

EL CASO *FRANCK CHARLES ARIF c MOLDAVA*, O DE CÓMO LA CERTIDUMBRE DEL INVERSOR EXTRANJERO PUEDE OBSTACULIZAR LA BUENA GOBERNANZA

*Nicolás Marcelo Perrone**

Resumen: El laudo de inversiones en la disputa entre Franck Charles Arif y Moldava presenta en forma clara una deficiencia del actual régimen internacional de inversiones extranjeras. Se trata de la incongruencia o inconsistencia en la aplicación de ciertos principios centrales de este régimen legal, concretamente, la certidumbre del inversor y la buena gobernanza del Estado receptor. La visión dominante considera que el problema es que los árbitros desconocen o no aplican conceptos de derecho público. Este comentario al laudo en Arif c Moldava busca mostrar que en muchas ocasiones la cuestión central no es sólo la interpretación de principios de derecho público, como puede ser la legalidad o legitimidad de actos estatales, sino también la medida de los derechos y expectativas de los inversores extranjeros.

Palabras clave: Inversiones extranjeras, Arbitraje de inversiones, Buena gobernanza, Actos estatales, Expectativas legítimas, Licitación, Concesión.

Abstract: The ruling on investments in the dispute between Franck Charles Arif and the Republic of Moldova presents a clear deficiency in the current international foreign investment regimen. It is no less than an incongruence or inconsistency in the application of certain central tenants to this legal regimen, concretely the investor's certainty and the good governance of the receiving State. The dominating view on this issue considers that the problem is that arbiters do not know or fail to apply concepts of public law. This commentary to the ruling on Arif c Moldavia seeks to show that in many occasions the central question is not just the interpretation of principles of public law, such as legality or legitimacy of State actors, but also the measure of the rights and expectations of the foreign investors.

Keywords: Foreign investments, Arbitrage in investments, Good governance, State actions, Legitimate expectations, Tender, Authorization.

I. Introducción

Según el tribunal arbitral elegido para decidir la disputa entre Franck Charles Arif y Moldava, la clave de este arbitraje no reside en las alegaciones de maltrato al inversor extranjero, expropiación o denegación de justicia¹. Tampoco se trata de un caso de riesgo político, ya que no existieron cambios en la legislación aplicable a la inversión. A primera vista, entonces, parecería que nos encontramos frente a un caso en que el inversor extranjero perdería el arbitraje. No obstante, el tribunal arbitral falló a favor de Franck Charles Arif. La razón es que Moldava afectó sus expectativas legítimas. El laudo dictado en esta disputa resulta de por sí interesante en virtud de los distintos estándares de

* PhD, London School of Economics and Political Science. Docente investigador de la Universidad Externado, Colombia.

¹ Mr. Franck Charles Arif c Moldava, CIADI Caso No. ARB/11/23.

protección en juego y el lugar central que ocupan las expectativas del inversor extranjero. Sin embargo, el objetivo de este comentario no es simplemente describir el razonamiento jurídico detrás de las expectativas legítimas a un ordenamiento jurídico estable para la operación de establecimientos de *duty free* en Moldava. El propósito es más ambicioso, y consiste en mostrar y examinar la consistencia o inconsistencia de este razonamiento a la luz de dos pilares fundamentales de las reformas que el Banco Mundial recomienda a los Estados: la certidumbre y predictibilidad necesarias para crear un buen clima de inversiones y la buena gobernanza².

Estos dos principios que se presentan como consistentes pueden conducir a resultados interpretativos contradictorios al menos que exista un consenso sobre las bases de la interacción entre la actividad privada y pública. Los inversores extranjeros valoran la certidumbre y la predictibilidad de las leyes a efectos de realizar sus inversiones. Demandan un orden legal que priorice la minimización de los cambios, especialmente por razones políticas, que puedan afectar sus negocios y sus beneficios³. Así, para atraer más inversión extranjera, la premisa defendida por muchos organismos, como el referido Banco Mundial, es que los Estados deben establecer las bases para el funcionamiento del mercado, y que luego deben limitar la regulación estatal a situaciones donde sea estrictamente necesaria⁴. En la mayoría de los casos, el principio de la buena gobernanza se presenta como complementario y consistente con un buen clima de inversiones y la certidumbre y predictibilidad del ordenamiento legal⁵. Según la buena gobernanza, la actuación estatal debe ser transparente, debe permitir la participación ciudadana y debe facilitar las actividades privadas⁶. No obstante, puede surgir un conflicto interpretativo entre el principio de la certidumbre legal y el de la buena gobernanza, ya que por más limitado que sea el segundo, la idea de gobernanza involucra la posibilidad de realizar ajustes regulatorios. Es decir, la idea de buena gobernanza implica la posibilidad de implementar ciertos cambios en forma legítima y sin generar responsabilidad estatal. Como muchos tribunales de inversiones han expresado, los ordenamientos jurídicos cambian y ningún inversor extranjero puede esperar absoluta certidumbre⁷. El gran problema es establecer qué cambios son legítimos y no generan responsabilidad estatal y cuáles constituyen una violación a los estándares de protección incluidos en los tratados internacionales de protección de inversiones. Principalmente, esto depende de la visión dominante sobre la interacción entre la actividad privada y pública⁸.

