

Práctica arbitral

La actividad jurisdiccional de los tribunales internos y la responsabilidad internacional del Estado

(Mr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia, caso CIADI N° ARB/11/23, laudo, 8 abril 2013) *

Iñigo IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA **

Sumario: I. Descripción de la disputa y la decisión del Tribunal en el asunto *Mr. Arif c. Moldavia*. II. La actividad jurisdiccional de los tribunales internos y la responsabilidad internacional del Estado: consideraciones generales. III. La validez de los derechos contractuales del inversor: una cuestión interna. IV. Expropiación a través de la actividad jurisdiccional de los tribunales internos, ¿agotamiento de los recursos internos? V. Denegación de justicia: dimensión consuetudinaria y convencional. VI. Violación de las expectativas legítimas del inversor mediante la actuación legítima de los tribunales internos. VII. Consideraciones finales.

I. Descripción de la disputa y la decisión del Tribunal en el asunto *Mr. Arif c. Moldavia*

1. La relación entre los actos de los órganos jurisdiccionales de un Estado y su responsabilidad internacional derivada de tales actos es una cuestión que puede adquirir dimensiones complejas y abrir distintos frentes para el análisis, tal y como ha venido a poner de manifiesto el laudo del Tribunal arbitral en el asunto *Mr. Arif c. Moldavia*.

La controversia entre el señor Arif y la República de Moldavia surge en el contexto de unos contratos, celebrados entre la empresa Le Bridge Corporation Limited –100% propiedad del señor Arif, de nacionalidad francesa– y varias entidades públicas moldavas, que preveían el establecimiento y explotación de una red de tiendas *duty-free* en varias localizaciones de la frontera entre Moldavia y Rumania, así como en el Aeropuerto Internacional de Chişinău. En realidad, la controversia puede dividirse en dos bloques principales: por una parte, el que hace referencia a las tiendas abiertas en la frontera

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación (referencia IT759–13), financiado por el Gobierno Vasco, bajo la denominación de “Instrumentos y técnicas de protección de intereses y derechos de personas físicas y jurídicas mediante el derecho internacional público y privado”.

** Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional público. Euskal Herriko Unibertsitatea / Universidad del País Vasco (EHU/UPV)

con Rumania y, por otra, el bloque relativo a la tienda situada en el aeropuerto de Chisinau.

En febrero de 2008, el Gobierno de Moldavia convocó un Concurso para el establecimiento de una red de tiendas *duty-free* en la frontera con Rumania. Habiéndose declarado ganadora del Concurso a la empresa *Le Bridge*, ésta y el Servicio Aduanero de la República de Moldavia concluyeron el 1 julio 2008 un Acuerdo donde se formalizaban los resultados del Concurso y se acordaba la ubicación de las tiendas *duty-free* (Acuerdo de 2008). Durante ese mismo mes *Le Bridge* celebró con cada una de las oficinas aduaneras locales los contratos de arrendamiento correspondientes, necesarios para la apertura de las tiendas. En octubre de 2008 la Cámara de Licencias del Gobierno de Moldavia concedió la autorización para operar las tiendas y fue en enero de 2010 cuando tuvo lugar la apertura de las mismas. Sin embargo, la empresa *Dufremol*, competidora de *Le Bridge* en el Concurso, inició, el último día de 2009, procedimientos contra *Le Bridge*, el Ministerio de Economía y Comercio y el Servicio Aduanero nacional ante los Tribunales internos de Moldavia –*Economic Circuit Court*–, solicitando la cancelación de los resultados del Concurso, la cancelación de los Acuerdos de arrendamiento y, como medida cautelar, la suspensión de los resultados del Concurso. La *Economic Circuit Court* decidió cancelar los resultados del Concurso y el Acuerdo de 2008 y ordenó al Servicio de Aduanas de Moldavia que retirara su aprobación para los cuatro acuerdos de arrendamiento celebrados entre la empresa y las oficinas aduaneras locales. A pesar de los recursos posteriores, la Corte Suprema de Justicia de Moldavia terminó finalmente confirmando la decisión de la Corte Económica de Apelación (*Economic Court of Appeal*), anulando definitivamente los resultados del Concurso y el Acuerdo de 2008, aunque sin llegar a solicitar la cancelación de los contratos de arrendamiento. Es de subrayar que durante todo este proceso las tiendas de *Le Bridge* no dejaron de estar abiertas y operantes. Motivado por la decisión de la Corte Suprema de Justicia, *Dufremol* inició, el 27 abril 2011, un nuevo procedimiento ante el *Economic Circuit Court*, solicitando, esta vez, la cancelación de los cuatro contratos de arrendamiento y el cierre de las tiendas de *Le Bridge*. El 29 julio 2011, pocos días antes de que el señor Arif presentara la solicitud de arbitraje ante el CIADI, el *Economic Circuit Court* acogió la reclamación de *Dufremol* y, por tanto, canceló los contratos de arrendamiento, lo que abrió la puerta a un recurso de apelación que, al momento de la emisión del laudo del Tribunal del CIADI, todavía se encontraba por resolver.

