

# REPENSANDO EL REQUISITO DE LEGALIDAD EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN

## RETHINKING THE LEGALITY REQUIREMENT IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION

Nicolás Alarcón Loayza\*  
Rodrigo, Elías & Medrano

*In this article, the author intends to look into the identity of the legality requirement in international investment arbitration. For this purpose, first, the author offers a formulation of the legality requirement. Second, he provides a legal justification of the requirement based on the elements that make it up part of it as well as the rationale of international investment law. Finally, the author points out some consequences that follow the proposed justification.*

*The author uses relevant arbitral awards in order to contrast the justification proposed with the ongoing practice of arbitral tribunals, arguing that the legality requirement is an expression of the validity requirement of the investment as an object of protection under international investment law.*

**KEYWORDS:** *Legality requirement; investment arbitration; international investment law; validity of investments.*

*En el presente artículo, el autor busca indagar en la identidad del requisito de legalidad de la inversión en el arbitraje internacional de inversión. Para dicho fin, en primer lugar, el autor propone una formulación del principio de legalidad. En segundo lugar, propone una fundamentación jurídica del requisito basada en los elementos que lo integran y en la racionalidad del derecho internacional de las inversiones. Finalmente, el autor enuncia algunas consecuencias que se desprenden de la fundamentación propuesta.*

*En ese sentido, el autor utiliza diversos laudos arbitrales de inversión para contrastar la fundamentación propuesta del requisito de legalidad, sosteniendo que el requisito de legalidad es una expresión de la exigencia de validez de la inversión como objeto de tutela del derecho internacional de las inversiones.*

**PALABRAS CLAVE:** *Requisito de legalidad; arbitraje de inversión; derecho internacional de las inversiones; validez de la inversión.*

\* Abogado. Asociado en Rodrigo, Elías & Medrano, Lima, Perú. Contacto: [nalarcon@estudiorodrigo.com](mailto:nalarcon@estudiorodrigo.com)

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 11 de mayo de 2020, y aceptado el mismo el 9 de julio de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

La discusión en la doctrina y las decisiones arbitrales sobre la legalidad de la inversión se ha vuelto casi omnipresente en el derecho internacional de las inversiones<sup>1</sup>. Si indagamos en la genealogía del requisito de legalidad, encontraremos formulaciones similares aunque no idénticas en los tratados de amistad, navegación y comercio (antecesores de los tratados de inversión). Por ejemplo, el Tratado celebrado entre Estados Unidos y las Islas Hawaianas en el año 1849, el cual incluía la siguiente disposición:

[...] ambas partes contratantes se obligan a que los ciudadanos de la otra parte que residan en sus respectivos Estados podrán disfrutar de su propiedad y de seguridad personal, de la misma manera que sus propios ciudadanos y de los ciudadanos de la nación más favorecida, pero sujetos siempre a las leyes y reglamentos del Estado [traducción libre].

Por su parte, el Tratado celebrado entre Estados Unidos e Italia en el año 1948, disponía: “[I]os nacionales de cualquier de las Altas Partes Contratantes deberán, dentro del territorio de la otra Alta Parte Contratante, estar autorizados, sin interferencia, a ejercer, de conformidad con las leyes y regulaciones aplicables, los siguientes derechos y privilegios [...]”.

Dichas formulaciones del requisito de legalidad podrían entenderse como una expresión del principio de soberanía estatal o de independencia, según el cual los Estados tienen la potestad exclusiva de admitir extranjeros a su territorio, imponer las condiciones de dicha admisión y, asimismo, regular su conducta (Crawford, 2012, p. 609; Shaw, 2008, p. 212). Debemos mencionar, en ese sentido, que los extranjeros no tienen un derecho absoluto de entrada a un Estado; sino que, para ello, deben sujetarse al derecho doméstico del Estado que los

recibe (Saas, 2010, p. 50). En efecto, tal como ha sostenido Yotova, “[e]l respeto por el derecho del Estado receptor era ampliamente visto como el *quid pro quo* para admitir y proteger extranjeros y su propiedad” (2008, p. 307).

Ahora bien, estas disposiciones parecen haber sobrevivido al paso del tiempo y haberse implantado en la mayoría de tratados de inversión. Sin embargo, la nueva formulación convencional estándar de estas disposiciones aparece mucho más restringida que en sus formulaciones precedentes. En ese sentido, la mayoría de tratados de inversión suelen incluir una formulación del requisito de legalidad similar a la establecida en el Acuerdo para la Promoción y Protección recíproca de inversiones entre la República del Perú y el Reino de España, la cual afirma lo siguiente: “[p]or ‘inversiones’ se designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión [...]” (artículo 1.2, 1994).

De manera similar, las Directrices del Banco Mundial sobre Trato a la Inversión Directa Extranjera, establecen en la Directriz Primera que “[l]a aplicación de estas Directrices se extienden a inversiones existentes y nuevas establecidas y operando como inversiones privadas extranjeras de buena fe en conformidad absoluta con las leyes y regulaciones del Estado receptor” (Banco Mundial, 1992). Como es de notar, en estas formulaciones recientes del requisito de legalidad se ven limitadas en cuanto a su objeto y a su ámbito de aplicación, puesto que, a diferencia de los documentos precedentes, ya no se trata de enunciados amplios que cubren toda la actividad del individuo extranjero (o, si se quiere, del inversionista); sino, más bien, de enunciados específicos limitados a la inversión y a su adquisición. Por lo cual, parece inapropiado extenderles la racionalidad amplia de sus formulaciones precedentes.

<sup>1</sup> Cierta doctrina y decisiones arbitrales han calificado al requisito como un principio del derecho internacional. Sobre este aspecto, por ejemplo, Moloo y Khachaturian describen que “[e]n el derecho internacional de las inversiones, hay un principio emergente que requiere cumplimiento del derecho del Estado receptor, y en ocasiones de principios internacionales, a fin de conceder las protecciones sustantivas previstas en un tratado de inversión” (2011, p. 1475). Asimismo, en algunos casos arbitrales, el requisito ha sido caracterizado como un principio bien establecido; por ejemplo, puede verse los siguientes laudos: *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. c. La República de Albania* (2015, párr. 294) y *Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund Investors LLC, Egi-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC, and Mr. David Fischer c. Republica de Egipto* (2016, párr. 301). La dificultad con formulaciones de este tipo es que no suelen justificar cómo derivan el carácter de “principio” y lo atribuyen al requisito de legalidad. Sobre es aspecto, debemos anotar tres puntos principales: (i) en principio, no rechazamos que el requisito pueda haber alcanzado la categoría de un principio general del derecho. Se trataría, no obstante, de uno engendrado en el derecho internacional (y no en el reconocimiento de las naciones civilizadas, en el sentido del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia); (ii) a pesar de ello, dicho reconocimiento como principio del derecho requeriría que se analice su existencia a la luz de normas convencionales y consuetudinarias existentes aceptadas por los Estados o de otros actos que permitan inferir el consenso de los Estados a su vinculatoriedad (Vásquez-Bermúdez, 2019, pp. 171-173); y, (iii) adicionalmente, dicho reconocimiento deberá ser a una formulación del requisito tal que permita hablar de consenso entre Estados, lo que probablemente concluiría en una formulación muy amplia cuyos alcances serían objeto de la regulación específica de los tratados y de la actividad jurisdiccional de los tribunales arbitrales.

En líneas generales, de la práctica arbitral puede extraerse una formulación del requisito de legalidad, según la cual si la inversión fue adquirida por el inversionista extranjero vulnerando el derecho del Estado receptor, no merece la tutela del derecho internacional. En ese sentido, el presente trabajo pretende indagar en la identidad del requisito de legalidad. Esto es ¿qué es el requisito de legalidad? Esta pregunta no solo es relevante como inquietud académica; sino, en tanto, de ella se desprenderá, naturalmente, las consecuencias de la aplicación del requisito al arbitraje internacional de inversión<sup>2</sup>. En particular, son dos las implicancias que se desprenden de la identidad del requisito: (i) el efecto procesal del incumplimiento del requisito; y, (ii) el contenido material de la “ilegalidad”, esto es, cuál es el alcance del requisito.

Nuestra hipótesis es que el requisito de legalidad puede entenderse como una expresión de la exigencia de validez de la inversión. De ese modo, con la finalidad de argumentar dicha hipótesis, procederemos a desarrollar los siguientes puntos a lo largo del artículo: (i) en primer lugar, propondremos una fundamentación del requisito de legalidad derivada de la noción de inversión en el derecho internacional de las inversiones; y, (ii) en segundo lugar, identificaremos cuáles son las implicancias que se siguen de la identidad propuesta del requisito de legalidad.

## II. UNA PROPUESTA DE FUNDAMENTACIÓN DEL REQUISITO DE LEGALIDAD

Una comprensión adecuada del requisito de legalidad únicamente puede desprenderse si se entiende a la inversión como objeto de tutela del derecho internacional de las inversiones. La noción de inversión es de vital importancia, pues al igual que la de inversionista, sirve para delimitar la jurisdicción de un tribunal arbitral y, por ende, es una cuestión preliminar a la resolución de toda disputa de inversión (Salacuse, 2015, p. 174). En ese sentido, destacamos, de nuevo, que nuestra hipótesis a desarrollar en este texto es que el requisito de legalidad únicamente se explica como una consecuencia jurídica de la noción de inversión.

### A. La inversión extranjera se encuentra constituida por derechos patrimoniales

Tanto abogados, árbitros, economistas e inversionistas pueden definir “inversión” de distintas

maneras, dependiendo del contexto en el que utilicen el término. Sin embargo, para el derecho internacional de las inversiones, no toda “inversión” extranjera gozará necesariamente de tutela internacional. En líneas generales, al derecho internacional de las inversiones le interesan aquellas inversiones que incorporan conjuntamente ciertas características jurídicas y económicas (Obersteiner, 2014, p. 270).

En ese sentido, es pertinente señalar que la noción de inversión en el derecho internacional de las inversiones no es pacífica. En general, el término inversión suele emplearse en uno de dos sentidos: (i) la inversión como el proceso a través del cual se realiza una inversión; y, (ii) la inversión como los “activos” adquiridos producto del proceso de invertir (Salacuse, 2015, p. 26).