El caso *Arif c Moldava* es paradigmático porque muestra que el conflicto interpretativo entre el principio de certidumbre y la posibilidad de cambios en el ordenamiento legal también existe entre la certidumbre del inversor extranjero y el control ejercido por los órganos de contralor independientes. Este tipo de control externo, según el

² El clima de inversiones, la certidumbre y la previsibilidad legal de los inversores extranjeros fueron los ejes centrales del World Development Report de 2005, ver especialmente pp. 5, 9-10, 45, 48 y 62. El énfasis en favor de la certidumbre también está presente en el World Development Report de 1997. En ese reporte el Banco Mundial también hace hincapié en la importancia de la buena gobernanza y del accionar de instituciones independientes para revisar la actuación de la administración, ver especialmente pp. 1, 13, 17-18, 91.

³ Banco Mundial, *World Development Report 2005*, pp. 5, 46-47.

⁴ *Ibidem.*, p. 48-49; Banco Mundial, *Investment Law Reform. A Handbook for Development Practitioners*, Washington: Investment Climate Advisory Services of the World Bank Group, 2010, p. 1.

⁵ Ver Dolzer, Rudolf, "The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law", *37 International Law and Politics* (2005), pp. 953-972.

⁶ Banco Mundial, *World Development Report 1997*, pp. 111-163; Banco Mundial, *Governance: the World Bank's experience by World Bank*, Washington, D.C.: World Bank, 1994, p. vii.

⁷ *El Paso c Argentina*, CIADI Caso No. ARB/03/15, Laudo, 31 de Octubre de 2011, párrafos 352, 341-344;

EDF c Romania, CIADI Caso No. ARB/05/13, Laudo, 8 de Octubre de 2009, párrafo 218.

⁸ Alexander, Gregory, *The global debate over constitutional property: lessons for American takings jurisprudence*, Chicago: University of Chicago Press, 2006, p. 58.

Banco Mundial, es esencial para la consolidación de la buena gobernanza y el Estado de Derecho. Como indican los principios de la buena gobernanza, las resoluciones administrativas pueden y deben ser revisadas por órganos independientes, como el poder judicial, a los fines de examinar la legalidad y legitimidad de la medida. En *Arif c Moldava*, el principal problema del inversor extranjero es que la licencia y la concesión que ganó a través de una licitación fueron impugnadas judicialmente y posteriormente anuladas por la Suprema Corte de ese país. La justicia de Moldava determinó que la concesión fue mal otorgada, en un procedimiento que el mismo tribunal arbitral calificó como correcto. Los árbitros decidieron que en este caso no existió expropiación o denegación de justicia. Sin embargo, fallaron a favor del inversor por la violación de sus expectativas legítimas a un ordenamiento jurídico claro y predecible para llevar a cabo su negocio de *duty free*. Sin entrar en una discusión más profunda sobre las expectativas legítimas de los inversores, como ya he hecho en otra ocasión⁹, este comentario mostrará que el laudo en *Arif c Moldava* implica una decisión desproporcionada en favor de la certidumbre y predictibilidad del inversor extranjero, y en perjuicio no sólo de la implementación de cambios por razones políticas, sino también de la buena gobernanza tal como es defendida, entre otros, por el mismo Banco Mundial.

Este comentario a fallo está estructurado de la siguiente forma: La primera parte presenta un resumen de los hechos del caso, y analiza los derechos de Arif que habrían sido afectados por el accionar de Moldava. La segunda parte considera el análisis del tribunal arbitral respecto de las alegaciones de expropiación y denegación de justicia. La tercera parte examina el estándar de trato justo y equitativo y las expectativas del inversor extranjero. Realiza un análisis del conflicto interpretativo que existe entre la certidumbre de Arif y la buena gobernanza en Moldava. Además, coloca este conflicto interpretativo en el marco de críticas más profundas al razonamiento de los tribunales arbitrales, especialmente, sobre la forma en que los árbitros interpretan el contenido de los derechos de los inversores extranjeros sobre sus inversiones, y la interacción de estos derechos con la autoridad estatal. Finalmente, la conclusión pone el tema de los derechos de los inversores y su interpretación en el marco de los recientes llamados a repensar el derecho de inversiones extranjeras. Un análisis crítico de *Arif c Moldava* demuestra que parte del problema es la interpretación que hacen los árbitros, pero que esta labor se refiere no sólo a la legitimidad de las medidas estatales sino también a los derechos de los inversores extranjeros.

II. Los hechos del caso y los derechos del inversor extranjero

Los hechos que originan la disputa entre Arif y Moldava se remontan a un proceso de licitación que tuvo por objetivo adjudicar una serie de locales de *duty free* en la frontera de ese país. Este proceso culminó en julio de 2008 con la adjudicación a la compañía *Le Bridge*, de propiedad de Arif, de una licencia con cláusula de exclusividad para operar locales de *duty free* en la frontera con Rumania. Esta licencia fue expandida en octubre del mismo año a efectos de incluir la concesión de un local de *duty free* en el aeropuerto de Chisinau. En noviembre de 2009, *Le Bridge* abrió cuatro locales ubicados en los puntos de frontera denominados Cahul, Leuseni, Sculeni y Costesti. Durante ese mismo mes, también estaba prevista la apertura del local en el aeropuerto de Chisinau. No obstante, *Le Bridge*

⁹ Ver Perrone, Nicolás, *The International Investment Regime and Foreign Investors' Rights: Another View of a Popular Story*, PhD Thesis, London School of Economics and Political Science, 2014.

debió cerrar los locales de frontera varios días después a raíz de ciertos incumplimientos con la regulación sobre seguridad e incendios. Para finales de 2009, *Le Bridge* obtuvo el visto bueno de las autoridades de Moldava para la reapertura de esos locales.