Junto a los contratos relativos a las tiendas en la frontera, el 28 julio 2008, *Le Bridge* celebró un contrato de arrendamiento con la Empresa Estatal Aeropuerto Internacional Chisinau (Empresa Estatal Aeropuerto), con el fin de abrir una tienda *duty-free* en el aeropuerto de Chisinau. El contrato de arrendamiento, posteriormente, fue aprobado por la Administración Estatal de Aviación Civil y por la Junta Directiva de la propia Empresa Estatal Aeropuerto. No obstante, el 10 noviembre 2009, *Dufremol* inició un nuevo procedimiento en contra de *Le Bridge* y la Empresa Estatal Aeropuerto ante el *Economic Circuit Court*, de quien pedía la cancelación del contrato y como

medida precautoria la suspensión del mismo. Ese mismo día –y dos días antes de la apertura prevista para la tienda– el tribunal decidió suspender la aplicación del contrato. Como consecuencia de tal suspensión el Director General de la Empresa Estatal Aeropuerto decidió restringir el acceso del personal de la tienda de *Le Brigde* a las instalaciones del aeropuerto. El *Economic Circuit Court* decidió finalmente cancelar el contrato de arrendamiento; decisión que posteriormente fue confirmada en apelación y convertida en final y obligatoria como consecuencia de la inadmisión del recurso de casación presentado ante la Corte Suprema de Justicia.

2. De los hechos descritos el señor Arif concluye que el Estado de Moldavia, mediante actos y omisiones de varios de sus órganos¹, ha violado preceptos del Tratado bilateral de inversión celebrado entre Francia y Moldavia: el art. 5 (expropiación), art. 3 (trato justo y equitativo) y art. 4 (medidas arbitrarias e irrazonables, medidas discriminatorias). Además, como reclamación alternativa a las anteriores el inversor entiende que los tribunales moldavos han incurrido en denegación justicia. Una vez analizadas las reclamaciones del señor Arif, el Tribunal rechaza la mayoría de las mismas. Sin embargo, concluye que los actos y omisiones de los órganos del Estado, en relación con el contrato de arrendamiento relativo a la tienda del aeropuerto, han dado lugar a la violación del principio de trato justo y equitativo (TJE), al haber vulnerado éstos las expectativas legítimas del inversor.

Son francamente interesantes y variadas las cuestiones jurídicas que plantea y trata el laudo del Tribunal arbitral. Por ejemplo, en la determinación de la reparación derivada de la violación de la norma que regula el TJE, el Tribunal prima la opción de la *restitutio in integrum*, hecho nada habitual en el arbitraje de inversión; de todos modos, realmente, lo que hace el Tribunal arbitral es, por una parte, dejar abierta al Estado la posibilidad de proponer una reparación en forma de restitución y, por otra, prever una indemnización para el caso en que el inversor lo prefiera. En definitiva, el inversor no está obligado a aceptar la restitución, pudiendo optar entre la restitución ofrecida por Moldavia y la indemnización determinada por los árbitros². También resulta interesante la aplicación de la cláusula de nación más favorecida (NMF) en relación con las cláusulas *umbrella* previstas en otros Tratados de inversión, fundamentándose en el carácter sustantivo de estas últimas.

¹ A pesar de que la presenta nota se centre en la relevancia de los actos y omisiones de los tribunales internos, la controversia es más compleja y el demandante cuestiona junto a la actuación de los tribunales internos la de otros órganos del Estado como son, por ejemplo, el Servicio Aduanero, la Empresa Estatal Aeropuerto, el Ministerio de Asuntos Internos, la Agencia Nacional para la Protección de la Competencia y el Ministerio de Hacienda.

² Tal y como pone de relieve el propio Tribunal arbitral, la opción de dejar en manos del perjudicado la decisión de optar por la restitución o la indemnización parece estar en sintonía con la posición del la CDI, tal y como se pone de manifiesto en los comentarios al art. 43 de su *Proyecto de artículos sobre responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos*, y donde se señala que “(i)n general, an injured State is entitled to elect as between the available forms of reparation. Thus, it may prefer compensation to the possibility of restitution (...)”.

Con el fin de adecuar el análisis del laudo a una extensión prudencial propia de un comentario de este género, la presente nota centrará su foco en una cuestión que subyace en la argumentación de distintos apartados del laudo: la relevancia de los actos de los tribunales internos que ejercen la función jurisdiccional en el contexto de la responsabilidad internacional del Estado.

II. La actividad jurisdiccional de los tribunales internos y la responsabilidad internacional del Estado: consideraciones generales

3. La actividad jurisdiccional de los tribunales internos moldavos, a través de las decisiones que cancelaban los derechos contractuales del inversor, ha tenido un efecto trascendental en el devenir de la inversión protegida por el APPRI. Por ello, es pertinente valorar hasta qué punto los actos y omisiones de estos tribunales son susceptibles generar la responsabilidad internacional del Estado.