Sobre este particular, la práctica arbitral enfatiza cada uno de estos usos para distintos fines. De tal forma, con respecto a la primera noción de inversión; es decir, aquella entendida como el “proceso de invertir”, esta se ha utilizado para explicar el carácter dinámico y evolutivo de la inversión extranjera (en concreto, como actividad económica de alcance transnacional, y así dotarla de una protección más amplia). Por ejemplo, el tribunal arbitral del caso *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina* caracterizó la inversión en los siguientes términos: “[...] una inversión es sin duda un proceso complejo que incluye varias operaciones, como contratos, licencias y otros acuerdos que conducen a la materialización de dicha inversión [...]” (2004, párr. 70)<sup>3</sup>.

Ahora bien, esta noción de inversión aunque ha ayudado a explicar la naturaleza holística de la inversión no sirve ni es determinante para concluir si determinados “activos” califican como inversión a los efectos del derecho internacional. Por el contrario, en la realidad, todos los intentos efectuados por convertir la noción de “proceso de invertir” en un elemento característico de la inversión han sido infructuosos. Este aspecto lo podemos evidenciar en el caso *Saluka Investments B.V. c. República Checa*, en el que el Estado demandado sostuvo *inter alia* que no había una inversión protegida, debido a que el inversionista demandante al adquirir las acciones (que constituían la inversión) únicamente había actuado como un cascarón de otra sociedad. En ese sentido, el

<sup>2</sup> Nos referimos a dos tipos de preguntas que permiten indagar sobre la naturaleza de una cosa. Por un lado, la pregunta sobre la identidad: ¿qué es cierta cosa? La cuál es una pregunta sobre aquello que hace que dicha cosa sea tal y no otra. Por otro lado, la pregunta sobre las implicancias que se siguen de que una cosa sea tal: ¿qué se sigue necesariamente de que una cosa es tal y no otra?). Para mayor información, véase a Shapiro, (2011).

<sup>3</sup> De igual modo, puede verse a *White Industries Australia Limited c. República de la India* (2011, párr. 7.4.19) y *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania* (2010, párr. 273).

argumento del Estado ponía énfasis en la noción de inversión como el “proceso de invertir” pues para este, el inversionista no había realizado este proceso, sino que lo había hecho una sociedad distinta. Por su parte, El tribunal arbitral en el laudo parcial sostuvo lo siguiente:

[...]. Nada en el este artículo tiene el efecto de importar en la definición de “inversión” el significado que este término puede tener como un proceso económico (...). A pesar de que el *chapeau* del Artículo 2 se refiere a “todo tipo de activo invertido”, el uso de dicho término no requiere, en adición a los términos amplios en los que están definidas las “inversiones” en ese Artículo, la satisfacción de un requisito basado en el significado de “invertir” como un proceso económico: el *chapeau* necesita contener un verbo que sea apto para los varios tipos de inversiones listadas y desde que todas ellas están definidas como varios tipos de inversiones que están listadas, es en contexto apropiado que se usa “invertidos” sin que añado ninguna condición sustantiva (*Saluka Investments BV c. República Checa*, 2006, párr. 211).

Si bien no es el propósito de este trabajo elegir una acepción propia o principal de término “inversión”, debemos destacar que la noción de inversión como “activos” (segunda noción) parece la más cercana a cumplir dicha función. En efecto, a diferencia de la primera, la noción de “inversión” como “activos” es determinante en la redacción de las definiciones de “Inversión” que incluyen los principales tratados de esta materia.

Veamos, por ejemplo, la definición de “Inversión” contenida en el Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República del Ecuador, el cual señala lo siguiente:

[i]nversión significa una inversión directa de un inversionista de una Parte, establecida o adquirida de conformidad con las leyes y reglamentos de la otra Parte, que permita ejercer un control o un grado significativo de influencia sobre la gestión de la producción de bienes o prestación de servicios en el territorio de la otra Parte, y que tenga las características de

una inversión, que incluye el compromiso de capital, el objetivo de establecer un interés duradero, la expectativa de ganancia o utilidad y la asunción de riesgos.

Una inversión puede revestir las formas siguientes:

- a) una empresa;
- b) acciones, capital u otras formas de participación en el capital social de una empresa;
- c) propiedad mueble o inmueble y cualesquier otros derechos de propiedad, como la hipoteca, gravamen, prenda, usufructo y derechos similares;
- d) la concesión, licencia o autorización otorgada por el Estado Anfitrión al inversionista de la otra Parte;
- e) instrumentos de deuda o préstamos de una empresa: (i) cuando la empresa es una filial del inversor; o (ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años;
- f) los derechos de propiedad intelectual tal como se define o se hace referencia en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la Organización Mundial del Comercio (ADPIC, 2015).

De la lectura anterior, podemos convenir (omitiendo el carácter tautológico de la definición) que a la inversión la identifican, como habíamos señalado anteriormente, características jurídicas y económicas. Nos referiremos brevemente a las segundas en el acápite siguiente, por el momento nos interesa distinguir aquellas características jurídicas<sup>4</sup>.

El listado contenido en la disposición citada (cuya formulación es muy similar a la de la mayoría de tratados de inversión) es ilustrativo y se remite a una serie de “activos” que podrían ser agrupados bajo la denominación del extranjero<sup>5</sup>. Estos derechos incluyen, a los “derechos de propiedad”, en un sentido amplio, sobre bienes corporales y bienes no corporales o inmateriales (estos últimos también identificados solamente como

<sup>4</sup> Es pacífico que la legalidad de la inversión es una cuestión relativa a las características jurídicas de la inversión y su comprobación se efectúa al margen de las características económicas de ésta. Puede verse, para mayor información, a Kalicki, J., Evseev, D. & Silberman M. (2015).

<sup>5</sup> El uso del término “activos” (también denominados como “assets” o “avoirs”) es muy común en la redacción de tratados de inversión al definir “Inversión”. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española ha definido “Activos” como: “Conjunto de todos los bienes y derechos con valor monetario que son propiedad de una empresa, institución o individuo”. Sin embargo, se trata de un término importado de las ciencias económico-financieras y que se refiere a bienes que generan riqueza a su propietario.

derechos) como, por ejemplo, los derechos de propiedad intelectual<sup>6</sup>, y asimismo, los derechos contractuales<sup>7</sup>.

En efecto, en concordancia con lo señalado con Sornarajah, suele señalarse que la inversión extranjera estuvo tradicionalmente identificada con la propiedad de extranjeros sobre bienes tangibles (2010, p. 11) y que, con el tiempo, de manera progresiva, se fue extendiendo hacia bienes intangibles y hacia otro tipo de derechos (Herz, 1941, pp. 244-245). De hecho, el derecho internacional previo a la proliferación de tratados de inversión, se refería a la “propiedad de extranjeros” (Sasson, 2017, pp. 125-126). Por ejemplo, los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación (antecesores de los tratados de inversión) se enfocaban en la protección del individuo extranjero y su propiedad (Miles, 2013, p. 24).

El término “propiedad” fue reemplazado por “inversión” en el marco de una sofisticación del tránsito de capitales entre Estados<sup>8</sup> y, de forma especial, por el nuevo rol de la “inversión” en el orden económico mundial. En un sentido, este notable cambio en el uso de los términos sirvió para designar a una nueva realidad, principalmente, económica. Asimismo, la inversión extranjera directa<sup>9</sup> es descrita, de acuerdo con lo mencionado por Sor-

narajah, usualmente como “[...] la transferencia de bienes tangibles e intangibles de un país a otro con el propósito de usar dichos bienes en este país para generar riqueza bajo el control total o parcial del propietario de los bienes” (Sornarajah, 2010, p. 8). De ese modo, en la doctrina se suelen identificar cinco características de la inversión extranjera directa, en concreto:

- (i) la transferencia de fondos, (ii) la duración larga del proyecto; (iii) el propósito de generar un ingreso regular; (iv) la participación de la persona que transfiere los fondos, al menos en cierta medida, en el manejo del proyecto y (v) el riesgo del negocio (Dolzer y Schreuer, 2008, p. 60).

Sin embargo, al igual que en el caso de la “propiedad”, se puede evidenciar que la “inversión” como objeto de tutela del derecho internacional se encuentra definida esencialmente como derechos patrimoniales de titularidad de extranjeros. Esto lo confirman los textos de los tratados de inversión que, como hemos visto sucintamente, suelen listar una amplia variedad de derechos patrimoniales al momento de definir la “inversión”. En consecuencia, una característica jurídica esencial a la inversión es que se encuentre expresada (o tome la forma de) como derechos patrimoniales.

<sup>6</sup> Al respecto, Higgins mencionaba en su curso de la Academia de Derecho Internacional de La Haya que “[a]lgunas veces derechos que encajarían naturalmente en la categoría de derechos contractuales son tratados como propiedad [...] junto a los bienes tangibles, el derecho trata ciertos “bienes abstractos” como propiedad, por ejemplo, créditos, acciones, acciones en sociedades, propiedad intelectual [...]” (1982, p. 13). Asimismo, en el marco de El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante, Convenio CIADI), algunos autores han señalado lo siguiente:

Inversiones en el sentido del Art. 25 del Convenio puede cubrir cualquier área de la actividad económica [...] el concepto de inversión incluye propiedad mobiliaria e inmobiliaria. Está también establecido que los derechos que emanan de contratos pueden ser inversiones (Schreuer, *et al.* 2009, p. 125).

Ahora bien, no existe identidad absoluta entre los derechos de propiedad y la “inversión extranjera”. Si bien es cierto toda inversión extranjera está constituida por “derechos de propiedad” en el sentido enunciado, no todo derecho de propiedad es una inversión. Como veremos, esto se desprende de la definición de inversión en el derecho internacional de las inversiones. En palabras de Brownlie, “[e]l tratado [de inversión] no está relacionado a la “protección de la propiedad extranjera” sino de las “inversiones”, todo esto en el contexto de la promoción del desarrollo económico de las Partes” (citado en Crawford, 2012).