Pero en los hechos los problemas para Arif recién habían comenzado ya que el local en el aeropuerto nunca abriría sus puertas, sus competidores consiguieron abrir otros puestos de *duty free*, y el destino del resto de los locales de *Le Bridge* se debatía en un proceso judicial. La razón por la cual el plan de negocios de Arif se veía alterado no era una nueva ley o el cambio de la administración en Moldava. Se trataba de la actividad de un competidor, Dufremol, que impugnó ante la justicia de Moldava el proceso licitatorio y la concesión en el aeropuerto. Los jueces de ese país aceptaron estudiar el caso un año después ya que recién en ese momento Dufremol tuvo acceso al expediente de la licitación¹⁰. En el transcurso de este proceso, fueron dictadas una serie de medidas cautelares que impidieron a *Le Bridge* operar su negocio en el aeropuerto hasta que hubiese una decisión sobre el fondo de la cuestión. El juicio pasó por todas las instancias de la justicia de Moldava y fue resuelto finalmente por la Suprema Corte de ese país en gran parte contra los intereses de *Le Bridge*. Tanto la cláusula de exclusividad como la concesión en el aeropuerto fueron anuladas¹¹ por incumplimiento de la legislación de defensa de la competencia¹², falta de requisitos por parte de *Le Bridge* – dada su inexperiencia en el rubro de locales de *duty free*¹³ y falta de autorización de autoridad competente¹⁴. Mientras tanto, el resto de las licencias seguían vigentes pero controvertidas en un proceso judicial¹⁵.

Insatisfecho con esta situación, Arif decidió llevar el caso ante un tribunal de inversiones constituido conforme las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, que analizaría su reclamo en los términos del tratado bilateral de promoción y protección de inversiones entre Francia y Moldava¹⁶. A primera vista, el planteamiento de Arif parece altamente sofisticado ya que atribuye a Moldava incumplimientos de todos los estándares de protección incluidos en el tratado, es decir, la expropiación de sus derechos, el incumplimiento de los términos de los acuerdos firmados, denegación de justicia, trato injusto e inequitativo a la inversión, discriminación, trato arbitrario e irrazonable y finalmente el incumplimiento del estándar de protección y seguridad plenas. No obstante, el tribunal ordenó la cuestión dejando en claro que había tres estándares claves para resolver la disputa: expropiación indirecta, denegación de justicia y la protección de las expectativas legítimas del inversor en el marco del trato justo y equitativo. Además, de las consideraciones sobre los hechos del caso se desprende que un punto central a resolver era si el inversor extranjero había adquirido válidamente los derechos que decía haber perdido tras el accionar de Moldava. La cuestión controvertida era si la administración o la justicia de Moldava quitaron a Arif algo que era su propiedad o si, por el contrario, Arif nunca tuvo un derecho de propiedad regular sobre la cláusula de exclusividad y la concesión del local de *duty free* en el aeropuerto de Chisinau. Lógicamente, los árbitros no podían resolver que Arif debía ser compensado si no

¹⁰ *Mr. Franck Charles Arif c Moldava*, ICSID Case No. ARB/11/23, laudo, 8 de abril de 2013, párrafo 265.

¹¹ *Ibidem.*, párrafos 122 y 124.

¹² *Ibidem.*, párrafo 470.

¹³ *Ibidem.*, párrafo 461.

¹⁴ *Ibidem.*, párrafo 452-453.

¹⁵ *Ibidem.*, párrafos 71 y 86.

¹⁶ Disponible en http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/france_moldavie_fr.pdf.

encontraban una relación causal entre el valor que éste reclamaba y los derechos e intereses económicos que decía haber perdido por el accionar de Moldava¹⁷.

Según se desprende de los intercambios entre las representaciones legales de Arif y Moldava, la cuestión de los derechos del inversor no resultaba simple. Para la representación de Moldava, los derechos del inversor extranjero existen como tales y como parte constitutiva de la inversión protegida por el tratado internacional de conformidad con la ley del Estado receptor de la inversión¹⁸. En esta línea, si la justicia doméstica resuelve legítimamente que los derechos del inversor extranjero incumplen con las leyes de ese país, éstos dejan de tener existencia como tal y no pueden constituir parte del objeto de protección del tratado, es decir, la inversión extranjera¹⁹. No se trataría, entonces, de un caso donde los activos del inversor extranjero no constituyen una inversión extranjera a los fines de jurisdicción (es decir un aporte de capital de larga duración que busca un beneficio económico y asume un riesgo), sino de un caso donde el inversor extranjero no tiene derechos sobre los activos que el Estado supuestamente le habría quitado²⁰.

Con relación al punto de la existencia y validez de los derechos del inversor, la representación de Arif responde que Moldava no puede negar que los derechos reclamados por Arif constituyen activos en los términos del tratado internacional²¹. Explica que la invalidez de esos derechos según el derecho doméstico no puede impedir que el inversor realice su reclamo ya que esa invalidez fue el resultado de la actividad de Moldava²². Más concretamente, según la representación del inversor extranjero, Moldava fue quien otorgó a Arif los derechos reclamados y, según el derecho internacional, no puede ampararse ahora en su invalidez conforme al derecho doméstico²³. En el contexto del estándar del trato justo equitativo, además, no es la existencia o validez de los derechos lo que cuenta, sino en qué medida Moldava creó expectativas legítimas en Arif al haber otorgado los derechos que luego invalidó²⁴.

En estos términos, la controversia sobre los derechos de Arif quedaba dividida en dos cuestiones estrechamente vinculadas. Por un lado, el tribunal debía determinar si Arif efectivamente tenía un derecho legítimo a la cláusula de exclusividad y a la concesión en el aeropuerto que Moldava podría haber afectado en los términos del tratado, por ejemplo, al expropiarlos. Por el otro, estaba la cuestión de si la inexistencia o invalidez de esos derechos afectaba el reclamo de Arif sobre la base de expectativas legítimas.