En la actualidad, no cabe duda que los actos y omisiones de los órganos del poder judicial de un Estado son atribuibles al propio Estado en el plano internacional. Por tanto, el Estado es responsable de los ilícitos internacionales que pueda cometer un órgano interno que ejerce funciones judiciales, tal y como dispone expresamente el art. 4 del Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos³. Tal y como destaca el propio Tribunal arbitral, tradicionalmente existía la convicción de que los actos del poder judicial de un Estado debían ser juzgados con mayor “delicadeza”, en comparación con los actos de otros poderes del Estado. Sin embargo, el Tribunal arbitral se apresura a afirmar que esta convicción –recogida en su día en el asunto *Chattin (EE UU de América c. México)* de 1923⁴– se encuentra obsoleta y que él comparte la “opinión moderna”, según la cual “el Estado debe ser observado como unidad y los actos de cualesquiera de sus órganos, incluyendo el judicial, pueden violar el Derecho internacional”⁵. Dicho lo cual, considera apropiado hacer la siguiente advertencia, tomando prestadas las palabras del Tribunal arbitral en asunto *Loewen c. EE UU de América*: que una excesiva disposición a intervenir desde fuera en el ámbito interno o nacional, atribuyendo la forma de un ilícito internacional a lo que realmente es un error local (aunque serio), dañaría tanto la integridad del sistema judicial nacional como la viabilidad del propio Tratado de inversión⁶. Y señala que:

“Indeed, international tribunals must refrain from playing the role of ultimate appellate courts. They cannot substitute their own application and interpretation of national law to the application by national courts. It would blur the necessary distinction between the hierarchy of

³ Asamblea General, 56º período de sesiones (A/56/10).

⁴ *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, Naciones Unidas, pp. 282–312.

⁵ *Mr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia*, Caso CIADI N° ARB/11/23, laudo, 8 abril 2013, párr. 439 (traducción libre del autor).

⁶ *Loewen c. EE UU de América*, Caso CIADI n° ARB(AF)/98/3, 26 de junio 2003 laudo, párr. 242. En este caso, el Tribunal no se refería de forma abstracta a los tratados de inversión sino que incorporaba una referencia concreta al Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN).

instances within the national judiciary and the role of international tribunals if “[a] simple difference of opinion on the part of the international tribunal is enough” to allow a finding that a national court has violated international law. The opinion of an international tribunal that it has a better understanding of national law than the national court and that the national court is in error, is not enough. In fact – as Claimant formulated –arbitral tribunals cannot “put themselves in the shoes of international appellate courts”.

Por tanto, no es función de los tribunales internacionales actuar como tribunales de apelación de última instancia, como tampoco cabe deducir la violación del Derecho internacional de una simple diferencia en la aplicación o interpretación del Derecho interno entre un tribunal interno y otro internacional.

4. En definitiva, como regla general, los actos y omisiones de los tribunales internos pueden comprometer al Estado en el plano internacional. Sin embargo, la función jurisdiccional de los tribunales internos no está siempre y en todo caso sujeta a la revisión por parte de los tribunales internacionales; es decir, no todas las actuaciones de los tribunales internos tienen relevancia en el marco del ordenamiento internacional.

Ahora bien, partiendo de estas dos afirmaciones, son varias las interrogantes que emergen. Por ejemplo, ¿dónde está la frontera entre lo simplemente interno y los hechos de los tribunales internos que sí tienen relevancia internacional? ¿cuáles son, y cuáles no, por tanto, las decisiones de los tribunales internos que se prestan a un control en el seno de un tribunal internacional? Por otra parte, ¿resulta necesario agotar todos los recursos internos del Estado para que la actuación de los tribunales internos sea susceptible de generar la responsabilidad internacional del Estado? ¿Pueden los tribunales internos de un Estado adoptar una medida de expropiación? Además, es interesante observar que, existiendo una norma internacional específica que protege al individuo ante la actuación ilegítima de tribunales internos del Estado, la denegación de justicia, ésta no suele estar expresamente prevista entre los estándares de los Tratados de inversión. ¿Protegen los APPRI a los inversores ante supuestos de denegación de justicia?. Y para finalizar con este elenco ejemplificativo de las preguntas que surgen en este ámbito, ¿puede la actuación de un Tribunal interno, que es conforme al Derecho interno, dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado? ¿o sólo cabe hablar de responsabilidad internacional en supuestos de denegación de justicia?

III. La validez de los derechos contractuales del inversor: una cuestión interna

5. Una de las reclamaciones del señor Arif hace referencia a la violación por parte de Moldavia de la obligación de respetar los “compromisos específicos” (*specific commitments*) adoptados respecto al inversor. Así, entre otros hechos, se refiere a la irrevocable cancelación del contrato de arrendamiento

⁷ *Mr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia*, Caso CIADI N° ARB/11/23, laudo, 8 abril 2013, párr. 441.

relativo a la tienda del aeropuerto mediante decisión judicial. En su opinión, los tribunales internos, al decidir la cancelación del contrato de arrendamiento, no han respetado los compromisos adoptados en el propio contrato.

El tribunal arbitral, en un primer momento, concluye que tiene competencia respecto a la reclamación planteada, a pesar de que el APPRI franco-moldavo no dispone de una cláusula umbrella. El tribunal justifica su competencia a través de la aplicación de la cláusula de NMF que le sirve como instrumento para rescatar una cláusula umbrella prevista en otro APPRI. Sin embargo, afirmada su competencia, concluye que la reclamación del señor Arif no resulta admisible. Según el Tribunal:

“July 1, 2008 Agreement and the Lease Agreement, as well as the rights under the award of the Tender, on which Claimant’s “specific commitments” claim rely, have been irrevocably annulled by the whole of the Moldovan judicial system, up to the Supreme Court. The validity of these instruments has been extensively debated before the Moldovan courts, which have consistently, repeatedly and irrevocably decided that these instruments were invalid under Moldovan law. This Tribunal is persuaded that there has been no denial of justice towards the investor and that the judiciary has applied Moldovan law legitimately and in good faith (see Section VI.B.2). This Tribunal cannot and should not act as a court of appeal of last resort. Under these circumstances, it does not consider appropriate to decide on Claimant’s “specific undertakings” claim to the extent it implies analysing ex novo the validity of these instruments under Moldovan law. This issue has already been decided by the Moldovan courts. For this reason Claimant’s claim on specific undertakings is inadmissible”⁸.