<sup>7</sup> Algunos autores sugieren diferenciar, al momento de referirse a derechos derivados de un contrato, entre derechos *in personam*, los que se generan entre las partes del contrato, y derechos *in rem*, los cuales se generan con relación a bienes y que están materializados en el contrato. La inversión protegida por el derecho internacional de las inversiones únicamente abarcaría los segundos más no los primeros. Sin embargo, esta afirmación parece no sostenerse en el texto de diversos tratados de inversión que incorporan en su listado de “activos” cubiertos: “Obligaciones, créditos y derechos sobre prestaciones que tengan un valor económico”; por ejemplo, el Acuerdo entre la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones. La práctica arbitral, analizando disposiciones como la citada, ha concluido que dichos derechos *in personam* sí estarían protegidos qua inversión. Al respecto, para mayor información, véase el laudo del caso *White Industries Australia Limites c. República de la India* (2011).

<sup>8</sup> Al respecto, el primer tratado bilateral de inversión suscrito entre Alemania y Pakistán recogía una definición de “inversión” que da cuenta de esta sofisticación en el tránsito de capitales. El término “inversión” comprende capital traído dentro del territorio de la otra Parte para inversiones en varias formas a través de bienes como moneda extranjera, bienes, derechos de propiedad, patentes y conocimiento técnico. El término “inversión” debe incluir los retornos derivados de dicha “inversión”.

<sup>9</sup> Tradicionalmente se ha considerado que la inversión extranjera directa es el objeto de tutela del derecho internacional de las inversiones en contraposición a la inversión de portafolio (Sornarajah, 2010, p. 11). El elemento diferenciador entre ambas es que en la inversión extranjera directa el control del inversionista sobre la inversión es un elemento de vital relevancia. Sin embargo, la práctica estatal en materia de tratados de inversión, así como la práctica arbitral actual tienden a ampliar la categoría de inversión tanto a la inversión extranjera directa como a las inversiones de portafolio. Para un análisis de esta evolución, se recomienda ver a Rubins (2004, pp. 317-320).

Dicho lo anterior, resulta claro que no todo derecho patrimonial en el derecho doméstico será calificado como inversión a los efectos del derecho internacional de las inversiones. Es necesario rescatar ello, puesto que por un lado, estos derechos patrimoniales deben poder ser caracterizados como inversión en aplicación del derecho internacional y, por otro lado, debe tratarse de derechos existentes y válidos en aplicación del derecho doméstico. A continuación, abordaremos a profundidad estas dos afirmaciones.

### B. La inversión extranjera es una noción de derecho internacional

Un elemento que merece particular atención es la interrelación que surge entre el derecho internacional y el derecho doméstico al momento de definir la “propiedad” y la “inversión” en el derecho internacional. Esto se ha logrado manifestar de distintas maneras en los “regímenes” del derecho internacional. Un ejemplo de ello es que el propio derecho internacional de los derechos humanos (el otro “régimen” del derecho internacional donde la tutela de la propiedad es relevante) no contiene normas que definan la “propiedad”, sino que dicha labor se ha realizado a partir de la interpretación de los tratados internacionales y de la aplicación del derecho doméstico.

Así, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 reconoce el derecho a la propiedad, en su artículo 17, de la siguiente manera: “[t]oda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente” (Naciones Unidas). Asimismo, una redacción preliminar de dicho texto señalaba que: “[t]oda persona tiene derecho a la propiedad individual de conformidad con la legislación del Estado en que se encuentre la propiedad” (Valencia, 1993, p. 9). De esto se puede evidenciar que ambas redacciones no definen qué debe entenderse por “derecho a la propiedad in-

dividual”. En cambio, la referencia a la “legislación del Estado” en la segunda redacción dejaba claro que “[...] el alcance al derecho a la propiedad debía ser regido por la *lex loci*” (Valencia, 1993, p. 9).

Por su parte, en el caso del Sistema Europeo de Derechos Humanos, la referencia a “bienes” y a “propiedad” en el artículo primero del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se ha utilizado como una categoría que engloba una serie de derechos. Sin embargo, esta categoría no es una definición autosuficiente de “propiedad”, puesto que solamente se limita a la enumeración de ciertos derechos que, a los efectos del tratado antes mencionado, califican como tal. En ese sentido, la existencia y validez de dichos derechos se rige, más bien, por el derecho doméstico<sup>11</sup>. Podemos observar que dicha situación se replica en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos<sup>12</sup>.

Por otro lado, si atendemos al derecho internacional de las inversiones, podemos notar que la situación es similar. De forma concreta, los tratados de inversión no incluyen una definición autosuficiente de inversión; sino que, de forma usual, lo que hacen es recoger una categoría general, como se puede evidenciar en el artículo 1 del Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Cuba sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, el cual señala que “el término inversión designa toda clase de activos” (2000), con un listado ilustrativo de los derechos que calificarían como inversión a efectos del tratado. Adicionalmente, en algunos otros tratados se enumeran las características económicas que deben verificarse en toda inversión protegida<sup>13</sup>.

Una situación similar se observa en el caso del Convenio CIADI. Aunque éste no incluye, de forma deliberada, una definición de inversión, la inter-

<sup>11</sup> En el caso *Gaus Dosier-Und Fordertechnik GmbH c. Holanda*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que: El Tribunal recuerda que la noción de “bienes” [en francés: *biens*] en el Artículo 1 del Protocolo 1 (P1-1) tiene un significado autónomo que no está limitado a la propiedad de bienes tangibles: ciertos otros derechos e intereses constituyen activos que también pueden ser tomados como “derechos de propiedad” y, por ende, “bienes”, a los propósitos de esta disposición (P1-1) (1995, p. 20).

<sup>12</sup> En el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Itiguez c. Ecuador*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretó la referencia a “bienes” en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos humanos de la siguiente forma: [...] un concepto amplio de propiedad que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor (2007, p. 40). Como es de notar, se trata de una categoría amplia que delega al propio derecho doméstico la regulación sobre la existencia y validez de dichos derechos.

<sup>13</sup> Sobre este particular, el artículo 42 del Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones dispone lo siguiente: Inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo (2001).

pretación del texto y de las Reglas de Arbitraje de este convenio<sup>14</sup> revelan que existe un límite objetivo a la definición de inversión a los efectos de este tratado (Rubins, 2004, p. 289). A pesar de la flexibilidad propia del término que abre a un amplio margen de interpretación (*Abaclat y otros, antes denominado Giovanna A. Beccara y otros c. La República Argentina*, 2011).

Los elementos que conformarían esta definición objetiva de inversión son materia de controversia, pero la práctica arbitral mayoritaria ha acogido el llamado “test de Salini”, el cual identifica cuatro elementos: (i) una contribución sustancial; (ii) una cierta duración de la inversión; (iii) un riesgo por parte del inversionista; y, (iv) una contribución al desarrollo del Estado receptor de la inversión. Estos elementos se han utilizado como esenciales a toda inversión bajo el Convenio CIADI y no solamente como características que puedan servir para identificar tal.

Al igual que en el caso del derecho internacional de los derechos humanos, en el derecho internacional de las inversiones el derecho aplicable a la determinación de si ciertos derechos pueden ser caracterizados como inversión o no a los propósitos de la tutela internacional es el derecho internacional (e.g. el Convenio CIADI y el tratado de inversión correspondiente)<sup>15</sup>.

Esto es pacífico. Por ejemplo, en el caso *Mytilineos Holdings SA c. Unión Estatal de Serbia y Montenegro y la República de Serbia*, el Estado alegó que los contratos celebrados con el inversionista (y que, según este último, constituían la inversión protegida) no recibieron la denominación de contratos de inversión y, por ende, debían ser consideraciones contratos comerciales. El tribunal arbitral sostuvo:

[...] las definiciones contenidas en varios tratados de inversión, así como las decisiones en recientes arbitrajes de inversión demuestran ampliamente que la descripción de transacciones y actividades como inversiones por las partes privadas es un criterio importante pero

no conclusivo a los propósitos de la caracterización de “inversiones” en el sentido del tratado de inversión aplicable. Las disposiciones de estos tratados, y del TBI en este caso, son decisivas para la calificación de una “inversión”. La expresa caracterización de ciertas actividades como “inversiones” por las partes puede ser un indicador de sus intenciones, pero no puede exonerar al Tribunal de escrudñar si dichas actividades están cubiertas por la definición de “inversión” bajo el TBI (2006, párr. 96).

### C. La inversión para ser tal debe ser válida

No basta con que los derechos patrimoniales que conforman la inversión puedan ser caracterizados como inversión en aplicación del derecho internacional, sino que debe tratarse de derechos existentes y válidos. La existencia y validez de los derechos que conforman la inversión requieren ser analizadas a la luz del derecho doméstico.

Esto es un rasgo del derecho internacional. El derecho internacional no crea derechos de propiedad<sup>16</sup> y, por ende, no contiene normas sustantivas que regulen su adquisición y alcances (Douglas, 2009, p. 52; Staker, 1988, p. 155). La Corte Internacional de Justicia en el conocido caso *Barcelona Traction* formuló esta afirmación en los siguientes términos:

El derecho internacional debe reconocer a las sociedades como entidades creadas por los Estados en el dominio de su jurisdicción doméstica. Esto a su vez requiere que cuando se suscita una cuestión jurídica que concierne a los derechos de los Estados con relación al trato de sociedades y sus accionistas, derechos sobre los cuales el derecho internacional no ha establecido sus propias normas, debemos referirnos a las normas relevantes del derecho doméstico<sup>17</sup> (*Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, 1970, pp. 33-34).

La existencia de derechos de propiedad opera en el plano del derecho doméstico. Por ejemplo, el tribunal arbitral del caso *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited y Stirling Capital Limited c. República de Kenya*, al momento de analizar la

<sup>14</sup> La Regla 2 inciso 1-c de las Reglas de Arbitraje del Convenio CIADI requiere para la presentación de la Solicitud de Arbitraje que las partes del proceso acompañen los documentos donde consta el consentimiento de arbitrar bajo el Convenio CIADI. Adicionalmente a este requisito, la Regla 2 inciso 1-e establece el requerimiento que las partes acompañen información que dé cuenta de que tienen una disputa relativa a una inversión. Por lo cual, es claro que cual sea consentimiento de las Partes a arbitrar bajo el Convenio CIADI no es suficiente porque debe, además, verificarse que se está frente a una inversión.

