



El tratamiento de los servicios públicos en los arbitrajes de inversión: una propuesta desde la perspectiva del derecho administrativo global

Public services in the international investment arbitration: an approach under the perspective of the global administrative law

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ*

Resumen: El servicio público ha sido, tradicionalmente, un concepto propio del derecho administrativo doméstico. Sin embargo, como consecuencia de la globalización, la regulación del servicio público, como manifestación de la actividad administrativa, pasa a estar regida también por el derecho administrativo global, especialmente, en el contexto del arbitraje internacional de inversiones.

Palabras clave: servicio público – regulación – derecho administrativo global – arbitraje internacional de inversiones

Abstract: The public service has been, traditionally, a domestic concept of the Administrative Law. However, as a consequence of globalization, the public service regulation by the Administration is also subject to the Global Administrative Law, specifically in the context of the international investment arbitration.

Key words: public service – regulation – global administrative law – international investment arbitration

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMPARADO EN IBEROAMÉRICA.– II.1. BREVES NOTAS SOBRE LA IMPORTANCIA DEL SERVICIO PÚBLICO COMO CONCEPTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMPARADO EN IBEROAMÉRICA.– II.2. INTRODUCCIÓN DEL CONCEPTO DE REGULACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMPARADO EN IBEROAMÉRICA.– II.3. REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS COMO SÍNTESIS.– III. LA REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL.– III.1. APROXIMACIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL.– III.2. ACTIVIDAD REGULATORIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL Y

* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Católica Andrés Bello. Director del Centro de Estudios de Derecho Público, Universidad Monteávila. Investigador visitante en Georgetown University. Correo electrónico: ignandez@gmail.com

SU IMPACTO EN EL SERVICIO PÚBLICO. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL REGULATORIA.- IV. ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y SU IMPACTO EN LA REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.- IV.1. PRELIMINAR. EL IMPACTO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES SOBRE LA REGULACIÓN DOMÉSTICA DEL SERVICIO PÚBLICO.- IV.2. TRATO JUSTO Y EQUITATIVO COMO ESTÁNDAR ESPECIALMENTE APLICABLE A LA REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO.- IV.3. A MODO DE RECAPITULACIÓN: REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO, DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL Y GOBERNANZA.- V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El servicio público es una de las figuras claves del derecho administrativo en Iberoamérica. Así, el servicio público se emplea para describir cierta forma de la actividad administrativa o para fijar un criterio que permita abordar un concepto de derecho administrativo. En cualquiera de estas modalidades, el servicio público siempre ha aludido a una *actividad del Estado*, con lo cual, ha sido un *concepto estatal*. En su manifestación más difundida, el servicio público ha intensificado esa característica, al presentarse como un *concepto estatista*. Aquí interesa diferenciar el *concepto estatal* de derecho administrativo del *concepto estatista*. El primero reconoce que el derecho administrativo regula una parcela concreta del quehacer del Estado, mientras que el segundo concepto sitúa al Estado en el centro del derecho administrativo.

Así, el servicio público alude, en su primera expresión más difundida, a las actividades que satisfacen necesidades de interés general y que, por tal razón, han sido «asumidas» por el Estado, quien se encarga — típicamente en condiciones de monopolio— de su gestión. Por ello se trata de un concepto estatista, en el sentido que pivota en torno al Estado. La concepción estatista del servicio público ha cedido en tiempos recientes a favor de una *concepción material o sustantiva*, en la cual el énfasis se coloca en el control que debe ejercer el Estado sobre la gestión de la actividad, pero asumiendo que tal gestión estará a cargo de la iniciativa privada. En este contexto, se introdujo el concepto de *regulación del servicio público* para aludir a la intervención administrativa que garantiza el cumplimiento de ciertos objetivos, pero siempre procurando que la gestión del servicio público se lleve a cabo en condiciones de mercado y, por ende, de competencia.

Incluso con el cambio importante que este concepto introdujo, lo cierto es que la regulación de servicio público sigue describiendo a una actividad propia del Estado, o sea, una *actividad estatal*, aunque no estatista, pues reconoce la primacía del mercado como mecanismo para transar esas actividades. Es en este punto en el cual ha operado una todavía más reciente y monumental transformación: *la regulación del servicio público*

ya no es un concepto estatal, pues alude también a un sistema jurídico que se desarrolla en el espacio global. Lo anterior responde a una consecuencia muy específica de la globalización sobre el derecho administrativo, que ha permitido a un sector de la doctrina postular la existencia del derecho administrativo *global*, definido principalmente a través de la *administración global*. De esa manera, la administración global lleva a cabo una actividad calificada de regulación y que incide en actividades tradicionales consideradas servicio público. Una muestra específica de esa regulación en el espacio global deriva de la cooperación regulatoria asumida en el marco de tratados de integración que promueven la libre transferencia de capitales y servicios.

La existencia de una regulación que no emana del Estado pero que incide en la gestión doméstica del servicio público plantea retos importantes en cuanto a la compatibilidad de esa regulación global con la gobernanza democrática. El derecho administrativo global, precisamente, pretende paliar ese déficit democrático, exigiendo que las decisiones adoptadas en el espacio global sean racionales y que, además, sean consecuencia de un previo procedimiento basado en el principio de participación.

La relación entre la regulación del servicio público y la globalización, finalmente, puede estudiarse desde otra arista, a saber, la incidencia derivada del control de la regulación doméstica del servicio público por parte del arbitraje internacional de inversiones. Frente a quienes conciben a ese arbitraje como un mecanismo limitado a resolver disputas comerciales, en este ensayo se considera que el arbitraje, al actuar como control externo sobre la administración doméstica, coadyuva a la defensa del Estado de derecho en el espacio global. Pero para cumplir debidamente ese objetivo, es preciso que el arbitraje considere a los principios generales de derecho administrativo como fuentes del derecho internacional de acuerdo con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esto permitirá que el control arbitral de la regulación doméstica del servicio público se encuadre en un marco general de derecho administrativo.

Tales son, en síntesis, los temas tratados en el presente estudio, en el cual la relación entre la regulación y el servicio público se plantea en tres etapas: (i) desde la concepción tradicional del servicio público; (ii) desde la introducción del concepto de regulación del servicio público; y (iii) desde la incidencia de la globalización sobre la regulación del servicio público, tomando en cuenta (a) la existencia de una regulación global y (b) el impacto del arbitraje internacional de inversiones sobre la regulación doméstica del servicio público.

183

EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS EN LOS
ARBITRAJES DE
INVERSIÓN: UNA
PROPUESTA DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
GLOBALPUBLIC
SERVICES IN THE
INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION: AN
APPROACH UNDER
THE PERSPECTIVE
OF THE GLOBAL
ADMINISTRATIVE
LAW

II.1. Breves notas sobre la importancia del servicio
público como concepto en el derecho administrativo
comparado en Iberoamérica

La tesis del servicio público representa uno de los aportes de mayor relevancia que el derecho administrativo francés ha hecho al derecho administrativo comparado. Desde su formulación científica inicial a finales del siglo XIX, el servicio público ha jugado un papel relevante en el concepto de derecho administrativo, especialmente, desde el análisis comparado del derecho administrativo Iberoamericano. ¿Por qué el concepto de servicio público ha tenido tanta influencia? La respuesta a esta pregunta se torna más compleja si consideramos la imprecisión conceptual del servicio público, no solo en Francia, sino también en Iberoamérica. Pese a ello, no dudamos en afirmar que el servicio público es uno de los conceptos fundamentales del derecho administrativo comparado en Iberoamérica.

