pero dada la creencia generalizada entre los demócratas y los expertos en asuntos internacionales de que deben mejorarse las relaciones con aliados clave como Canadá, México y la Unión Europea, parece plausible que la victoria del candidato demócrata a la presidencia en las elecciones de 2020 significaría una nueva suspensión del Título III o incluso un esfuerzo por revocarlo por completo. Si bien una suspensión no interrumpiría las demandas pendientes, sí evitaría la presentación de acciones adicionales.

Peter Fox es socio de la firma de abogados Scoolidge Peters Russotti & Fox LLP, en donde su practica incluye asesoreamiento en conflictos comerciales transfronterizos relacionados con América Latina.

³⁵ Ver Laurence Norman and Vivian Salama, “New U.S. Policy on Cuba Sanctions Threatens EU Ties”, *The Wall Street Journal*, 16 de abril de 2019, <https://www.wsj.com/articles/new-u-s-policy-on-cuba-sanctions-threatens-eu-ties-11555421835>

³⁶ Ver *id.*

³⁷ . Global Affairs Canada, Joint Statement by EU High Representative/Vice President Federica Mogherini, Minister of Foreign Affairs of Canada Chrystia Freeland and EU Commissioner for Trade Cecilia Malmström on the Decision of the United States to Further Activate Title III of the Helms Burton (Libertad) Act (Apr. 17, 2019), <https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2019/04/joint-statement-by-eu-high-representative-vice-president-federica-mogherini-minister-of-foreign-affairs-of-canada-chrystia-freeland-and-eu-commissio.html>

³⁸ Secretaría de Relaciones Exteriores de México, Posicionamiento del Gobierno de México Sobre el Anuncio de la Aplicación del Título III de la Ley Helms-Burton, Comunicado No. 088 (17 de abril de 2019), <https://www.gob.mx/sre/prensa/posicionamiento-del-gobierno-de-mexico-sobre-el-anuncio-de-la-aplicacion-del-titulo-iii-de-la-ley-helms-burton?idiom=es>

³⁹ Ver Press Release, Office of Senator Patrick Leahy, Statement of Senator Leahy On The Freedom To Export To Cuba Act (15 de febrero de 2019), <https://www.leahy.senate.gov/press/021519freedomtoexporttocubaact>