La reclamación del señor Arif es una reclamación convencional fundamentada en una cláusula umbrella. No se trata de decidir sobre la validez o legalidad de los compromisos específicos. Para el Tribunal arbitral esta última cuestión ya ha sido resuelta por los tribunales moldavos, quienes de forma consistente, repetida e irrevocable han decidido, conforme al Derecho moldavo, la nulidad de los instrumentos que incorporaban tales compromisos. Los árbitros entienden que no ha habido denegación de justicia y que el Derecho de Moldavia ha sido aplicado de manera legítima y de buena fe. En su opinión, el Tribunal arbitral ni puede ni debe actuar como última instancia de apelación. Por todo ello, el Tribunal declara la inadmisibilidad de la reclamación al sustentarse ésta en compromisos específicos que han sido previamente declarados nulos por los tribunales internos.

IV. Expropiación a través de la actividad jurisdiccional de los tribunales internos, ¿agotamiento de los recursos internos?

6. No es la primera vez que se plantea la posibilidad de que órganos que ejercen el poder jurisdiccional expropian inversiones extranjeras. Las decisiones de los tribunales internos, en tanto en cuanto son atribuibles al Estado en el plano internacional, pueden constituir actos de expropiación conforme al Derecho internacional. Ahora bien, cabe cuestionarse si para ello resulta necesario agotar previamente todos los recursos internos o, dicho de otro modo, si sólo cabe expropiación cuando no quepa recurso alguno contra

⁸ *Ibid.*, párr. 398.

la decisión judicial expropiatoria, es decir, cuando sea la decisión del tribunal que corona, en cada caso, el sistema judicial estatal. El señor Arif y Moldavia tienen una percepción distinta sobre este punto. Sin embargo, para el Tribunal es claro que,

“345. (...), there is no general requirement to exhaust local remedies for a treaty claim to exist, unless such a claim is for denial of justice. In a claim for denial of justice, the conduct of the whole judicial system is relevant, while in a claim for expropriation, it is the individual action of an organ of the State that is decisive.

(...)

347. In light of the above, the Tribunal finds that, as a matter of principle, in accordance with Article 4 of the ILC Articles on State Responsibility, court decisions can engage a State's responsibility, including for unlawful expropriation, without there being any requirement to exhaust local remedies (unless claims for denial of justice have been made). Respondent's argument that there can be no international wrongful act or Treaty dispute arising from a court decision until the entire justice system has heard the case is therefore rejected. (...).

En esta misma línea se pronunció un Tribunal del CIADI en el asunto *Saipen c. Bangladesh* para quien, en línea de principio, el agotamiento de los recursos internos no se aplica en los supuestos de expropiación⁹. No obstante, resulta más confusa la opinión del Tribunal en el caso *Loewen c. EE UU de América*, donde el Tribunal, mezclando supuestos de denegación de justicia y expropiación, llega a afirmar que el requisito del agotamiento de los recursos internos también se aplica en los casos de expropiación¹⁰. De todas formas, resulta más convincente y fundada la posición de los Tribunales en los asuntos *Mr. Arif c. Moldavia* y *Saipen c. Bangladesh*. En este sentido, no se aprecia ninguna razón de peso que justifique sumar esta exigencia únicamente a las expropiaciones que deriven de actos de los órganos jurisdiccionales. La imposición de este requisito parece más el resultado de la confusión que puede provocar la identificación inconsciente de la responsabilidad derivada de los actos de los órganos judiciales con la denegación de justicia; una identificación errónea, por su parte, tal y como se ha encargado de poner de manifiesto de forma clara el Tribunal arbitral en el caso que ocupa la presente nota.

⁹ *Saipem S.p.A c. República Popular de Bangladesh*, laudo, 30 junio 2009, Caso CIADI No. ARB/05/07, párrs. 174–184. En la misma línea, *Generation Ukraine c. Ucrania*, laudo, 16 septiembre 2003, caso CIADI No. ARB/00/9, párr. 20.30.

¹⁰ *Loewen c. EE UU de América*, Caso CIADI n° ARB(AF)/98/3, 26 de junio 2003 laudo, párr. 156: “The purpose of the requirement that a decision of a lower court be challenged through the judicial process before the State is responsible for a breach of international law constituted by judicial decision is to afford the State the opportunity of redressing through its legal system the inchoate breach of international law occasioned by the lower court decision. The requirement has application to breaches of Articles 1102 and 1110 as well as Article 1105”. Es el art. 1110 del TLCAN el que regula los supuestos de expropiación. Vid. Wallace, D., “Fair and Equitable Treatment and Denial of Justice: *Chattin v. Mexico* and *Loewen v. USA*”, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (T. Weiler ed.), Gran Bretaña, Cameron May, 2005, pp. 669–700; N. Rubins, “Les pays exportateurs de capitaux comme défendeurs dans l'arbitrage relatif à l'investissement: l'affaire *Loewen c. États-Unis*”, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement* (C. Leben dir.), Louvain-la-Neuve, LGDJ – Anthemis, 2006, pp. 237–280; W.S. Dodge, “Comentario: *Loewen Group, Inc. c. EE UU*”, *Am. J. Int'l L.*, vol. 98, n° 1, 2004, pp. 155–163.