Una posible explicación a esta interrogante es que *el servicio público permite articular, desde el derecho administrativo, la respuesta institucional a los cometidos sociales de la administración pública*. En efecto, en sus orígenes, y como es sabido, el servicio público se presentó como una explicación alternativa a la fundamentación jurídica del Estado. León Duguit señaló, en este sentido, lo siguiente: «La noción de servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público [...] Decir que un servicio deviene o llegará a ser un servicio público, es decir que este servicio será organizado por los gobernantes, que funcionará bajo su intervención y que deberán asegurar su funcionamiento sin interrupción» (Duguit, 1926, p. 111). De allí surge el primer concepto descriptivo de servicio público: el conjunto de actividades que satisfacen necesidades de interés general y que, por ello, han de ser asumidas por el Estado, a fin de garantizar su prestación en condiciones de igualdad, regularidad y mutabilidad. Este concepto, por ejemplo, puede ser encontrado en Marienhoff (1993, p. 311). Bajo esta visión, el concepto de servicio público es material, pero incorpora también un elemento subjetivo, referido a la presencia del Estado.

Desde esta perspectiva, el servicio público aparece como una excepción a los principios liberales tradicionales del derecho administrativo. Así, de acuerdo con la tesis del servicio público, existen ciertas necesidades cuya satisfacción no puede quedar entregada a la libre iniciativa privada. Antes por el contrario, el Estado —a través de su Administración— debe intervenir con un propósito final: asegurar que esas actividades

sean atendidas adecuadamente. De allí derivan las «reglas del servicio público» (Esplugas, 2012, pp. 27ss.), de acuerdo con las cuales, las actividades de servicio público deben ser ofrecidas a todos los usuarios en igualdad de condiciones; de manera continua y regular, y adaptándose al cambio de esas necesidades. El servicio público, desde esta perspectiva, es un título que justifica la intervención administrativa en el orden socioeconómico. Es, además, un título que justifica esa intervención con un carácter más expansivo que la intervención derivada del llamado orden público, y resumida en la categoría de la actividad de policía administrativa (Brewer-Carías, 1981, pp. 65 ss.).

Todo lo anterior configuró al concepto de servicio público como un concepto estatista. Las actividades declaradas o consideradas servicio público son «asumidas» por el Estado, lo que implica —al menos, según una posición que consideramos preponderante en la doctrina— que esas actividades pasan a ser actividades estatales, o sea, actividades propias del Estado (*publicatio*), quien podrá gestionarlas directamente (a través de la Administración) o de manera indirecta (por medio de la iniciativa privada, pero bajo el control de la Administración). De allí devino un «concepto propio» o «estricto» de servicio público, especialmente desarrollado por la doctrina española (Garrido Falla, 1994, pp. 7ss.). A partir de este concepto, especialmente trabajado hacia la mitad del siglo pasado, el derecho administrativo se definió sobre la base del servicio público, con una influencia notable de la doctrina francesa (Jezè, 1947, p. 1). Por ello, el concepto de derecho administrativo dependió, en Iberoamérica, del servicio público (Bielsa, 1947, p. 5; Lares Martínez, 2001, pp. 203ss.).

Este apretado resumen nos permite formular algunas conclusiones generales en torno a la importancia del servicio público en el derecho administrativo comparado en Iberoamérica: en primer lugar, el derecho administrativo en Iberoamérica tomó el concepto de servicio público del derecho francés para adaptarlo a su propia realidad. Como punto en común, encontramos la idea según la cual el servicio público alude a actividades de interés general o interés social que, por tal razón, son asumidas por el Estado (Hernández González, 2006, p. 236). Con lo cual, el servicio público es un cometido asumido por el Estado. En segundo lugar, el servicio público caracterizó a una técnica de la actividad administrativa llamada, precisamente, «actividad administrativa de servicio público». Esta actividad presenta un contenido doble. Por un lado, la actividad de servicio público alude a la gestión directa del servicio público por parte de la Administración. Por el otro lado, la actividad de servicio público alude al control de la Administración sobre la gestión indirecta del servicio público por parte de la iniciativa privada (Araujo-Juárez, 2010, pp. 221ss.). Esa gestión indirecta, típicamente, se

185

EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS EN LOS
ARBITRAJES DE
INVERSIÓN: UNA
PROPUESTA DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
GLOBALPUBLIC
SERVICES IN THE
INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION: AN
APPROACH UNDER
THE PERSPECTIVE
OF THE GLOBAL
ADMINISTRATIVE
LAW

lleva a cabo por medio de la concesión (Badell, 2002, p. 23; Santofimio Gamboa, 2011, pp. 43ss.).

En tercer lugar, cuando el servicio público es gestionado por la iniciativa privada a través de la concesión, la Administración se encarga de controlar la actuación del concesionario privado. Pero ese control es, en cierto modo, resultado de una especie de actividad interna de la Administración, pues se considera que la Administración interviene sobre un derecho que le es propio, delimitando su contenido. Conviene finalizar este punto resaltando que el servicio público es también una idea finalista (Martín Rebollo, 2003, p. 494). Con ello quiere decirse que el servicio público responde, más allá de la técnica empleada, a un propósito final: asegurar, mediante la acción colectiva del Estado, la satisfacción de ciertas necesidades consideradas de interés general. Ello es lo que ha permitido mantener esa figura, incluso, en un contexto económico muy distinto a aquel bajo el cual esa figura surgió, caracterizado por la promoción de la libertad económica en el marco de la regulación dictada por el Estado, como veremos en el punto siguiente.

II.2. Introducción del concepto de regulación en el derecho administrativo comparado en Iberoamérica

La importancia del servicio público no se vio afectada por su crisis o, más bien, *sus crisis* (Chevallier, 1997, pp. 8ss.). Hubo, así, una «crisis conceptual», por la extensión del concepto de servicio público a actividades de gestión económica de la Administración a través de los llamados «servicios públicos industriales y comerciales» (Waline, 2008, pp. 348ss.). Luego encontramos la «crisis material», consecuencia de la —así denominada— «crisis del Estado social» (Martín-Retortillo Baquer, 2000, pp. 203ss.). Esa crisis afectó las formas de intervención administrativa respecto del servicio público (Fernández, 1996, pp. 37ss.), pero en modo alguno menguó la importancia del servicio público dentro del derecho administrativo en Iberoamérica. De esa manera, la llamada crisis del Estado social llevaría a replantear las técnicas tradicionales de intervención estatal sobre el servicio público, en parte, como modo de paliar el expansivo gasto público (Martín Mateo, 1999, pp. 25ss.). Consecuentemente, se implementaron programas de liberalización traducidos en la privatización, la desregulación y la neo-regulación.

Mientras que algunos entendieron que ese cambio debía producir la «muerte» del servicio público, otros apostaron por adecuar la figura al entorno de la liberalización. Tal fue la tesis expuesta por Gaspar Ariño Ortiz (1997, p. 25) sobre el «nuevo servicio público», y de acuerdo con la cual, el servicio público adquiere una nueva realidad en un marco jurídico que garantiza la libertad de empresa y la competencia. Esto implicó, en palabras de Cassagne (2010, p. 484) desplazar el concepto

subjetivo de servicio público centrado en el Estado, por un concepto material u objetivo, en el cual el servicio público es gestionado en condiciones de mercado bajo la regulación del Estado.