III. Las alegaciones de denegación de justicia y expropiación

Al analizar el caso interpuesto por Arif, el tribunal arbitral destacó que existe cierta repetición en los argumentos utilizados, especialmente, bajo los estándares de expropiación y denegación de justicia. La representación de Arif sostuvo que los tribunales de Moldava

¹⁷ Conforme *Marvin Feldman c México*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, laudo, 16 de diciembre de 2002; *Biwater c Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, laudo, 24 de julio de 2008, capítulo VI, C; *OKO c Estonia*, ICSID Case No. ARB/04/6, laudo, 19 de noviembre de 2007, párrafos 247-248; *Merrill c Canadá*, UNCITRAL, ICSID Administered Case, laudo, 31 de marzo de 2010, párrafos 219, 244-245.

¹⁸ Laudo comentado, párrafo 135.

¹⁹ *Ibidem.*, párrafo 180.

²⁰ *Ibidem.*, párrafo 179.

²¹ *Ibidem.*, párrafo 161.

²² *Ibidem.*, párrafo 162.

²³ *Ibidem.*, párrafo 275.

²⁴ *Ibidem.*, párrafo 281.

aplicaron de mala fe y en forma ilegítima la legislación de ese país, presentando el caso tanto como una expropiación como una denegación de justicia. Para entender el razonamiento del tribunal, entonces, es necesario comenzar notando que los árbitros entendieron que más allá de algunos errores menores, la justicia de Moldava resolvió el pleito entre *Le Bridge* y sus competidores en forma correcta, sin violentar garantías procesales, y de acuerdo con una interpretación razonable de los acuerdos y la legislación aplicable²⁵.

Para así decidir, los árbitros consideraron primero que la denegación de justicia ha evolucionado desde su formulación a principios del siglo XX, por ejemplo, en el caso *Chattin c México*²⁶. Según este antecedente, la denegación de justicia ocurre cuando existen actos escandalosos, de mala fe, que claramente incumplen con los deberes, y que resultan inapropiados para cualquier persona imparcial. Se trata además de un precepto que debe ser interpretado en forma restrictiva ya que la impugnación de una decisión judicial de un país es una cuestión política difícil²⁷. El tribunal en *Arif c Moldava* notó que esta formulación no resulta totalmente aplicable en la actualidad, ya que no existen motivos para ser más deferente con la actividad judicial que con el resto de la actividad de los Estados²⁸. Sin embargo, destacó dos grandes criterios que deben guiar la aplicación del estándar de denegación de justicia. Primero, los tribunales internacionales no son cortes de apelación y no deben revisar el fondo de las decisiones adoptados por las cortes nacionales²⁹. Se trata en cambio de considerar si el proceso judicial fue injusto o escandaloso³⁰. Segundo, la denegación de justicia requiere el agotamiento de todas las instancias judiciales domésticas. Sólo cuando existe una decisión final e inapelable puede existir denegación de justicia³¹.

Si bien el tribunal trató primero el reclamo por expropiación y luego la acusación por denegación de justicia, la clave para la decisión en ambos casos es la opinión de los árbitros sobre la legitimidad de las resoluciones por las que la justicia de Moldava anuló los derechos reclamados por Arif. El tribunal arbitral descartó el reclamo por expropiación sobre la base de que los Estados no incurren en responsabilidad cuando los derechos supuestamente expropiados eran inválidos³². El tribunal destacó que no puede existir expropiación por la aplicación legítima del derecho de Moldava que, por otra parte, no fue modificado luego de la inversión. Los árbitros afirmaron que “no pueden aceptar el argumento de la parte demandante que implica invariablemente que Moldava puede ser responsable internacionalmente por la correcta aplicación por las cortes de ese país de derecho de Moldava en casos iniciados por competidores privados”³³. Por esta razón, el tribunal resolvió que el argumento de que Moldava no puede ampararse en su derecho domestico no resulta aplicable al reclamo por expropiación³⁴.

IV. Las expectativas legítimas del inversor extranjero

²⁵ *Ibidem.*, párrafos 448-454, 462-497

²⁶ B.E. Chattin (USA) c United Mexican States, laudo, 23 de julio de 1927.

²⁷ Laudo comentado, párrafo 431.

²⁸ *Ibidem.*, párrafo 439.

²⁹ *Ibidem.*, párrafo 441.

³⁰ *Ibidem.*, párrafo 445.

³¹ *Ibidem.*, párrafo 443.

³² *Ibidem.*, párrafo 417.

³³ *Ibidem.*, párrafo 419.

³⁴ *Ibidem.*, párrafo 420.

Las expectativas legítimas del inversor extranjero son consideradas por la inmensa mayoría de los tribunales arbitrales de inversiones como un elemento constitutivo del estándar de trato justo y equitativo³⁵. Si bien este concepto no se encuentra incluido en el texto de los tratados, los laudos de inversiones son consistentes respecto de su inclusión en este estándar. Aunque existe un importante debate sobre el contenido del trato justo y equitativo en relación con el trato mínimo conforme al derecho internacional consuetudinario, son pocos los árbitros – o académicos – que han puesto en duda la figura de las expectativas legítimas de los inversores extranjeros³⁶. Los árbitros en Arif, y las representaciones de las partes, aceptaron sin discusión la existencia de este concepto en el derecho internacional de inversiones. Así, la controversia en este punto quedó planteada al tribunal de la siguiente forma. Para Arif, la invalidez, ilegalidad o inexistencia de los derechos que reclama no impide la creación de expectativas legítimas que el Estado debe cumplir o compensar³⁷. Para Moldava, en cambio, el inversor no podía esperar razonablemente estar en condiciones de adquirir derechos en contra del orden jurídico de ese país, o, en la alternativa, que las autoridades de ese país no aplicarían el derecho vigente a sus intereses³⁸.

