

La legalidad de las inversiones como un requisito para la protección de los tratados internacionales de inversiones

*Claudia H. Salgado Levy**

RESUMEN

Un gran número de acuerdos internacionales de inversiones (AII) contiene la formulación “inversiones realizadas de conformidad con las leyes nacionales” o una enunciación similar. En términos generales, la tendencia ha sido considerar que esta formulación hace referencia a la legalidad y a la validez de la inversión. El objetivo del presente trabajo es analizar en qué medida las inversiones extranjeras realizadas ilegalmente pueden beneficiarse de la protección de los AII y de su mecanismo de solución de controversias. Para ello, la primera parte identificará las posibles localizaciones de esta formulación y sus implicaciones. La segunda examinará qué sucede con las inversiones que se tornan ilegales; si la ilegalidad debe ser tratada como una objeción jurisdiccional o como una cuestión de fondo y, finalmente, si la ilegalidad es consecuencia de la violación de normas substantivas o también de meras formalidades.

PALABRAS CLAVE: acuerdos internacionales de inversiones; ilegalidad de las inversiones; arbitraje internacional de inversiones.

ABSTRACT

A large number of International Investment Agreements (IIAs) use the so-called “in accordance with host state law” clause or a similar wording. Overall, the trend has been to consider that this type of wording refers to the legality and validity of the investment. The aim of this paper is to analyze the extent to which illegal foreign investments may benefit from IIAs protection and its dispute settlement mechanisms. In order to perform this analysis, the first part of the article will identify possible locations in a treaty of this wording and its implications. The second part will consider what happens to the investments that become illegal; if the illegality of an investment shall be treated as a jurisdictional objection or as a matter of substance and; finally, if the illegality is due to the breach of substantive rules or also of mere formalities.

KEY WORDS: International Investment Agreements; illegality of investments; international investment arbitration.

FORO

* Consultora, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

INTRODUCCIÓN

Los tratados bilaterales para la promoción y protección de las inversiones extranjeras (TBI) así como muchos otros acuerdos internacionales contentivos de capítulos substantivos en materia de inversiones extranjeras, tales como los acuerdos de libre comercio, poseen cláusulas, más o menos estándares, para la protección de las inversiones y de los inversionistas de las partes contratantes. Además, la gran mayoría de estos acuerdos o tratados internacionales de inversiones (AII) otorgan la posibilidad que los inversionistas sometan por sí mismos –y ya no a través de la protección diplomática– determinadas controversias que surjan con motivo de la inversión con el Estado receptor a ciertos mecanismos para la solución de litigios, tales como el arbitraje, la mediación, la conciliación y las cortes y los tribunales nacionales.

El arbitraje internacional es el mecanismo para la solución de controversias inversionista-Estado más utilizado. En la actualidad existen más de 450 arbitrajes iniciados sobre la base de AII,¹ los cuales son generalmente administrados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) o son arbitrajes *ad hoc* conformados bajo las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés).

El consentimiento es la piedra angular para que proceda este tipo de mecanismo internacional. En el caso del arbitraje internacional de inversiones, el consentimiento de los estados suele ser otorgado a priori y de forma general en los AII mientras que el consentimiento del inversionista es expresado para un caso concreto una vez que la disputa ha surgido.² El consentimiento otorgado por los estados en los AII se considera una “oferta” la cual, una vez aceptada por el inversionista, es irrevocable. Este consentimiento puede ser dado de forma pura y simple, pero así mismo puede estar condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos, establecidos en las diferentes cláusulas de los AII.

El objetivo del presente trabajo es analizar hasta qué punto la formulación “inversiones realizadas de conformidad con las leyes nacionales” contenida en diferentes

-
1. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo, “Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement”, IIA Issues Note N. 1, abril 2012.
 2. Los estados también pueden otorgar su consentimiento para someterse al arbitraje internacional a través de sus leyes nacionales o en los contratos que celebren con inversionistas extranjeros (una cláusula compromisoria). Así mismo, lo pueden hacer mediante la adopción de un compromiso arbitral. Sin embargo, para efectos del presente trabajo, únicamente me remitiré al consentimiento otorgado a través de los AII.

cláusulas de los AII constituye uno de los requisitos, sin el cual no existe consentimiento previo por parte del Estado receptor para someterse al arbitraje internacional. En otras palabras, esta obra examinará si las inversiones extranjeras realizadas ilegalmente o en inobservancia de las regulaciones y demás disposiciones del ordenamiento jurídico del Estado receptor de la inversión pueden beneficiarse de la protección contenida en los AII. Para ello, la primera parte identificará posibles localizaciones de la formulación “inversiones realizadas de conformidad con las leyes nacionales” (o una formulación similar) y analizará sus implicaciones. La segunda parte está dedicada al análisis sobre el alcance y los límites de este tipo de formulación.

DIFERENTES FORMULACIONES SOBRE LA LEGALIDAD DE LA INVERSIÓN EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE INVERSIÓN

Un gran número de AII contiene la formulación “inversiones realizadas de conformidad con las leyes nacionales” o una enunciación muy similar, ya sea en el preámbulo, la definición de inversión, en la cláusula sobre admisión y establecimiento o en el artículo referente al alcance y ámbito de aplicación de los AII. De forma menos frecuente, esta formulación también puede encontrarse en la cláusula sobre solución de controversias inversionista-Estado.

Este tipo de formulación no había desempeñado un rol importante para la determinación de la aplicación de los AII hasta que el tribunal en *Inceysa c. El Salvador*, se declaró sin jurisdicción para resolver la diferencia debido a que la inversión en cuestión no había sido realizada de acuerdo con las leyes y las regulaciones del Estado anfitrión.³ Posteriormente, otros tribunales han aplicado un razonamiento similar para denegar la protección de los tratados de inversiones a lo que ha sido caracterizado como “inversiones ilegales”.⁴

3. *Inceysa Vallisoletana s.l. c. El Salvador*, Decisión sobre Jurisdicción, 2 agosto 2006.

4. Otros ejemplos: *Ross Anderson et al c. Costa Rica*, Laudo, 19 mayo 2010 y *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Filipinas*, Laudo Final, 16 agosto 2007. Este último fue posteriormente anulado –Decisión sobre la solicitud de anulación de 23 diciembre 2010– por quebrantamiento grave de una norma de procedimiento. De acuerdo con la Comisión *ad hoc*, el tribunal arbitral debió haber dado una oportunidad adicional a las partes para aportar evidencia y poder argumentar sobre la ley filipina (pp. 245-247). La interpretación adoptada por el tribunal sobre la ilegalidad de la inversión como tal no fue la causa de la anulación. Por otra parte, hay que tomar en cuenta que, debido a la inexistencia de un sistema de precedentes obligatorios en el arbitraje de inversiones, los tribunales arbitrales no están obligados a seguir las interpretaciones realizadas por otros tribunales ni por las comisiones *ad hoc*.

A continuación se citan algunos ejemplos y se analizan algunas de las posibles consecuencias de este tipo de formulación.

FORMULACIÓN “DE CONFORMIDAD CON LAS LEYES NACIONALES” EN LA DEFINICIÓN DE INVERSIÓN

Muchos AII contienen en la definición de inversión, el requerimiento “de conformidad con las leyes nacionales” o una o formulación muy similar. Así por ejemplo, la mayoría de TBI celebrados por la República Popular China contiene dicho requerimiento en la definición de inversión. El artículo 1 del TBI suscrito entre China y Cuba (1995) señala: “El término ‘inversión’ significa todo tipo de bien o activo, invertido por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, *de conformidad con las leyes y regulaciones de la otra Parte Contratante...*” (traducción libre. Las cursivas me pretencen).

La formulación “de conformidad con las leyes y regulaciones” en los TBI firmados por China es el único calificativo general aplicado a la definición de inversión.⁵ Esta formulación no ha sido mayormente explicada en la mayoría de TBI concluidos por China. Sin embargo, recientemente, China y Cuba suscribieron un texto modificatorio a su TBI en el cual se incluyó una interesante explicación al respecto:

En relación al artículo 1, párrafo 1, la expresión “de conformidad con las leyes y regulaciones de la otra Parte Contratante” significará que para que cualquier activo invertido sea considerado como una inversión protegida por este Acuerdo, este debe estar de acuerdo con cualquiera de las modalidades de inversión extranjera definidas por la legislación del Estado Parte, receptor de la inversión, y registrado como tal en el registro correspondiente.⁶ (traducción libre)

El TBI concluido por Camboya y Malasia (1994) también contiene una formulación similar en la definición de inversión: artículo 1: Definiciones: “... (i) El término ‘inversiones’ (...) se referirá únicamente a todas aquellas *inversiones realizadas de conformidad con la legislación, las regulaciones y las políticas nacionales de las Partes Contratantes*”⁷ (traducción libre. Las cursivas me pertenecen).

-
5. Norah Gallagher y Wenhua Shan, *Chinese Investment Treaties: Policies and Practice*, Nueva York, Oxford International Arbitration Series, 2009, p. 56.
 6. Texto Modificatorio al TBI suscrito entre China y Cuba, firmado en 2010. Disponible en la página web del Ministerio de Comercio de la República Popular China, último ingreso en junio 2012. Disponible en [<http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/h/bk/201003/20100306805846.html>].
 7. Un lenguaje similar se encuentra en el TBI concluido entre Israel y la República de Corea (1999).

Otro ejemplo es el TBI firmado por Colombia y España (2005), el cual indica: “Por ‘inversiones’ se denomina todo tipo de activos de carácter económico que hayan sido invertidos por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante *de acuerdo con la legislación de esta Última*” (las cursivas me pertenecen).