En esta renovación conceptual, la impronta de España —y, por ende, del derecho europeo— ha sido fundamental. Como resume Zegarra (2005a, p. 200) «la vigencia de la noción del servicio público estaría unida al nuevo marco conceptual introducido por la Unión Europea», en el cual el objetivo de la cohesión social se cohonestó con la promoción de la libre competencia, a través del concepto específico de «servicios de interés económico general».

Un cambio importante en este sentido operó en la actividad de limitación de la Administración. Frente a la actividad interna que caracterizó a la visión tradicional del servicio público en su gestión indirecta por la iniciativa privada, el nuevo servicio público llevó a diseñar técnicas de limitación externas que incidían sobre la libertad económica, pero siempre de acuerdo con el principio de menor intervención y subsidiariedad. Esas técnicas, además, debían compatibilizarse con la libre competencia y, por ello, con el mercado (de la Cuétara, 1999, pp. 125ss.). Como se trató de una idea nueva, fue necesario acuñar un concepto nuevo. Fue así como se introdujo, en Iberoamérica, el concepto de «regulación».

El concepto de regulación ha sido ampliamente tratado en el derecho administrativo de Estados Unidos (Breyer & Stewart, 1992, pp. 6-11). Incorporar este concepto al bagaje conceptual del derecho administrativo en Iberoamérica supuso no pocos retos, pues la tradición ha sido enfocar este tipo de actividad administrativa a través de la categoría de la policía administrativa (Tornos Mas, 2000, p. 1338). En todo caso, no puede interpretarse la teoría de la regulación económica, simplemente, como una denominación distinta de la actividad de policía o limitación. Antes por el contrario, es preciso dotar a ese concepto de una realidad específica que considere el análisis económico en la justificación de la actividad de regulación (de la Cruz Ferrer, 2002, p. 147; Meilán, 2011, p. 318).

Bajo esta concepción persiste la idea del servicio público: que existen necesidades de interés general cuya satisfacción debe ser garantizada por el Estado. Lo que cambia —y mucho— es la técnica a la cual acude el Estado para lograr ese objetivo, pues frente al régimen exorbitante del servicio público tradicional, la regulación del servicio público se basa en la promoción de la libre iniciativa económica (Hernández González, 2006, p. 147). Dentro de los muchos ejemplos que podemos señalar para ejemplificar este cambio, podemos referirnos al concepto de «servicio universal de telecomunicaciones». Como resume Diego Zegarra (2005b, p. 516), respecto del servicio público, el servicio universal abandona el elemento subjetivo configurador de tal concepto. Pero, a la vez,

EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS EN LOS
ARBITRAJES DE
INVERSIÓN: UNA
PROPUESTA DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
GLOBAL

PUBLIC
SERVICES IN THE
INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION: AN
APPROACH UNDER
THE PERSPECTIVE
OF THE GLOBAL
ADMINISTRATIVE
LAW

mantiene el principio conforme al cual la Administración debe asegurar la prestación de ciertas actividades bajo determinadas condiciones. Por ello, el concepto de servicio público ha sido relacionado con el de servicio universal (Hernández-Mendible, 2009, p. 104). Así, como hemos expuesto en otro lugar (Hernández González, 2005, p. 27), el servicio universal mantiene la idea del servicio público como sinónimo de garantía de prestación de ciertas actividades bajo parámetros de calidad mínima, pero reconoce que, en virtud del principio de subsidiariedad, la intervención administrativa debe causar la menor lesión al mercado, es decir, a la libertad de empresa, la propiedad privada y la competencia efectiva.

II.3. Regulación de servicios públicos como síntesis

La llamada «regulación de servicios públicos» puede ser caracterizada, entonces, como una «síntesis», o sea, como la convergencia de la tesis del servicio público con la tesis de la regulación. Esa convergencia es compleja, habida cuenta de los orígenes disímiles de ambas tesis: mientras que el servicio público parte de la predominancia del Estado sobre la iniciativa privada, la tesis de la regulación parte de la predominancia de la iniciativa privada sobre el Estado.

Con todo, la regulación de servicio público se traduce en diversas limitaciones administrativas sobre la libre iniciativa privada. Esa actividad administrativa de limitación debe respetar un conjunto de garantías jurídicas que reconocen que esa limitación implica la restricción de derechos fundamentales como la libertad económica y la propiedad privada (Hernández González, 2004, p. 202). Tal es una de las funciones básicas que el derecho administrativo atiende en este nuevo contexto: asegurar el cumplimiento de las garantías jurídicas de la libertad de empresa propias del Estado de Derecho (Rodríguez-Arana Muñoz, 2014, p. 336).

Así, frente a esta regulación, el derecho administrativo (i) garantiza que el proceso de toma de decisiones responda al principio general de participación, conforme al principio general de transparencia; (ii) garantiza que la regulación adoptada cuente con el anclaje legal necesario y sea proporcional y adecuada, conforme al principio general de menor intervención; y (iii) permite a los interesados acudir a mecanismos autónomos e independientes de revisión de la regulación dictada, lo que se traduce en la garantía del derecho de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Este sistema de garantías, como corresponde al derecho administrativo, es un sistema doméstico, es decir, es un sistema de derecho público interno anclado en el concepto estatal de derecho administrativo. Por lo anterior, la tesis de la regulación del servicio público responde a un concepto estatal, pues esa regulación es

una función propia de la Administración de cada Estado, la cual queda regulada por el derecho público interno y sometida al control del Poder Judicial doméstico.

III. REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

III.1. Aproximación al derecho administrativo global

La relación entre el derecho administrativo y la globalización ha sido considerada para postular la existencia del derecho administrativo *global*, de acuerdo con los principios condesados por Kingsbury, Nico y Stewart (2005, pp. 15ss.), y tratados también por Mir Puigpelat (2004, p. 208) y Cassese (2010, pp. 761ss.), entre otros autores. Resumiremos, a continuación, el contenido básico de esta propuesta, tomando en cuenta las reflexiones que llevaron a su formulación, para luego conectar esa tesis con la figura de la regulación del servicio público.

Una de las primeras reflexiones en relación con el impacto de la globalización sobre el derecho administrativo fue realizada por Alfred Aman (2001a, pp. 341ss.). Entonces, la preocupación principal residía en las consecuencias de la globalización sobre el gobierno, la gobernanza democrática y la rendición de cuentas o *accountability*. En efecto, el surgimiento de un ordenamiento global con «autoridades» igualmente globales (Slaughter, 2011, pp. 177ss.) cuyo origen, sin embargo, no era democrático, llevó a considerar cómo los principios de gobernanza democrática y rendición de cuentas podían cobrar vigencia en ese ámbito global. Se entendió, entonces, que era útil enfocar la actividad de esas autoridades a través del derecho administrativo, en tanto uno de los objetivos de ese derecho es, precisamente, garantizar la gobernanza democrática y la rendición de cuentas. En suma, la aplicación del derecho administrativo pretendía cubrir lo que Shapiro (2001, pp. 369ss.) denominó el «problema democrático», o lo que Aman calificó como el «déficit democrático» (2001b, p. 379).

