

Jurisdicción *ratione personae*: las empresas estatales ante el arbitraje de inversión

Jurisdiction *Ratione Personae*: State-Owned Enterprises before Investment Arbitration

Jurisdicção *ratione personae*: empresas estatais frente a arbitragem de investimento

ÉDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO*

VALENTINA BOTELLO LEÓN**

ANDRÉS FELIPE REINA ARANGO***

FECHA DE RECEPCIÓN: 18 DE AGOSTO DE 2021. FECHA DE APROBACIÓN: 12 DE DICIEMBRE DE 2021

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.10953>

Para citar este artículo: León Robayo, E. I., Botello León, V., & Reina Arango, A. F. (2022). Jurisdicción *ratione personae*: las empresas estatales ante el arbitraje de inversión. *Estudios Socio-Jurídicos*, 24(1), 71-96. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.10953>

RESUMEN

Al regular la jurisdicción del Centro, el artículo 25 del Convenio del CIADI determina la dimensión subjetiva de las controversias, limitándolas, exclusivamente, a aquellas que tengan lugar entre un Estado y un nacional de otro Estado contratante. No obstante, como consecuencia del crecimiento exponencial de la inversión pública internacional a través de empresas estatales, se plantea un debate interesante respecto de la

* Abogado de la Universidad del Rosario; Posgrado en Derecho Civil de la Universidad de Salamanca (España); especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana; magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia; y doctor en Derecho *summa cum laude* de la Universidad Alfonso X El Sabio (España). Actualmente es profesor de la Universidad Sergio Arboleda. Su participación en este artículo es resultado de la investigación del API "Crisis de la justicia", clúster: constitución, modernización e innovación del derecho privado, Universidad Sergio Arboleda. Correo electrónico: edgar.leonr@usa.edu.co

** Abogada de la Universidad Externado de Colombia; magíster en Derecho Internacional y en Derecho Internacional Público de la Universidad Paris II Panthéon-Assas (Francia). Actualmente es abogada de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia. Correo electrónico: vbotello@mincit.gov.co

*** Estudiante de quinto año de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Realizó un intercambio académico con enfoque en derecho internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Johannesburgo (Sudáfrica). Actualmente se desempeña como asistente de la Dirección de Defensa Jurídica Internacional de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Correo electrónico: andres.reina@est.uexternado.edu.co

posibilidad de que estas entidades adquieran *ius standi* ante los tribunales arbitrales de inversión. Si bien a partir del denominado ‘test de Broches’ los árbitros han permitido su comparecencia, es necesario establecer criterios adecuados y precisos que permitan clarificar la competencia *ratione personae* de los tribunales arbitrales de inversión en las controversias que involucren a las empresas estatales.

Palabras clave: arbitraje de inversión; empresas estatales; Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI); test de Broches; *ratione personae*.

ABSTRACT

Article 25 of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Convention, by regulating its jurisdiction, determines the subjective scope of disputes, limiting it to controversies taking place between a State and a national of another contracting State. Nevertheless, given the exponential growth of international public investment through state-owned companies, an interesting debate arises regarding whether it is possible for these entities to acquire *ius standi* before the investment arbitration tribunals. Although from the so-called “Broches test” arbitrators have allowed their appearance, it is necessary to establish adequate and precise criteria that allow clarifying the jurisdiction *ratione personae* of investment arbitration tribunals in disputes involving state-owned enterprises.

Keywords: Investment arbitration; State companies; International Centre for Settlement of Investments Disputes (ICSID); Broches test; *ratione personae*.

RESUMO

Ao regulamentar a jurisdição do Centro, o artigo 25 do Convênio CIADI determina a dimensão subjetiva das controvérsias, limitando-as exclusivamente às que ocorrem entre um Estado e um nacional de outro Estado contratante. No entanto, como consequência do crescimento exponencial do investimento público internacional por meio de empresas estatais, surge um debate interessante sobre a possibilidade de essas entidades adquirirem *ius standi* perante os tribunais de arbitragem de investimentos. Embora, com base no chamado ‘test de Broches’, os árbitros tenham permitido sua comparência, é necessário estabelecer critérios adequados e precisos que permitam esclarecer a competência *ratione personae* dos tribunais de arbitragem de investimentos em litígios envolvendo empresas estatais.

Palavras-chave: arbitragem de investimentos; empresas estatais; Centro Internacional para Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIADI); test de Broches; *ratione personae*.

Introducción

Desde su génesis hasta hoy, el derecho internacional de las inversiones ha sido detonante de discusiones teóricas y prácticas que reflejan su naturaleza compleja y cambiante. A menudo, tales debates trascienden discordancias meramente jurídicas, relacionadas con el lenguaje de los tratados y la naturaleza de los actos del Estado, haciendo visibles problemas de orden político, económico y filosófico, que ponen en duda la legitimidad misma del sistema y que indican, entre muchas otras cosas, la presencia de deficiencias estructurales (Sornarajah, 2017, p. 1).

A pesar de lo anterior, existe una tendencia creciente a contraer obligaciones internacionales relacionadas con la protección de inversiones.¹ Impulsados por el paradigma de la inversión extranjera directa (IED) como catalizadora del desarrollo económico, y manteniendo la creencia en la necesidad de estimular el flujo de la inversión privada internacional, los países en vía de desarrollo son consistentes en su esfuerzo por negociar y concluir instrumentos internacionales que permitan el aumento de sus cifras.²

Habida cuenta de que la naturaleza misma del régimen internacional de protección de inversiones ha sufrido modificaciones profundas, impulsadas por el desarrollo y la aplicación de sus normas y principios a través del sistema de resolución de controversias inversionista-Estado, la naturaleza del sistema puede considerarse como autorreferenciada. Por tal motivo, la práctica arbitral ha definido el alcance de varios presupuestos en esta materia, manifestados usualmente en la forma de obligaciones internacionales dimanadas de tratados (Vela Orbegozo, 2018, p. 201).

¹ Si bien la pandemia causada por el Covid-19 provocó una drástica caída de la IED a escala mundial en 2020, se ha previsto que sus flujos mundiales hayan tocado fondo en 2021 y recuperen parte del terreno perdido con un aumento de entre el 10% y el 15%. Esto seguiría dejando a la IED un 25% por debajo del nivel de 2019 y más de un 40% por debajo del pico reciente de 2016. Las proyecciones actuales muestran un nuevo aumento en 2022 que, con arreglo a las proyecciones más optimistas, podría devolver la IED al nivel de 2019 de 1,5 billones de dólares (UNCTAD, 2021a, p. 5).

² Lo anterior teniendo en cuenta las dificultades que trajo consigo la pandemia, pues, según las Naciones Unidas, la inversión extranjera directa en las economías en desarrollo fue relativamente resistente al 8%, principalmente debido a los fuertes flujos en Asia. Como resultado, las economías en desarrollo representaron dos tercios de la IED mundial, frente a poco menos de la mitad en 2019 (UNCTAD, 2021b).