Al negociar AII los estados tienen un gran margen de discrecionalidad para caracterizar qué transacciones u operaciones calificarán como inversiones para efectos de la aplicación y consecuente protección del AII. Así mismo, en uso de sus facultades, los estados pueden decidir qué controversias relativas a inversiones someterán al arbitraje internacional. Entre un sinnúmero de posibilidades, los estados pueden requerir que una cierta transacción sea realizada de conformidad con las leyes nacionales para calificar como una inversión.

Este requerimiento constituye una limitación del ámbito de protección de la inversión y su objetivo es fomentar que los inversionistas extranjeros cumplan con todas las leyes y regulaciones al momento de establecer su inversión y, así, evitar que actividades ilegales sean protegidas por el tratado. De esta forma, la protección contenida en el AII es únicamente otorgada si las inversiones fueron realizadas de conformidad con las leyes nacionales del Estado receptor de las inversiones. Precisamente en este sentido se pronunció el tribunal en *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Filipinas*, el cual sostuvo que las inversiones que no cumplan con el requisito “inversiones de conformidad con las leyes” no obtendrán la protección del tratado ni acceso al arbitraje internacional ya que no se puede considerar que los estados han otorgado acceso al mecanismo internacional de solución de controversias a inversiones que fueron realizadas en violación de sus leyes.⁸

Los estados demandados han tratado que la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” sea interpretada en el sentido de que el concepto de inversión, y por lo tanto el alcance de protección bajo tratado, sea determinado en función de sus propias leyes.⁹ Los tribunales han rechazado este razonamiento y, al contrario, han interpretado unánimemente que esta formulación no se refiere al concepto de inversión sino a la existencia y a la validez de la inversión. Es así que las leyes locales adquieren una gran relevancia en cuanto a la determinación de la existencia y validez del bien que calificará o no como una inversión para efectos de la aplicación del AII.

Algunos casos arbitrales relevantes que tratan sobre este punto son los siguientes:

En *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA c. Marruecos*, el tribunal observó que el requerimiento de que los activos sean invertidos de acuerdo con los leyes y las re-

8. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Filipinas*, Laudo Final, 16 agosto 2007.

9. Christoph Schreuer, *The ICSID Convention, a Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 2a. ed., p. 140.

gulaciones locales hace referencia a la legalidad de la inversión y no a su definición y su objetivo es primordialmente asegurar que el tratado bilateral no proteja inversiones que no debe, generalmente por ser ilegales.¹⁰

El tribunal en *Tokios Tokelés c. Ucrania* acogió el criterio del tribunal en *Salini c. Marruecos* y reiteró que la necesidad de que las inversiones se hagan de acuerdo con las leyes y las regulaciones del Estado del anfitrión un requisito común en tratados bilaterales modernos que intenta prevenir la protección de inversiones ilegales.¹¹

Así mismo, el tribunal en *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS. c. Pakistán* consideró que no había razón alguna para alejarse del razonamiento contemplado en *Salini c. Marruecos* en lo referente a considerar que este tipo de formulaciones (de conformidad con las leyes nacionales) afecta a la validez de la inversión y no a su definición.¹²

Por su parte, el tribunal en *LESI SpA et Astaldi SpA c. Argelia* sostuvo que:

La referencia en el texto sobre la conformidad de la inversión con las leyes y regulaciones vigentes no constituye un reconocimiento formal de la noción de inversión según lo entendido en ley argelina de manera restrictiva, pero, al contrario, adoptando una enunciación clásica y enteramente justificada, significa la pérdida de protección sufrida por aquellas inversiones realizadas en violación de principios fundamentales.¹³ (traducción libre)

Igualmente, en *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, el tribunal arbitral reafirmó que las palabras “de conformidad con las leyes y regulaciones” del Estado receptor contenida en la definición de inversión se refiere al modo y no a la definición de inversión.¹⁴

En *Alasdair Ross Anderson et al c. Costa Rica* el tribunal explicó que no todos los TBI contienen el requerimiento de que las inversiones sujetas a la protección del tratado deben ser realizadas de conformidad con la ley del país receptor. El hecho de que el TBI entre Canadá-Costa Rica TBI haya específicamente incluido esta formulación es una indicación clara de la importancia que las partes contratantes dieron a la legalidad de las inversiones de la otra parte, y su intención de que sus leyes en materia de inversiones sean estrictamente obedecidas. La garantía de la legalidad de las inversiones tiene, que es crucial, tiene consecuencias en el bien público y el bienestar económico de todo país.¹⁵

10. *Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A c. Marruecos*, Decisión sobre Jurisdicción, 23 julio 2001, p. 46.

11. *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Decisión sobre Jurisdicción, 29 abril 2004, pp. 84-85.

12. *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. Pakistán*, Decisión sobre Jurisdicción, 14 noviembre 2005, p. 109.

13. *LESI SpA et Astaldi SpA c. Argelia*, Laudo Final, 12 julio 2006, p. 83.

14. *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, Decisión sobre Jurisdicción, 21 marzo 2007, pp. 79-82, 120-124.

15. *Ross Anderson et al c. Costa Rica*, Laudo 19 mayo 2010, p. 58.

Tratadistas también han señalado que los convenios internacionales que contienen la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” requieren que la transacción cumpla con este requisito para calificar como inversión,¹⁶ y que la expresión “de conformidad con la legislación del Estado receptor de las inversiones” es una limitación extensiva de la definición de inversión y del tipo de inversión que estará sujeta a la protección del tratado.¹⁷ En este orden de ideas, también han observado que, en uso de esta formulación, la ley del Estado receptor no puede limitar u otorgar calificativos al concepto de inversión para efectos de la aplicación del AII.¹⁸

Por todo lo anteriormente mencionado, queda claro que la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” es un requisito que tiene que ser cumplido para que un cierto tipo de operación, transacción o categoría de activos califiquen como una inversión bajo los AII. Aquellas inversiones que sean ilegales en el territorio del Estado receptor estarán imposibilitadas de beneficiarse de la protección del tratado.

FORMULACIÓN “DE CONFORMIDAD CON LAS LEYES NACIONALES” INCLUIDA EN LA CLÁUSULA DE ADMISIÓN Y ESTABLECIMIENTO DE LAS INVERSIONES

Es muy común encontrar en los TBI una cláusula que regule la promoción, admisión y establecimiento de las inversiones. A través de este tipo de cláusulas, los estados ejercen su derecho soberano de regular, aceptar o incluso rechazar la entrada de inversiones extranjeras en sus territorios *de conformidad con sus leyes y regulaciones nacionales*, las cuales pueden, por ejemplo, imponer condiciones para la operación de la inversión; procedimientos de control, revisión o incluso ciertas limitaciones y restricciones a ciertos sectores u actividades, de acuerdo a los intereses políticos y económicos del Estado receptor de las inversiones (p.e. para proteger a ciertos sectores vulnerables de su economía y para atraer inversión de calidad).

Un ejemplo contentivo de la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” es el TBI concluido por Colombia y España (2005), cuyo artículo 2 señala:

16. Christoph Schreuer, *The ICSID Convention, a Commentary*, p. 199.

17. M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 2a. ed., p. 226.

18. Andrew Newcombe y Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties, Standards of Treatment*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2009, p. 93. Ver también en Campbell McLachlan, Laurence Shore y Mathew Weinuger, *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, Oxford, Oxford International Arbitration, 2007, pp. 6-63.

Promoción y admisión de las inversiones:

1. Cada Parte Contratante promoverá en su territorio, en la medida de lo posible, las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante. Cada Parte Contratante admitirá estas inversiones conforme a sus disposiciones legales.
2. Cuando una Parte Contratante haya admitido una inversión en su territorio concederá, de conformidad con sus disposiciones legales, los permisos necesarios en relación con dicha inversión y con la realización de contratos de licencia, de asistencia técnica, comercial o administrativa. Cada Parte Contratante concederá de conformidad con sus disposiciones legales, cada vez que sea necesario, las autorizaciones requeridas en relación con las actividades de consultores o de personal cualificado, cualquiera que sea su nacionalidad.

La admisión de las inversiones de conformidad con las leyes nacionales puede requerir alguna acción por parte del Estado, como, por ejemplo, la firma de un contrato con el inversionista, o una autorización expresa por parte de las agencias gubernamentales o también puede ser instantánea sin la necesidad de ningún tipo de aprobación. En el primer caso, es decir AII que estipulan que las inversiones deberán ser admitidas a través de algún tipo de autorización, reconocimiento o aprobación por las autoridades competentes para establecerse en el país, los inversionistas tendrán que cumplir con este requisito para obtener la protección del AII y, por lo tanto, poder recurrir al arbitraje internacional.

Aquellos inversionistas que no adquirieron los respectivos permisos o autorizaciones para la admisión y establecimiento de su inversión únicamente contarán con la protección otorgada por el derecho internacional general pero no con la protección específica del AII.¹⁹ Cabe mencionar que algunos autores consideran que el control de los estados de la entrada y establecimiento de inversiones extranjeras facilita identificar que inversiones están sujetas a la protección otorgada por los AII.²⁰

En el segundo caso –cuando no se requiere de autorizaciones o permisos– el inversionista contará con la protección del AII desde el momento que su inversión haya sido legalmente establecida.

El tratado bilateral de inversiones firmado entre el Reino de Bahréin y Tailandia (2002) es un ejemplo de AII que solamente protege inversiones que han sido realizadas mediante una autorización expresa por parte de las autoridades competentes del Estado receptor de las inversiones. El artículo 2.1 de este tratado señala que “...los beneficios de este Acuerdo se aplicarán a las inversiones de los inversionistas (...)