Es decir, la doctrina observó cómo la globalización había derivado en el surgimiento de autoridades internacionales que ejercían una actividad similar a la actividad administrativa. La existencia de esas autoridades, advertimos, no es novedosa, pues la doctrina (Fernández Lamela, 2012, pp. 30ss.) recuerda cómo el derecho administrativo ya se había encargado de analizar a la «Administración Internacional», a fin de describir la existencia de organismos internacionales con funciones similares a las funciones de la Administración, como puede suceder, por ejemplo, en el marco de la Organización de Naciones Unidas (ONU). Lo novedoso fue el cambio que la globalización produjo en el funcionamiento de la «Administración Internacional», debido, básicamente, a las siguientes

189

EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS EN LOS
ARBITRAJES DE
INVERSIÓN: UNA
PROPUESTA DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
GLOBALPUBLIC
SERVICES IN THE
INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION: AN
APPROACH UNDER
THE PERSPECTIVE
OF THE GLOBAL
ADMINISTRATIVE
LAW

razones: (i) la globalización derivó en el crecimiento del número de organismos internacionales, los cuales adquirieron nuevas y variadas funciones; (ii) tales organismos comenzaron a dictar normas jurídicas, de lo cual devino una suerte de derecho derivado dentro del derecho internacional; (iii) dentro de ese ordenamiento, los organismos internacionales ampliaron el catálogo de medidas que podían dictar con efecto inmediato sobre los Estados; y (iv) se crearon organismos de revisión en el ámbito internacional (Van Harten, 2008, pp. 97ss.).

En cierto modo, la globalización promovió la creación de redes de «Administraciones Internacionales» con una complejidad tal que se entendió que había surgido un auténtico ordenamiento jurídico y, con él, una Administración Global. Es decir, que la existencia de un ordenamiento global, de contenido principalmente económico, llevó a la doctrina a observar cómo las decisiones usualmente adoptadas por el Estado —por medio de su Administración— ahora eran resultado de procesos en el orden global. De acuerdo con Kinney (2002, p. 415), el derecho administrativo podía ofrecer herramientas para que la toma de decisiones en el orden global fuese resultado de procedimientos transparentes y accesibles, favorables a la rendición de cuentas. Continuando con estas reflexiones, Kingsbury, Nico y Stewart (2005, pp. 15ss.) observaron cómo, en el ámbito global, esas autoridades —de formación heterogénea— podían ser caracterizadas como *Administraciones Globales*, en tanto llevan a cabo una actividad concreta para atender las necesidades específicas del ordenamiento global, actividad similar a la actividad administrativa en el orden doméstico (Muci Borjas, 2007, p. 45).

Como puede verse, el concepto de Administración Global es funcional, no orgánico. Por ello, para Libardo Rodríguez: «el derecho administrativo transnacional o global puede ser definido como el conjunto de principios y reglas jurídicas que tienen por objeto regular la organización de la administración pública transnacional y la actividad administrativa de los órganos que conforman dicha administración y de las personas públicas o privadas que son afectadas por esa actividad» (2013, p. 4). Ello resulta por demás lógico, en tanto el concepto orgánico presupone al Estado y, en estos casos, según la doctrina, se *trata de una Administración sin Estado*. Así, el derecho administrativo global es *un derecho sin Estado* (Battini, 2003, p. 271), lo que choca con la definición del derecho administrativo como un *derecho estatal* (Brewer-Carías, p. 243). Este choque implica un problema conceptual que, en nuestra opinión, no se ha resuelto del todo. Ciertamente, el derecho administrativo global es solo un nombre que trata de describir una realidad específica derivada de la globalización económica (Harlow, 2006, p. 187). De esa realidad se ha intentado construir un derecho administrativo que no depende ya del Estado —no es, por ende, un *derecho estatal*—, por cuanto depende

de la existencia de las llamadas Administraciones Globales, concepto que incluso se ha extendido a organizaciones privadas internacionales que, a decir de los autores, participan en el ejercicio de una «actividad administrativa» (Battini, 2005, p. 2).

Quizás por ello ese derecho aparece articulado en torno a ciertos principios generales (Rodríguez-Arana, 2009, p. 7), en los cuales se aprecia la influencia del derecho administrativo de Estados Unidos (Stewart, 2005, p. 73), pero también del derecho europeo (Ballbé, 2007, p. 215). Por ello, se ha observado que la formulación de tales principios es resultado de un *ejercicio comparativo de diversos sistemas* (Wuertenberger & Karacz, 2008, p. 577). Ahora bien, si el concepto de Administración Global es funcional, es preciso caracterizar la función ejercida por esa Administración. Para ello, la doctrina ha acudido al concepto de *regulación*, ya tratado. De esa manera, el concepto de actividad o función administrativa adoptado en el espacio global es ciertamente amplio: *la adopción de medidas individuales o regulatorias que procuran la tutela del interés general*. Un concepto que se equipara, así, al concepto de regulación (Mitchell & Farnik, 2009, p. 244).

Esa actividad administrativa de regulación dentro del espacio global incide en ámbitos propios del Estado, en materias que antes eran atendidas por la Administración doméstica. Por ello, esa actividad incide también sobre la conducta de los operadores económicos. Estos efectos jurídicos, como hemos visto, fueron precisamente el aliciente para proponer la creación del derecho administrativo global, a través de la formulación de principios generales —construidos desde el método de derecho comparado— que se encargan de asegurar, entre otros objetivos, la participación democrática en la toma de decisiones de esas Administraciones y, además, el cumplimiento de principios generales como la proporcionalidad (Savino, 2006, p. 121).

El derecho administrativo global, como puede apreciarse, describe una de las mayores transformaciones del derecho administrativo, pues incide en su elemento conceptual medular, a saber, ser un *derecho estatal* anclado en la soberanía. Actualmente, decisiones que eran privativas de la Administración doméstica en ejercicio de la soberanía estatal son adoptadas por Administraciones Globales al margen del Estado (Casini, 2012, pp. 1ss.). Todo ello ha llevado a Sabino Cassese a opinar que el derecho administrativo global es actualmente el mayor desarrollo en el campo del derecho público, en tanto trasciende del ámbito natural de los Estados, incluso, en el ámbito internacional (2012, p. 1).

191

EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS EN LOS
ARBITRAJES DE
INVERSIÓN: UNA
PROPUESTA DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
GLOBAL

PUBLIC
SERVICES IN THE
INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION: AN
APPROACH UNDER
THE PERSPECTIVE
OF THE GLOBAL
ADMINISTRATIVE
LAW

III.2. Actividad regulatoria en el derecho administrativo global y su impacto en el servicio público. La cooperación internacional regulatoria

Como estudiamos en el punto anterior, la globalización ha derivado en el surgimiento de organismos internacionales que llevan a cabo una actividad catalogada como «actividad administrativa», lo que ha permitido identificar a esos organismos como «Administraciones Globales». La actividad administrativa de esa Administración Global, en sentido restringido, ha sido catalogada como «regulación». La regulación a cargo de la Administración Global tiene, así, dos dimensiones que convendría distinguir. Por un lado, *la Administración Global dicta medidas de regulación que controlan y limitan la actividad administrativa doméstica*. En este caso, el derecho administrativo global controla y limita la actividad administrativa doméstica de acuerdo con el cumplimiento de estándares definidos en tratados internacionales. El ejemplo prototípico es el ordenamiento de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y, en especial, las decisiones del Órgano de Apelación (Battini, 2008, pp. 1ss.). Las controversias entre Estados, al interior de la OMC, pueden ser resueltas en el marco de una especie de arbitraje resuelto por un panel *ad hoc*. Las decisiones así obtenidas podrán ser revisadas por el Panel de Apelaciones, el cual —en suma— revisará la conducta de los Estados.