Ahora bien, las decisiones arbitrales también son un factor importante para la evolución de las políticas estatales dirigidas a determinar los contenidos de los instrumentos internacionales relacionados con la protección de la IED. Ejemplo de ello es la incorporación de disposiciones más precisas, que delimitan el acceso de los inversionistas al sistema de resolución de controversias y reivindican las potestades estatales en aspectos como la protección del medio ambiente y los derechos humanos (Reiner & Schreuer, 2009, p. 37) o la creación de mecanismos de revisión e interpretación, como la comisión conjunta establecida en el artículo 2001 del Tratado de Libre Comercio Canadá-Colombia.³

Esta respuesta a los desarrollos de la práctica arbitral implica un cambio de paradigma en relación con una de las manifestaciones de las condiciones de desigualdad propias del sistema: el lenguaje abierto y abarcador de algunos estándares de protección que favorecerían, por su naturaleza, a los nacionales de la parte que fuese materialmente la fuente del flujo de inversión. Ahora, enfrentada con la naturaleza expansiva de las decisiones que determinan el alcance del texto de los tratados en cuanto al nivel de protección otorgado al inversionista, la parte que recibirá el mayor flujo de inversión será aquella que, a la hora de definir los términos del tratado, propenderá por compromisos detallados y limitados y por la inclusión de cláusulas que reflejen sus potestades regulatorias (Gaillard, 2007, pp. 23-34). Esto pone en evidencia un postulado relativamente simple: la materialización de las normas que pretenden estimular y proteger la inversión extranjera representan para los Estados un marco de referencia de acción futura, no solo relativa al trato de los inversionistas, sino a la posibilidad de contraer obligaciones a su favor, lo cual usualmente se orienta a limitar sus compromisos.

En ese sentido, y a modo de ejemplo, la caracterización de una inversión susceptible de protección bajo el derecho internacional tampoco ha permanecido intacta. En desarrollo de este proceso se ha llegado

³ Ley 1363 de 2009, “por medio de la cual se aprueba el ‘Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia’, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el ‘Canje de notas entre Canadá y la República de Colombia’ del 20 de febrero de 2009, por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia”. Declarada exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-608, 3 de agosto de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

incluso a unificar criterios relativos a su identificación, que van desde la elaboración de determinados tests hasta discusiones sobre la legalidad de la inversión como requisito para acceder al sistema de resolución de controversias, los cuales actualmente se incluyen en el texto de algunos tratados en materia de inversión (Bishop, Crawford & Reisman, 2005, pp. 333-335). Estos pueden ser tratados bilaterales de inversiones (TBI), acuerdos para la protección y protección recíproca de las inversiones (APPRI) o el capítulo de inversión de los tratados de libre comercio (TLC).⁴

En tal línea, la calidad de inversionista, titular de la protección otorgada en los tratados de inversión, también se ha cuestionado. Incluso, se ha limitado, con el fin de permitir el acceso a los privilegios otorgados por el tratado a personas que cumplan a cabalidad con los requisitos establecidos por el instrumento para ser considerado un inversionista protegido, conservando el criterio esencial de la nacionalidad.

La competencia *ratione personae* de los tribunales arbitrales de inversión se constituye entonces como uno de los elementos fundamentales del sistema, pues precisamente el mecanismo de resolución de controversias en el arbitraje de inversión surge de una premisa fundamental: identificar a las partes del conflicto, sirviéndose de una serie de criterios para definir qué se debe entender por inversionista. En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 25 del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante Convenio del CIADI), es el inversor protegido por el acuerdo/ley de inversión respectivo quien tiene *ius standi* como reclamante en el marco de una disputa relacionada con una inversión. Esta disposición establece que, en tales disputas, las partes deben ser “[...] un Estado contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de

⁴ Los TBI son acuerdos internacionales en los que los Estados contratantes adquieren obligaciones bilaterales para fomentar la IED. De forma similar, los APPRI son acuerdos internacionales cuyo objetivo principal es el de establecer condiciones favorables recíprocas para los inversionistas de un Estado en el territorio del otro Estado. Finalmente, los TLC son acuerdos internacionales que, a diferencia de los anteriores, tienen un ámbito de aplicación más amplio, puesto que, como su nombre bien lo sugiere, crean una zona de libre comercio y se pronuncian sobre diferentes materias de derecho internacional requeridas para su establecimiento —*v. g.*, comercio de mercancías, reglas de origen, facilitación del comercio, medidas sanitarias y fitosanitarias, obstáculos técnicos al comercio, defensa comercial, contratación pública, entre otros—, incluyendo, en algunas oportunidades, un capítulo en materia de IED.

un Estado contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado contratante [...]”.

De su lectura se evidencia que de su competencia quedan por fuera: i) las controversias entre particulares, quienes podrán arbitrar ante instancias arbitrales privadas; ii) las controversias entre Estados, los que podrán resolver sus conflictos apelando a las instancias previstas en los tratados o demás instrumentos de derecho internacional público —destinadas específicamente a solucionar controversias de esta naturaleza, pues, como ha sido mencionado anteriormente, las disposiciones de resolución de disputas relativas a inversiones, aunque fundamentalmente gobernadas por el derecho internacional público, se refieren a las surgidas entre inversionistas y Estados—; y iii) los conflictos entre Estados y sus nacionales, por cuanto la función del CIADI consiste en promover la inversión extranjera (Amerasinghe, 1976, p. 803).

En consecuencia, de la redacción del artículo 25 se relega el ámbito subjetivo del Convenio del CIADI a controversias entre un Estado y un “nacional de otro Estado contratante”, sujetando esta situación, en su parágrafo 2, al criterio nacionalidad, sin definirlo o estableciendo reglas para su determinación respecto de las personas naturales o jurídicas (Cantuarias Salaverry, 2007, p. 639). La pregunta que surge es, entonces, si es dable concluir que el término inversionista comporta que, una vez comprobado su estatus como nacional de la otra parte, el adjudicador encontrará innecesario indagar sobre aspectos que podrían resultar determinantes para el establecimiento y desarrollo de su inversión, como su composición, propósito y función, tratándose de personas jurídicas.

Es así como los tratados de inversión han venido definiendo ampliamente el concepto “nacional de otro Estado contratante”, dotando de contenido a este requisito para acceder a los derechos allí comprendidos, incluyendo el de llevar una reclamación a arbitraje. Sin embargo, y aunque el fundamento del sistema sea la protección de la IED reflejada en las actividades económicas de particulares en un Estado distinto al de su nacionalidad, esta circunstancia se ha visto matizada en escenarios en los que el Estado de nacionalidad del inversionista tiene un determinado grado de participación o ejerce sobre este algún tipo de control.