7. El señor Arif considera que la errónea aplicación del Derecho de Moldavia por parte de los tribunales ha supuesto la expropiación de su inversión. Sin embargo, el Tribunal rechaza la reclamación del demandante sobre la base de una argumentación similar a la expuesta en el apartado relativo a los “compromisos específicos”. Así, refiriéndose al Concurso, el Acuerdo de 2008 y al contrato de arrendamiento relativo a la tienda situada en el aeropuerto, el Tribunal señala que dichos acuerdos fueron declarados nulos por el sistema judicial moldavo. El Tribunal no cree que los tribunales internos incurrieran en denegación de justicia, ni que los tribunales no hubieran aplicado legítimamente y de buena fe el Derecho moldavo en los procedimientos iniciados por Dufremol. Además, considera que no existe ninguna razón de peso que justifique un nuevo análisis jurídico respecto a la nulidad de tales acuerdos, ya que su función no es la de un tribunal de apelación de última instancia¹¹. Por ello:

“417. In light of the fact that the agreements have been found to be invalid under Moldovan law this Tribunal is not persuaded that there can be deprivation of invalid rights. The invalidity of these agreements (...) resulting from the application of Moldovan law by the Moldovan courts as a result of lawsuits filed by private competitors cannot be interpreted as an expropriation of Mr. Arif’s rights, as Claimant pretends. No wrongful taking results from the legitimate application of Moldova’s legal system (which the Tribunal notes has not changed since the time the investment was made) and the subsequent invalidity of the rights at stake”

En definitiva, los árbitros rechazan la reclamación del señor Arif, por entender que no cabe expropiar derechos que han sido anulados por los tribunales internos mediante la aplicación legítima y de buena fe del Derecho interno.

V. Denegación de justicia: dimensión consuetudinaria y convencional

8. La norma internacional que prohíbe la denegación de justicia no tiene su origen en los Tratados de inversión u otras normas convencionales¹². De hecho, los Tratados de inversión no suelen incorporar ninguna referencia expresa de este estándar. Tal y como afirma el Tribunal arbitral,

“431. (...) the standard of denial of justice has been developed by international tribunals as an international delict to protect aliens against acts of the judiciary of a foreign State – as opposed to “non-judicial branches of government” – which “amount to an outrage, bad faith, willful neglect of duty, or insufficiency of actions apparent to any unbiased man”.

La norma que prohíbe la denegación de justicia está, por tanto, específicamente destinada a proteger a los extranjeros de los actos del poder judicial de un Estado. Es un estándar que protege al extranjero frente a actos que,

¹¹ *Mr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia*, Caso CIADI N° ARB/11/23, laudo, 8 abril 2013, párrs. 415–416.

¹² Sobre la denegación de justicia, *vid.* por todos, J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

para una persona imparcial, suponen un atropello, mala fe, negligencia dolosa del deber o una evidente insuficiencia de medios.

9. La ausencia de referencias expresas en el APPRI a la denegación de justicia plantea la siguiente cuestión: ¿se encuentra el inversor en el marco del APPRI protegido frente a supuestos de denegación de justicia? El Tribunal arbitral entiende –tal y como lo han hecho antes otros tribunales– que los supuestos de denegación de justicia, además de estar regulados por el Derecho internacional consuetudinario, entran dentro de la protección que brinda el estándar de TJE previsto en el APPRI. Además, considera que, a pesar de que el solapamiento semántico, es decir, el empleo de unos mismos términos –como arbitrariedad, discriminación, injusticia o parcialidad– para referirse a ambos estándares puede crear cierta confusión, el TJE y la denegación de justicia siguen siendo distintos y específicos. La autonomía de los dos estándares ha conducido al tribunal, por una parte, a inadmitir de entrada la reclamación fundada en la violación de la norma consuetudinaria relativa a la denegación de justicia y, por otra, a resolver la reclamación relativa a la denegación de justicia vía estándar del TJE¹³.

10. En el apartado relativo a la expropiación, se decía que no es condición necesaria el agotamiento de los recursos internos para que exista una reclamación convencional (*treaty claim*) “salvo que dicha reclamación sea por denegación de justicia”¹⁴. Efectivamente, en los supuestos de denegación de justicia –también cuando dicha reclamación se realice a través del estándar de TJE– es requisito esencial el agotamiento de los recursos internos; en estos casos, lo relevante es la conducta de la totalidad del sistema judicial y no una acción individual de un órgano del sistema judicial¹⁵. El Tribunal es claro en este punto cuando señala que,

“442. (...) The responsibility of States not to breach the fair and equitable treatment standard through a denial of justice is engaged if and when the judiciary has rendered final and binding decisions after fundamentally unfair and biased proceedings or which misapplied the law in such an egregiously wrong way, that no honest, competent court could have possibly done so.