Uno de los ejemplos más citados es el caso Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón (OMC, 1998), en el cual el Órgano de Apelación controló una medida de regulación adoptada por la Administración doméstica, y por medio de la cual se restringía el comercio de determinados mariscos. El Órgano consideró que tal medida no se ajustaba a los estándares exigidos en el marco de la OMC (Cassese, 2005, p. 109). De otro lado, *la Administración Global dicta decisiones que son aplicadas por la Administración doméstica a través de su actividad de regulación*. No se trata, queremos aclararlo, de un efecto jurídico directamente vinculante. En realidad, muchas de las decisiones adoptadas por la Administración Global no son, en sentido estricto, jurídicamente vinculantes, pero la Administración doméstica decide incorporarlas al ordenamiento interno. De allí la referencia a un «derecho informal» o *Soft Law*, para describir cómo la regulación global impacta el proceso de toma de decisiones de la Administración doméstica (Hillgenberg, 1999, p. 39). Un ejemplo de ello son las decisiones adoptadas en el marco del *Codex Alimentarius*, que, más allá de su carácter jurídicamente vinculante, terminan incidiendo, determinadamente, en las decisiones regulatorias domésticas dentro del sector de alimentación.

Estos dos efectos del derecho administrativo global sobre el derecho administrativo doméstico inciden sobre el servicio público. De esa manera, *la regulación dictada por la Administración Global controla y*

limita las políticas públicas adoptadas por el Estado respecto de los servicios públicos, en la medida en que esas políticas se estimen contrarias a los estándares aplicables en el derecho internacional. Además, las decisiones domésticas sobre la regulación del servicio público están influenciadas por la Administración Global. Un sector en el que ello es bastante común es en el transporte aéreo, en la medida que la regulación administrativa doméstica toma en cuenta las decisiones de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI).

Junto a lo anterior, debe también tomarse en cuenta que la globalización, al ampliar el ámbito territorial de gestión de actividades usualmente consideradas servicio público, hace insuficiente la regulación doméstica e impulsa una regulación global, en especial, mediante mecanismos de cooperación entre las distintas autoridades regulatorias. De allí surge la denominada *cooperación internacional regulatoria*. Así, como resumen Bull y otros (2015, pp. 1ss.), la globalización ha promovido la coordinación entre las regulaciones adoptadas por los Estados, con el propósito de homogeneizar esa regulación y, de esa manera, promover el libre tráfico de bienes y servicios. Tal coordinación llega incluso a la creación de organismos internacionales, como el Consejo de Cooperación Regulatorio creado entre Estados Unidos de América y Canadá. La coordinación puede implementarse también a través de mecanismos similares al *Codex Alimentarius*, ya comentado. Uno de los ámbitos en los cuales se espera que esta cooperación se desarrolle es mediante tratados multilaterales de libre comercio como, por ejemplo, el *Acuerdo Transatlántico para el Comercio y las Inversiones* («Transatlantic Trade and Investment Partnership», TTIP).

193

EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS EN LOS
ARBITRAJES DE
INVERSIÓN: UNA
PROPUESTA DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
GLOBAL
PUBLIC
SERVICES IN THE
INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION: AN
APPROACH UNDER
THE PERSPECTIVE
OF THE GLOBAL
ADMINISTRATIVE
LAW

IV. ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y SU IMPACTO EN LA REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

IV.1. Preliminar. El impacto del arbitraje internacional de inversiones sobre la regulación doméstica del servicio público

Una especial arista de la influencia del derecho administrativo global sobre la regulación doméstica del servicio público la encontramos en el arbitraje internacional de inversiones. Una primera aproximación lleva a considerar que el arbitraje internacional es una modalidad del arbitraje comercial internacional y que, por ende, es un mecanismo de solución de controversias de naturaleza comercial, en el cual la actuación de los árbitros queda limitada por la autonomía de las partes reflejada en el acuerdo arbitral. La realidad, sin embargo, es otra. El auge de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y, más recientemente, de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), evidencia que el arbitraje

de inversiones es un mecanismo que permite resolver disputas basadas en políticas públicas del Estado. Los AII actúan, de esa manera, como *límites externos a la actividad doméstica del Estado*, por cuanto definen un conjunto de estándares que permiten la revisión de esa actividad.

Esos estándares son reglas que establecen cómo el Estado sede deberá tratar al inversor, a fin de prevenir medidas discriminatorias, abusivas o expropiatorias, entre otras medidas prohibidas por el tratado. Esos estándares de protección del inversor son, al mismo tiempo, estándares de revisión del Estado sede, cuyo control podrá efectuarse a través de los mecanismos de solución de disputas Estado-inversor previstos en los AII, como sucede en especial con el arbitraje administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Disputas relativas a Inversiones (CIADI). Por ello, la doctrina ha observado que el arbitraje internacional de inversiones es un mecanismo de derecho público que permite el control del Estado para promover la gobernanza democrática y el principio de legalidad en el espacio global (Ortino, 2013, p. 437; Schill, 2011, p. 57).

Ahora bien, en el ámbito de los AII, y dentro de la teoría general de la responsabilidad internacional del Estado, debe recordarse que tal responsabilidad es exigible respecto de cualquiera de las funciones del Estado. Ello abarca, por ello, a la responsabilidad del Estado por el ejercicio de la función administrativa. De hecho, en la práctica, la relación entre el Estado y el inversor es típicamente una relación jurídico-administrativa. Es por lo anterior que lo común será que los estándares de revisión sean aplicados a la Administración del Estado sede. Para la Administración, esto implica un nuevo tipo de vinculación al ordenamiento jurídico, pues tal vinculación regirá, también, respecto del tratado aplicable. Como el tratado actúa como límite externo a la Administración, podemos hablar de la *vinculación negativa de la Administración al Tratado*. De esa manera, en el caso de *Waste Management, Inc. contra México* (CIADI, 2004, párrafo 98), el Tribunal Arbitral analizó el artículo 1.105 del *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* (TLCAN, conocido por sus siglas en inglés como «NAFTA»), como un estándar de revisión del Estado sede, esto es, como un límite externo al Estado sede. Para Weiler (2013, p. 566), esta aproximación permite apreciar el grado de deferencia hacia el Estado sede presente en el arbitraje internacional. De esa manera, para la Administración del Estado sede, el arbitraje internacional se presenta como un control externo y jurisdiccional que, a la par de proteger los derechos del inversor, asegura el cumplimiento de los estándares definidos en el tratado. Tal control aplica en general para toda la actividad administrativa, incluyendo, por ello, a la regulación del servicio público.

En efecto, la crisis de Argentina de inicios del presente siglo permitió comprobar cómo el arbitraje basado en tratados implica un control

sobre políticas públicas del Estado sede y, también, sobre su actividad administrativa, como la regulación del servicio público. El alcance del control arbitral ha derivado en problemas institucionales y teóricos. Así, institucionalmente, el arbitraje internacional de inversiones no cuenta con un marco específico adaptado a su especial naturaleza, que lo hace muy distinto del arbitraje comercial internacional. Conceptualmente, además, se ha cuestionado cuál es la verdadera naturaleza de tal arbitraje. En este punto, al menos, se han planteado dos posiciones.