En efecto, existen cuestionamientos importantes respecto de aquellos casos en los que el Estado tiene un grado de participación en la persona jurídica que busca obtener protección en las disposiciones relativas a inversiones de un instrumento internacional. En primer lugar, es posible preguntarse cuál es el grado de participación que, hipotéticamente, excluiría a un inversionista del ámbito de protección del tratado; y, en todo caso, si el mero hecho de que exista participación del Estado descartaría la posibilidad de ser cobijado por sus disposiciones.

Es en este marco que algunos instrumentos internacionales han incluido en su definición de “nacional de otro Estado contratante” a las empresas estatales.⁵ De esta ampliación conceptual surge un nuevo interrogante, pues, al analizar la naturaleza y conducta de algunas de ellas a la luz del derecho internacional, sus actos pueden ser considerados como ‘actos del Estado’.

En ese sentido, el escenario en que una reclamación sea sometida a arbitraje con base en un instrumento que no reconoce expresamente la posibilidad de que la inversión adelantada por un Estado a través de un inversionista ‘vehículo’ de un inversionista sea susceptible de protección comportaría, necesariamente, una confusión en la identidad de quien busca protección —el inversionista como sujeto pasivo de las obligaciones del Estado en el marco de un tratado de esta naturaleza *vis-a-vis* con un Estado, entidad a la que no se extiende la cobertura del tratado en relación con la posibilidad de reclamar por las acciones del otro Estado, el cual funge como receptor de la inversión—. Esta dinámica podría llevar a que las normas de resolución de disputas Estado-Estado vigentes entre las partes, contenidas en dicho instrumento o en otros, se fragmenten por causa de una expansión de las reglas de resolución de controversias relativas a inversión de vigencia simultánea.

⁵ Por ejemplo, el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá, ya referenciado, indica en su capítulo 8 sobre inversión, sección C: “[...] inversionista de una parte significa una parte o *una empresa del Estado de su propiedad*, o una empresa o un nacional de una parte, que intenta realizar, está realizando o ha realizado una inversión. Una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerará exclusivamente un ciudadano del Estado de su nacionalidad efectiva y dominante. Una persona natural que sea un ciudadano de una parte y un residente permanente de la otra parte se considerará como un nacional exclusivamente de la parte de donde sea ciudadano” (cursiva fuera de texto).

Ciertamente, el objeto del arbitraje de inversión no es dirimir controversias entre Estados, función que le precede y está reservada a otros sistemas del derecho internacional, sino el de resolverlas cuando estas se presentan entre particulares y Estados. Y es que no se puede desconocer que el régimen de solución de controversias, conocido en inglés como *investor-State dispute settlement* (ISDS) —en español, inversionista-Estado—, fue concebido específicamente para la resolución de conflictos surgidos entre un particular que realiza una inversión en un Estado diferente al Estado de su nacionalidad y el Estado receptor de dicha inversión (Broches, 1966).

Este escrito pretende abordar estos cuestionamientos, teniendo en cuenta que el crecimiento exponencial de la inversión pública internacional torna relevante y necesario retomar el debate alrededor de la evolución del alcance del concepto ‘inversionista’ en relación con las empresas estatales. Esto por cuanto el análisis adoptado en las decisiones arbitrales sobre la materia se ha caracterizado por ser ligero y ajeno a las implicaciones de esta expansión conceptual.

En efecto, la práctica arbitral en esta temática se ha desentendido de un análisis funcional o teleológico para determinar la naturaleza del reclamante como inversionista. Ello puede dar lugar a que los tratados celebrados entre Estados receptores y Estados de origen cobijen controversias en las que la verdadera parte interesada, en lugar del inversionista, sea el Estado de nacionalidad del inversionista, agravando una estructura por naturaleza desigual y enervando los mecanismos existentes, dispuestos por el derecho internacional público, para solucionar este tipo de controversias.

Para cumplir con este propósito, se analizará en primer lugar qué debe entenderse por empresa estatal en el arbitraje de inversión y cómo se protege la IED en el sistema de resolución de controversias inversionista-Estado. A renglón seguido, se hará referencia al denominado ‘test de Broches’ como punto de partida utilizado por tres decisiones fundamentales de tribunales arbitrales para permitir la comparecencia de empresas estatales en arbitrajes de inversión. Finalmente, se precisarán aquellos criterios que podrían ser tenidos en cuenta por los tribunales arbitrales de inversión, los cuales podrían facilitarles asumir competencia en aquellos asuntos en los que intervengan entidades

estatales, dando así desarrollo y ejecución al mencionado artículo 25 del Convenio del CIADI.

La empresa estatal y la IED en el derecho de las inversiones

A pesar de su creciente presencia en los escenarios propios de una economía globalizada, existe un aparente consenso en la literatura especializada acerca de la ausencia de una definición precisa de empresa estatal (McLaughlin, 2019, pp. 595-625). Dada su importancia y con ocasión de la globalización del capitalismo de Estado, las empresas estatales son ahora agentes sumamente relevantes que se involucran en las dinámicas propias de la inversión extranjera (Skovgaard Poulsen, 2016, p. 14). El rompimiento de la ‘naturalidad’ de las relaciones inversionista-Estado, asimétricas por naturaleza, es el causante de tensiones como las que analiza este escrito y que justifican la necesidad de encontrar una definición.

Este apartado tiene por objeto analizar el concepto de empresa estatal, extendiendo su significado hasta aquella que es multinacional, así como la tensión que existe entre estas y el sistema de resolución de disputas inversionista-Estado.

La empresa estatal –State-owned enterprise– y la empresa estatal multinacional –State-owned multinational–

Pese a la ausencia de una definición estricta, y apartándose de lo que los regímenes nacionales de derecho administrativo puedan entender por ella, es posible acercarse a la conceptualización de la empresa estatal en el derecho de las inversiones como una persona jurídica creada por un Estado, el cual la controla, cuyo fin es participar en el mercado con el propósito de alcanzar intereses públicos. En este sentido, se pueden identificar algunos elementos comunes en la conceptualización de las empresas estatales, mientras que los restantes dependerán de la redacción de la cláusula que defina a los inversionistas protegidos por el respectivo tratado (McLaughlin, 2019, pp. 595-625). Estos son los siguientes:

- a) La empresa debe contar con personalidad jurídica independiente de la del Estado, por lo que lógicamente se excluyen de esta definición las entidades que no cuentan con ella.
- b) La empresa debe ser controlada por el Estado. Sin embargo, el grado, la extensión y la forma de control pueden estar delimitados por el tratado u otro instrumento.
- c) La actividad ejercida por la empresa estatal debe ser considerada de naturaleza comercial. Para tal fin, tribunales de arbitraje de inversión han establecido una diferencia entre las actividades soberanas del Estado y las que son comerciales, señalando que mientras las primeras implican el ejercicio de las facultades soberanas o de imperio, de exclusivo ejercicio del Estado —*iure imperii*—, las segundas abarcan los comportamientos del Estado en su papel de particular o gestor —*iure gestionis*—,⁶ como sucede, por ejemplo, con la compra y venta de bienes y servicios⁷ (McLaughlin, 2019, pp. 595-625).