443. As long as such decisions are not final and binding and can be corrected by the internal mechanisms of appeal, they do not deny justice. In other words, as long as the judicial system is not tested as a whole, the fair and equitable treatment standard is not violated via a denial of justice. The State does not mistreat a foreign investor unfairly and inequitably by a denial of justice through an appealable decision of a first instance court, but only through the

¹³ El Tribunal arbitral ha utilizado la siguiente argumentación para justificar su competencia para conocer de la denegación de justicia vía TJE y no de la denegación de justicia vía costumbre internacional: para que el tribunal pudiera entrar a conocer de la violación de la norma consuetudinaria relativa a la denegación de justicia, debía darse la identificación del reclamante en el plano interno y el internacional. En este caso, fue la empresa Le Bridge quien sufrió la denegación de justicia en los tribunales internos y quien actuó como parte y no el señor Arif. Sin embargo, el APPRI, en general, y el estándar de TJE, en particular, también protege a los inversores “indirectos” como es el señor Arif. *Vid. Mr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia*, Caso CIADI N° ARB/11/23, laudo, 8 abril 2013, párrs. 435 y 438.

¹⁴ *Ibid.*, párr. 345. (traducción libre).

¹⁵ *Ibid.*, párr. 345.

final product of its administration of justice which the investor cannot escape. The State is not responsible for the wrongdoings of an individual judge as long as it provides readily accessible mechanisms which are capable of neutralizing such judge."

El requisito del agotamiento de los recursos internos para la denegación de justicia no es, por tanto, una exigencia de carácter procesal, sino una exigencia sustantiva o material, siendo imposible hablar de ilícito internacional en tanto en cuanto no se hayan agotado las vías de recurso internas de un país¹⁶.

Para finalizar, el Tribunal después de analizar la reclamación relativa a la denegación de justicia a través de la invocación del estándar de TJE, concluye que en el caso concreto no se ha dado tal denegación y, por tanto, la vulneración del APPRI. A pesar de observar algún error en la actuación de los tribunales internos, entiende que en ningún caso han tenido lugar procedimientos injustos o decisiones definitivas y obligatorias manifiestamente erróneas.

VI. Violación de las expectativas legítimas del inversor mediante la actuación legítima de los tribunales internos

11. El estándar de TJE es más que la prohibición de denegación de justicia. Que no haya denegación de justicia no significa automáticamente que no pueda haber vulneración de la obligación de prestar un trato justo y equitativo. El estándar de TJE, tal y como vienen señalando distintas decisiones arbitrales, también está relacionado con el respeto de las "expectativas legítimas" del inversor. Así, el Tribunal arbitral en el caso Arif sostiene que,

"531. The express undertaking by a State to ensure that an investment receives fair and equitable treatment, and the link of this undertaking to a hospitable investment climate and good faith, provides the foundation on which the State, by its representations or conduct, or even by inactivity, might encourage certain expectations in investors before the investments are made as to their future treatment or of regulatory or administrative action.

532. Where these expectations have an objective basis, and are not fanciful or the result of misplaced optimism, then they are described as 'legitimate expectations'. "Their expectations, in order to be protected, must rise to the level of legitimacy and reasonableness in light of the circumstances" [Saluka Investments BV c. República Checa, laudo parcial, arbitraje UNCITRAL en Corte Permanente de Arbitraje, párr. 304.]

El tribunal considera que esta relación entre las expectativas legítimas y el estándar de TJE se encuentra consolidada, aunque sigue siendo problemática¹⁷; entre otros extremos, porque es necesaria la identificación exacta del origen de las expectativas que se alegan, porque no toda infracción de las expectativas del inversor supone la violación del TJE –debe ser una expectativa reconocida y protegida por el Derecho internacional– y porque la violación de las expectativas del inversor y, por tanto, el TJE también debe valorarse junto al derecho que le asiste al Estado de destino para regular sus asuntos internos en pro del interés público. En palabras del Tribunal:

¹⁶ J. Paulsson, *Denial of Justice...*, op.cit., pp. 107–112.

¹⁷ *Mr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia*, Caso CIADI N° ARB/11/23, laudo, 8 abril 2013, párrs. 533 y ss.

“535. (...) a claim based on legitimate expectations must proceed from the exact identification of the origin of the expectation alleged, so that its scope can be formulated with precision.

*536. Further, a breach of an investor’s legitimate expectations does not ipso facto amount to a breach of the fair and equitable treatment obligation. Quite simply, not every expectation of an investor is protected; rather it must be an expectation recognised and protected in international law. Some expectations may simply be too minor for this end. Expectations may relate to matters that the investor has expressly or impliedly agreed will be subject to determination by a State organ, and therefore exist on the domestic but not the international plane. An investor might well consider that it has a legitimate expectation that a State will comply with all its obligations under an investment contract, but if the investor has also agreed that compliance with the investment contract is subject to the law of the State party and the jurisdiction of the courts of the State party, then in the absence of aggravating factors, such as an element of *puissance publique* or sovereign power in the breach, non-performance is outside the scope of the fair and equitable treatment standard.*

537. The fair and equitable treatment standard also involves a balancing exercise that might take into account “the host State’s legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest.” However, even where the State action has a reasonable basis in public policy, the fair and equitable treatment standard still requires that the State respect the legitimate expectations insofar as the investor should be treated with an appropriate degree of due process and, if possible, the State should seek to ameliorate the effects of the change of policy on the investor.”

El Tribunal arbitral pone de relieve que,

“538. (...) It has been said that an investor’s legitimate expectations should be treated with transparency, free from ambiguity, consistently, and within a framework of a proper exercise of powers. Consistency by the State in its relations with the investor is an important element of the fair and equitable treatment standard, whether viewed independently or within the context of legitimate expectations. (...)