19. M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, pp. 97-122.

20. Rohan Perera, “The Role and Implications of Bilateral Investment Treaties”, en *Commonwealth Law*, vol. 26. No. 1, s. 1., 2000, p. 609. También citado en Crina Baltag, “Admission of Investments and the ICSID Convention”, en *Transnational Dispute Management*, ISSN 1875-4120, vol. 6, No. 1, 2009.

que hayan sido específicamente aprobadas por escrito por la autoridad competente de conformidad con las leyes y regulaciones...” (traducción libre. Las cursivas me pertenecen).

Así mismo, el artículo II (1) del Acuerdo para la Promoción y Protección de las Inversiones de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático –ANSA– (1987) establece que el acuerdo se aplicará únicamente a inversiones que han sido específicamente aprobadas por escrito y registradas por el Estado receptor. En ambos casos, las inversiones no se consideran admitidas en el país anfitrión hasta que cuenten con un reconocimiento o autorización expresa por parte de las autoridades correspondientes de dicho país. En cambio, otros AII no requieren de ninguna autorización y las inversiones son tácitamente admitidas, pero siempre y cuando hayan cumplido con las leyes y regulaciones locales.

En cuanto a la práctica arbitral, en *Gruslin c. Malaysia*, el tribunal arbitral trató la cuestión de las inversiones que requieren una expresa autorización para ser admitidas y/o establecidas en términos del AII. De acuerdo con el TBI entre Bélgica/Luxemburgo y Malasia únicamente las inversiones clasificadas como “proyectos aprobados” por el “Ministerio correspondiente” estaban protegidas por el tratado. El tribunal decidió que no tenía jurisdicción sobre la demanda del Sr. Gruslin ya que la compra de bonos en Luxemburgo –que resultaron reflejados en el portafolio adquirido parcialmente por KLSE– no constituía “un proyecto aprobado” y por lo tanto no era una inversión en los términos del TBI.²¹

En *Tokios Tokelés c. Ucrania* el tribunal debió analizar si algunos errores contenidos en los documentos proporcionados por el inversionista al Estado receptor, relacionados con la adquisición y la transferencia del activo (tales como la ausencia de una firma o de una notarización que era necesaria) convertía a los activos invertidos en inversiones no realizadas “de acuerdo con las leyes y las regulaciones” de Ucrania. El tribunal enfatizó que el hecho de que las autoridades gubernamentales registraron cada una de las inversiones del demandante hizo que la “inversión” haya sido efectuada de acuerdo con las leyes y las regulaciones de Ucrania. Además, el tribunal sostuvo excluir de la protección del AII una inversión sobre la base de errores menores sería inconsistente con el objeto y propósito del tratado.²²

En casos más recientes, los tribunales han resaltado la importancia que tiene la admisión de las inversiones efectuadas de acuerdo con las leyes y las regulaciones nacionales para que cuenten con la protección de los AII. En el caso *Saluka c. República Checa*, el TBI aplicable contenía la formulación “de acuerdo con la ley del Estado

21. *Gruslin c. Malasia*, Laudo 27 noviembre 2000, 5 ICSID Reports 483.

22. *Tokios Tokelés c. Ucrania*, No. 17, pp. 85-86.

receptor” en la cláusula sobre admisión de las inversiones. El tribunal recordó que esta cláusula significa que las inversiones deben haber sido realizadas de acuerdo con la normativa del Estado receptor y que las inversiones ilegales no tenían derecho a beneficiarse de la protección otorgada por el tratado. Sin embargo, en este caso en particular, el tribunal arbitral no encontró ninguna ilegalidad.²³

En *Desert Line Projects LLC c. Yemen* el Estado demandado alegó que las inversiones del demandante no fueron aceptadas por el Estado, como una inversión conforme a sus leyes y regulaciones, y para la cual se emite un certificado según los requisitos del artículo 1 (1) del TBI Yemen-Omán. El tribunal consideró que la emisión del certificado no era un objetivo substantivo sino más bien una mera formalidad que “constituiría una trampa artificial que privaría a los inversionistas de la protección que el TBI pretende otorgar”.²⁴ De hecho, la inversión ya había sido aceptada y bienvenida de buena fe por el Jefe de Estado así que la imposición de calificaciones y de requisitos formales sería ofensiva a “las nociones más elementales de buena fe e insultantes al Jefe de Estado”.²⁵

En *Aguas del Tunari S.A c. Bolivia* el tribunal también tuvo la oportunidad de analizar la cláusula sobre admisión del TBI Bolivia-Holanda. En este caso, el tribunal tomó un razonamiento diferente al descrito en los casos anteriores. Utilizando una interpretación restrictiva, el tribunal concluyó que el alcance de “de conformidad con las leyes y las regulaciones de Bolivia” no era respecto a la admisión de la inversión sino que estaba limitado a los detalles de cómo cada parte contratante regula sus leyes y regulaciones nacionales para promover la cooperación económica a través de la protección de las inversiones.²⁶

El requerimiento de que las inversiones sean admitidas de conformidad con las leyes y regulaciones del Estado receptor juega un rol importante. En primer lugar, como se mencionó anteriormente, permite que el Estado pueda hacer uso de su facultad de regular en todo momento durante la fase del preestablecimiento de las inversiones y que, por lo tanto, pueda aceptar o rechazar las inversiones extranjeras o imponer nuevas restricciones para su admisión sin que esto genere una demanda por parte de posibles inversionistas.²⁷

Esto se debe a que, en principio, los AII únicamente generan derechos a los inversionistas una vez que la inversión ha sido establecida legalmente. Hay, sin embargo,

23. *Saluka Investments B.V. c. República Checa*, PCA, Laudo parcial, 17 marzo 2006, pp. 204 y 217.

24. *Desert Line Projects LLC c. Yemen*, Laudo, 6 febrero 2008, pp. 103 y 106. Traducción libre.

25. *Ibid.*, p. 119.

26. *Aguas del Tunari, S.A. c. Bolivia*, Decisión sobre Jurisdicción, 21 octubre 2005, p. 153.

27. Sobre la distinción entre la protección pre y post admisión y establecimiento: McLachlan, Shore and Weiniger, *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, pp. 7.33-7.36.

AII que tienen como objetivo liberalizar las condiciones de entrada y operación de los inversionistas y por lo tanto otorgan a los inversionistas el derecho de establecerse recibiendo un trato no menos favorable que el otorgado a las inversiones nacionales (“trato nacional”) o a las inversiones provenientes de terceros países (“trato de la nación más favorecida”). En estos casos, el poder de regular del Estado se ve limitado y los inversionistas potenciales tienen la facultad de exigir, incluso mediante arbitraje internacional, que el establecimiento de sus inversiones no estén sujetos a medidas discriminatorias²⁸ tales como la exigencia de requisitos diferentes a los pedidos a los inversionistas nacionales o a los inversionistas de terceros países.

En segundo lugar, la formulación “de conformidad con las leyes nacionales”, utilizada en la cláusula de admisión y establecimiento de las inversiones, hace que las inversiones que no cumplan con este requisito, en particular aquellas inversiones que no han cumplido con el proceso de admisión o han sido realizadas sin autorización, licencia u otro tipo de permiso, no se beneficien de la protección del AII ya que no cumplen con la categoría de “inversiones admitidas” e incluso no pueden ser caracterizadas como inversiones por ser inexistentes para el Estado receptor. Así, por ejemplo, si el Estado prohíbe inversiones extranjeras en un sector de su economía y un inversionista extranjero desatiende tal restricción, su inversión no podrá ser protegida por el AII. Este razonamiento es altamente deferente de las decisiones tomadas con anterioridad al establecimiento de las inversiones por el Estado anfitrión sobre qué categoría de actividades económicas serán admitidas y por ende protegidas.

Tercero, la formulación “de conformidad con las leyes y las regulaciones del Estado anfitrión” en la cláusula sobre admisión y establecimiento está limitada a la fase de la entrada y establecimiento de la inversión y no a todas sus etapas de duración tal como la extensión, operación, gerencia, mantenimiento, uso, disfrute, venta y cualquier otra forma que pueda adoptar la inversión, consecuentemente, una vez admitida la inversión, esta cuenta con la protección del AII. Esto no quiere decir que el inversionista podrá desconocer las leyes y regulaciones nacionales una vez que su inversión ha sido admitida, pues es de sentido común que el inversionista debe respetar a todo momento el ordenamiento jurídico del país donde mantiene su inversión.²⁹

En cuanto al cambio de forma de la inversión y la reinversión, hay ciertos tratados que especifican que deben ser hechas de conformidad con las leyes y otros que son silenciosos al respecto. Sobre el particular, cuando haya nuevas inversiones realizadas

28. Anna Joubin-Bret, “Admission and Establishment in the Context of Investment Protection”, en August Reinisch, edit., *Standards of Investment Protection*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2008. Este acercamiento generalmente se observa en TBI y TLC concluidos por Canadá, Estados Unidos y Japón.

29. Sobre obligaciones generales de los inversionistas: Peter Muchlinski, *Multinational Enterprises & the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 2a. ed.

por el mismo inversionista, o algún cambio en la forma de su inversión, parecería lógico exigir que estas inversiones observen las leyes y regulaciones del Estado receptor para beneficiarse de la protección del AII, ya que estas “nuevas operaciones, activos u transacciones” atañen la naturaleza misma de las inversiones. Sin embargo, este criterio no ha sido acogido unánimemente en la doctrina y hay quienes sostienen que estas inversiones únicamente deben estar sujetas a las mismas condiciones y requerimientos exigidos a la inversión primaria.