<sup>15</sup> Dicha afirmación es igualmente cierta del derecho internacional general (Staker, 1988, p. 169).

<sup>16</sup> Existen algunas excepciones muy limitadas a esta afirmación que no guardan relación con el derecho internacional de las inversiones. Un ejemplo de ello es el caso de minerales en el subsuelo marítimo fuera de los límites de la jurisdicción nacional que solo pueden ser adquiridos en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y a través de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos.

<sup>17</sup> Esta cita, aunque es desarrollada en el marco de la institución de la protección diplomática, es extrapolable a la discusión sobre el rol del derecho doméstico en la tutela de la inversión extranjera.

legalidad de una licencia (que constituía la inversión materia del caso) sostuvo con acierto lo siguiente: “[...] a fin de que una inversión como una licencia, que es una creatura del derecho del Estado receptor, esté protegida, debe obtenerse de acuerdo con el derecho del Estado receptor” (2018, párr. 319)<sup>18</sup>. Por lo cual, a los efectos de la tutela internacional, los derechos de propiedad que conforman la inversión deben estar incluidos en la categoría de inversión del tratado correspondiente (tal como explicamos en el acápite anterior); y, adicionalmente, su adquisición por el inversionista extranjero debe ser válida, lo que solo puede concluirse de aplicar el derecho doméstico.

Por las razones expuestas, podemos concluir provisionalmente que la validez de una inversión debe analizarse en *renvoi* al derecho doméstico. Esto, contrario a lo que algunos podrían alegar, no abre la puerta a la arbitrariedad del Estado. Por ejemplo, si se efectuó la inversión válidamente y, con posterioridad, el Estado modifica su legislación de manera retroactiva de modo tal que la inversión deviene en ineficaz; ello no convertiría a la inversión en ilegal a los efectos del requisito de legalidad. Esto es una expresión del principio de derechos adquiridos, que opera como como un principio de derecho internacional<sup>19</sup>.

Tampoco bastaría con que un órgano jurisdiccional del Estado receptor declare la nulidad de los derechos que constituyen la inversión para frustrar la jurisdicción del tribunal arbitral pues la determinación de la legalidad siempre corresponderá al tribunal arbitral en el marco de la aplicación del tratado de inversión respectivo. Por ejemplo, en el caso *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, el Estado argumentó que la Corte Suprema del Estado ya se había pronunciado sobre el carácter ilegal de la inversión y que, por ende, el tribunal arbitral no podía efectuar pronunciamiento sobre ello (y, en consecuencia, debía declinar jurisdicción). El tribunal arbitral rechazó el argumento y señaló con acierto que

[c]ualesquiera pronunciamientos o resoluciones realizadas por los Estados parte del Acuerdo en relación con la legalidad o ilegalidad de la inversión no tiene validez ni importancia alguna para los efectos de determinar si se cumplen los supuestos del Artículo 25 del Convenio y los del APPRI [...] Sostener un criterio diverso al antes descrito, implicaría dar a los Estados signatarios de acuerdos de protección recíproca de inversiones en los que se incluya la cláusula “de conformidad con la legislación”, la facultad de retirar su consentimiento de manera unilateral, (al determinar ellos mismos si una inversión fue hecha de acuerdo con su legislación), una vez que haya surgido una diferencia relativa a una inversión (2006, párr. 211).

Adicionalmente, la promulgación de una norma que convierte la inversión en ilegal de manera retroactiva o de declaración de la presunta ilegalidad estará seguramente en el centro de la discusión del fondo del caso (por ejemplo, el inversionista podría alegar que dicha modificación concluyó en una expropiación indirecta). De acuerdo con un principio básico de responsabilidad internacional de los Estados, “[l]a calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación de este hecho como lícito por el derecho interno”<sup>20</sup> (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2001). De allí que la nueva legislación doméstica no podría privar a la inversión de tutela internacional.

#### D. El requisito de legalidad emana de la noción de inversión

De esta línea de razonamiento y de la formulación del requisito de legalidad que analizamos en la introducción de este trabajo, podemos inferir que la legalidad de la inversión a la que se refiere el requisito de legalidad no es más que una expresión de la validez de los derechos patrimoniales que conforman la inversión (la “sustancia” de la inversión) (*Okko Panki Oyj, VTB Bank (Deutschland)*

<sup>18</sup> Para mayor información, véase a *Georg Gavrilovic y Gavrilovic D.O.O. c. República de Croacia* (2018).

<sup>19</sup> En el conocido caso *Aramco*, el tribunal arbitral sostuvo lo siguiente: “[e]l principio de respeto por los derechos adquiridos es uno de los principios fundamentales del derecho internacional público y del derecho doméstico de la mayoría de Estado civilizados. Ha sido afirmado en vasta jurisprudencia [...]” (*Saudi Arabia c. Arabian American Oil Co.*, 1963, p. 205). De forma similar, el tribunal arbitral del caso *Saluka Investments B.V. (The Netherlands) c. República Checa* en el laudo parcial sostuvo que

[...] el análisis de la conformidad de la inversión con la legislación del Estado receptor debe efectuarse tomando en cuenta las leyes vigente al momento del establecimiento de la inversión. El Estado no está en libertad de modificar el alcance de sus obligaciones bajo los tratados internacionales [...] simplemente modificando su legislación o el alcance de lo que califica como inversión de acuerdo a sus leyes (2006, párr. 103).

<sup>20</sup> Refiriéndose a uno de los elementos que conforman esta regla, Crawford señala que “[...] un Estado no podría, alegando que su conducta guarda conformidad con las disposiciones de su derecho interno, escapar a la caracterización de su conducta como ilícita para el derecho internacional” (2002, p. 86). Este aspecto también guarda cierta relación con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el cual dispone lo siguiente: “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado [...]” (1980).



AG y Sampo Bank PLC c. La República de Estonia, 2007, párr. 189; *Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. c. Reino de Marruecos*, 2001, párr. 43). Por ende, su existencia puede inferirse de la noción de inversión en el derecho internacional de las inversiones.

Si, en aplicación del derecho doméstico, la adquisición de bienes o la constitución de derechos que conforman la inversión es inválida o inexistente; entonces no estamos frente a una inversión protegida por el derecho internacional. El nivel de escrutinio que subyace al requisito es entonces uno de determinar si la inversión está viciada por algún tipo de ilegalidad (*Mytilineos Holdings SA c. Unión Estatal de Serbia y Montenegro y la República de Serbia*, 2006, párr. 152).

Esto también se sostiene en una lectura finalista del derecho internacional de las inversiones. Los tratados de inversión constituyen la concreción de un *quid pro quo* entre Estados e inversionistas, en donde estos últimos efectúan complejos movimientos de capital hacia los Estados (lo que, eventualmente, promueve el desarrollo económico de estos) y, a cambio, los Estados ceden a su soberanía limitándola a través de estándares de protección específicos y reconociendo *ius standi* al inversionista en el derecho internacional (Reinisch, 2018, p. 70). El tribunal arbitral del caso *Álvarez y Marín et al. c. Panamá* adoptó esta lectura finalista al analizar la existencia del requisito de legalidad y estableció lo siguiente:

La finalidad última del régimen jurídico de protección de inversiones radica en incrementar las inversiones extranjeras, como motor del desarrollo económico y de la creación de riqueza [...] En un sistema como el descrito, es razonable asumir que los Estados sólo han consentido en este cercenamiento de su soberanía, bajo la condición de que el mecanismo protector se circunscriba a inversiones realizadas cumpliendo con su propio ordenamiento jurídico (*Álvarez y Marín et al. c. Panamá*, 2018, párrs. 134-135)<sup>21</sup>.

Este balance entre los intereses de Estados e inversionistas que subyace al derecho internacional de las inversiones, se ve alterado cuando la inversión efectuada es inválida o inexistente. Como ha señalado el profesor Sornarajah

[s]i las inversiones no fueron realizadas de conformidad al derecho doméstico [...] se puede afirmar que dichas inversiones no promueven el desarrollo económico del Estado receptor, en la medida que las leyes domésticas están destinadas a admitir únicamente aquellas inversiones que sí lo promueve (2010, p. 317).

En efecto, la contribución del inversionista está calificada por la existencia de una inversión válida, allí donde la inversión es inválida difícilmente puede hablarse de una contribución al desarrollo económico del Estado receptor (sea porque dicha invalidez genera una obligación de restitución de aquello que se haya ejecutado hasta cierto momento, o porque esté representada en una conducta del inversionista que pervierta los principios fundamentales del Estado receptor).

### III. LAS IMPLICANCIAS DE LA IDENTIDAD DEL REQUISITO DE LEGALIDAD

Habiendo determinado que el requisito de legalidad es una manifestación de la noción de inversión y, además, que está referido a los derechos patrimoniales que constituyen ésta, nos avocaremos ahora a desentrañar aquellas cuestiones que se desprenden de dicha identidad a modo de implicancias.

#### A. El requisito de legalidad tiene, en principio, un efecto sobre la jurisdicción del tribunal arbitral

En primer lugar, tratándose de un elemento constitutivo de la inversión, la legalidad tiene un efecto directo sobre la jurisdicción del tribunal arbitral. Es decir, si no hay inversión (porque la validez de los derechos que la constituyen está afectada por alguna ilegalidad), el tribunal arbitral carecerá de jurisdicción *ratione materiae* (Newcombe, 2011, p. 198).

En el derecho internacional, puede hablarse de jurisdicción en dos sentidos: (i) la facultad de un tribunal para “decir el derecho” (*ius dicere*), esto es, para adjudicar disputas de derecho internacional; y, (ii) la facultad de un tribunal para adjudicar una disputa en concreto (ambas también referidas como *competence*<sup>22</sup> o competencia (Canal de Corfú, 1948). Adicionalmente, en relación al Convenio CIADI, en la medida que el término

<sup>21</sup> Otros tribunales arbitrales también parecen recurrir a esta lectura finalista para explicar la existencia del requisito de legalidad. A modo de ejemplo, pueden verse los lados de los casos *Flughafen Zurich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana de Venezuela* (2014, párr. 32) y *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. c. La República de Albania* (2015, párr. 291).