Una primera posición denuncia la «crisis de legitimidad» del arbitraje internacional de inversiones. En resumen, esta posición sostiene que el arbitraje de inversiones revisa actuaciones de derecho público del Estado sede, pese a lo cual carece de un marco institucional adecuado que asegure su objetividad e independencia y, por ende, la correcta tutela del interés general (Van Harten, 2008 p. 45). Por otro lado, se ha señalado que los AII suelen contemplar reglas parcializadas a favor del inversor (Miles, 2013, p. 331). Finalmente, y desde la particular posición Latinoamericana, se afirma (Rondón de Sansó, 2010, p. 151) que el arbitraje internacional carece del marco institucional adecuado que le permita revisar políticas públicas. Esta crítica tiene, en Latinoamérica, campo fértil, debido a la impronta cultural de la *doctrina Calvo*, como ha resumido Titi (2014a, pp. 359ss.). De allí que Bolivia, Ecuador y Venezuela han optado, siguiendo esas críticas, por denunciar la Convención CIADI, decisión que se ha justificado, en suma, en la alegada incompatibilidad entre el arbitraje y la soberanía (Rondón de Sansó, 2012, p. 205).

Frente a esta posición, otro sector ha señalado que, debido a las debilidades y deficiencias institucionales del arbitraje Estado-inversor, es preciso articular un marco jurídico adecuado basado en principios generales de derecho administrativo (Wälde, 2007, p. 42). Se considera, así, que ese arbitraje cumple un rol similar al control judicial de la Administración Pública en el ámbito doméstico, motivo por el cual es preciso considerar la aplicación de principios generales de derecho administrativo como fuente de derecho internacional de acuerdo con el artículo 38.1 c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, todo lo cual conecta a ese arbitraje con el derecho administrativo global (Delpiazzo, 2011, p. 289).

Así, el comentado artículo 38 incluye, dentro de las fuentes de derecho internacional, a «*los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas*». Precisamente, esa norma ha sido invocada por la doctrina a fin de articular los principios generales de derecho administrativo como fuente del derecho administrativo global, en especial, en el ámbito del arbitraje internacional de inversiones (Della Cananea, 2011, p. 89). Algunas decisiones arbitrales, igualmente,

195

EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS EN LOS
ARBITRAJES DE
INVERSIÓN: UNA
PROPUESTA DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
GLOBAL
PUBLIC
SERVICES IN THE
INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION: AN
APPROACH UNDER
THE PERSPECTIVE
OF THE GLOBAL
ADMINISTRATIVE
LAW

han invocado esa norma para extraer principios generales que permiten complementar la interpretación del TBI aplicable, como sucedió con el caso de Gold Reserve Inc. contra Venezuela (CIADI, 2014). Sin embargo, esos principios no pueden ser extraídos de determinado sistema de derecho administrativo, en tanto incumplirían la condición según la cual los principios generales, como fuente de derecho internacional, deben ser principios de amplia difusión. Por ello, en la decisión del caso *Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, de 19 de enero de 1977, se concluyó que el concepto de contrato administrativo no podía ser tomado como principio general, pues ese concepto solo es conocido en ciertos modelos de derecho administrativo (Hirsch, 2012, p. 25).

Para nosotros, es la segunda posición la que debería prevalecer. El arbitraje Estado-inversor ha evolucionado rápidamente, lo que ha impedido avanzar las reformas institucionales adecuadas, especialmente en el marco del CIADI, que es un centro de arbitraje único, dada su especialidad en la resolución de disputas Estado-inversor. Ello, lejos de justificar desechar al arbitraje de inversiones, debería conducir a un cambio de concepción en cuanto a su naturaleza y función. Tres conclusiones deben ser apuntadas en este sentido. Así, en *primer* lugar, el arbitraje internacional de inversiones no es estrictamente un modo alternativo a la solución judicial de disputas, sino un mecanismo único y especial, pues permite —dentro del espacio global— dirimir conflictos entre el Estado y el inversor, a partir de la aplicación de los estándares de revisión previstos en los tratados (Paulsson, 2008, p. 1). En *segundo* lugar, la especial naturaleza del arbitraje Estado-inversor pasa por concebir a ese arbitraje como un mecanismo que cumple fines similares a los medios de control existentes sobre la Administración doméstica, especialmente, por parte del juez, en el ámbito de la denominada jurisdicción contencioso-administrativa. De esa manera, y al igual que la jurisdicción contencioso-administrativa, el arbitraje permite el control del principio de legalidad y la defensa de derechos subjetivos, pero dentro del espacio global (Muci Borjas, 2010, p. 71). En *tercer* y último lugar, asumiendo esa naturaleza, el arbitraje internacional de inversiones, además de la interpretación y aplicación del tratado correspondiente, debe acudir a los principios generales del derecho administrativo como fuente supletoria, de conformidad con el citado artículo 38 del Estatuto. A través del derecho administrativo comparado es posible sistematizar un conjunto de principios aplicables al control arbitral, para asegurar que dicho control se ajuste a los fines de interés público que persigue el arbitraje como mecanismo orientado a promover, en el espacio global, el Estado de derecho.

Ahora bien, *una de las medidas del Estado sede que quedan sometidas al arbitraje internacional es, precisamente, la regulación del servicio público.*

En efecto, la regulación del servicio público se somete, en el ámbito global, a los estándares de revisión establecidos en el tratado aplicable, con lo cual toda disputa basada en la alegada violación de esos estándares por la regulación del servicio público podrá ser dirimida por el arbitraje internacional, lo que evidencia la conclusión antes apuntada: la regulación del servicio público ya no es una materia privativa del Estado. Además, la intensidad de la regulación del servicio público amplía la probabilidad de revisión por el Tribunal Arbitral a fin de determinar el cumplimiento de los estándares aplicables. Los controles de entrada al mercado; controles de inversión, de contratos y de precios; controles derivados del derecho de los usuarios y controles de salida, son algunas de las técnicas de limitación derivadas de la regulación del servicio público y que pueden encuadrar en violaciones a los estándares aplicables de acuerdo con el Tratado. De ello resulta que la regulación doméstica del servicio público es controlada, en el espacio global, por el Tribunal Arbitral.

El control arbitral sobre la regulación de servicio público evidencia el alcance que tal control tiene y los riesgos que han sido señalados, en tanto un control indebido podría derivar en la extralimitación en el ámbito del arbitraje de inversiones. Es esta, probablemente, una de las preocupaciones actuales más recurrentes en el arbitraje de inversiones. La respuesta ha sido establecer, como principio, que el control arbitral no puede perturbar el ejercicio del —así llamado— «derecho a regular», es decir, el reconocimiento de la competencia del Estado sede para regular la economía. De esa manera, la expansión de los TBI, aunado a la amplitud de los estándares de revisión contenidos en los tratados, ha llevado a ciertos Estados a cuestionar en qué medida esos tratados interfieren en el ejercicio de las potestades públicas de intervención en la economía, o sea, en la actividad regulatoria del Estado. Ello ha llevado a plantear la necesidad de acotar los estándares de revisión para respetar el «derecho a regular», también conocido como «espacio regulatorio». Uno de los puntos de reforma del sistema de solución de controversias entre el Estado y el inversor se basa, precisamente, en la necesidad de respetar ese «derecho», como ha señalado la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD, 2015, pp. xi y ss.).