Los árbitros comenzaron el estudio de la cuestión partiendo del contenido concreto del estándar de trato justo y equitativo según el tratado entre Francia y Moldava. En este marco, consideraron que las expectativas legítimas son un corolario claro del trato justo y equitativo, y que este estándar crea una obligación para los Estados de mantener un orden jurídico capaz de atraer inversión extranjera³⁹. El tribunal se mostró de acuerdo con que este estándar debe vincularse con un clima de inversiones “hospitalario”⁴⁰, y por ello cualquier actividad del Estado antes de la inversión, e incluso su inactividad, puede crear en el inversor ciertas expectativas sobre el tratamiento y la regulación de su negocio⁴¹. Estas expectativas deben ser respetadas, o compensadas, cuando tengan una base objetiva y sean razonables. Así, el tribunal remarcó que no cualquier expectativa del inversor es protegida por el derecho internacional. El inversor debe demostrar con precisión cuál es su expectativa, la forma en que esta expectativa fue creada por actividad estatal, y que se trata de una expectativa no insignificante. Además, los árbitros adhirieron al criterio de la mayoría de los tribunales de que el incumplimiento contractual del Estado no genera responsabilidad en el ámbito de los tratados de inversiones, al menos que haya utilizado su poder público o soberano para materializar ese incumplimiento⁴².

El tribunal reconoció que el trato justo y equitativo requiere tener en cuenta el “derecho del Estado receptor de la inversión a regular cuestiones domésticas en favor del interés público”⁴³. Sin embargo, en opinión de los árbitros, este estándar obliga a los Estados a respetar las expectativas legítimas de los inversores extranjeros aun cuando exista

³⁵ McLachlan, Campbell, “Investment Treaties and General International Law”, 57 *International and Comparative Law Quarterly* (2008), pp. 376-377; *International Thunderbird c México*, NAFTA - UNCITRAL, Decisión por separado de Thomas Wälde, 1 de diciembre de 2005, párrafo 37.

³⁶ Ver *Suez y otros c Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/17, Decisión por separado de Pedro Nikken, 30 de julio de 2010, párrafos 19-21; Paparinskis, Martins, *The international minimum standard and fair and equitable treatment*, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 217-259.

³⁷ Laudo comentado, párrafo 522

³⁸ *Ibidem.*, párrafo 524.

³⁹ *Ibidem.*, párrafo 530.

⁴⁰ Pope & Talbot c Canadá, UNCITRAL, laudo sobre el fondo fase 2, 10 de abril de 2001, párrafo 116; *Saluka c República Checa*, PCA—UNCITRAL, laudo parcial, 17 de marzo de 2006, párrafo 286.

⁴¹ Laudo comentado, párrafo 531.

⁴² *Ibidem.*, párrafo 534-536.

⁴³ *Saluka c República Checa*, PCA—UNCITRAL, laudo parcial, 17 de marzo de 2006, párrafo 305; laudo comentado, párrafo

un interés público en juego⁴⁴. Para ello, el Estado debe comportarse de forma transparente, consistente, sin ambigüedades, y en el marco del ordenamiento jurídico. Los árbitros destacaron en este sentido que el criterio más importante es la *consistencia* de la actividad estatal en relación con el inversor extranjero⁴⁵. El tribunal subrayó la importancia que tienen la certidumbre y predictibilidad en el contexto del trato justo y equitativo y las expectativas legítimas.

Por último, los árbitros consideraron la relación entre las expectativas legítimas y el derecho doméstico, una cuestión central en la disputa entre Arif y Moldava. Para el tribunal, las expectativas legítimas son intereses jurídicos creados y gobernados por el derecho internacional. Así, el Estado puede crear expectativas legítimas aunque sus acciones sean contrarias al ordenamiento legal interno, ya que el criterio fundamental para determinar la responsabilidad no es la legalidad según el derecho interno, sino el principio de atribución del acto conforme al derecho internacional.⁴⁶ En este sentido, el tribunal cita el antecedente de *SPP c Egipto*, donde los árbitros consideraron que

“El principio de derecho internacional que el tribunal está obligado a aplicar es que la responsabilidad internacional del Estado se configura cuando agentes estatales realizan actos con carácter oficial aunque no estén autorizados o sean *ultra vires*. Si esos actos no autorizados o *ultra vires* no pudieran imputarse al Estado, toda responsabilidad estatal se volvería ilusoria.”⁴⁷

De esta forma, el tribunal resolvió la controversia de derecho a favor de Arif, juzgado que la invalidez de sus derechos no impedía la conformación de expectativas legítimas del inversor extranjero cuya frustración podía significar la responsabilidad internacional de Moldava.