<sup>22</sup> En la práctica arbitral, el término competencia suele ser utilizado como sinónimo de jurisdicción. Para mayor información, véase a *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina* (2004).

jurisdicción está referido al Centro (y éste no es un órgano jurisdiccional sino únicamente administrativo), debe entenderse como una expresión de los límites dentro de los cuales aplican las disposiciones del Convenio y dentro de los cuales son posibles los procesos de arbitraje y conciliación administrados por el Centro (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [CIADI], 1965, párr. 22).

La jurisdicción en el derecho internacional tiene una base consensual (sea directa o indirecta, sea que se perfeccione conjuntamente o en diferido). Es decir, no hay jurisdicción sin consentimiento. Este último aspecto es una manifestación del principio de igualdad soberana de los Estados, quienes son los únicos facultados a limitar su propia soberanía (Amerasinghe, 2003, p. 65).

En el marco del derecho internacional de las inversiones, el consentimiento de los Estados a la jurisdicción de los tribunales arbitrales puede derivarse de más de un instrumento. En principio, debemos distinguir los arbitrajes sustanciados bajo el Convenio CIADI del resto de arbitrajes de inversión. En los primeros, el consentimiento del Estado está expresado, por un lado, en el artículo 25 del Convenio CIADI, el cual incorpora diversos elementos a la jurisdicción de un tribunal arbitral: (i) que la controversia sea entre un Estado Contratante del Convenio y un inversionista de otro Estado Contratante (elemento *ratione personae*), (ii) que la controversia sea de naturaleza jurídica y derive directamente de una inversión (elemento *ratione materiae*); y (iii) que exista un consentimiento escrito entre las partes para someter la controversia a un tribunal arbitral de inversión bajo el Convenio CIADI (elemento *ratione voluntatis*). Estos elementos, que conforman la jurisdicción, limitan el acceso al CIADI y a la tutela de un tribunal arbitral de inversión. Por otro lado, y en la medida que el Convenio CIADI no es un tratado que recoge protecciones sustantivas al inversio-

nista, el consentimiento del Estado también deberá buscarse en un tratado internacional<sup>23</sup>, en un contrato suscrito entre el Estado y el inversionista extranjero o, inclusive, en una norma doméstica. En los arbitrajes que no son sustanciados bajo el Convenio CIADI, bastará verificar el consentimiento en el instrumento donde éste conste (que, como ya mencionamos, puede ser un tratado, un contrato o una norma).

Por su parte, el consentimiento del inversionista no está recogido en el tratado de inversión sino que usualmente se manifiesta con posterioridad a celebrado el tratado de inversión e inclusive con posterioridad a efectuada la inversión, a través, por ejemplo, de la solicitud de inicio de arbitraje<sup>24</sup>.

Es por ello que la definición de “inversión” es un asunto relativo al consentimiento de los Estados (Schreuer *et al.*, 2009, p. 119). El consentimiento está limitado por la existencia de una “inversión” y, por ende, el inversionista requiere haber adquirido válidamente una inversión para aceptar la oferta del Estado a arbitrar. En otras palabras, sin inversión, no hay consentimiento y sin consentimiento, no hay jurisdicción<sup>25</sup>. El requisito de legalidad al referirse a la validez de la inversión surte efectos sobre la jurisdicción del tribunal arbitral.

La decisión del tribunal arbitral en el caso *Plama c. Bulgaria* se exhibe un razonamiento distinto y, a nuestro entendimiento, insuficiente. El tribunal arbitral analizó, *inter alia*, si la presunta ilegalidad de una autorización del Estado —que era una condición previa al establecimiento de la inversión en el derecho doméstico— tenía algún efecto sobre su jurisdicción. El tribunal, aplicando la doctrina de separabilidad del acuerdo arbitral, sostuvo que en tanto la presunta ilegalidad tenía que ver con la inversión y no con el acuerdo arbitral contenido en el tratado de inversión, ésta no guardaba relación con su jurisdicción (*Plama Consortium Limited c.*

<sup>23</sup> Este consentimiento ha sido leído como una “oferta a contratar” del Estado, el cual se perfecciona con el consentimiento posterior del inversionista. Sobre este aspecto, puede verse el razonamiento del tribunal arbitral del caso *Lanco International Inc. c. Argentina* (1998, párr. 40).

<sup>24</sup> Este aspecto es lo que Paulsson bautizó como “*arbitration without privity*” que puede traducirse como un arbitraje sin consentimiento. En efecto, mencionó lo siguiente:

Este nuevo mundo del arbitraje es uno donde el demandante no necesita tener una relación contractual con el demandado y donde los roles no podrían invertirse: el demandado no podría haber iniciado el arbitraje ni tiene la seguridad de interponer una reconvencción (Paulsson, 1985, p. 232).

<sup>25</sup> Como lo señaló el tribunal arbitral del caso *Abaciat c. Argentina*:

Para que el Tribunal tenga jurisdicción *ratione materiae* en la diferencia, es necesario que esta, tal como la define el texto de las reclamaciones, guarde relación con una inversión. Por lo tanto, la cuestión de la definición del concepto de inversión es pertinente, en esa medida, en este estadio de la consideración de la cuestión de la jurisdicción (*Abaciat y otros (antes denominado Giovanna A. Beccara y otros) c. La República Argentina, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad*, 2011, párr 343).

*República de Bulgaria Decisión sobre Jurisdicción*, 2005, párr. 130)<sup>26</sup>.

El uso del principio de separabilidad, como una ficción que permite preservar la jurisdicción de un tribunal arbitral, no puede ser aplicado de la misma manera como lo es en el arbitraje comercial internacional. El principio supone que la jurisdicción del tribunal arbitral se verá afectada únicamente cuando lo que se ataque sea específicamente el consentimiento al convenio arbitral (y no al contrato que lo contiene). Por ello, en un arbitraje comercial una alegación sobre la nulidad del contrato no tendría que alcanzar necesariamente al convenio arbitral y, por ende, no sería suficiente para desafiar la jurisdicción del tribunal arbitral.

A nuestro modo de ver, el problema de trasladar esa ficción al arbitraje de inversión es que no permite reflejar la dinámica de la formación del consentimiento en este último. Los Estados ortogan su consentimiento a acudir a un arbitraje bajo determinadas condiciones contenidas en el tratado de inversión, una de ellas, es que el inversionista haya efectuado una inversión válida. Bajo el razonamiento seguido en el caso *Plama c. Bulgaria*, la cuestión de ilegalidad nunca podría tener un efecto jurisdiccional en un arbitraje derivado de un tratado de inversión.

Dado que la legalidad de la inversión atañe a la existencia del acuerdo arbitral pues la formación del acuerdo supone de manera previa la existencia de una inversión, el tribunal arbitral puede determinar que no tiene jurisdicción sobre la base del principio de competencia, el cual es inherente a la función jurisdiccional en el derecho internacional (Amerasinghe, 2003, pp. 127-141)<sup>27</sup>.

Dicho ello, la práctica arbitral está dividida entre quienes sostienen que el análisis del requisito debe tener un efecto sobre la jurisdicción y quienes sostienen que debe hacerse en relación al fondo de la controversia<sup>28</sup>. Por las razones que hemos expuesto, consideramos que de rigor la ilegalidad de una inversión tendría que impactar en la jurisdicción de un tribunal arbitral. Sin embargo, consideramos que existen razones de prudencia jurídica que con-

duzcan a que, en algunos casos, la ilegalidad pueda ser analizada junto al fondo de la controversia y, por ende, no tenga un efecto fatal sobre la jurisdicción del tribunal arbitral. Sobre esto debemos realizar algunas precisiones.

Por un lado, se trata de los casos en los que la razón de la ilegalidad de la inversión está estrechamente vinculada al fondo de la controversia. En estos casos, el examen de la existencia de una inversión válida tendrá que hacerse en el marco de la evaluación de los hechos que constituyen la fundamentación del fondo del caso. No sería lógico que el inversionista que cuestiona una conducta del Estado que habría afectado la validez de la inversión se viese privado de acceder a la jurisdicción internacional.

Estas circunstancias han sido descritas de manera similar en algunos casos. Por ejemplo, en el caso *David Minotte y Robert Lewis c. República de Polonia*, el tribunal arbitral sostuvo lo siguiente:

Pueden haber circunstancias donde el fraude sea manifiesto, y esté estrechamente conectado a los hechos (tales como la adquisición de la inversión) que forman la base de la jurisdicción del tribunal de modo tal que garanticen un rechazo de la demanda in limine por falta de jurisdicción. Esta situación es, no obstante, excepcional, y no es la situación que se presenta en este caso (2014, párr. 132).

Esta misma línea de razonamiento aparece en el caso *Saluka Investments BV c. República Checa*, en la cual el tribunal arbitral sostuvo que

[e]l hecho de que una inversión esté en violación al derecho del Estado receptor puede ser manifiesto y entonces permitirá al tribunal rechazar su jurisdicción. O [...] puede únicamente aparecer cuando se analice el fondo, si no fue conocida antes de esa etapa (2006, párr. 102)<sup>29</sup>.

Por otro lado, aún si es analizada en el fondo el efecto de un hallazgo a favor de la ilegalidad de la inversión es igualmente fatal al caso del inversionista. Como señaló el tribunal arbitral del caso *Phoenix Action Ltd. c. República Checa*, “[...] el requisito de conformidad con el derecho es

<sup>26</sup> La misma conclusión puede encontrarse en el caso *Abaclat c. Argentina*, el tribunal arbitral concluye sin ofrecer explicación alguna que la cuestión de la validez de la inversión no pertenece a su definición y, por ende, debe ser analizada en cuanto a los méritos de la disputa y no en relación a la jurisdicción del tribunal arbitral. Aquí el tribunal arbitral omite exponer qué razones lo conducen a dicha conclusión (*Abaclat y otros (antes denominado Giovanna A. Beccara y otros) c. La República Argentina*, 2011, párr. 382).

<sup>27</sup> En el caso de los arbitrajes sustanciados bajo el Convenio CIADI, el principio tiene además fuerza convencional al encontrarse expresamente recogido en el artículo 41 inciso 1 del texto del Convenio, el cual menciona que el Tribunal resolverá sobre su propia competencia.