De allí que únicamente las entidades estatales que tengan por objeto realizar actividades de naturaleza comercial podrían ser, eventualmente, entendidas como inversionistas a la luz de los tratados de inversión. Extender este carácter a una que realice exclusivamente funciones soberanas implicaría otorgarles competencia a los tribunales de inversión para pronunciarse sobre disputas interestatales, lo cual excede los límites de su funcionamiento.

No obstante, resulta interesante cuestionar si aquellos tratados que dentro de la definición de inversionista incluyen al Estado propiamente dicho o a sus ramificaciones extienden su competencia a las controversias

⁶ La distinción entre los actos *iure imperii* e *iure gestionis* ha tenido especial trascendencia en el concepto de inmunidad estatal relativa. Sobre este punto, véase: ICSID, *Liberian Eastern Timber Company v. Government of the Republic of Liberia* (Case ARB 83/2), laudo del 31 de marzo de 1986.

⁷ En relación con estos últimos, es relevante mencionar que los tribunales no se limitan a esta diferenciación. De considerarse un acto como de gestión, este deberá revestir las características de una inversión. Así, la mera compra y venta de bienes, ejemplo paradigmático de tal tipo de actos, no es considerada propiamente una inversión bajo los acuerdos internacionales de inversión. Esto, como concluyó el tribunal en *Romak S.A. v. Uzbekistán*, por cuanto no se trata de un acto que luego de estudiar, por ejemplo, factores como su duración o asunción de riesgo que comporta, tenga cabida dentro del concepto de ‘inversión’ (CNUDMI, Caso PCA AA280, laudo del 16 de noviembre de 2009, p. 242).

surgidas en ejercicio de las actividades *iure imperii* de sus empresas estatales. Adicionalmente, es pertinente resaltar que la frontera entre las actividades comerciales y soberanas puede ser tenue, dado que, si bien la empresa estatal participa en el mercado, lo hace persiguiendo los intereses públicos del Estado. En otras palabras, la empresa estatal usa los medios comerciales para fines estratégicos o soberanos (McLaughlin, 2019, pp. 595-625).

Lo anterior por cuanto la naturaleza y razón de ser de las empresas estatales reside en la posibilidad que tiene el Estado de intervenir en la economía, en desarrollo, usualmente, de facultades constitucionales y con el ánimo de garantizar el correcto funcionamiento de determinados mercados; atajar las consecuencias negativas derivadas de fenómenos como los monopolios naturales; e, incluso, impulsar la recuperación en escenarios de crisis económica (Van de Kuilen, 2017, p. 8). De cualquier forma, la extensión del concepto empresas estatales en el marco del arbitraje de inversión dependerá, por último, de la redacción del tratado concluido entre el Estado receptor de la inversión y el Estado de nacionalidad del inversionista; y, en específico, de la cláusula que defina al inversionista protegido por el tratado —o de una eventual cláusula de denegación de beneficios que excluya empresas controladas por algunos de los Estados—, por cuanto es este instrumento el que concreta y materializa la voluntad de los Estados.

De manera que el tratado en cuestión, ya sea un TBI, un APPRI o el capítulo de inversión de un TLC, debería ser el instrumento que, idealmente, determine si las empresas estatales están cubiertas en la definición de inversionista y, de estarlo, fijar su alcance. Así, por ejemplo, si bien en estricto sentido la empresa estatal puede tener tanto naturaleza nacional como territorial, su inclusión en la definición de inversionista protegido dependerá del texto del instrumento en cuestión. No obstante, con exclusión de los tratados suscritos en los últimos años, la mayoría de estos acuerdos habían guardado silencio respecto de la inclusión o exclusión de las empresas estatales dentro del concepto del inversionista protegido.

En todo caso, los elementos previamente referidos son comunes a varias definiciones propuestas por las instituciones internacionales y la doctrina. El Banco Mundial, por ejemplo, define las empresas estatales

como entidades económicas de propiedad del gobierno, o controladas por él, que generan la mayoría de sus ingresos a partir de la venta de bienes y servicios (World Bank, 1995). Por otro lado, conforme con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), se trata de cualquier entidad corporativa reconocida por el derecho nacional como una empresa en la que el Estado ejerce propiedad (OECD, 2015). Así mismo, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) formuló una definición determinando que esta categoría se refiere a empresas matrices y sus filiales extranjeras en las que un gobierno tiene un interés propietario que le permite ejercer control —completo, por mayoría o por minoría significativa— (UNCTAD, 2021a, p. ix).

De esta última definición se desprende, justamente, otra categoría relevante para posicionar a las empresas estatales en el tablero de la inversión extranjera: las empresas estatales multinacionales. Estas personas jurídicas se originan en la internacionalización propia de los negocios cuando las empresas estatales realizan inversiones en un territorio diferente al territorio del Estado que las controla, de forma que la intervención económica se lleva a cabo, en estricto sentido, por fuera del Estado.

En esta medida, la inversión efectuada por las empresas estatales en terceros Estados se puede justificar en la intención de corregir los errores de mercado existentes en un contexto global o en la necesidad práctica de reducir costos de transacción. Así ocurrió en el caso de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA), el cual estableció su refinamiento de hidrocarburos en uno de los mercados clave de dicho producto, a saber, Estados Unidos (Cuervo-Cazurra, Inkpen, Musacchio & Ramaswamy, 2014, pp. 919-942).

La tensión entre la naturaleza de la empresa estatal y el sistema de resolución de disputas inversionista-Estado

Ahora bien, el centro de la problemática que surge respecto del papel del régimen de protección de la inversión extranjera y la empresa estatal se encuentra en la calificación de esta última como inversionista.

Es esta categoría la que permite activar el mecanismo de resolución de disputas y, en general, es en ella en donde recaen los derechos y beneficios contenidos en instrumentos internacionales destinados a la protección y promoción de la inversión.

La discusión sobre la calificación o no de una empresa estatal como inversionista extranjero tiene incidencias de naturaleza jurisdiccional, pues únicamente los inversionistas protegidos por el tratado en cuestión dispondrán de la legitimación —*ius standi* o *standing*— para acceder al sistema de resolución de controversias inversionista-Estado. En consecuencia, el tribunal arbitral constituido en virtud del tratado para dirimir tal disputa solo tendrá competencia para pronunciarse sobre conflictos que involucren a un Estado parte del acuerdo y a un inversionista proveniente de otro Estado parte de este.