Sobre este punto, es interesante observar que la mayoría de los TBI suscritos por China establecen que cualquier alteración o cambio en la forma en la cual los activos son invertidos no afecta su clasificación, naturaleza y designación de inversión.³⁰ Consecuentemente, la transformación de la inversión en violación de las leyes del Estado receptor no privaría a la inversión de beneficiarse de la protección del tratado.³¹ Sin embargo, a manera de excepción, algunos TBI chinos explícitamente requieren que el cambio de la forma de la inversión sea realizada de conformidad con las leyes y regulaciones del Estado anfitrión.³² Otro ejemplo es el TBI Guatemala-Israel (2006) el cual indica:

Art 1. Las disposiciones de este Acuerdo relacionadas con las inversiones se aplicarán a las reinversiones de los rendimientos de una inversión, para lo cual se otorgará el mismo trato que a la inversión original, *siempre que la reinversión se haya realizado de acuerdo con la legislación de la Parte Contratante Receptora*. Un cambio en la forma de la inversión o un cambio en la forma de la reinversión, no afectarán su carácter de inversión de conformidad con el significado establecido en este Acuerdo, *si el cambio es efectuado de conformidad con la legislación de la Parte Contratante Receptora*” (las cursivas me pertenecen).

En cuarto lugar, las acciones cumulativas del Estado anfitrión pueden constituir una aceptación informal de una inversión extranjera que no habría sido admitida de otra manera porque no estaba de conformidad con las leyes del Estado. Esto se debe al principio de *Estoppel*, en aplicación del cual el Estado no podría alegar violaciones de su ley por parte del inversionista cuando tácitamente admitió una inversión que no estaba de acuerdo con las leyes locales. Igualmente, este razonamiento se aplica a las acciones negligentes de los funcionarios públicos quienes, por ejemplo, no corrigen o no inician acciones en contra de una inversión que vulneró las leyes locales al momento de su entrada y establecimiento. La admisión tácita de las inversiones en estos casos estaría también protegida por el AII, pese a su ilegalidad. No obstante, la ilegalidad

30. Norah Gallagher y Wenhua Shan, *Chinese investment treaties: policies and practice*, 70.

31. *Ibid.*, p. 69.

32. China-Lituania TBI, art. 1.1. También: TBI China-Rusia y TBI Bosnia Herzegovina-China.

será un asunto que podría ser tratado en el fondo de la diferencia, como se observará en la segunda parte de este trabajo.

Por el contrario, las acciones o ilegalidades encubiertas por parte del inversionista en torno a su inversión que fueron desconocidas por los funcionarios estatales al momento de admitir la inversión, privará a esta de la protección de AII.

Quinto, la admisión de las inversiones le otorga privilegios especiales. El aumento o la modificación subsecuente por parte del Estado de las condiciones impuestas no da lugar a que la inversión pierda la protección del tratado por dejar de ser una “inversión admitida de conformidad con las leyes nacionales”. Caso contrario habría un desequilibrio entre el derecho de regular del Estado y la facultad del inversionista de contar con la protección del tratado una vez que su inversión fue admitida de conformidad con las leyes. Además, si el cambio de las condiciones para la legalidad de la inversión afectara la protección otorgada por el tratado a las inversiones que fueron realizadas de conformidad con las leyes, el Estado anfitrión tendría la posibilidad de manipular la protección del tratado.

Finalmente, cabe mencionar que algunos autores consideran que “de conformidad con las leyes del Estado” es una “formalidad especial” que puede ser impuesta por el Estado con respecto al establecimiento de las inversiones. Para llegar a esta conclusión, utilizan como ejemplo el artículo 1111 (1) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) el cual especifica que las partes pueden adoptar formalidades especiales con respecto al establecimiento de las inversiones tales como el requisito de que las inversiones se constituyan legalmente bajo las leyes y regulaciones del Estado receptor, a condición de que tales formalidades no impidan materialmente la protección otorgada a través del tratado a los inversionistas extranjeros. Sin embargo, cabe observar que no todos los AII contienen una cláusula expresa en este sentido como la del TLCAN. Por consiguiente, deberá ser decidido caso por caso si la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” constituye una mera formalidad o un requisito sustantivo.

**“DE CONFORMIDAD CON LAS LEYES Y LAS REGULACIONES
DEL ESTADO RECEPTOR” INCLUIDA EN EL ÁMBITO
DE APLICACIÓN DEL TRATADO**

Otra posibilidad es encontrar la formulación “De conformidad con las leyes y las regulaciones del Estado receptor” en la cláusula sobre el ámbito de aplicación de los AII. Algunos ejemplos son los siguientes:

TBI-Francia-México (1998)

Artículo 2. *Ámbito de aplicación del Acuerdo*

1. Se entiende que las inversiones cubiertas bajo el presente Acuerdo son aquéllas que ya han sido realizadas o pueden ser realizadas después de la entrada en vigor de este Acuerdo, *de conformidad con la legislación de la Parte Contratante en el territorio o en la zona marítima donde son realizadas las inversiones*” (las cursivas me pertenecen).

TBI Colombia-Gran Bretaña/Irlanda

Artículo XIII. *Ámbito de aplicación:*

1. El presente Acuerdo es aplicable a las inversiones existentes al momento de su entrada en vigor, así como a las inversiones realizadas posteriormente en el territorio de una Parte Contratante, de acuerdo con la legislación de esta última, por inversionistas de la otra Parte Contratante.

Otros ejemplos puntuales se encuentran en el TBI Camboya-Tailandia (1995) y el Acuerdo integral sobre inversiones de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático – ANSA– (2009):

Article 2: *scope of application of the present agreement:*

The benefits of this Agreement shall apply in cases *where* the investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party *have been admitted in accordance with the laws and regulations*, and where applicable, specifically approved in writing by the competent authorities concerned of the Contracting Party.³³ (Las cursivas me pertenecen)

Y:

For the purpose of this Agreement: “covered investment” means, with respect to a Member State, an investment in its territory of an investor of any other Member State in existence as of the date of entry into force of this Agreement or established, acquired or expanded thereafter, *and has been admitted according to its laws, regulations, and national policies (...)*.³⁴ (Las cursivas me pertenecen)

Este tipo de formulación una vez más limita o restringe el criterio para aplicar la protección contenida los AII a las inversiones. El alcance y ámbito de aplicación del AII se limita a las inversiones que han sido admitidas, aceptadas o realizadas de conformidad con las leyes del Estado del anfitrión. La formulación contenida en esta

33. TBI Camboya-Tailandia.

34. AII ANSA, artículo 4.

cláusula está generalmente vinculada a las cláusulas sobre definición y/o admisión de las inversiones, y por lo tanto se interpreta de una manera muy similar en lo referente a las consecuencias de inversiones ilegales.

FORMULACIÓN “DE CONFORMIDAD CON LAS LEYES NACIONALES” EN LA CLÁUSULA SOBRE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO

La cláusula para la solución de controversias inversionista-Estado contenida en los AII es una característica común en la mayoría de los AII. Tales cláusulas dan al inversionista la posibilidad de tener acceso directo al arbitraje internacional ya que estas cláusulas normalmente contienen una oferta general hecha por los estados partes del AII, la cual constituye su consentimiento para arbitrar.

Al momento de hacer esta oferta general, los estados pueden delimitar su consentimiento al arbitraje estableciendo algunas condiciones las cuales deberán ser satisfechas por el inversionista para tener acceso al arbitraje internacional. Un ejemplo, aunque no muy común, es que los estados requieran el agotamiento de los recursos internos por parte del inversionista o al menos el intento de hacerlo durante un período de tiempo determinado.³⁵ Otra condición es el llamado “cooling off period” o período de enfriamiento, mediante el cual los estados requieren un tiempo de espera entre el surgimiento de la controversia y el inicio del arbitraje, para que el inversionista busque un arreglo amistoso con el Estado receptor antes de recurrir al arbitraje.³⁶

35. Este es el caso del TBI Argentina-Italia (1990) el cual señala lo siguiente:

1. *Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre un inversor de una de las Partes Contratantes y la otra Parte, respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las partes en la controversia.*

2. *Si esas consultas no aportaran una solución, la controversia podrá ser sometida a la jurisdicción administrativa o judicial competente de la Parte Contratante en cuyo territorio está situada la inversión.*

3. *Si todavía subsistiera una controversia entre inversores y una Parte Contratante, luego de transcurrido un plazo de dieciocho meses desde la notificación del comienzo del procedimiento ante las jurisdicciones nacionales citadas en el párrafo 2, la controversia podrá ser sometida a arbitraje internacional.*

36. Mucho se ha debatido sobre si el “cooling off period” constituye una cuestión de admisibilidad o un requerimiento ligado al consentimiento de los Estados y por lo tanto de jurisdicción. Las opiniones de los tribunales arbitrales se encuentran divididas. Para mayor detalle, ver *Murphy Exploration and Production Company International c. Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/4, Decisión sobre Jurisdicción, 15 diciembre 2010). El tribunal decidió que no tenía jurisdicción para resolver la controversia debido a que el inversionista cumplió con el requerimiento de tratar de negociar y resolver la diferencia amigablemente por el período de seis meses, tal como lo prevé el TBI Ecuador-Estados Unidos. También, *Limited Liability Company AMTO c. Ucrania*. Casos en contrario: *Ethyl Corporation c. Canadá*. En *Abaclat y otros c. Argentina*, (formalmente conocida como *Beccara y otros c. Argentina*, Caso CIADI NO. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, de 4 agosto 2011) la

Los estados también pueden excluir ciertas categorías de controversias del arbitraje, o limitar el arbitraje a ciertas violaciones (p.e. solamente en casos de expropiación). En este orden de ideas, la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” contenida en la cláusula sobre solución de controversias sería claramente una condición al consentimiento de los estados. Sin embargo, este tipo de cláusulas no es muy frecuente. No obstante, algunos AII contienen una cláusula sobre solución de controversias que de alguna manera hace referencia a las cláusulas sobre definición de inversión, admisión de las inversiones y/o alcance de tratado, los cuales si contienen esta formulación y por lo tanto, realzan la importancia sobre la legalidad de las inversiones.