<sup>28</sup> Para mayor información, véase a *Vladimir Berschader y Moise Berschader c. Federación Rusa* (2006, párr. 311).

<sup>29</sup> En el mismo sentido, véase a *Malicorp Limited c. La República Árabe de Egipto* (2011, párrafo 119).

importante con relación al acceso a las disposiciones sustantivas de protección del inversionista bajo el TBI. Este acceso puede rechazarse a través de una decisión sobre el fondo” (2009, párr. 104).

Lo anterior importa decir también que el requisito no existe para regular la conducta de inversionistas. En ese sentido, llama la atención el razonamiento del tribunal arbitral del caso *Álvarez y Marín et al. c. Panamá* al analizar los alcances del requisito, parece leer éste como un “castigo severo” o una “sanción” a la conducta del inversionista y, de ello desprende que debe aplicarse un principio de proporcionalidad al momento de determinar en qué momentos el requisito se ha incumplido (2018, párrafo 151).

No compartimos este razonamiento. El requisito de legalidad es parte del consentimiento de los Estados a otorgar determinadas protecciones sustantivas y procesales a un inversionista extranjero y, por ello, que el efecto de su incumplimiento sea sobre la jurisdicción de un tribunal internacional; no existe como un mecanismo de sanción al inversionista. La aclaración parecería bizantina; sin embargo, de adherirnos a la lectura del tribunal en el caso *Álvarez y Marín et al. c. Panamá*, entonces tendríamos también que amparar que la conducta del inversionista debe ser parte del análisis al momento de determinar los alcances del requisito, cuestión que excede la identidad del requisito.

**B. El requisito de legalidad sólo se extiende a vulneraciones que afecten la validez de la inversión**

En segundo lugar, en la medida que el efecto del incumplimiento del requisito es fatal a la jurisdicción del tribunal arbitral y también para los intereses del inversionista, podemos inferir que la ilegalidad de una inversión solo puede referirse a vulneraciones al derecho doméstico que afecten la validez de la inversión *per se*, esto es, de la adquisición de los bienes y derechos que la conforman. Es decir,

únicamente tales aquellas vulneraciones que afecten la existencia misma del derecho<sup>30</sup>. De allí que solo ciertas vulneraciones al derecho doméstico sean relevantes. En efecto, lo que importa de los tribunales arbitrales es una labor de indagación en el derecho doméstico para su correcta aplicación<sup>31</sup>.

Existe una tendencia mayoritaria a considerar que solo la vulneración a “normas fundamentales” del Estado receptor configuran un incumplimiento al requisito (Kriebaum, 2010, p. 319) o, dicho de otro, que solo ciertas vulneraciones “graves” al derecho doméstico configurarían un incumplimiento de aquél (*Álvarez y Marín et al. c. Panamá*, 2018, párr. 151; *Metal-Tech Ltd. c. La República de Uzbekistan*, 2013, párr. 165). Estas “normas fundamentales”, en este planteamiento, tendrían que buscarse en todo el ordenamiento doméstico (Dolzer & Schreuer, 2008, p. 85).

Algunos autores han propuesto categorías específicas de vulneraciones al derecho doméstico. Rajput, por ejemplo, propone hablar de “ilegalidad” y de “irregularidad o discrepancia”. Según dicho autor, los supuestos de ilegalidad englobarían aquellas vulneraciones a “normas fundamentales” del Estado receptor (2017, p. 52). El problema con estos planteamientos se hace evidente al tratar de identificar cuáles serían dichas “normas fundamentales” o al tratar de establecer cómo fijar el umbral entre infracciones graves y leves. Sin embargo, a excepción de ciertas normas cuyo rango es incuestionable en los ordenamientos domésticos, la gran mayoría de normas de un ordenamiento no revelan con tanta facilidad si son “fundamentales” o no, más aun si dicha primacía de la norma tendría que evaluarse sobre los hechos de un caso concreto. A nuestro modo de ver, estas “normas fundamentales” tendrían que identificarse únicamente con relación a la identidad del requisito. Por lo cual, dado que el requisito es un elemento de la inversión extranjera y se refiere a los derechos que la conforman, las “normas fundamentales” (bajo esta lectura mayoritaria) debieran ser aquellas que

<sup>30</sup> Algunos tratados han intentado incorporar esta implicancia de manera expresa en su texto. Por ejemplo, la enmienda al Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República Popular China y el Gobierno de la República de Cuba dispone lo siguiente:

[...] la expresión “de conformidad a las leyes y regulaciones de este último [Estado receptor]” debe significar que para que cualquier activo invertido sea considerado una inversión protegida en este Acuerdo, debe estar de acuerdo con cualquier de las modalidades de inversión extranjera definida en la legislación de la Parte Contratante que recibe la inversión.

El tribunal arbitral del caso sostuvo que “[s]i bien es cierto que cualquier violación al derecho del Estado es un asunto que debe tomarse en serio, no todas las violaciones tienen o debe otorgárseles las mismas consecuencias jurídicas” (*Achmea B.V. c. La República Eslovaca*, Laudo, 2012, párr. 173). Razonamiento similar puede encontrarse en el laudo del caso *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment B.V. c. República de Kazakhstan* (2010, párr. 181).

<sup>31</sup> Este aspecto se encuentra muy bien expresado en el caso *Álvarez y Marín et al. c. Panamá*, puesto que [...] no corresponde detenerse de forma aislada en disposiciones legales específicas del derecho nacional de que se trate, sino examinarlas a la luz del ordenamiento jurídico nacional en las que aquellas se insertan; es decir, no se trata de aplicar una “regla de derecho” hacienda abstracción del “Derecho” a la que pertenece, sino de verificar como aquella se integra dentro del marco de reglas y principios que configuran tal “Derecho” y los límites que este impone en cuanto a sus alcances y efectividad (*Álvarez y Marín et al. c. Panamá*, 2018).

atañen a la validez de la inversión y, por ende, de los derechos que la conforman.

Al tratar de justificar qué normas del ordenamiento serían fundamentales y qué infracciones serían graves, algunos tribunales arbitrales han adoptado el *test* del caso *Vladislav Kim c. Uzbekistan*<sup>32</sup>. Debemos referirnos brevemente a este *test*, en lo que se refiere a la gravedad de la infracción al derecho doméstico, dada su acogida en la práctica arbitral. En este caso concreto, el tribunal arbitral propuso un *test* de tres partes que permitiría determinar, aplicado a un caso concreto, cuándo se vulneró el requisito de legalidad.

La primera parte de este *test* está dirigida a evaluar, como un criterio más al momento de aplicar el requisito, la “obligación que el inversionista presuntamente incumplió” y consta de una serie de preguntas: ¿qué sugiere el nivel de la sanción sobre la importancia de la obligación para el Estado?, ¿qué sugiere que el Estado no haya procurado el cumplimiento de la obligación en relación a la relevancia de ésta para el Estado?, ¿qué sugiere que el Estado no haya investigado sobre el incumplimiento de la obligación en relación a la relevancia de ésta para el Estado? y ¿qué sugiere la evidencia sobre el incumplimiento masivo de la obligación en relación a la relevancia de ésta para el Estado? (*Vladislav Kim, Pavel Borissov, Aibar Burkitbayev, Almas Chukin, Lyazzat Daurenbekova, Adal Issabekov, Damir Karassayev, Aidan Karibzhanov, Aigul Nurmakhanova, Kairat Omarov, Nikolay Varenko y Gulzhamash Zaitbekova c. República de Uzbekistan*, 2017, párr. 406).

Estas preguntas reflejan un sano ejercicio de indagación en el derecho doméstico, lo que ya hemos señalado es necesario para la correcta aplicación del requisito de legalidad. En el marco de lo que hemos argumentado, es claro que todas estas preguntas deberían formularse únicamente en relación a la causal de invalidez invocada en el caso y cómo ésta despliega consecuencias en el ordenamiento jurídico doméstico.

Esto justifica que la ilegalidad suela analizarse al momento de la adquisición de la inversión y no durante el desarrollo de ésta (*Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. La República Argentina*, 2012, párr. 320)<sup>33</sup>. Ese umbral temporal solo se justifica adecuadamente en la identidad propuesta en este trabajo, pues siendo que el requisito existe como parte de la noción de inversión, es claro que la ilegalidad relevante es aquella que guarde relación con alguna patología en la adquisición de la inversión. En la gran mayoría de decisiones, la fijación de este umbral temporal no está justificada en principios, sino únicamente por referencia a otras decisiones arbitrales o, en algunos casos, en la interpretación de los verbos que introducen el requisito de legalidad en los tratados de inversión<sup>34</sup>.

### C. El requisito de legalidad no se extiende a la conducta del inversionista

En tercer lugar, debemos mencionar que la legalidad únicamente puede referirse a la “inversión” y en ningún caso debe extenderse a la conducta del inversionista. Si bien puede ocurrir que la conducta del inversionista aparezca relacionada a la ilegalidad, al punto que ambas puedan calificarse como ilegales, también suele ocurrir que la inversión efectuada sea legal y la conducta del inversionista no, cuestión que afectará claramente la admisibilidad del reclamo en caso dicha conducta vulnere el orden público transnacional (*Moloo & Khachaturian*, 2011, p. 1501)<sup>35</sup>.

El requisito existe para ser aplicado objetivamente a la inversión. A nuestro entendimiento, incorporar en el análisis la conducta del inversionista equivale a incorporar un elemento subjetivo que trastoca la identidad del requisito. Como ya señalamos, si la conducta del inversionista no impacta en la validez de la inversión; entonces, no podemos concluir sin más que el inversionista en virtud a su conducta está impedido de derivar derechos de dicha inversión<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Por ejemplo, para mayor información, véase a *Álvarez y Marín c. Panamá* (2018, párr. 153).

<sup>33</sup> Para mayor información, véase a *Oxus Gold c. La República de Uzbekistán* (2015, párr. 707).