Para que un inversionista se pueda beneficiar de los derechos sustantivos y los estándares de protección previstos en el tratado que contiene la cláusula de resolución de controversias inversionista-Estado, el tribunal conformado debe tener: i) jurisdicción *ratione personae* —las partes de la controversia deben ser un Estado y un inversionista extranjero—; ii) *ratione materiae* —la reclamación debe versar sobre una inversión—; iii) *ratione temporis* —las reclamaciones deben haberse producido durante el ámbito de aplicación temporal del tratado—; y iv) *ratione voluntatis* —el Estado debe haber otorgado su consentimiento para someterse a las reclamaciones presentadas por los inversionistas extranjeros, consentimiento que usualmente se expresa en la firma del tratado en cuestión y que se fusiona con aquel otorgado por el inversionista una vez expresa su intención de someter una reclamación a arbitraje—. De no cumplirse con alguno de tales requisitos, el Estado podrá presentar una objeción a la jurisdicción arbitral y, en consecuencia, la demanda presentada ante el tribunal será inadmisibile.⁸

En relación con la empresa estatal pueden surgir varias tensiones. Principalmente, una de orden histórico-funcional, pues el sistema de resolución de disputas inversionista-Estado fue creado para permitir que un particular, el inversionista, pueda resolver las disputas que surjan

⁸ ICSID, *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Case ARB/12/20), laudo del 26 de abril de 2017.

con el Estado anfitrión de su inversión en cuanto al desarrollo de esta (Feldman, 2010).

Como se mencionó previamente, el Convenio del CIADI no otorga una definición de inversionista, pues, al determinar la jurisdicción del Centro, el artículo 25 señala que esta se limita a disputas entre un Estado y un “nacional de otro Estado contratante”, sin otorgar criterios para la determinación de dicha nacionalidad. De esta forma, el instrumento se remite al consentimiento otorgado por los Estados en los tratados por ellos suscritos, a fin de definir la calidad de inversionista. En ese sentido, el *ius standi* en el arbitraje de inversión se determina, materialmente, con base en los tratados con disposiciones en materia de inversión.

De este modo, en caso de que un tratado en materia de inversión incorpore la posibilidad de que una entidad gubernamental o una empresa estatal explícitamente sean considerados inversionistas, el consentimiento del Estado podría interpretarse como extenso al punto de cubrir una posible disputa Estado-Estado ante un tribunal de inversión. De hecho, una revisión reciente de la mayoría de estos instrumentos internacionales arrojó que rara vez las empresas estatales son excluidas del ámbito de aplicación de los tratados y que, simultáneamente, se ha presentado un alza significativa de los tratados recientes que las incluyen explícitamente (Shima, 2015, pp. 9-11).

No obstante, y a pesar de lo que puedan consentir los Estados al concluir tratados en materia de inversión, es claro que, como el nombre mismo del sistema de resolución de controversias inversionista-Estado lo indica, este no fue diseñado para resolver controversias entre Estados. Dicha conclusión es fácilmente alcanzable de la lectura del texto del Convenio del CIADI y sus trabajos preparatorios, los cuales disponen que el fin esencial del sistema y sus reglas es la protección de la inversión privada internacional (Feldman, 2010).

Las preguntas que surgen se dirigen entonces a determinar: i) quién tiene la posibilidad de acceder al sistema en calidad de reclamante y a sus consecuentes beneficios; ii) cuáles son las fronteras de este sistema, erosionado por relaciones desiguales entre los Estados que lo componen, evidentes en la determinación del contenido de los tratados frente a otros del régimen del derecho internacional (Alschner & Skougarevskiy, 2016, p. 562); iii) si puede o no este fenómeno agravar las relaciones

de desigualdad características del derecho internacional de las inversiones; y iv) si estas implicaciones deben ser tenidas en cuenta por los tribunales de inversión.

Algunas de estas preguntas encuentran respuesta en los laudos arbitrales que han reivindicado la posibilidad de que las empresas estatales busquen protección en el sistema, como se verá en el siguiente apartado.

Los vacíos de los laudos arbitrales y su punto de partida: el test de Broches

El número de decisiones relacionadas con la legitimación activa o *ius standi* de empresas estatales ante los tribunales de arbitraje de inversión es mínimo. Desde el establecimiento del sistema de arbitraje inversionista-Estado se ha tenido noticia de algunos pocos casos que abordan directamente la cuestión: i) *CSOB v. Slovakia*, ii) *BUCG v. Yemen* y iii) *China Heilongjiang, Beijing Shougang Mining and other v. Mongolia*. En los dos últimos laudos, se trataba de empresas estatales chinas, mientras que en el primero se encontraba involucrada una empresa estatal checa.

Para entender la realidad de la cuestión es importante revisar tales decisiones, con el propósito de identificar los puntos más relevantes del razonamiento de los árbitros, la manera en la que se aborda la subjetividad del inversionista —fundamentalmente los criterios de los que se vale el tribunal para determinar que tiene jurisdicción *ratione personae*— y señalar los vacíos en sus consideraciones, a la luz de los problemas anteriormente planteados para, a partir de allí, sugerir posiciones alternativas. Es así como el primer elemento de juicio alegado por las partes en disputa y analizado por el tribunal de arbitraje —siendo el primero, *CSOB v. Slovakia*— es el planteamiento realizado por Aaron Broches, secretario general del Banco Mundial durante el período en el que se redactó y firmó el Convenio del CIADI.

Durante una conferencia en La Haya, se puso bajo su conocimiento la cuestión relativa a la participación de las entidades gubernamentales reclamantes en los procesos de arbitraje. A su juicio, el asunto se soluciona, de alguna forma, partiendo del concepto de “atribuibilidad” —en inglés *attributability*— contenido en los artículos sobre responsabilidad

del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. De modo que, en el marco de la propuesta de Broches, en el evento en que una entidad del Estado presente una solicitud de arbitraje, esta podrá ser considerada un inversionista siempre que no esté adelantando funciones esencialmente estatales o fungiendo como un agente del Estado (Broches, 1966, p. 267).

Así, con base en esta posición, al decidir los casos mencionados, los tribunales de inversión han analizado si la empresa estatal reclamante opera como agente del Estado en los términos de los artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Esto es, si la empresa estatal “actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento” (Comisión de Derecho Internacional, s. f., art. 8º).⁹

Esta respuesta trajo consigo un flujo significativo de literatura y ha sido tenida en cuenta en las decisiones mencionadas, las cuales se analizarán a continuación.