FORMULACIÓN “DE CONFORMIDAD CON LAS LEYES NACIONALES” CONTENIDA EN EL PREÁMBULO DEL TRATADO

Finalmente, cabe mencionar que algunos AII hacen una referencia específica a la necesidad de acatar las leyes y regulaciones de los estados partes. El TBI Australia-Egipto, por ejemplo, establece que las “inversiones de los inversionistas de una Parte en el territorio de la otra Parte deben ser realizadas dentro del marco jurídico de esa otra Parte”.³⁷

Pese a que los preámbulos no crean derechos ni obligaciones, estos sirven para la interpretación de los tratados.³⁸ El preámbulo forma parte del contexto de los AII para fines interpretativos. En este sentido, el preámbulo, junto con las demás cláusulas contentivas de este tipo de formulación puede ser muy útil para determinar y recalcar el auténtico objetivo de las partes al concluir AII e instaurar un equilibrio entre las intenciones de las partes de promover y proteger las inversiones extranjeras y el de exigir que se encuentren en cumplimiento de las leyes nacionales del país receptor de la inversión.

mayoría del tribunal consideró que tenía jurisdicción para resolver la controversia pese a que los inversionistas no cumplieron con el artículo 8 del TBI, el cual requería que por 18 meses los inversionistas intenten resolver su controversia en las cortes locales. El tribunal opinó que la falta de cumplimiento de este requisito no afectaba el consentimiento del Estado.

37. También: TBI Corea-Trinidad y Tobago (2002).

38. Andrew Newcombe y Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties, Standards of Treatment*, p. 124.

ALCANCE Y LIMITACIONES DE LA FORMULACIÓN “DE CONFORMIDAD CON LAS LEYES NACIONALES”

Una vez analizada la formulación “de conformidad con las leyes nacionales”, contenida principalmente en la definición de inversión, en la cláusula de admisión y establecimiento de las inversiones o en la cláusula sobre el ámbito de aplicación del tratado, esta segunda parte tratará sobre el alcance y las limitaciones de este tipo de formulación.

INVERSIONES –ESTABLECIDAS DE CONFORMIDAD CON LA LEY– QUE SE TORNAN ILEGALES POSTERIORMENTE: ¿PIERDEN LA PROTECCIÓN DE LOS AII?

Surge la duda sobre si la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” puede ser interpretada de diferente manera según su localización dentro del tratado. Como ya se analizó anteriormente, esta formulación confinada al el establecimiento y admisión de las inversiones, está exclusivamente limitada al momento de la entrada de la inversión. No obstante, la formulación contenida en la cláusula sobre el ámbito de aplicación del tratado, en la definición de inversiones o incluso en la cláusula sobre resolución de controversias podría ser extensivamente interpretada en el sentido de que el tratado no será aplicable a aquellas inversiones que cesen de ser legales a cualquier momento de su existencia pese a haber sido establecidas legalmente en un inicio.

Pese a que la interpretación dependerá siempre de la formulación exacta del tratado, la práctica arbitral ha considerado que “de conformidad con las leyes nacionales” únicamente se refiere a la etapa de admisión y establecimiento de la inversión y, por lo tanto, la posterior inconformidad de la inversión con las leyes nacionales del país receptor no impide que las inversiones se beneficien de la protección del tratado.

Por ejemplo, en *Salini Costruttori SpA y Italstrade SpA c. Marruecos*, el TBI Italia-Marruecos contenía la formulación “de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado receptor” en la definición de inversión. El tribunal restringió su análisis a la determinación de si al momento en que el inversionista ganó la oferta pública y

se le adjudicó el contrato, todas las acciones se realizaron conforme a las leyes de Marruecos.³⁹

En *Fraport c. Filipinas*, el TBI aplicable contenía la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” en la definición de inversión, en el ámbito de aplicación del tratado y en la cláusula sobre admisión. El tribunal arbitral consideró que el requisito “de conformidad con las leyes” era temporal y estaba limitado al momento de la iniciación de la inversión. Además, el tribunal recalcó que el funcionamiento eficaz del régimen de AII parecería exigir que, para el cumplimiento de requisitos jurisdiccionales, esta formulación deba estar limitada a la iniciación de la inversión. Finalmente, el tribunal señaló que interpretaciones diferentes parecerían ser una construcción forzada de las disposiciones pertinentes en el contexto de todo el tratado.⁴⁰

En *Toto Construzioni Generali SpA c. Líbano*, aunque el asunto principal no versaba sobre la legalidad de las inversiones, el tribunal observó que efectivamente se cumplían con los requisitos para una “inversión” tal como se establecía en el tratado ya que el inversionista italiano había establecido su inversión de conformidad con la legislación libanesa.⁴¹

La razón detrás de estos razonamientos es que el objetivo principal de los AII consiste en la protección de la inversión extranjera y en la posibilidad de que los inversionistas tengan acceso directo a un foro independiente y neutral para la resolución de controversias que surjan en torno a su inversión con el Estado receptor. En este sentido, los Estados al celebrar AII, no pueden buscar que la referencia a sus leyes nacionales frustre el objeto y el fin del tratado, dejando a discreción y capricho del Estado anfitrión decidir qué inversiones son ilegales y por lo tanto no están cubiertas por el AII y por su mecanismo de solución de controversias.⁴² Además, esto daría la posibilidad al Estado anfitrión de retirar unilateralmente sus compromisos asumidos bajo el AII mediante la imposición de requisitos excesivos a la inversión, volviéndola ilegal.

ILEGALIDAD DE LAS INVERSIONES: ¿UNA CUESTIÓN DE JURISDICCIÓN O DE FONDO DE LA CONTROVERSIA?

El objetivo de esta sección es examinar si el incumplimiento de la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” contenida en los AII debe ser tratada como una

39. *Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A c. Marruecos*, p. 46.

40. *Fraport c. Filipinas* pp. 344-345.

41. *Toto Construzioni Generali SpA c. Líbano*, Decisión sobre Jurisdicción, 11 septiembre 2009, p. 65.

42. *Aguas del Tunari, S.A. c. Bolivia* p. 153.

objección jurisdiccional por parte del Estado anfitrión o debe ser analizada en el fondo de la controversia.

La formulación “de conformidad con las leyes nacionales” contenida en la definición de la inversión puede ser interpretada como un requisito adicional impuesto por los estados a las inversiones extranjeras. Esta formulación limita el alcance de protección de la inversión y asegura que inversiones realizadas ilegalmente no estén cubiertas por el tratado. Así, por medio de esta cláusula, los estados establecen que aquellas “categorías de activos” que deben ser consideradas como “inversiones” son aquellas realizadas “de acuerdo con las leyes y las regulaciones” del Estado receptor. Por consiguiente, la inobservancia de las leyes y regulaciones nacionales al momento de la entrada o establecimiento de la inversión constituirá un obstáculo jurisdiccional.

Lo mismo sucede con la formulación contenida en la cláusula sobre admisión de las inversiones. Solamente aquellas transacciones que cumplen con el proceso de admisión son inversiones de conformidad con las leyes y regulaciones nacionales. Si esta condición no es satisfecha, el tribunal arbitral será incompetente en razón de la materia (falta de jurisdicción *ratione materiae*). Esto se vuelve mucho más evidente en el caso de proyectos de inversiones que requieren una aprobación específica por el Estado receptor o cuando el Estado limita los sectores en los cuales los extranjeros pueden invertir. En estos casos, únicamente los proyectos aprobados o las inversiones realizadas en sectores permitidos constituyen inversiones protegidas por el tratado.

No ha sido extraño que los estados, al ser demandados, interpongan objeciones jurisdiccionales *ratione materiae* alegando que la inversión no se encontraba de conformidad con sus leyes y regulaciones. Los tribunales arbitrales han considerado que basta con que la inversión haya sido establecida de conformidad con las leyes del Estado anfitrión para que el requisito contemplado en el tratado esté satisfecho.⁴³ Por ejemplo, en *Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd c. Myanmar* el tribunal rechazó su jurisdicción sobre una controversia en la cual el inversionista no había cumplido con el requisito del artículo II (3) del Acuerdo de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (1987). Este artículo permitía al Estado insistir en medidas para la aprobación de las inversiones realizadas antes de la entrada en vigor del tratado. El tribunal observó que la frase del artículo II (3) requería un acto subsecuente y expreso, tal como una aprobación escrita y el eventual registro de la inversión para que esta sea protegida por el tratado.⁴⁴

43. Por ejemplo, *Toto Construzioni Generali SpA c. Libano*, p. 65.

44. *Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd c. Myanmar*, Tribunal Arbitral, ANSA, caso No ARB/01/1, Laudo 31 marzo 2003 42 ILM 540 (2003), disponible en (último ingreso junio 2012) [<http://www.asil.org/ilib0608.cfm#j1>].