1. La decisión del tribunal sobre las expectativas del inversor

Resuelta la cuestión de derecho entre las partes, el tribunal pasó a considerar la existencia y formación de las expectativas alegadas por Arif. En primer lugar, analizó la situación del local de *duty free* en el aeropuerto de Chisinau. Los árbitros refirieron que la concesión otorgada a *Le Bridge* había sido aprobada por los organismos administrativos respectivos, y que de esta forma existió un *contrato* entre *Le Bridge* y el Estado de Moldava. El tribunal juzgó que Moldava formalizó una serie de actos respecto de *Le Bridge* que crearon en éste una expectativa legítima a un orden legal estable para operar su local⁴⁸. Estas expectativas se consolidaron durante un plazo de dieciséis meses durante el cual *Le Bridge* procedió a hacer reformas en el local con la aprobación de las autoridades, como también a comprar mercancías y entrenar al personal. Así, el *contrato* resultó sólo un primer momento en la formación de las expectativas legítimas del inversor que luego fueron confirmadas por el posterior accionar de los agentes estatales⁴⁹.

En este marco, el tribunal entendió que el procedimiento judicial que comenzó en noviembre de 2009 y culminó con la decisión de la Suprema Corte de Moldava en junio de 2011 frustró las expectativas de Arif, sumado a lo cual éste recién pudo retirar sus

⁴⁴ *Ibidem.*, párrafo 537.

⁴⁵ *Ibidem.*, párrafo 538.

⁴⁶ *Ibidem.*, párrafo 539.

⁴⁷ *Southern Pacific Properties c Egipto*, ICSID Case No. ARB/84/3, laudo, 20 de mayo de 1992, párrafo 85.

⁴⁸ Laudo comentado, párrafos 540-541.

⁴⁹ *Ibidem.*, párrafos 542-544.

mercancías cinco meses después de la última decisión judicial⁵⁰. Los árbitros consideraron que la frustración de las expectativas de Arif fue causada por acciones directas de Moldava. Si bien el Estado no es garante de estas expectativas, tiene la obligación de no frustrarlas con su accionar directo⁵¹. En este sentido, la inconsistencia en el accionar de los órganos de la administración y la justicia de Moldava constituye un incumplimiento del principio de consistencia, situación que el tribunal consideró análoga a la del caso *MTD c Chile*⁵². Los árbitros destacaron que si bien la justicia de Moldava resolvió la cuestión adecuadamente según el derecho de ese país, ello no justifica el incumplimiento de las obligaciones del Estado en el ámbito internacional, es decir, la obligación de no frustrar las expectativas legítimas del inversor⁵³. El tribunal aclaró que esta frustración no constituye un incumplimiento contractual. Las decisiones judiciales son actos de poder público y no formas típicas de incumplimiento contractual⁵⁴. Por último, los árbitros destacaron que si un Estado crea expectativas que luego no puede cumplir en violación al estándar de trato justo y equitativo debe compensar o minimizar las consecuencias de su incumplimiento. Moldava, en cambio, no fue proactiva ni tomó medidas tendientes a resolver la situación de Arif o minimizar los daños producidos en relación con el local de *duty free* en el aeropuerto de Chisinau⁵⁵.

En segundo lugar, los árbitros consideraron las expectativas legítimas de *Le Bridge* en relación con los locales de *duty free* ubicados en la frontera. Para el tribunal, la supuesta cláusula de exclusividad alegada por el inversor extranjero no era tal en la práctica. Se trataba en cambio de un derecho que estaba definido en forma ambigua, ya que Moldava se reservaba la facultad de llamar a otras licitaciones donde podían participar otras compañías. De esta forma, según los árbitros, la única expectativa de Arif era la de abrir locales de *duty free*, y ésta no fue frustrada porque los locales se encontraban abiertos y funcionando⁵⁶. La anulación de la licitación no implicó la clausura de los locales, aunque el tribunal reconoció que su situación a futuro se encontraba sumida en cierta incertidumbre, ya que dependía de los resultados de un proceso judicial en trámite. En este sentido, los árbitros destacaron que una eventual decisión que implicase la clausura de los locales sí frustraría las expectativas legítimas de Arif⁵⁷.

2. La reparación de las expectativas del inversor

En el caso de *Arif c Moldava* los árbitros consideraron una cuestión poco común respecto de la reparación de daños sufridos por un inversor extranjero, dado que Moldava solicitó expresamente que la reparación adoptara la forma de restitución. En derecho internacional de inversiones extranjeras, existe una propuesta que sugiere incorporar a la lista de remedios utilizados la restitución de la inversión o la vuelta a las condiciones anteriores⁵⁸. El fin de esta propuesta es restar protagonismo a la dominante compensación

⁵⁰ *Ibidem.*, párrafo 547.

⁵¹ *Ibidem.*, párrafo 547, a.

⁵² *Ibidem.*, párrafo 547, b. Ver *MTD c Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, laudo, 25 de mayo de 2004.

⁵³ Laudo comentado, párrafo 547, c.

⁵⁴ *Ibidem.*, párrafo 547, d.

⁵⁵ *Ibidem.*, párrafo 547, e y f.

⁵⁶ *Ibidem.*, párrafo 554.

⁵⁷ *Ibidem.*, párrafo 555, f y g.

⁵⁸ van Aaken, Anne, "Primary and Secondary Remedies in International Investment Law and National State Liability: A Functional and Comparative View" en Stephan W. Schill (Ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, New York: Oxford University Press, 2010, p. 27.

económica. Aunque es debatible que los árbitros pueden obligar a los Estados a restituir la inversión en virtud del principio de soberanía sobre los recursos naturales⁵⁹, ello no significa que la cuestión no merezca ser analizada desde una perspectiva pragmática. En la actualidad, la mayoría de la doctrina opina que por una cuestión de conveniencia los árbitros no deben ordenar la restitución⁶⁰. El caso de *Arif c Moldova* presenta el escenario ideal para discutir este punto porque los árbitros se encontraron con que Moldova solicitó la restitución. El tribunal, no obstante admitir que este remedio es ideal según los fines del tratado, o sea promover la inversión extranjera, se opuso a ordenar la restitución directamente porque Arif manifestó que la representación de Moldova no podía garantizar el cumplimiento. Los árbitros coincidieron que el obstáculo para ordenar la restitución era precisamente la falta de medios para supervisar la ejecución de la decisión⁶¹. Sin embargo, los árbitros resolvieron otorgar a Moldova noventa días para encontrar una fórmula de restitución que conformase a Arif, caso contrario éste quedaba habilitado para ejecutar la compensación económica que era necesario determinar⁶².