<sup>34</sup> Por ejemplo, véase el caso *Vladislav Kim, Pavel Borissov, Aibar Burkitbayev, Almas Chukin, Lyazzat Daurenbekova, Adal Issabekov, Damir Karassayev, Aidan Karibzhanov, Aigul Nurmakhanova, Kairat Omarov, Nikolay Varenko y Gulzhamash Zaitbekova c. República de Uzbekistan* (2017, párrs. 374-377). Sin embargo, no siempre la fijación del umbral basada en la interpretación del texto está exenta de problemas. Por ejemplo, en el caso *Metal-Tech c. Uzbekistan*, el tribunal analizó a detalle las múltiples acepciones que se le atribuían al verbo con el que se introducía el requisito de legalidad en el tratado. Para mayor información, véase el caso *Metal-Tech Ltd. c. La República de Uzbekistan* (2013).

<sup>35</sup> Lo mismo se ha afirmado de analizar las formulaciones convencionales del requisito recogidas en los tratados de inversión. Para mayor información, véase a *Drude, J.* (2018, p. 698).

<sup>36</sup> Es notorio, en este extremo, el razonamiento del tribunal arbitral del caso *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*. En efecto, el tribunal arbitral pretende derivar el requisito de legalidad *inter alia* del principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* para concluir lo siguiente:

No obstante ello, no son pocos los tribunales arbitrales que parecen abogar por un análisis de la conducta del inversionista. Por ejemplo, en el caso *Álvarez y Marín et al. c. Panamá*, se afirma que

[l]a intención del infractor es otro elemento que todo juzgador debe tener en cuenta a la hora de modular la gravedad de la sanción; la voluntad dolosa de transgredir la norma; la ignorancia buscada o negligente sobre el marco jurídico aplicable; la consciencia o inconsciencia de estar actuando antijurídicamente; la procedencia o improcedencia de otros eximentes o atenuantes, son todos ellos factores a evaluar (*Álvarez y Marín et al. c. Panamá*, 2018, párr. 154).

Este razonamiento sigue la segunda parte del *test* realizado en el caso *Vladislav Kim c. Uzbekistan*, el cual plantea una serie de preguntas que guiarían la aplicación del requisito de legalidad, entre ellas las siguientes: ¿la conducta del inversionista vulneró la obligación invocada? ¿qué sugiere la intención del inversionista en relación con la seriedad de la conducta del inversionista? ¿qué sugiere la evolución poco clara e incoherente del derecho doméstico sobre la seriedad del acto de incumplimiento del inversionista? ¿qué sugiere la debida diligencia del inversionista sobre la seriedad del acto de incumplimiento del inversionista? (*Vladislav Kim y otros c. República de Uzbekistan*, 2017, párr. 407).

Este razonamiento, a nuestro criterio, excede el alcance del requisito de legalidad. En concreto, el requisito de legalidad está referido a la inversión, y ello se justifica debido a que la inversión es la que es objeto de tutela en el derecho internacional de las inversiones, el requisito no regula la conducta de los inversionistas. De hecho, siendo que el requisito se encuentra conectado con la validez de la inversión y la inversión es válida o no, no es válida a medias, no se comprende cómo la “ignorancia” del inversionista o la poca claridad de la norma podría mitigar el efecto del incumplimiento del requisito. Esto parece, más bien, un ejercicio que excede la identidad del requisito y también el contenido del tratado de inversión.

Sin perjuicio de ello, como también se puede inferir de este razonamiento, la conducta del inversionista podría ser relevante única y exclusivamente cuando llegue a impactar sobre la validez de la inversión. Es el caso, por ejemplo, de algún vicio que afecte a la validez inversión pero que ésta haya sido confirmada por el Estado y el inversionista mediante actos posteriores. Por ejemplo, un razonamiento similar, aunque no idéntico, se puede encontrar en el caso *Arif c. Moldova*, en el cual el Estado argumentó que la inversión había sido declarada inválida por un órgano jurisdiccional doméstico y que ello convertía la inversión en ilegal a los efectos del cumplimiento del requisito de legalidad. El tribunal arbitral rechazó el argumento como “formalista” y sostuvo:

La realidad es que al momento en el que la inversión fue efectuado, y por muchos meses después, ambas Partes creyeron y estuvieron permitidas a confiar que [la inversión] [...] era válida, y que la inversión había sido efectuada de conformidad a la legislación de Moldova. Ambas partes actuaron en buena fe sobre esta base (*Sr. Franck Charles Arif c. República de Moldova*, 2013, párr. 374).

Como es de notar, el tribunal analizó la conducta de ambas partes únicamente sobre la base de su impacto en la validez de la inversión.

#### IV. CONCLUSIONES

Habiendo expuesto nuestros argumentos, llegamos a la conclusión que el requisito de legalidad es una expresión de la exigencia de validez de la inversión como objeto de tutela del derecho internacional de las inversiones. Por lo cual, tratándose de un elemento constitutivo de la inversión, el requisito debe verificarse para poder estar propiamente frente a una inversión tutelada por el derecho internacional.

De la propuesta de fundamentación enunciada, hemos derivado las siguientes implicancias:

- a) El requisito de legalidad tiene un efecto sobre la jurisdicción de los tribunales arbitra-

[...] un inversor extranjero no puede pretender beneficiarse de una inversión realizada mediante uno o varios actos ilegales y, consecuentemente, gozar de la protección que le confiere el Estado receptor, como es, el acceso al arbitraje internacional para la solución de sus controversias [...] (2006, párr. 242).

También puede verse, en el mismo sentido, el laudo del caso *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. y CAUC Holding Company Ltd. c. El Gobierno de Mongolia y MonAtom LLC* (2012, párr. 383). Sin embargo, dicha justificación no nos parece convincente por, al menos, tres razones: (i) el tribunal arbitral atribuye al principio el carácter de principio del derecho internacional sin ofrecer un razonamiento de por qué ello sería así. Es claro que tratándose de un principio derivado de las naciones civilizadas, debía realizar una indagación en los ordenamientos domésticos en conversación con el ordenamiento internacional. Sin embargo, ese análisis está ausente; (ii) aún si asumieramos *in arguendo* que a dicho principio se le puede atribuir el carácter de principio del derecho internacional, el tribunal arbitral tendría que explicar cómo deriva la consecuencia sobre su jurisdicción, sobre todo tratándose de una consecuencia tan grave; y, (iii) en el caso concreto, existía una disposición convencional por lo que no queda claro cómo el tribunal arbitral justifica el recurso a los principios generales, dada su función subsidiaria.

les. Esto es lógico, ya que un incumplimiento al requisito equivale a la imposibilidad de hablar de inversión. En la medida que la inversión es un presupuesto al consentimiento de los Estados a la jurisdicción arbitral, sin inversión no habría consentimiento y, por ende, tampoco habría jurisdicción. Sin perjuicio de lo cual, hemos identificado que en algunos casos puede justificarse que el requisito no surta efectos sobre la jurisdicción, correspondiendo desplegar efectos al momento de analizar el fondo de la controversia. Estos casos están conformados por supuestos en los que la verificación de la legalidad de la inversión esté estrechamente vinculada al mérito de la controversia y, por ende, el análisis no pueda escindirse del fondo del caso.

- b) Por otro lado, al requisito de legalidad únicamente le competen aquellas vulneraciones al derecho doméstico que afectan la validez de la inversión. Por lo cual, la labor de los tribunales arbitral consiste en indagar adecuadamente en el derecho doméstico determinar los correctos alcances del incumplimiento alegado al derecho doméstico.
- c) Finalmente, siendo que el requisito se desprende de la noción de inversión, éste sólo debe aplicarse en referencia a ésta y no, de forma extensiva, a la conducta de los inversionistas.

Como puede concluirse, la propuesta de fundamentación que aquí proponemos cumple con hilvanar los distintos elementos del requisito de legalidad y otorgarles coherencia argumentativa. Dicho de otro modo, las implicancias que hemos derivado del requisito se explican y se sostienen sobre la identidad propuesta de éste. 🏠

## REFERENCIAS

- Amerasinghe, C.F. (2003). *Jurisdiction of international tribunals*. Kluwer Law International.
- Banco Mundial (1992). *Directrices del Banco Mundial sobre Trato a la Inversión Directa Extranjera*. The World Bank Group.
- Carlevaris, A. (2008). The Conformity of Investments with the Law of the Host State and the Jurisdiction of International Tribunals. *Journal of World Investment & Trade*, 9 (1), 35-49. <https://doi.org/10.1163/221190008X00304>
- Dolzer, R. & Schreuer C. (2008). *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press.

- Douglas, Z. (2009). *The International Law of Investment Claims*. Cambridge University Press.
- Crawford, J. (2012). *Brownlie's Principles of Public International Law* (8va ed.). Oxford University Press.
- Drude, J. (2018). Fiat iustitia, ne pereat mundus: A Novel Approach to Corruption and Investment Arbitration. *Journal of International Arbitration*, 35 (6), 665-718. [https://www.researchgate.net/publication/330189328\\_Fiat\\_iustitia\\_ne\\_pereat\\_mundus\\_A\\_novel\\_approach\\_to\\_corruption\\_and\\_investment\\_arbitration](https://www.researchgate.net/publication/330189328_Fiat_iustitia_ne_pereat_mundus_A_novel_approach_to_corruption_and_investment_arbitration)
- Herz, J.J. (1941). Expropriation of Foreign Property. *American Journal of International Law*, (35), 244-245. <https://doi.org/10.2307/2192262>
- Kalicki, J., Evseev, D. & Silberman M. (2015). Legality of Investment. En Kinnear, M., Almeida, J.M., Torres, L.F., Bidegain, M. & Fischer G. (eds.). *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*. Kluwer Law International.
- Kriebaum, U. (2010). Investment Arbitration - Illegal Investments. En Zeiler, G., Power, J., Pitkowitz, N., Petsche, A., Kremsehner, F., Klausegger, C. & Welsch, I. (eds.). *Austrian Yearbook on International Arbitration*. Manzche Verlags.
- Llamzon, A. & Sinclair, A.C. (2015). Investor Wrongdoing in Investment Arbitration: Standards Governing Issues of Corruption, Fraud, Misrepresentation and Other Investor Misconduct. *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, (18), 451-520.
- Miles, K. (2013). *The Origins of International Investment Law. Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. Cambridge University Press.
- Moloo, R. & Khachaturian, A. (2011). The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law. *Fordham International Law Journal*, 34(6), 1473-1501. <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2310&context=ilj>
- Newcombe, A. (2011). Investor misconduct: Jurisdiction, admissibility or merits? En Brown, C. & Miles, K. (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139043809>
- Obersteiner, T. (2014). In Accordance with Domestic Law Clauses: How International Investment Tribunals Deal with Allegations of Unlawful