En *Empresas Lucchetti c. Perú*, el Estado objetó la jurisdicción del tribunal alegando que los demandantes habían violado numerosas leyes y las regulaciones del Perú y, por lo tanto, la empresa no era una inversión protegida de acuerdo con el significado del artículo 1 del TBI aplicable ya que este únicamente cubría las inversiones hechas de acuerdo con las leyes y las regulaciones del Estado receptor. Lamentablemente, el tribunal no entró en el análisis de esta objeción jurisdiccional ya que se declaró incompetente por falta de jurisdicción *ratione temporis*.⁴⁵

En *Fraport c. Filipinas* el tribunal trató la cuestión sobre si la ilegalidad de la inversión debe ser tratada en la etapa jurisdiccional o en el fondo de la controversia. El tribunal arbitral consideró que cuando la entrada de las inversiones es ilegal o hecha de mala fe, entonces, no existe jurisdicción. Además, el tribunal señaló que una inversión fraudulenta no forma parte de la definición de inversión cubierta por el tratado y por lo tanto no se beneficia de la protección substantiva de este.⁴⁶ Pero, por otra parte, si en el momento de la *iniciación* de la inversión el inversionista acató la ley del Estado receptor, cualquier argumentación hecha por este último respecto a presuntas violaciones de su ley durante la existencia de la inversión puede ser un argumento utilizado en el análisis del fondo de la controversia, pero no puede privar al tribunal –quien actúa bajo la autoridad del TBI– de su jurisdicción.⁴⁷

En *Ioannis Kardassopoulos c. Georgia* el Estado demandado sostuvo que el tribunal carecía de jurisdicción *ratione materiae* porque los contratos concluidos entre el inversionista y dos empresas estatales eran nulos ya que estas últimas no tenían las respectivas autorizaciones y según el artículo 12 del TBI en cuestión las inversiones debían ser consistentes con las leyes del Estado receptor. El tribunal, en efecto, recaló que las leyes nacionales eran relevantes, como un hecho, para determinar si las inversiones del demandante estaban o no cubiertas en los términos señalados por el TBI.⁴⁸ En el presente caso, no fue el inversionista quien había actuado de manera ilegal. Al contrario, fueron las empresas estatales quienes desobedecieron la ley de Georgia.⁴⁹ Por lo tanto, en aplicación del principio de *Estoppel*, el Estado estaba prohibido de objetar la jurisdicción *ratione materiae* del tribunal sobre la base del artículo 12 del TBI ni podía este artículo ser invocado por el Estado para excluir las inversiones del demandante de la protección del tratado.⁵⁰

45. *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A. c. Perú*, Laudo, 7 febrero 2005 (también conocido como *Industria Nacional de Alimentos, A.S. e Indalsa Perú S.A. c. Perú*).

46. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Filipinas* pp. 344-345.

47. *Ibid.*, p. 345.

48. *Ioannis Kardassopoulos c. Georgia*, Decisión sobre Jurisdicción, 6 julio 2007, p. 146.

49. *Ibid.*, pp. 179-183.

50. *Ibid.*, pp. 190-192.

En *Desert Line Projects LLC c. Yemen*⁵¹ el Estado demandado sostuvo que la inversión del demandante no fue aceptada por el Estado receptor como una inversión realizada de conformidad con las leyes y regulaciones, y para lo cual un certificado es emitido, tal como lo requiere el artículo 1 (1) del TBI Yemen-Omán. El tribunal encontró su jurisdicción basada en el hecho de que la inversión había sido aceptada y dada la bienvenida por el Jefe de Estado de buena fe.⁵²

En *Phoenix c. República Checa*, el tribunal enfatizó que los requisitos jurisdiccionales no pueden ser leídos e interpretados de forma aislada del derecho internacional público. Dentro de este contexto, la protección otorgada por los AII debe ser únicamente concedida a las inversiones que satisfacen ciertos criterios, tomando en cuenta el propósito de la protección internacional de las inversiones. El razonamiento del tribunal parecería favorecer la existencia de un grupo de requisitos (estrictos) que deben ser satisfechos para que un tribunal CIADI tenga jurisdicción *ratione materiae*. De acuerdo con el tribunal, uno de estos requisitos es que los activos sean invertidos de conformidad con las leyes del Estado receptor. La observancia de las leyes es vista por el tribunal arbitral como una obligación implícita por parte del inversionista y un requisito para la competencia y jurisdicción del tribunal. Además, el tribunal observó que es a nivel jurisdiccional donde el demandante tiene la carga para probar la existencia de una inversión protegida y únicamente si la cuestión no puede ser resuelta en esta etapa entonces debe ser tratada en el fondo de la diferencia.⁵³

En un caso más reciente, *Ross Anderson et al c. Costa Rica*, el tribunal tuvo que analizar si los depósitos de los demandantes las consecuentes relaciones jurídicas con los hermanos Villalobos constituían “activos” de acuerdo con los términos del TBI Canadá-Costa Rica, y en caso afirmativo, si los demandantes poseían o controlaban los referidos activos “de acuerdo con las leyes” de Costa Rica. En opinión del tribunal el hecho de que los Estados contratantes en el TBI Canadá-Costa Rica incluyeron específicamente una disposición con tal formulación era una indicación clara de la importancia que las partes contratantes dieron a la legalidad de las inversiones hechas por los inversionistas extranjeros y también una muestra clara de la intención de ambas partes de que sus leyes relativas a las inversiones sean obedecidas estrictamente por los inversionistas.⁵⁴

En este caso, al buscar y aceptar activamente depósitos de los demandantes y de muchas otras personas, los hermanos Villalobos participaron en la intermediación fi-

51. *Desert Line Projects LLC c. Yemen*, Laudo 6 febrero 2008.

52. *Ibid.*, p. 119.

53. *Phoenix Action, Ltd c. República Checa*, Laudo, 15 abril 2009, pp. 61, 78, 101 y 114.

54. *Ross Anderson et al c. Costa Rica*, p. 53.

nanciera sin la autorización correspondiente del Banco Central o de cualquier otra entidad gubernamental tal como lo requería la ley.⁵⁵ Por consiguiente, las transacciones mediante las cuales los Villalobos adquirieron los depósitos de los demandantes eran ilegales así como también lo eran las transacciones por las cuales cada demandante obtuvo o adquirió el activo resultante de esas transacciones (es decir, los intereses pagados). Por lo tanto los demandantes no poseían una inversión de acuerdo con las leyes de Costa Rica según lo definido en el artículo I del TBI respectivo. El tribunal se declaró por consiguiente sin jurisdicción *ratione materiae* para resolver la controversia que le fue sometida.⁵⁶

En *Gruslin c. Malasia*, el tribunal arbitral observó que la inversión del Sr. Gruslin no cumplió con los requisitos dispuestos en el IGA, los cuales requerían que los inversionistas obtengan aprobación de sus proyectos. Por lo tanto, el tribunal consideró que no había consentimiento por parte del Estado para los propósitos del IGA y, por consiguiente, la controversia no entraba en la jurisdicción del tribunal. Además, el tribunal arbitral, durante su análisis, observó que la inversión de KLSE no satisfizo la definición de inversión contenida en el artículo 1 (3) del IGA y por esa razón no era una inversión protegida en los términos del IGA.⁵⁷ En este caso, el tribunal decidió lo explicado como una cuestión *ratione voluntatis* y no *ratione materiae*.

Un razonamiento similar fue adoptado en *Inceysa c. El Salvador* en donde el tribunal arbitral también decidió que la ilegalidad de la inversión es una cuestión *ratione voluntatis*. En este caso, el inversionista procuró un contrato de concesión para la instalación de servicios de inspección vehicular en la carretera en El Salvador mediante fraude al someter información falsa e incorrecta en el proceso oferta pública. Después de analizar la formulación “de conformidad con las leyes del Estado receptor” contenida en la definición de inversión y en la cláusula sobre admisión de las inversiones, el tribunal arbitral consideró que el consentimiento concedido por el Reino España y El Salvador bajo el TBI estaba limitado a las inversiones realizadas de acuerdo con las leyes del Estado receptor. Por lo tanto, las controversias que se presenten con una inversión ilegal, como por ejemplo la realizada mediante fraude, quedan fuera del consentimiento concedido por las Partes en el TBI y por lo tanto no se benefician de la protección ofrecida por este.⁵⁸

Finalmente, en *Plama c. Bulgaria*, el Estado demandado objetó la jurisdicción del tribunal alegando que el inversionista había obtenido su inversión con engaños y

55. *Ibid.*, p. 54.

56. *Ibid.*, pp. 55-65.

57. *Gruslin c. Malasia*, p. 25.7.

58. *Inceysa Vallisoletana, s.l. c. El Salvador*, p. 207.

en violación a las leyes de Bulgaria, y que por lo tanto, el inversionista no tenía una inversión en los términos del artículo 1(6) del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) ni adquirió su control de conformidad con las leyes locales. En la Decisión sobre Jurisdicción, el tribunal concluyó que las alegaciones formuladas por el demandado no privaban al tribunal de su jurisdicción y decidió examinar estas alegaciones en el fondo de la controversia.⁵⁹

En el fondo del asunto, el tribunal observó que el hecho de no haber informado al Estado el cambio de circunstancias en la composición original del consorcio (de dos grandes compañías con experiencia, las cuales actuaron durante la negociación del contrato a un inversionista individual, actuando como “consorcio”) era un comportamiento contrario a las leyes de Bulgaria y al derecho internacional, y por lo tanto, tenía un impacto en la inversión,⁶⁰ excluyéndola de la aplicación y protección del TCE.⁶¹

Además, el tribunal recalcó que “a diferencia de muchos tratados bilaterales de inversiones, el TCE no contiene una formulación exigiendo la conformidad de las inversiones con una ley en particular. Sin embargo, esto no significa que la protección otorgada por el TCE cubre todos los tipos de inversiones, incluso aquellos que son contrarios con el derecho nacional o internacional”. Consecuentemente, el tribunal arbitral decidió que las protecciones substantivas del TCE no eran aplicables a inversiones realizadas en contra de las leyes locales.⁶²

En definitiva, en los AII que contienen la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” ya sea en la definición de inversión, en la cláusula sobre el alcance del tratado o en la relativa a la admisión de las inversiones, la posibilidad de interponer objeciones jurisdiccionales cuando la inversión no se ha realizado de acuerdo con las leyes del Estado anfitrión está limitada a la etapa de admisión y establecimiento de la inversión. Este razonamiento es sustentado por algunos autores quienes señalan que no hay consentimiento al arbitraje cuando no se cumplen todas las condiciones proporcionadas por el AII.⁶³ Sin embargo, esto no significa que una vez que los tribunales arbitrales hayan establecido su jurisdicción y competencia, no puedan considerar la posterior ilegalidad de una inversión admitida de conformidad con las leyes, durante el análisis del fondo de la diferencia.