El tribunal pasó a considerar el monto de la compensación, sobre lo que las dos partes también tenían posturas encontradas. Los árbitros partieron de la premisa que Arif tenía derecho a una compensación por su lucro cesante, desestimado el pedido de daño moral, pero luego se debatieron entre las dos metodologías de cálculo presentadas por las partes⁶³. Para la representación de Arif era necesario realizar el cálculo de acuerdo con un flujo de fondos descontados, mientras que para la representación de Moldova debía aplicarse la metodología de costos no aprovechados ya que el local del aeropuerto nunca abrió sus puertas ni generó beneficio alguno. Luego de ponderar la cuestión, los árbitros coincidieron con la postura de Moldova⁶⁴.

3. *Análisis crítico de la decisión: certidumbre versus gobierno*

El reclamo hecho por Arif en el marco del tratado de protección de inversiones entre Francia y Moldova puso a los árbitros en la necesidad de decidir frente a los hechos del caso si debía primar la certidumbre del inversor extranjero o la buena gobernanza del Estado receptor de la inversión. El tribunal juzgó que el obrar de la justicia de Moldova fue correcto y legítimo, y que al mismo tiempo Arif tenía expectativas legítimas a la estabilidad de las reglas respecto de sus locales de *duty free*. La decisión final en el laudo fue a favor de la certidumbre del inversor extranjero. Según la interpretación de los árbitros, las expectativas legítimas del inversor extranjero imponen al Estado el deber de ser consistente en su accionar en relación con la inversión extranjera.

Esta decisión no favorece la práctica de revisar los actos de la administración. Que el inversor extranjero tenga una expectativa legítima pone en cabeza del Estado la obligación de que sus órganos tengan una voz uniforme y sin cambios de opinión, es decir, sin revisión ni contralor. El principio de certidumbre busca aumentar la capacidad del

⁵⁹ Cheng, Bin, "The Rationale of Compensation for Expropriation", 44 *Transactions of the Grotius Society, Problems of Public and Private International Law*, Transactions for the Year 1958-59 (1958), p. 291.

⁶⁰ Dolzer, Rudolph and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, New York: Oxford University Press, 2008, p. 271; Douglas, Zachary, "Other Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitration and ICSID", en James Crawford, Alain Pellet, y Simon Olleson (Eds.), *The Law of International Responsibility*, New York: Oxford University Press, 2010, p. 829

⁶¹ *Ibidem.*, párrafo 571.

⁶² *Ibidem.*, párrafos 571-572.

⁶³ *Ibidem.*, párrafos 573-575.

⁶⁴ *Ibidem.*, párrafo 576.

inversor extranjero de planear o calcular su negocio. Se trata de implantar un orden burocrático en sentido weberiano que facilite la expansión de las actividades económicas privadas.⁶⁵

En principio, la idea de buena gobernanza no es contraria a esta premisa de gobierno burocrático o a la previsibilidad demandada por los inversores extranjeros. Por el contrario, la buena gobernanza es presentada como una forma de minimizar el elemento político en la actividad de gobierno. En este sentido, certidumbre del inversor y buena gobernanza van de la mano. La idea de buena gobernanza requiere el control de la actividad estatal por parte de órganos independientes, permitiendo la participación ciudadana en el ejercicio de este control.⁶⁶ En el caso bajo análisis, la buena gobernanza está del lado de Dufremol, la empresa competidora de *Le Bridge*. Este inversor doméstico se presenta ante la justicia porque entendió que su previsibilidad para hacer negocios se vio vulnerada cuando un competidor ganó una licitación sin cumplir los requisitos legales, pidiendo por ello la revisión del acto estatal. Según el tribunal arbitral, la justicia de ese país resolvió esta impugnación correctamente.

¿Cuál es entonces el razonamiento jurídico por el cual los árbitros condenaron a Moldava a pagar una compensación? Los árbitros admitieron, como lo han hecho otros tribunales, que el estándar de trato justo y equitativo reconoce el derecho de los Estado receptores a regular y también, según se desprende de este laudo, a revisar sus propios actos. Sin embargo, este derecho está limitado por las expectativas del inversor extranjero. La premisa no es que los órganos de control no pueden revisar actos irregulares, como la licitación que ganó *Le Bridge*, sino que al hacerlo deben vigilar que no se vulneren las expectativas legítimas del inversor extranjero. Lo crucial del laudo en *Arif c Moldava* es que los árbitros reconocieron que un inversor extranjero puede adquirir estas expectativas incluso cuando la licitación tuvo defectos relevantes que no fueron resultado de un comportamiento arbitrario o irrazonable del Estado receptor. De esta forma, la certidumbre del inversor extranjero adquiere tal fortaleza que minimiza incluso un espacio reducido de gobierno o, más concretamente, de control de gobierno. Si a alguien favorece este principio, entonces, no es a la buena gobernanza ni a las instituciones democráticas⁶⁷. Sabiendo que una eventual anulación puede significar la responsabilidad internacional del país, no es muy difícil predecir algún cambio en la actitud de la justicia de Moldava la próxima vez que revise un acto administrativo que favorezca a un inversor extranjero.