CSOB v. Slovakia

En este asunto, el tribunal se pronunció sobre el alegado incumplimiento de un acuerdo de consolidación financiera celebrado entre la República Checa, la República Eslovaca y el inversionista reclamante, Ceskoslovenska Obchodni Banka (CSOB), con el objetivo de efectuar una reestructuración financiera de este último, previa a su privatización. En cuanto a la naturaleza jurídica de CSOB, se trataba de una empresa del sector financiero controlada por la República Checa, que detentaba más del 65 % de sus acciones.¹⁰

Con fundamento en estos hechos, el demandante presentó su solicitud de arbitraje en virtud del TBI suscrito entre la República Checa y Eslovaquia. En su contestación, Eslovaquia planteó una objeción relacionada con la personalidad del inversionista, ya que, bajo su

⁹ Sobre ese punto, véanse: *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain* (Decision of the tribunal on objections to jurisdiction, 25 January 2000), ICSID Case ARB/97/7; *EDF (Services) Limited v. Romania* (Award, 8 October 2009), ICSID Case ARB/05/13; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan* (Award, 27 August 2009), ICSID Case ARB/03/29.

¹⁰ ICSID, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic* (ICSID Case ARB/97/4), Decision of the tribunal on objections on jurisdiction, 24 May 1999, par. 18.

consideración, al ser CSOB una empresa controlada por el Estado y al ejecutar o promover políticas estatales, no cumplía con los requisitos del artículo 25 del Convenio del CIADI.

El primer abordaje del tribunal a la objeción planteada por Eslovaquia consistió en reafirmar la naturaleza dúctil del artículo 25 de dicho instrumento, pues este no es un obstáculo para que las empresas con participación pública hagan uso del mecanismo. Por el contrario, e introduciendo las consideraciones de Broches, el tribunal lo estimó perfectamente posible y dicho razonamiento fue el punto de partida para la aplicación del test.

Sin embargo, y a pesar de afirmar la relevancia de su utilización, el tribunal no se refirió en profundidad a uno de los escenarios planteados por el test de Broches, pues no analizó de manera concreta la 'agencia' de CSOB respecto del Estado checo, pese a que reconoció casi literalmente, y en dos ocasiones, que el demandante era un agente del Estado (párr. 23). Por el contrario, fue en la discusión relativa a la naturaleza de la actividad empresarial que el tribunal fundamentó su decisión. A criterio de los árbitros, el hecho de que CSOB fuese de propiedad de la República Checa en un 65 % no era relevante para la discusión, ya que afirmó que la discusión relativa al control quedaba zanjada con la mera posibilidad de que tales entidades pueden acudir al arbitraje sin un sustento explícito, sino aparentemente identificable en el hecho de que CSOB ejercía acciones típicamente comerciales y a que el *consolidation agreement* alrededor del cual giraba la disputa fue estimado por las partes como un acuerdo comercial.

Sobre esta consideración del tribunal surgen interrogantes relevantes, puesto que, ante la evidente realidad de control y dirección de la empresa estatal por parte del Estado, no se explica por qué la decisión no tuvo en cuenta que dicho control y dirección pueden ser, perfectamente, una manifestación de la agencia. El tránsito del tribunal hacia un análisis funcional fue, entonces, apresurado.

Sobre la naturaleza esencialmente estatal de las funciones de CSOB la decisión fue bastante certera, dado que empleó afirmaciones que, aunque carentes de sustento, permiten entrever con claridad la posición de los árbitros. En primer lugar, el panel determinó que para el caso resultaba irrelevante que las actividades del demandante estuviesen impulsadas

por políticas de Estado. Lo realmente significativo era la naturaleza de la actividad en sí misma y si esta cruzaba en algún momento la frontera invisible entre la actividad ‘pública’ u oficial —*iure imperii*— y la actividad comercial —*iure gestionis*—.

Naturalmente, el tribunal encontró que CSOB era una empresa del sector financiero cuyas transacciones tenían lugar con otros privados y eran, en estricto sentido, transacciones comerciales. Al no identificar una competencia particular que dilucidara la naturaleza estatal de la actividad, el tribunal resolvió que se trataba de actividades meramente comerciales. La razón por la que el motivo, el contexto y los recursos detrás de tales actividades no hicieron parte del análisis se limitó a una línea (párr. 20).

La evasión de dicho análisis parece hacer evidente que el tribunal privilegió asuntos formales sobre la realidad sustancial (Blyschak, 2010, p. 5). En ese sentido, una aproximación teleológica o contextual posiblemente hubiese matizado la evaluación sobre la ‘esencialidad’ de la actividad.

Una actividad comercial no es en esencia estatal cuando por determinadas circunstancias su ejecutor es el Estado, el cual busca, además, la prevalencia de un interés colectivo —o de uno particular para beneficiar uno colectivo—. En tales eventos, la frontera se hace difusa y, de nuevo, pone en evidencia las tensiones generadas por las relaciones desiguales del sistema, que tienen lugar entre los Estados receptores o *host States*, las cuales se relacionan a su vez con las tensiones que surgen entre los Estados desarrollados, en desarrollo y menos desarrollados (Kryvoi, 2020, pp. 10 y 11).

BUCC v. Yemen

El inversionista Beijing Urban Construction (BUCC) alegó la privación forzosa de sus activos, así como la terminación del contrato suscrito con la autoridad de aviación civil y meteorológica de Yemen, para la construcción de una terminal aeroportuaria (párr. 25). De acuerdo con su alegato, la naturaleza jurídica del reclamante al suscribir el contrato con la autoridad yemení era la de una empresa estatal china en ejercicio

de sus facultades comerciales (párr. 30). En este caso, la totalidad de acciones del inversionista era de propiedad de China.¹¹

En él, el tribunal arbitral partió de la misma base que en la decisión tomada en CSOB. Al respecto, expresó que resulta factible que una empresa estatal utilice el mecanismo de resolución de controversias inversionista-Estado, puesto que, sostuvo, el artículo 25 del Convenio del CIADI no obstruye tal posibilidad.

Así, los árbitros de BUCG citaron el fallo de CSOB argumentando, curiosamente, que esta fue una decisión que, a su parecer, tuvo en cuenta el contexto concreto de la situación, afirmando que ese sería el abordaje adecuado de situaciones como la conocida por ellos. No obstante, el tribunal en *BUCG v. Yemen* fue más allá y analizó la manera en la que el demandado argüía que BUCG era un agente del gobierno chino. Consecuentemente, llegó a la conclusión de que, a pesar de estar encargado de actuar en interés nacional, en el proyecto en torno del cual giraba la disputa no era posible establecer que se estuviese actuando en calidad de agente del gobierno chino, en ninguno de los sentidos conocidos de la palabra “agencia” (párr. 39).

En lo relativo a la naturaleza de la actividad, aunque el panel de BUCG no se haya apartado del razonamiento adoptado por el tribunal en el caso de CSOB, como se explicó anteriormente, la diferencia recayó en que este sí poseía suficientes elementos de juicio para determinar que la actividad comercial de la constructora, a pesar de estar impulsada y fundamentada por su naturaleza como empresa estatal, obedecía a intereses meramente comerciales. Lo anterior, en palabras del tribunal, por cuanto el control ejercido por el gobierno chino hacia la compañía distaba mucho o era inútil a la hora de determinar que, en sus labores de construcción y administración del aeropuerto de Saná, BUCG estuviese adelantando funciones esencialmente estatales (párr. 43).