59. *Plama c. Bulgaria*, pp. 96-97.

60. De acuerdo con el criterio del tribunal, “la inversión era el resultado de un ocultamiento deliberado y fraudulento, calculado para inducir a las autoridades búlgaras a que autoricen la transferencia de las acciones a una entidad que no tenía la capacidad financiera y de control requerida para reiniciar las operaciones en la Refinería” (p. 135).

61. *Ibid.*, pp. 134-138 y 140.

62. *Ibid.*, p. 139.

63. Por ejemplo, Prof. Brigitte Stern, “Are there new limits on access to international arbitration?” (documento no publicado), Conferencia en Singapur, 2010), pp. 11-12.

Por otra parte, algunos autores consideran que es necesario analizar la cuestión sobre la ilegalidad de la inversión en el fondo de la controversia con la finalidad de poder obtener el correcto equilibrio entre el objetivo del tratado, de promover y proteger las inversiones, y la obligación de los inversionistas de cumplir con las leyes del Estado receptor. Como lo mencionó un árbitro en su opinión disidente, si la conducta ilegal de un inversionista es una cuestión de jurisdicción y la ilegalidad de la conducta Estatal (por ejemplo, la violación de cláusulas del TBI) es una cuestión para el fondo de la controversia, entonces el Estado receptor está puesto en una posición más fuerte.⁶⁴ Además, de acuerdo con este árbitro, los estados podrían abusar de su poder legislativo a su conveniencia para escapar de sus obligaciones adquiridas en los AII, incluyendo el arbitraje internacional ya que el uso erróneo de su propia ley por parte del Estado receptor puede tomar diversas formas procesales, y así afectar la formación del consentimiento para el arbitraje y la jurisdicción del tribunal arbitral. En el contexto de un arbitraje surgido sobre la base de un tratado, la formación y el funcionamiento del compromiso arbitral están gobernados por el principio de buena fe, contenido en el artículo 26 de la Convención de Viena y siendo uno de los principios fundamentales del procedimiento.⁶⁵

ILEGALIDAD: ¿VIOLACIONES SUBSTANTIVAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL ESTADO RECEPTOR O TAMBIÉN VIOLACIONES DE CIERTAS FORMALIDADES?

La inversión extranjera se lleva a cabo dentro de un marco jurídico complejo y sofisticado, en el cual se incluyen ramas del derecho tales como comercial, societario, tributario, contractual, laboral, administrativo, ambiental, derechos humanos. Los inversionistas extranjeros deben estar al tanto de toda la normativa vigente que les sea pertinente, ya sea pidiendo asesoría jurídica o por cualquier otro medio. Esto ha sido remarcado por tribunales arbitrales, quienes además han observado que la falta de transparencia por sí misma no constituye una violación de una obligación internacional por parte del Estado anfitrión⁶⁶ ni una justificación para no cumplir con sus leyes.

64. *Ibid.*, Opinión Disidente de Bernardo Cremades, p. 37.

65. *Ibid.*, p. 29.

66. Por ejemplo, *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) c. México*, Laudo, 16 diciembre 2002, pp. 125, 132-134. En este caso, el tribunal arbitral estuvo de acuerdo con la Corte Suprema de British Columbia la cual sostuvo en la revisión de la decisión de *Metalclad* que “la sección A del Capítulo 11, la cual establece la obligación de los estados receptores hacia inversionistas extranjeros, no menciona en ninguna parte una obligación de transparencia a favor de aquellos inversionistas” y que por lo tanto la falta de transparencia por sí sola no constituye una violación del Capítulo 11 (*United Mexican States v. Metalclad*, Supreme Court of British Columbia, *Reasons for*

Además, los inversionistas deben estar conscientes de que este marco jurídico está sujeto a cambios, los cuales les puede afectar directa o indirectamente, salvo que el Estado les haya garantizado lo contrario, a través de cláusulas o contratos de estabilidad jurídica o similares. Las reformas en el ordenamiento jurídico y la adopción de nuevas políticas reguladoras se consideran una parte normal de los riesgos políticos de toda inversión.⁶⁷ En este contexto, los tribunales arbitrales han enfatizado que el requisito “de conformidad con las leyes y las regulaciones del Estado receptor” debe ser observado independientemente del conocimiento que el inversionista tenía del ordenamiento jurídico. La ley se presume conocida por todos, y el hecho de que el inversionista la desconociera es irrelevante para determinar si la inversión fue realizada de conformidad con las leyes nacionales.⁶⁸

Únicamente bajo ciertas circunstancias, la falta de claridad y transparencia del ordenamiento jurídico es atribuible al Estado y por consiguiente el inversionista está justificado de su inobservancia. En *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, el tribunal arbitral consideró que “las leyes tributarias fueron reformadas sin permitir ninguna claridad sobre su significado y alcance, y tanto la práctica como las regulaciones adoptadas también han sido inconsistentes con estos cambios”, por lo tanto el Estado receptor violó el trato justo y equitativo exigido por el TBI Ecuador-Estados Unidos.⁶⁹

En conclusión, los inversionistas tienen el deber de observar las normas y regulaciones substantivas del Estado del anfitrión, pese a que puedan ser de alta complejidad o tecnicidad. Esto no significa que el Estado anfitrión puede abusar de su poder legislativo y crear inconsistencias o arbitrariedades, donde las reglas se aplican en un caso y no en otro a discreción del funcionario de turno. Una conducta tal anularía al Estado la posibilidad de argumentar la ilegalidad de la inversión en un arbitraje. Igualmente, en caso de falta de transparencia y coherencia en el marco jurídico nacional por acciones u omisiones estatales.

Por otro lado, la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” no debe ser entendida como el deber del inversionista de cumplir con todas y cada una de las normas nacionales para no correr el riesgo de perder la protección otorgada por el AII. Ni tampoco se podría considerar que el incumplimiento de buena fe de normas que constituyen meras formalidades podría privar al inversionista de la protección del

Judgment of the Honorable Mr. Justice Tysoe, 2 mayo 2001, pp. 70-74, disponible en [<http://www.naftalaw.org>] (último ingreso junio 2012).

67. Ver P. Muchlinski, *Multinational Enterprises & the Law*.

68. *Ross Anderson et al c. Costa Rica*, p. 52.

69. *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, LCIA Case No UN 3467, IIC 202 (2004), Laudo 01 julio 2004, p. 184.

AII. De hecho, como lo ha discutido Dolzer sería inverosímil considerar que cualquier infracción de las leyes locales privaría al inversionista de las garantías del AII. Tal razonamiento además contravendría los principios generales del derecho, tal como el recogido en el artículo 27 de la convención de Viena, que señala que el Estado no puede invocar sus leyes nacionales como justificación para incumplir sus obligaciones convencionales.⁷⁰

En un sentido parecido, el tribunal arbitral en *Tokios Tokelés c. Ucrania* indicó que el “excluir una inversión en base de errores de menor importancia sería contrario con el objeto y el propósito del tratado”.⁷¹ Así mismo, en *Fraport c. Filipinas*, el tribunal recalcó que en ciertas circunstancias, la ley en la cuestión del Estado del anfitrión puede no estar enteramente clara y por lo tanto pueden producirse equivocaciones de buena fe.⁷²

CONCLUSIONES

Un número importante de AII contiene “inversiones de conformidad con las leyes nacionales”, o una formulación similar, ya sea en el preámbulo del tratado, en la definición de inversión, en la cláusula sobre admisión o ámbito de aplicación, e incluso en la cláusula sobre solución de controversias inversionista-Estado. En términos generales, la tendencia ha sido considerar que esta formulación, independientemente de su localización en el tratado, hace referencia a la legalidad y a la validez de la inversión en la etapa de su admisión y establecimiento. El rol de esta formulación es exigir que las inversiones sean realizadas de conformidad con el ordenamiento jurídico del Estado receptor para poderse beneficiar de la protección de los tratados internacionales de inversión.

Esta formulación tiene sin embargo ciertas limitaciones. Para empezar, la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” se limita a la admisión de la inversión y no a su vida útil. Por lo tanto, una vez que la inversión es admitida de conformidad con las leyes del Estado receptor la protección del tratado se aplica en su totalidad. Por el contrario, si la inversión se establece en violación de las leyes del Estado de acogida, esta puede estar protegida por las normas generales del derecho internacional relativas a la protección de la inversión pero no puede beneficiarse de la protección específica del AII.

70. Rudolf Dolzer y Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, La Haya, Kluwer Law International, ICSID 1995. También en *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Filipinas* § 304.

71. *Tokios Tokelés c. Ucrania*, pp. 83-86.

72. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Filipinas*, p. 396.