539. (...) the relationship between legitimate expectations and domestic law is important in this case. The Tribunal has already noted that certain expectations, such as those arising pursuant to a contract, are properly dealt with in domestic law and do not amount to expectations protected at the international level. Conversely, the acts of an organ or official, for which the State is responsible in international law, might create legitimate expectations on the international plane, even though the official or organ has acted legally in domestic law. The international responsibility of a State is not determined by the legality of an act under domestic law, but by the principle of attribution in international law (...).”

El tema de las expectativas legítimas del inversor y su encaje en el marco protector de los APPRI es una cuestión, no cabe duda, compleja y ciertamente interesante. Excede, no obstante, del objetivo de la presente nota que se centra en la relación entre la actuación de los tribunales internos y la responsabilidad internacional del Estado. Desde este punto de vista, cobra especial interés observar si los tribunales internos pueden o no vulnerar las expectativas legítimas del inversor, especialmente cuando, tal y como ya se ha visto previamente, estos tribunales han actuado de forma legítima, de buena fe, y sin incurrir en denegación de justicia.

12. Respecto a la tienda situada en el aeropuerto de Chisinau, el Tribunal arbitral entiende que ciertos actos de varios órganos de Moldavia –la aprobación de la Administración Estatal de Aviación Civil para celebrar el contrato de arrendamiento, la aprobación de la Junta Directiva de la Empresa Estatal Aeropuerto, la actualización de la autorización concedida por la Cámara

de Licencias del Gobierno de Moldavia para incluir la tienda del aeropuerto—han creado expectativas legítimas en el inversor:

“541. (...) there was a contract entered into by a state entity, approval of the contract by a regulatory authority, and an updated licence. The Tribunal considers that Claimant invested in good faith on the basis of these acts of organs of the Moldovan State. In these circumstances the Tribunal finds that Claimant had a legitimate expectation, created by Respondent, that there was a secure legal framework to operate a duty free store in his leased premises in Chisinau Airport. Further, Claimant made his investment in the duty free shop at Chisinau Airport in reliance on this legitimate expectation”.

Además, en opinión del Tribunal, estas expectativas fueron reforzándose con el paso del tiempo, durante los 16 meses que transcurrieron hasta que el *Economic Circuit Court* suspendió el contrato de arrendamiento; período en el que el señor Arif iba preparando y perfilando su inversión, entre otras cosas, con la restauración de las instalaciones, la adquisición de bienes o la contratación y preparación del futuro personal. La suspensión del contrato, que llegó dos días antes de la apertura prevista de la tienda, supuso la paralización de su inversión, de la actividad económica de *Le Bridge* en las instalaciones y la restricción de acceso a las instalaciones para el personal. Una vez que la Corte Suprema hubo dictado su decisión, el inversor solicitó inmediatamente el permiso para acceder a las instalaciones de la tienda con el fin de acceder al *stock*. A pesar de que no parecía haber ningún impedimento para ello, el inversor obtuvo el permiso cinco meses después de la terminación del proceso judicial. De los hechos descritos, el Tribunal arbitral concluye que la expectativa legítima del inversor, consistente en la garantía de un marco normativo seguro para operar una tienda *duty-free* en el aeropuerto, ha sido vulnerada por las acciones del Estado de Moldavia. Según el Tribunal, el Estado también ha incumplido su obligación “secundaria” de remediar o mitigar su incapacidad de preservar esta expectativa legítima. Por ello, los árbitros entienden que ha habido infracción del estándar de TJE. El Tribunal considera que:

“(a) Claimant has not been able to open a duty free store at Chisinau Airport for reasons that are the responsibility of Respondent under public international law, namely the decisions by the Moldovan courts that the Airport Lease Agreement was null and void and the cancellation of Minutes N° 9. The fact that Claimant has legitimate expectations of an investment does not make the State guarantor that the expectations will be fulfilled; rather the State is obliged to respect the legitimate expectations and not be the operative cause of their frustration. In this case, the frustration of the legitimate expectation was the direct result of the intervention of a State organ;

(b) There is a direct inconsistency between the attitudes of different organs of the State to the investment. The Airport State Enterprise and the State Administration of Civil Aviation endorsed and encouraged the investment in the airport premises, while the courts found the same investment to be illegal. (...);

(c) The Airport Lease Agreement was subject to Moldovan law and the proper jurisdiction to determine its legality were the Moldovan courts. The judicial review of administrative action is a normal occurrence in any State, and of course the administrative authorities of Moldova, such as the Airport State Enterprise, have to respect and comply with the judicial decisions at the domestic level. However, at the international level, the State has a unitary nature, and a contradiction in the actions of the State cannot be resolved on the international plane by reference to its inter-

*nal legal order. It is well established that a State cannot rely on its internal law to justify an internationally wrongful act*¹⁸

Dejando al margen los aspectos particulares del caso, la decisión del Tribunal arbitral ha puesto de manifiesto lo siguiente: Primero, el Estado que ha creado expectativas legítimas al inversor no puede ser la causa de la frustración de tales expectativas. Segundo, la inconsistencia entre la actuación de los distintos órganos del Estado puede causar la frustración de las expectativas legítimas del inversor y, por tanto, la vulneración del TJE. Tercero, el Estado, que tiene naturaleza unitaria en el ordenamiento internacional, no puede justificar la inconsistencia de los actos de sus órganos en la aplicación del Derecho interno.