Pese a obedecer a un orden lógico y más ajustado al contenido del test de Broches, esta decisión reivindicó el distanciamiento del contexto, pues no tuvo en cuenta el control prácticamente absoluto por parte del gobierno chino ni la vigencia de una política de Estado encaminada a

¹¹ ICSID, *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen* (Case ARB/14/30), Decision on jurisdiction, par. 32.

obtener beneficios por medio de proyectos de esta naturaleza a la hora de determinar la naturaleza de la actividad, sin más sustento jurídico que aquel otorgado por el tribunal en CSOB.

China Heilongjiang, Beijing Shougang Mining and other v. Mongolia

El último de los tres casos por analizar acerca del *ius standi* de las empresas estatales en el sistema de resolución de controversias inversionista-Estado es *Beijing Shougang and others v. Mongolia*. En esta decisión, el tribunal arbitral tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la cancelación por parte de Mongolia de las licencias mineras obtenidas por las tres empresas estatales chinas reclamantes.

En su calidad de Estado demandado, Mongolia objetó la jurisdicción *ratione personae* del tribunal afirmando que dos de las reclamantes, Beijing Shougang —filial de la empresa estatal Shougang Corporation, bajo la supervisión directa del Consejo de Estado chino— y China Heilongjiang —cuyo principal objeto de operación era apoyar la inversión china en el extranjero—,¹² no calificaban como inversionistas bajo el TBI concluido entre Mongolia y la República Popular China. En específico, el instrumento abarcaba dentro de su definición de inversionista aquellas “entidades económicas establecidas de conformidad a las leyes de la República Popular de China y domiciliadas en el territorio de la República Popular de China” (art. 1.2.b).

El tribunal indicó que, si bien las empresas estatales demandantes fueron establecidas de conformidad con las leyes de la República Popular China y se encontraban domiciliadas en el territorio de este Estado, las partes estaban en desacuerdo sobre si estas podían ser calificadas como “entidades económicas” (párrs. 405-408). Para resolver la controversia, el tribunal aclaró que la definición de “entidad económica” usada en el tratado no incluye ningún criterio organizacional, de propiedad o de control. Por tal motivo, rechazó el argumento de Mongolia según

¹² PCA, *Beijing Shougang and others v. Mongolia* (PCA Case 2010-20), Award, 30 June 2017, par. 271.

el cual las entidades económicas debían actuar de forma separada e independiente al Estado (párrs. 412-413).

En ese sentido, el panel arbitral concluyó, de manera un poco redundante, que las entidades económicas son todas aquellas entidades legales que realicen actividades económicas (párr. 415), por lo que las empresas estatales reclamantes calificaban como inversionistas en los términos del tratado. Lo anterior sin que tenga relevancia alguna que estas sean propiedad de la República Popular China (párrs. 416-417).

La relevancia de los criterios ausentes en el razonamiento arbitral

Del análisis de las decisiones anteriormente referenciadas es evidente que, aunque la cantidad de decisiones sea reducida, los tribunales han planteado una serie de pasos destinados a abordar este tipo de cuestionamientos. Como se evidencia de la manera en que el tribunal en CSOB abordó la cuestión, el método tiene un punto de partida: el análisis de la actividad económica de la empresa sin mayor derrotero que el de la comercialidad de la actividad.

En otras palabras, los tribunales han descargado la carga argumentativa en una cuestión que bien puede apartarse de forma aparente de la naturaleza de cada empresa estatal y, por ende, causar que se difumine falsamente su verdadera razón de ser. Este criterio, que denominaremos ‘funcional’, por el énfasis que hace en la actividad que conduce el reclamante, parece ser el único bastidor de las razones que los tribunales y demandantes esgrimen para vencer la ‘objección de Broches’.

Las consecuencias de este análisis, considerablemente ligero en los casos bajo estudio, son precisamente la exclusión de elementos que tienen suma relevancia para diferenciar a las empresas estatales de otros agentes económicos. Como se ha mencionado en este escrito, estas entidades son constituidas con un fin diferenciado y un objeto bastante distinto al de los agentes privados, de forma que su teleología está completamente apartada de la de sus pares en el mercado. Por esta razón, limitar el análisis a este aspecto implicaría desconocer realidades importantes.

El fin que persiguen las empresas estatales a través de su actividad económica puede ser abstracto, como dilucida con vehemencia el tribunal de BUCCG, al resaltar el abismo de distancia entre la actividad en sí misma y el beneficio eventual que representa para la administración china. Pero tal propósito también puede ser concreto, como parecía ser evidente en la actividad financiera de CSOB, que se reinvertía y dirigía directamente a materializar los fines del Estado checo.

Por esta razón, los tribunales deberían también analizar el fin en concreto de la actividad adelantada con ocasión de una inversión pública internacional, para determinar si carecen o no de jurisdicción en las controversias sometidas a su conocimiento. La aplicación de este criterio puede balancear el impacto que el otorgamiento del carácter de inversionista a las empresas estatales genere y, así, contrarrestar la eventual desnaturalización del sistema.

A propósito de esta última idea, salta a la luz otro criterio lejano a los fundamentos de los laudos: el 'estructural'. Este se relaciona con el análisis ausente sobre el impacto que estas decisiones pueden tener en el régimen del derecho internacional de protección de las inversiones.

Teniendo en cuenta la naturaleza asimétrica del sistema, en la que son usualmente los Estados receptores de la inversión los que son demandados, y los presupuestos de creación de mecanismo, que incluyen, entre otros, el objetivo de crear un foro dedicado a las controversias que encuentre un inversionista con el Estado receptor de la inversión, vale la pena preguntarse si abrir el foro para que las empresas estatales demanden al Estado receptor de su inversión podría agravar las relaciones de desigualdad que aquejan al sistema y que han derivado en gran número de críticas sobre su legitimidad.

Conclusiones

A lo largo de este escrito se ha precisado que el artículo 25 del Convenio del CIADI puede resultar impreciso frente a la posibilidad de excluir a las entidades estatales de someterse al conocimiento de tribunales arbitrales cuando se trate de controversias relacionadas con inversiones. Aunque las decisiones tomadas por los árbitros en los casos

mencionados permiten extender su competencia a partir del test de Broches, realmente los argumentos base sobre los cuales se facilita esta posibilidad resultan limitados.