Las inversiones aprobadas también están cubiertas por la protección del tratado, incluso si la aprobación es retirada posteriormente por las autoridades del Estado anfitrión. Las inversiones que no requieren una autorización expresa para ser admitidas en el país anfitrión están cubiertas por el AII siempre que hayan observado las leyes y reglamentos que estaban en vigor en el momento de su admisión y establecimiento.

El cambio del marco legal del Estado anfitrión y la imposición de nuevos requisitos o restricciones a las inversiones extranjeras no las convierte en una inversión no protegida, aunque la nueva ley pueda convertir en ilegal a la inversión. Esto se debe a que los Estados no pueden manipular sus leyes para eludir sus obligaciones adquiridas internacionalmente o para privar a los inversionistas de la protección del tratado.

Generalmente, el cambio en la forma de la inversión tiene que hacerse de acuerdo con las leyes del Estado receptor. La transformación de la forma de la inversión afecta a su naturaleza y por lo tanto su admisión está sujeta a las leyes y reglamentos del Estado anfitrión. Dependiendo del caso, el cambio de forma de la inversión debería cumplir con los mismos requisitos y condiciones que la inversión original cuando fue admitida o aprobada, o con otros nuevos requisitos. Algunos AII establecen explícitamente que cualquier alteración o cambio en la forma en que se invierten los activos no afecta a su naturaleza. En consecuencia, bajo estos AII, la transformación de la inversión realizada en violación de la ley del Estado anfitrión no impediría que la inversión cuente con la protección del tratado.⁷³

En segundo lugar, la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” se encuentra limitada a la exigencia de que las inversiones no sean realizadas en violación de normas sustantivas del Estado de acogida o de principios fundamentales, por ejemplo inversiones realizadas a través de maniobras fraudulentas, en ocultamiento de información sustantiva, violaciones a las normas que regulan directamente la inversión o errores graves. La inobservancia de cuestiones “insignificantes” o de meras formalidades durante la fase de admisión no pueden privar a los inversionistas de la protección del tratado. Igualmente, si la ilegalidad de la inversión es el resultado de la falta de claridad del marco jurídico, atribuible al Estado anfitrión, la inversión se beneficiará de la protección de la AII.

A este respecto, la buena fe de los inversionistas desempeñará un papel fundamental para determinar la legalidad o no de la inversión.

Así mismo, la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” no puede interpretarse de manera que conduzca a un resultado absurdo o irracional: el objeto y el propósito de los AII, que es la promoción y protección de inversiones extranjeras y de

73. Este es el caso de la mayoría de TBI celebrados por China.

los inversionistas, no pueden ser desconocidos por la inobservancia de meras formalidades durante la fase de admisión de la inversión. Esta formulación debe interpretarse con un enfoque equilibrado entre la promoción y protección de inversiones y el deber del inversionista de cumplir con el marco jurídico sustantivo durante el proceso de admisión de la inversión.

Tercero, las inversiones que se realicen de manera ilegal durante la fase de admisión constituyen un obstáculo para la competencia y jurisdicción del tribunal arbitral. De hecho, esta formulación puede considerarse como un requisito *ratione materiae* o como una limitación en el consentimiento dado por los Estados (*ratione voluntatis*). Según la redacción específica del tratado, las transacciones, operaciones y activos solo calificarán como inversiones si se realizan en cumplimiento de las leyes del Estado de acogida. Los AII también pueden limitar expresamente el consentimiento del Estado para someter al arbitraje únicamente inversiones legales.

Cuarto, esta formulación puede ser discutida en el fondo de la controversia, en ciertas circunstancias: cuando la ilegalidad de la inversión es posterior a su admisión y establecimiento, cuando un caso es muy complejo y las circunstancias que lo rodean no son suficientemente claras como para tratar la ilegalidad de la inversión en la etapa jurisdiccional. De igual forma, cuando el tratado no contiene este tipo de formulación, la ilegalidad de la inversión puede ser analizada en el fondo de la controversia.

Por último, los AII que no contienen este tipo de formulación igualmente requieren que el inversionista cumpla con la ley del Estado anfitrión durante toda la existencia de la inversión. Esta es una obligación implícita que se ha desarrollado en las últimas décadas con el fin de que los inversionistas, sobre todo multinacionales, se comporten de acuerdo con los estándares de conducta adecuados, y observando los principios fundamentales que generalmente están consagrados en las leyes del Estado receptor. Sin embargo, en estos tratados, el deber de los inversionistas de acatar las leyes nacionales no es un requisito, y por lo tanto queda por saber si la ilegalidad de la inversión podría privar al tribunal arbitral de su jurisdicción.

BIBLIOGRAFÍA

- Baltag, Crina, "Admission of Investments and the ICSID Convention", en *Transnational Dispute Management*, issn 1875-4120, vol. 6, No. 1, 2009. Disponible en [<http://www.jura.uni-muenster.de/index.cfm?objectid=13B7CD3C-A5AB-CA84-317B5ED46D162E8E&did=8020>].
- Bishop, Doak, James Crawford y Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes, Cases, Materials and Commentary*; La Haya, Kluwer Law International, 2005.

- Charnovitz Steve, Debra Steger y Peter Van Den Bossche, eds., *Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Felician*, Nueva York, Cambridge University Press, 2005.
- Davis Mortenson, Julian, “The Meaning of “Investment: ICSID’s *Travaux* and the Domain of International Investment Law”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 51, No. 1, s. 1., 2010. Disponible en [<http://www.harvardilj.org/articles/257-318.pdf>].
- Dimsey, Mariel, *The Resolution of International Investment Disputes, International Commerce and Arbitration*, vol. 1, Portland, Eleven International Publishing, 2008.
- Dolzer, Rudolf, y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Dolzer, Rudolf, y Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, La Haya, Kluwer Law International, ICSID, 1995.
- Dugan, Christopher, Don Wallace (Jr), Noah Rubins y Borzu Sabahi, *Investor-State Arbitration*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.
- Freeman, Alwin, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Liège, Longmans, Green and co., 1938.
- Fouret Julien, y Dany Khayat, *Recueil des commentaires des décisions du CIRDI (2002-2007)*, Bruselas, Bruylant, 2009.
- Gallagher, Norah, y Shan Wenhua, *Chinese Investment Treaties, Policies and Practice*, Nueva York, Oxford International Arbitration Series, 2009.
- ICSID, *The ICSID Caseload-Statistics (Issue 2010-1)*. Disponible en [www.worldbank.org/icsid].
- Joubin-Bret, Anna, “Admission and Establishment in the Context of Investment Protection”, en August Reinisch, edit., *Standards of Investment Protection*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2008.
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle, edit., *Investment Treaties and Arbitration*, s. 1., ASA Special Series 2002.
- Marboe, Irmgard, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- McLachlan, Campbell, Laurence Shore y Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, Oxford, Oxford International Arbitration Series, 2007.
- Muchlinski, Peter, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 2a. ed.
- “Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, No. 3, s.1., 2006. Disponible en [<http://journals.cambridge.org/action/displayFulltext?type=1&fid=1533780&jid=ILQ&volumeId=55&issueId=03&aid=1533772>].
- Newcombe, Andrew, y Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties, Standards of Treatment*, Netherlands, Kluwer International Law International, 2009.

- Paulsson, Jan, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- Poudret, Jean Francois, Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, s. l., Sweet&Maxwell, 2009.
- Reinisch, August, y Christina Knahr, edits., *International Investment Law in Context*, s.l., Eleven International Publishing, 2008.
- Rogers, Catherine, Alford Roger, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Schreuer, Christoph H., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 2a. ed.
- Shany, Yuval, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 2a. ed.
- Stern Brigitte, “The Contours of the Notion of Protected Investment” (documento inédito), en *Foreign Investment Law Journal*, vol. 24, No. 2, s.l., 2009.
- UNCTAD, *World Investment Report 2009*, Geneva, 2009). Disponible en [www.unctad.org].
- Van Harten, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, Oxford Monographs in International Law, 2007.

Referencias completas de los laudos arbitrales utilizados en la presente obra

- Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Jurisdiction, 21 October 2005.
- Amco v. Indonesia* Decision on Jurisdiction, 25 September 1983, 1 ICSID Reports 393, 397.
- Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005.
- Desert Line Projects LLC v Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6 February 2008.
- Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/4, Award, February 7, 2005.
- Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16 August 2007.
- Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Decision on the application for annulment of Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide, 23 December 2010.
- Gruslin v. Malaysia*, Award 27 November 2000, 5 ICSID REPORTS 483.
- Inceysa Vallisoletana s.l. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Decision on Jurisdiction, 2 August 2006.

- Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/05/18, 6 July 2007.
- Lanco Int'l, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/ 6, Preliminary Decision on Jurisdiction, 8 December 1998.*LESI SpA et Astaldi SpA v. Algeria*, Award 12 July 2006.
- MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award 25 May 2004.
- Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN 3467, IIC 202 (2004), Award 01 July 2004.
- Phoenix Action, Ltd v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009
- Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008.
- Ross Anderson et al v Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB (AF)/07/3, Award, 19 May 2010.
- Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/7, Decision on Jurisdiction, 21 March 2007.
- Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001.
- Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, PCA, Partial Award 17 March 2006.
- Tokios Tokeles v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004.
- Toto Construzioni Generali SpA v Republic of Lebanon*, ICSID Case No ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11 September 2009.
- Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd v Government of the Union of Myanmar*, ASEAN Arbitral Tribunal ASEAN I.D. Case No ARB/01/1, Award 31 March 2003 42 ILM 540 (2003).

Fecha de recepción: 02 de julio de 2012
Fecha de aprobación: 10 de septiembre de 2012