En definitiva, el Tribunal arbitral ha considerado que la actuación de los Tribunales internos, a pesar de haber sido legítima y conforme al Derecho interno, ha entrañado la frustración de las expectativas legítimas del señor Arif –expectativas previamente creadas por actos de otros órganos estatales– y, por tanto, la violación de la obligación de prestar un trato justo y equitativo conforme al APPRI.

VII. Consideraciones finales

13. El Tribunal arbitral en el asunto *Mr. Arif c. Moldavia* ha dictado un laudo interesante, en el marco de una controversia donde, junto a otros, los actos de los tribunales internos ocupaban un lugar central. Los árbitros han resuelto con acierto y coherencia la complejidad que presentaba el tema de la responsabilidad internacional del Estado por los actos de sus órganos jurisdiccionales, en el contexto del Derecho de las inversiones extranjeras. El tema plantea una problemática con varios retales que el Tribunal ha sabido hilvanar y tratarlo en su conjunto.

De su decisión pueden extraerse algunos principios interesantes. Es indiscutido que los tribunales internos pueden cometer hechos internacionalmente ilícitos cuya responsabilidad asume el Estado. Como regla general, para que los actos de los órganos jurisdiccionales incurran en un ilícito internacional (incluido, un supuesto de expropiación ilícita) no se aplica la condición de agotar previamente los recursos internos del Estado. No obstante, esta regla general encuentra una importante excepción en la denegación de justicia –bien sea vía costumbre internacional o bien vía obligación convencional de prestar un TJE–, porque el agotamiento de los recursos internos es un requisito sustantivo del propio ilícito. A pesar de que en la mayoría de los casos la responsabilidad internacional del Estado derive de un funcionamiento irregular de sus tribunales, puede haber casos en los que la actuación regular, correcta y legítima de los tribunales conforme a su ordenamiento interno acarree la responsabilidad internacional del Estado; en estos casos, ha de tenerse en cuenta que, por una parte, la legalidad interna de un comportamiento no afecta a su legalidad internacional y, por otra, que los actos

¹⁸ *Ibid.*, párr. 547.

de los órganos judiciales internos han de ser considerados junto a los actos de los demás órganos del Estado que sean relevantes para el caso, ya que el Estado tiene carácter unitario en el marco del ordenamiento internacional.

Una de las cuestiones teóricas más delicadas que plantea el caso se refiere al valor de las decisiones de los tribunales internos en el seno de los tribunales arbitrales (internacionales). Ésta podría enmarcarse en la problemática más general relativa a la dualidad de lo interno y lo internacional en el Derecho de las inversiones extranjeras. De hecho, resulta el punto más discutible de la argumentación del Tribunal arbitral en el caso *Arif c. Moldavia*; no porque el resultado que alcanza el Tribunal sea incorrecto, sino porque francamente no resulta fácil determinar criterios abstractos que permitan al tribunal decidir cuándo procede entrar a revisar la decisión de los tribunales internos y cuándo no, o cuándo deben tomarse en consideración sus decisiones y cuándo no. Además, no está de más recordar que el arbitraje de inversión se inspira en la funcionalidad, es decir, tiene vocación de desempeñar al mismo tiempo la función de los tribunales internos y los internacionales, reflejado, por ejemplo, en el art. 42 del Convenio CIADI donde se prevé la aplicación combinada del Derecho interno y el internacional. El Tribunal arbitral en el asunto *Arif* no entra a valorar la validez de los contratos y derechos definitivamente anulados por los tribunales moldavos en aplicación de su Derecho interno, principalmente porque entiende que no es su función actuar como si fuera una última instancia de apelación. Da por bueno las decisiones de los tribunales internos y, partiendo de la nulidad de los derechos alegados por el inversor, rechaza de plano las reclamaciones relativas a la violación los compromisos específicos y la expropiación. En principio, en aplicación del art. 42 del Convenio CIADI, nada impedía al Tribunal arbitral aplicar el Derecho moldavo en la disputa. Sin embargo, el Tribunal ha preferido reconocer valor a las decisiones de los Tribunales internos, abriendo paso a una cierta relación de complementariedad entre ambas instancias. Para finalizar, si bien es cierto que el Tribunal llega a la conclusión de que no resulta adecuado sustituir la aplicación o interpretación que hacen los tribunales internos del Derecho moldavo por la suya propia (a pesar de que pueda estimar que se ha incurrido en un error), lo cierto es que la decisión viene precedida por la constatación de que los tribunales internos no han incurrido en denegación de justicia y que han aplicado el Derecho moldavo legítimamente y de buena fe. Por tanto, el tribunal arbitral sí ha llevado a cabo un control previo, aunque no profundo, de las decisiones de los jueces estatales. Por todo ello, uno cabe preguntarse dónde se encuentra la línea divisoria entre las decisiones revisables y no revisables de los tribunales internos, es decir, entre aquellas que, en sede arbitral, justifican un nuevo análisis jurídico y aquellas que no. ¿Se encuentra la respuesta, tal y como parece indicar la decisión del Tribunal, en conceptos y criterios tan vagos como los de “aplicación legítima” y “aplicación de buena fe” del Derecho interno por parte de los tribunales internos?