Por supuesto, la manera más fácil de permitir tal evento es la adecuada negociación y redacción de los tratados internacionales de inversión en los que se precise el ámbito de actuación de las entidades estatales y qué se entiende por ellas, así como la jurisdicción de los tribunales arbitrales para conocer de controversias relacionadas con estos asuntos.¹³ En este sentido, resultaría importante tener en cuenta una serie de criterios que permitan entender la forma como esta posibilidad se puede extender y evitar así denegación de jurisdicción. Son estos: el contextual, el teleológico y el estructural.

Respecto del primero, se puede aplicar cuando la actividad se lleva a cabo en un contexto en particular, determinado por la influencia del Estado en el respectivo mercado. Esto se refleja, por ejemplo, en el hecho de que CSOB sea tanto checo como eslovaco o que las empresas estatales chinas tengan como función potenciar la presencia del país a nivel global a través de la ejecución de macroproyectos mineros, de infraestructura, etc.

Para la aplicación del criterio teleológico es preciso determinar cuál es el fin de las actividades que se contratan, lo cual variará dependiendo del sector. Sin embargo, es preciso señalar que estas entidades comparten la defensa de un interés común: el interés colectivo. Para ello, el Estado busca enriquecerse o fomentar la competencia en un determinado mercado, incluso cuando invierte más allá de sus fronteras.

Finalmente, respecto del criterio estructural cabe indicar que el artículo 25 del Convenio del CIADI no impide que las entidades estatales puedan adelantar un caso ante un tribunal de arbitraje, cobijado de conformidad con sus disposiciones. No obstante, si el control del Estado es absoluto, se estaría disfrazando de una disputa inversionista-Estado lo que en realidad es una controversia Estado-Estado con base en la personalidad jurídica de la empresa que es, justamente, derivada

¹³ Las alternativas de negociación propuestas por la República Popular China en sus acuerdos de inversión más recientes ejemplifican este esfuerzo. La cantidad de empresas estatales chinas con intereses económicos en el extranjero, susceptibles de catalogarse como inversión, es significativa (Du, 2022).

del *State-hood*. Ahora bien, el expandir de este modo los límites de la jurisdicción del Centro está, en la práctica, creando un nuevo foro al que los Estados pueden llevar sus reclamaciones contra otros, instrumentalizando a las empresas estatales.

De esta forma, al preguntarse a dónde irían a parar los fondos en caso de una eventual condena del Estado receptor de la inversión pública, la respuesta es clara: a las arcas del otro Estado. En efecto, el patrimonio de esas empresas es, muchas veces, el mismo que el del Estado, o, al menos, estos se sobreponen parcialmente, lo cual implica una verdadera interposición.

En tal sentido, es posible afirmar que, de mantener a las empresas estatales en esta ecuación, se difuminaría la naturaleza del sistema de resolución de controversias inversionista-Estado, teniendo, incluso, que replantear su denominación al abarcar también las disputas Estado-Estado. De esta manera, se reitera la necesidad de que al momento de suscribir los tratados internacionales los Estados contratantes manifiesten claramente su voluntad de incluir o no a las empresas estatales dentro de los inversionistas protegidos.

La voluntad soberana inequívoca de los Estados así manifestada permitiría en gran medida clarificar el razonamiento arbitral para garantizar una verdadera y adecuada aplicación del artículo 25 del Convenio del CIADI.

Referencias

- Amerasinghe, C. F. (1976). The International Centre for Settlement of Investment Disputes and development through the multinational corporation. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 9, 793-816.
- Alschner, W., & Skougarevskiy, D. (2016). Mapping the universe of international investment agreements. *Journal of International Economic Law*, 19(3), 561-588.
- Bishop, R. D., Crawford, J., & Reisman, W. (2005). *Foreign investment disputes*. Kluwer Law International.
- Blyschak, P. (2011). State-owned enterprises and international investment treaties: when are State-owned entities and their investments protection. *J. Int'l L & Int'l Rel.*, (6), 1-52.

- Broches, A. (1966). The Convention on the Settlement of Investment Disputes: some observations on jurisdiction. *The Columbia Journal of Transnational Law*, 5(2), 263-267.
- Cantuarias Salaverry, F. (2007). *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Comisión de Derecho Internacional. (s. f.). *Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*.
- Cuervo-Cazurra, A., Inkpen, A., Musacchio, A., & Ramaswamy, K. (2014). Governments as owners: State-owned multinational companies. *Journal of International Business Studies*, (45), 919-942.
- Du, M. (2022). The status of Chinese State-owned enterprises in international investment arbitration: much ado about nothing? *Chinese Journal of International Law*.
- Feldman, M. (2010). The standing of State-owned entities under investment treaties. *Yearbook on International Investment Law & Policy*, 2010-2011, 615-638.
- Gaillard, E. (2007). The effect of broad dispute resolution clauses in investment treaty arbitration. En *Arbitraje internacional. Tensiones actuales* (pp. 23-34). Comité Colombiano de Arbitraje-Legis.
- Kryvoi, Y. (2020). *Three dimensions of inequality in international investment law*. Recuperado de <https://www.biicl.org/publications/three-dimensions-of-inequality-in-international-investment-law?cookieset=1&ts=1628533688>
- McLaughlin, M. (2019). Defining a State-owned enterprise in international investment agreements. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 34(3), 595-625.
- OECD. (2015). *OECD guidelines on corporate governance of State-owned enterprises*. <https://doi.org/10.1787/9789264244160-en>
- Reiner, C., & Schreuer, C. (2009). Human rights and international arbitration. In P.-M. Dupuy, F. Francioni & E.-U. Petersmann, *Human rights in international investment law and arbitration* (pp. 82-94). Oxford University Press.
- Shima, Y. (2015). *The policy landscape for international investment by government-controlled investors: a fact-finding survey*. OECD Publishing.
- Skovgaard Poulsen, L. N. (2016). States as foreign investors: diplomatic disputes and legal fictions. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 31(1), 12-13.
- Sornarajah, M. (2017). *The international law on foreign investment*. Cambridge University Press.
- UNCTAD. (2021a). *Informe sobre las inversiones en el mundo 2021*. Naciones Unidas.

- UNCTAD. (2021b). *La inversión extranjera directa mundial recuperará algo de terreno perdido, la incertidumbre persiste*. Recuperado de <https://unctad.org/es/news/la-inversion-extranjera-directa-mundial-recuperara-algo-de-terreno-perdido-la-incertidumbre>
- Van de Kuilen, C. M. (2017). *The status and treatment of sovereign investors under investment treaties*. University of Amsterdam.
- Vela Orbegozo, B. (2018). *El dilema del CIADI: ¿garantizar el flujo de las inversiones extranjeras o generar desarrollo en los Estados receptores?* Universidad Externado de Colombia.
- World Bank. (1995). *Bureaucrats in business: the economics and politics of government ownership (English)*. A World Bank policy research report Washington, D. (263). Recuperado de <https://documents1.worldbank.org/curated/en/197611468336015835/pdf/150370REPLACEM0Box0377372B00Public0.pdf>