- Conduct of Investors. *Journal of International Arbitration*, (266), 265-288. In *Accordance with Domestic Law Clauses How International Investment Tribunals Deal with Allegations of Unlawful Conduct of Investors*
- Paulsson, J. (1985). Arbitration without privity. *ICSID Review*, 10(2), 232-257.
- Rajput, A. (2017). *Protection of Foreign Investment in India and Investment Treaty Arbitration*. Kluwer Law International.
- Reinisch, A. (2018). How to Distinguish 'In Accordance with Host State Law' Clauses from Similar International Investment Agreement Provisions? *Indian Journal of Arbitration Law*, VII(1), ss.-ss.
- Rubins, N. (2004). The Notion of 'Investment' in International Investment Arbitration. En Horn, N. & Kroll, S. (eds.). *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects, Studies in Transnational Economic Law* (pp. 283-324). Kluwer Law International.
- Saas, J.P. (2010). *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*. Gabler Verlag.
- Salacuse, J.W. (2015). *The Law of Investment Treaties* (2da ed.). Oxford University Press.
- Sasson, M. (2017). *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law* (2da ed.). Kluwer Law International .
- Schreuer, C., Malintoppi, L., Reinisch, A., & Sinclair A. (2009). *The ICSID Convention. A Commentary* (2da ed.). Cambridge University Press.
- Shapiro, S.J. (2011). *Legality*. Harvard University Press.
- Shaw, M.N. (2008). *International Law* (6ta ed.). Cambridge University Press.
- Sornarajah, M. (2010). *The International Law on Foreign Investment* (3ra ed.). Cambridge University Press .
- Staker, C. (1988). Public International Law and The Lex Situs Rule in Property Conflicts and Foreign Expropriations. *The British Yearbook of International Law*, 58(1), 151-251. <https://doi.org/10.1093/bybil/58.1.151>
- Valencia R.L. (1993). *El derecho de toda persona a la propiedad individual y colectiva*. Organización de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos.
- Vásquez-Bermúdez, M. (2019). *First Report on General Principles of Law*. United Nations General Assembly, International Law Commission.
- Yotova, R. (2008). Compliance with Domestic Law: An Implied Condition in Treaties Conferring Rights and Protection on Foreign Nationals and their Property? En Klingler, J., Salonidis, C. & Parkhomenko, Y. (eds.). *Between the Lines of the Vienna Convention? Canon and Other Principles of Interpretation in Public International Law* (pp. 307-330). Kluwer Law International.

**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**

- A.G. Res. 56/83, Responsabilidad de los Estados por Hechos internacionalmente ilícitos, reimpresso en [2001] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 187, U.N. Doc. A/RES/56/83 (12 de diciembre de 2001).
- Abaclat y otros c. República de Argentina (Arg. c. It.), CIADI Caso No. ARB/07/5, (4 de agosto de 2011), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4086.pdf>.
- Achmea B.V. c. La República Eslovaca, CNUDMI, Caso PCA No. 2008-12, (7 de diciembre de 2012), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3206.pdf>.
- Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de Inversiones, República Federativa del Brasil y la República del Ecuador, Perú-Ecuador, 25 de septiembre de 2015.
- Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones, República del Perú y el Reino de España, Perú-España, 6 de mayo de 1994.
- Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia, Perú-Colom., 17 de mayo de 2001.
- Alpha Projetkholding GMBH c. Ucrania (Austria-Ucr.), CIADI Caso No. ARB/07/16, ( 8 de noviembre de 2010), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0026.pdf>.
- Álvarez y Marín Corporación S.A., Bartus Van Noordene, Cornelis Willem Van Noordenne, Estudios Tributarios AP S.A., Stchting Administratiekantoor Anbad c. República de Panamá (Países Bajos c. Pan.), CIADI Caso No. ARB/15/14, (12



- de septiembre de 2018), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10491.pdf>.
- Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund Investors LLC, Egi-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC, y David Fischer c. Republica de Egipto (Egipto c. E.U.A.) (Egipto c. Alemania), CIADI Caso No. ARB/12/11, (1 de febrero de 2016).
- Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Belg. c. Esp.), 1970 I.C.J. Rep. p. 3 (5 de febrero), <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>.
- Canal de Corfú (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte c. Alb.), C.I.J (4 de abril de 1949).
- Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez c. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 21 de noviembre de 2007.
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [CIADI], Estados y Nacionales de Otros Estados, Convenio CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), 15 de abril de 2006.
- Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Cuba, Perú-Cuba, 10 de octubre de 2000.
- Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited y Stirling Capital Limited c. República de Kenya (Kenya c. Reino Unido), CIADI Caso No. ARB/15/29, (22 de octubre de 2018), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10051.pdf>.
- David Minotte y Robert Lewis C. República de Polonia (Pol. c. E.U.A.), CIADI Caso No. ARB(AF)/10/1, (16 de mayo de 2014).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, G.A. Res. 217 (III) A, U.N. Doc. A/RES/217(III) (10 de diciembre de 1948)
- Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina (Arg. c. E.U.A.), CIADI Caso No. ARB/01/3, (14 de enero de 2004), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0290.pdf>.
- Flughafen Zurich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana de Venezuela (Suiza c. Venez.), CIADI Caso No. ARB/10/19, (18 de noviembre de 2014).
- Gaus Dosier-Und Fordertechnik GmbH c. Holanda, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 26 de marzo de 1995.
- Georg Gavrilovic y Gavrilovic D.O.O. c. República de Croacia (Austria c. Croac.), CIADI Caso No. ARB/12/39, (26 de julio de 2018).
- Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador (Esp. c. El Sal.), CIADI Caso No. ARB/03/26, (2 de agosto de 2006).
- Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. y CAUC Holding Company Ltd. c. El Gobierno de Mongolia y MonAtom LLC, Corte Permanente de Arbitraje, PCA 2011-09, (25 de julio de 2012).
- Lanco International Inc. c. República de Argentina (Arg. c. E.U.A.), CIADI Caso No. ARB/97/6, (8 de diciembre de 1998), [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0450\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0450_0.pdf).
- Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment B.V. c. República de Kazakistan, CIADI Caso No. ARB/07/14, (22 de junio de 2010).
- Malicorp Limited c. La República Árabe de Egipto (Egipto c. E.U.A.), CIADI Caso No. ARB/08/18, (7 de febrero de 2011).
- Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. c. La República de Albania (Alb c. Grecia), CIADI Caso No. ARB/11/24, (30 de marzo de 2015), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4228.pdf>.
- Metal-Tech Ltd. c. La República de Uzbekistan (Isr. c. Uzb.), CIADI Caso No. ARB/10/3, (4 de octubre de 2013), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3012.pdf>.
- Mytilineos Holdings SA c. Unión Estatal de Serbia y Montenegro y la República de Serbia, UNCITRAL, (8 de septiembre de 2006), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0549.pdf>.
- Okko Panki Oyj; VTB Bank (Deutschland) AG y Sampo Bank PLC c. La República de Estonia (Est. c. Fin.) (Est. c. Alemania), CIADI Caso No. ARB/04/6, (19 de noviembre de 2007), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0583.pdf>.
- Oxus Gold PLC c. La República de Uzbekistán (Reino Unido c. Uzb.), UNCITRAL, (17 de diciembre de 2015), [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7238\\_2.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7238_2.pdf).

- Phoenix Action Ltd. c. República Checa (República Checa c. Isr.), CIADI Caso No. ARB/06/5, (15 de abril de 2009), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf>.
- Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria, CIADI Caso No. ARB/03/24, (8 de febrero de 2005), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf>.
- Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. c. Reino de Marruecos (It. c. Marruecos), CIADI Caso No. ARB/00/4, (16 de julio de 2001).
- Saluka Investments B.V. (The Netherlands) c. República Checa, UNCITRAL, (17 de marzo de 2006), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>.
- Saudi Arabia c. Arabian American Oil Co., 27 I.L.R. 117 (1963).
- Sr. Franck Charles Arif c. República de Moldova (Fr. c. Mold.), CIADI Caso No. ARB/11/23, (8 de abril de 2013), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1370.pdf>.
- Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. La República Argentina, CIADI Caso No. ARB/09/1, (21 de diciembre de 2012), [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1091\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1091_0.pdf).
- Tratado de Estados Unidos y las Islas Hawaianas, U.S.-Haw., 20 de diciembre de 1849.
- Tratado que reconoce la independencia de Hawái, Estados Unidos de Norteamérica y las islas del archipiélago de Hawái, U.S.-Haw., 28 de noviembre de 1949.
- Treaty de Amistad, Comercio y Navegación entre los Estados Unidos de América y la República Italiana, U.S.-It., 2 de febrero de 1948.
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (A/CONF.39/27), 1155 U.N.T.S. 331, 27 de enero de 1980.
- Vladimir Berschader y Moise Berschader c. Federación Rusa (Belg.-Rus.), Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, SCC 080/2004, (21 de abril de 2006), [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf).
- Vladislav Kim, Pavel Borissov, Aibar Burkitbayev, Almas Chukin, Lyazzat Daurenbekova, Adal Is-sabekov, Damir Karassayev, Aidan Karibzhanov, Aigul Nurmakhanova, Kairat Omarov, Nikolay Varenko y Gulzhamash Zaitbekova c. República de Uzbekistan (Uzb. c. Kaz.), CIADI Caso No. ARB/13/6, (8 de marzo de 2017), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8549.pdf>.
- White Industries Australia Limited c. República de la India, UNCITRAL, (30 de noviembre de 2011), <https://www.italaw.com/cases/documents/1170>.
- Wintershall Aktiengesellschaft c. La República Argentina (Arg. c. Alemania), CIADI Caso No. ARB/04/14, (8 de diciembre de 2008), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0908.pdf>.