A fin de garantizar el «derecho a regular» se han establecido, en el tratado, excepciones inspiradas en el artículo XX del *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio* («General Agreement on Tariffs and Trade», GATT). Así, recientes AII han incorporado excepciones inspiradas en ese artículo, y conforme a las cuales las medidas del Estado sede adoptadas en determinadas materias no podrán ser consideradas una violación al tratado, salvo cuando sean medidas arbitrarias (Titi, 2014b, p. 35). Por ello, la tendencia del Estado sede es a defender su «derecho a regular» en áreas que usualmente caen bajo el ámbito de la

EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS EN LOS
ARBITRAJES DE
INVERSIÓN: UNA
PROPUESTA DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
GLOBAL

PUBLIC
SERVICES IN THE
INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION: AN
APPROACH UNDER
THE PERSPECTIVE
OF THE GLOBAL
ADMINISTRATIVE
LAW

regulación del servicio público, lo que refleja su pretensión de elevar el alcance de los estándares de revisión y, por ello, ampliar la deferencia del Tribunal Arbitral hacia esa regulación.

Esto demuestra la tensión entre la concepción estatal del servicio público —sometido al derecho doméstico y al control de los tribunales domésticos— y el derecho global, que pregona la aplicación del derecho internacional así como el control de organismos internacionales, como sucede con el arbitraje internacional de inversiones. La tendencia parece ser promover un sistema balanceado en el cual, reconociendo la aplicación del derecho internacional a la regulación doméstica del servicio público, se salvaguarde el «derecho a regular», limitando así el alcance del control arbitral.

IV.2. El trato justo y equitativo como estándar especialmente aplicable a la regulación del servicio público

Tal y como indicamos en el punto anterior, los AII establecen distintos estándares que, a pesar de no responder a un lenguaje común, sí parten de principios generales de similar entidad. De allí que es común observar en distintos AII estándares bastante homogéneos. Probablemente el estándar más común, y que tiene un ámbito de aplicación mayor, es el estándar del «trato justo y equitativo». La formulación básica de este estándar consiste en una regla según la cual el Estado se compromete a otorgar un tratamiento al inversor que sea racional, proporcionado y conforme con las expectativas legítimas existentes. Ese estándar se aplica, especialmente, frente a actuaciones que no puedan ser catalogadas de expropiación (directa o indirecta), lo que hace que su ámbito de aplicación sea ciertamente amplio. Por ello, el estándar del trato justo y equitativo ha sido considerado como el estándar principal del arbitraje internacional de inversiones (Diehl, 2012, p. 18).

Las decisiones arbitrales no han seguido un patrón común al momento de interpretar ese estándar, cuya indeterminación normativa dificulta interpretaciones más concretas. Debido a la necesidad de proteger el «derecho a regular», algunos Estados han implementado reformas en los tratados que tienden a equiparar ese estándar con el «estándar mínimo internacional», o sea, el estándar que fija reglas mínimas y básicas de tratamiento al inversor, y generalmente proscriben medidas claramente abusivas del Estado (Kläger, 2011, pp. 262ss.).

En todo caso, como afirma Kläger, el estándar del trato justo y equitativo ha venido interpretándose en torno a diversos principios generales, entre los cuales destaca el principio de respeto de la confianza legítima, el principio de buena fe, el principio de proporcionalidad y la interdicción

a la arbitrariedad. Como se observa, se trata de principios que son muy conocidos dentro del derecho administrativo, todo lo cual justifica que la interpretación de ese estándar tome en cuenta, también, los principios generales de derecho administrativo como fuente de derecho internacional. Precisamente, el estándar que con mayor frecuencia puede ser aplicado por el Tribunal Arbitral para revisar la regulación de servicio público del Estado sede es el estándar del trato justo y equitativo, interpretado de acuerdo con los principios generales ya señalados.

Probablemente uno de los casos más célebres en este sentido es el caso de Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. contra México (CIADI, 2003). Esa decisión se originó como consecuencia de la decisión de la Administración de no renovar la autorización de operación de un centro de confinamiento de desechos sólidos. Luego de interpretar el estándar del trato justo y equitativo a través de los principios de confianza legítima y buena fe, el Tribunal concluyó que la Administración había obrado en violación a tales principios:

En suma, la conducta del INE reseñada frustró justas expectativas de Cytrar sobre la base de las cuales Cytrar cifró su actuación y la Demandante su inversión, o afectó de manera negativa la generación de pautas claras que le permitieran a la Demandante o a Cytrar orientar su accionar o su conducta para evitar la no renovación de la Autorización, o debilitó su posición para hacer valer derechos o explorar vías que les permitieran mantenerla (párrafo 173).

La regulación de servicio público, en el marco del derecho internacional de las inversiones, queda sujeta a los principios de buena fe y expectativa legítima, como concretas manifestaciones del estándar del trato justo y equitativo. Ello obliga, entre otras exigencias, a establecer un marco regulatorio claro, predecible y consistente con las expectativas del operador de servicio público.

Otro antecedente relevante se originó con ocasión de la crisis argentina de inicios de siglo. Dentro de las medidas de emergencia económicas adoptadas, fue suspendido el incremento de tarifas de actividades consideradas servicio público, como el gas. En el caso CMS Gas Transmission Company contra Argentina (CIADI, 2005), se concluyó que las medidas de emergencia económica, al haber impactado el régimen tarifario en menoscabo de las expectativas del inversor —basándose en el criterio del caso Tecmed (CIADI, 2003)— eran violatorias al estándar del trato justo y equitativo.

Como puede observarse en las decisiones comentadas, el análisis del estándar del trato justo y equitativo se lleva a cabo desde la perspectiva del derecho internacional público, lo que es claramente insuficiente. Tal derecho no establece reglas aplicables a relaciones entre el Estado y

EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS EN LOS
ARBITRAJES DE
INVERSIÓN: UNA
PROPUESTA DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
GLOBAL
PUBLIC
SERVICES IN THE
INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION: AN
APPROACH UNDER
THE PERSPECTIVE
OF THE GLOBAL
ADMINISTRATIVE
LAW

los inversores con ocasión de la actividad administrativa de aquel. Por ello, si bien el derecho internacional público otorga el marco básico para la interpretación del tratado aplicable, es preciso *además* acudir a los principios generales de derecho administrativo como fuentes del derecho internacional a fin de llegar a un concepto más preciso y acotado de «trato justo y equitativo». El derecho administrativo, desde esta perspectiva comparada, refuerza la certidumbre en la aplicación de los estándares de revisión. Pero, al margen de ello, los ejemplos citados acreditan que la regulación de los servicios públicos dejó de ser un asunto de estricta soberanía estatal, pues tal regulación también queda sometida a los AII aplicables y por ello, al arbitraje internacional de inversiones como mecanismo para resolver cualquier diferencia derivada de la violación de los estándares establecidos en el tratado, como de manera particular sucede con el estándar del trato justo y equitativo.

Que la regulación de servicio público haya dejado de ser un asunto de estricta soberanía estatal no implica que haya dejado de ser un asunto propio de derecho administrativo. Todo lo contrario, este ensayo propone que, dentro de las fuentes de derecho internacional aplicables al tratado, debe prestarse especial atención a los principios generales de derecho administrativo conforme al citado artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Con ello, y desde el derecho administrativo comparado aplicado dentro del espacio global (lo que es otra forma de aproximarse al derecho administrativo global), podrá coadyuvarse no solo a una aplicación más racional de los estándares previstos en el tratado, sino además, a una visión más equilibrada, como corresponde a la concepción que ve, en el derecho administrativo, el equilibrio entre las prerrogativas de la Administración y los derechos del ciudadano, en este caso, inversor.