El punto más fuerte a favor del tribunal para justificar su decisión de indemnizar a Arif es el extenso período de tiempo que pasó entre la licitación y la anulación de las licencias y la concesión en el aeropuerto. No obstante, los árbitros no pueden desconocer que esto se debió al accionar de un privado, cuya conducta no está cubierta por el tratado, y que este privado sólo pudo impugnar los actos administrativos luego de un año por falta de transparencia. Es por esta falta de transparencia, una clara violación al principio de buena gobernanza, que la justicia de Moldava admitió el reclamo de Dufremol aunque hubiese transcurrido el plazo de prescripción. En estos casos, la institución legal que garantiza la

⁶⁵ Ver Swedberg, Richard, "Max Weber's Contribution to the Economic Sociology of Law", CSES Working Paper Series Paper # 31, revisado febrero de 2006; Schneiderman, David, "Judging in Secular Times: Max Weber and the Rise of Proportionality", Supreme Court Law Review (2d)(2013).

⁶⁶ Ver, por ejemplo, Report of the United Nations Secretary-General's High-level Panel of Eminent Persons on the Post-2015 Development Agenda, "A New Global Partnership: Eradicate Poverty and Transform Economies through Sustainable Development", New York: United Nations, 2013, p. 50-51.

⁶⁷ Ver Perrone, Nicolás, "Los Tratados Bilaterales de Inversión y el Arbitraje Internacional: ¿En dirección al mejor o peor funcionamiento de las instituciones domésticas?", 17 *Foro, Revista de Derecho – Universidad Andina Simón Bolívar* (2012), pp. 63-88.

certidumbre de actores económicos como Arif es precisamente la prescripción, pero *Le Bridge* no pudo valerse de ella por una falta de transparencia que de alguna manera lo benefició un año antes. En este marco, cabe preguntarse si el criterio correcto no sería que un inversor extranjero sólo tiene derecho a cobrar una indemnización si el Estado comete una negligencia grave, como denegación de justicia, que lo prive de sus derechos. La situación del inversor extranjero debe ser la misma que la de cualquier otro actor económico que, al operar con el Estado en el marco de concesiones y licitaciones, asume el riesgo de que éstas sean impugnadas judicialmente por otros competidores. Según lo decidido por el tribunal en el laudo comentado, sin embargo, las expectativas legítimas de Arif no sólo incluyen un interés a un ordenamiento estable para operar sus locales, sino una suerte de excepción a la aplicación del ordenamiento legal de ese país o al riesgo de que sus competidores impugnen los actos administrativos.

V. Conclusión

La clave del laudo en *Arif c Moldova* no es la legitimidad o ilegitimidad de la actividad estatal, sino la decisión por la que la anulación de la licitación y la concesión son sólo parcialmente oponibles a los derechos del inversor extranjero. Por un lado, el tribunal decidió en el marco de un reclamo por expropiación que sólo un derecho que es válido y existe conforme el derecho doméstico puede ser expropiado. Por el otro, sin embargo, los árbitros resolvieron que el inversor extranjero puede haber obtenido en el transcurso de las negociaciones con el Estado receptor expectativas legítimas que éste debe respetar sin perjuicio de su derecho a regular o a controlar sus actos. Estas expectativas pueden ser contrarias al derecho doméstico y a las reglas generales que gobiernan la actividad de los actores privados con el Estado, por ejemplo, en relación con el riesgo de que competidores impugnen los actos administrativos. De esta forma, la certidumbre del inversor extranjero, principio que informa el concepto de expectativas legítimas, adquiere una fortaleza desproporcionada que afecta incluso a la buena gobernanza tal como es defendida por el Banco Mundial. Ya no se trata, entonces, de sólo limitar los cambios democráticamente decididos por una comunidad, como en el caso de *TECMED c México*, postura que de por sí resulta criticable.⁶⁸

Para concluir, es importante poner esta reflexión en el marco del debate que existe sobre el futuro del régimen internacional de inversiones. En un primer momento, la principal crítica a este régimen se centró en la persona de los árbitros y su idoneidad para resolver disputas que involucran el interés público⁶⁹. En la actualidad, no obstante, muchos autores han puesto el acento en la interpretación que hacen los árbitros y sobre todo en la necesidad de que empleen herramientas de derecho público, como puede ser el análisis de proporcionalidad, a los fines de juzgar la conducta de los Estados receptores de inversiones⁷⁰. La lección que deja este comentario del laudo en *Arif c Moldova* es que no se

⁶⁸ Ver *TECMED c México*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, laudo, 29 de mayo de 2003. Schneiderman, David, *Resisting economic globalization: critical theory and international investment law*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2013, pp. 113-135.

⁶⁹ Ver, entre otros, Van Harten, Gus, *Investment treaty arbitration and public law*, New York: Oxford University Press, 2007, capítulo 7.

⁷⁰ Ver Schill, Stephan, "The Public Law Approach in the Practice of Investment Treaty Arbitration", "Comparative Public Law Methodology in International Investment Law", "The Public Law Paradigm in International Investment Law", "The Virtues of Investor-State Arbitration" y "Reforming International Investment Law: Institutional Change v. System-Internal Adaptation", EJIL: Talk!, disponibles en <http://www.ejiltalk.org/author/sschill/>.

trata sólo de la legitimidad del accionar estatal sino también de la medida de los derechos e intereses que este régimen internacional reconoce en cabeza de los inversores extranjeros.