IV.3.A modo de recapitulación: regulación del servicio público, derecho administrativo global y gobernanza

Las consideraciones antes expuestas demuestran que el arbitraje de inversiones no puede ser valorado únicamente como un instrumento orientado a promover la inversión extranjera directa. Es preciso, además, considerar que ese arbitraje permite la revisión de la actividad administrativa del Estado sede y, en especial, la regulación del servicio público. En tanto mecanismo de control externo sobre la Administración del Estado sede, *el arbitraje debe ser valorado como un instrumento que propende a la protección del Estado de derecho en el ámbito global*, y que atiende también a objetivos propios del desarrollo sustentable. No es de extrañar que el objetivo 10 de la Declaración de la Organización de Naciones Unidas, intitulada *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* incluya lo siguiente: «Fomentar la asistencia oficial para el desarrollo y las corrientes financieras, incluida la

inversión extranjera directa, para los Estados con mayores necesidades, en particular los países menos adelantados, los países africanos, los pequeños Estados insulares en desarrollo y los países en desarrollo sin litoral, en consonancia con sus planes y programas nacionales» (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2015, objetivo 10.b). Desde el derecho administrativo global, puede afirmarse que la consecución de objetivos de servicio público no es incompatible con la promoción de la inversión privada y, por ello, con la promoción de un marco jurídico de protección de esa inversión a través del arbitraje internacional.

V. BIBLIOGRAFÍA

Aman, Alfred C. (2001a). Introduction: globalization, accountability, and the future of administrative law symposium. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 8(2), 341-346.

Aman, Alfred C. (2001b). The limits of globalization and the future of administrative law: From government to governance. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 8(2), 379-400.

Araujo-Juárez, José (2010). *Derecho administrativo general. Servicio público*. Caracas: Ediciones Paredes.

Ariño Ortiz, Gaspar (1997). Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico. En Gaspar Ariño Ortiz y otros, *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons.

Asamblea General de las Naciones Unidas (2015). *Transformar nuestro mundo: la agenda 2030 para el desarrollo sostenible*. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. A/RES/70/1.

Badell Madrid, Rafael (2002). *Régimen jurídico de las concesiones en Venezuela*. Caracas: Torino.

Ballbé, Manuel (2007). El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización. *Revista de Administración Pública*, 174, 215-276.

Battini, Stefano (2003). *Amministrazione senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore.

Battini, Stefano (2005). International organizations and private subjects: A move toward a global administrative law?. *IILJ Working Paper 2005/3. Global Administrative Law Series*. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.723165>

Battini, Stefano (2008). Le due anime del diritto amministrativo globale. En autores varios, *Il diritto amministrativo oltre i confini. Omaggio degli allievi a Sabino Cassese* (pp. 1-22). Milán: Giuffrè.

Bielsa, Rafael (2010). *Derecho Administrativo, Tomo I*, Buenos Aires: Librería y Editorial El Ateneo.

201

EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS EN LOS
ARBITRAJES DE
INVERSIÓN: UNA
PROPUESTA DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
GLOBAL

PUBLIC
SERVICES IN THE
INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION: AN
APPROACH UNDER
THE PERSPECTIVE
OF THE GLOBAL
ADMINISTRATIVE
LAW

Brewer-Carías, Allan (1981). Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias. *Revista de Derecho Público*, 6, 65-71.

Brewer-Carías, Allan (2010). Global administrative law on international police cooperation: A case of global administrative law procedure. En Javier Robalino Orellana & Xaime Rodríguez-Arana (eds.), *Global administrative law: Towards a lex administrativa*. Londres: Cameron May.

Breyer, Stephen & Richard Stewart (1992). *Administrative law and regulatory policy. Problems, text and cases*. Boston: Little, Brown and Company.

Bull, Reeve T. & otros (2015). New approaches to international regulatory cooperation: the challenge of TTIP, TPP, and mega-regional trade agreements. *Law and Contemporary Problems*, 78, 1-29.

Casini, Lorenzo (2012). Beyond the State: the emergence of global administrative law. En Sabino Cassese & otros (eds.), *Global administrative law: the casebook*. Institute for International Law and Justice-Istituto di Recherche sulla Pubblica Amministrazione.

Cassagne, Juan Carlos (2010). *Derecho administrativo. Tomo II*. Lima: Palestra.

Cassese, Sabino (2010). Is there a global administrative Law?. En Armin Bogdandy & otros (eds.), *The exercise of public authority by international institutions* (pp. 761-776). Berlín: Springer. http://dx.doi.org/10.1007/978-3-642-04531-8_25

Cassese, Sabino (2012). What is Global Administrative Law and why study it?. En Sabino Cassese & otros, *Global administrative law: An Italian perspective* (pp. 1-10). Robert Schuman Centre For Advanced Studies Policy Papers, 2012/04.

CIADI (2003). Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States. ARB(AF)/00/2, 29 de mayo.

CIADI (2004). Waste Management, Inc. v. United Mexican States. ARB(AF)/00/3, 30 de abril de 2004.

CIADI (2005). CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic. ARB/01/8, 12 de mayo.

CIADI (2014). Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela. ARB(AF)/09/1, 22 de setiembre.

Chevallier, Jacques (1997). Regards sur une évolution. *AJDA*, 20 de junio.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) (2015). *World investment report 2015*. Organización de Naciones Unidas.

Corte Internacional de Justicia (s/f). Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>

De la Cuétara Martínez, Juan Miguel (1999). El nuevo modelo de regulación para la competencia. *Anuario de la Facultad de Derecho*, 3, 125-131.

De la Cruz Ferrer, Juan (2002). *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.

Della Cananea, Giacinto (2011). Genesis and structure of general principles of global public law. En Edoardo Chiti & Bernardo Giorgio Mattarella (eds.), *Global administrative law and EU administrative law: Relationships, legal issues and comparison* (pp. 89-110). Berlín-Heidelberg: Springer. http://dx.doi.org/10.1007/978-3-642-20264-3_5

Delpiazzi, Carlos E. (2011). Hacia un derecho administrativo global. En Aurilivi Linares Martínez y A. Saddy (coords.), *Estudos sobre Regulação e crises dos mercados financeiros*. Río de Janeiro: Lumen.

Diehl, Alexandra (2012). *The core standard of international investment protection: fair and equitable treatment*. Alphen aan den Reijn: Kluwer Law International.

Duguit, León (1926) *Las transformaciones del Derecho público*, Madrid: Francisco Beltrán.

Esplugas, Pierre (2012). *Le service public*. París: Dalloz.

Fernández Lamela, Pablo (2012). *Introducción al derecho administrativo internacional*. México D.F.: Novum.

Fernández, Tomás-Ramón (1996). Servicio público y empresa pública: el final de una época. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 89.

Garrido Falla, Fernando (1994). El concepto de servicio público en el derecho español. *Revista de Administración Pública*, 135, 7-36.

Harlow, Carol (2006). Global administrative law: The quest for principles and values. *The European Journal of International Law*, 17(1), 187-214. <http://dx.doi.org/10.1093/ejil/chi158>

Hernández González, José Ignacio (2004). *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del derecho español y venezolano*. Caracas: FUNEDIAESA.

Hernández González, José Ignacio (2005). *El régimen legal del servicio universal de telecomunicaciones en Venezuela*. Caracas: FUNEDIA.

Hernández González, José Ignacio (2006). *Derecho administrativo y regulación económica*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Hernández-Mendible, Víctor (2009). *Telecomunicaciones, regulación y competencia*. Caracas: FUNEDIA -Editorial Jurídica Venezolana.

Hillgenberg, Hartmut (1999). A fresh look at soft law. *European Journal of International Law*, 10(3), 499-515. <http://dx.doi.org/10.1093/ejil/10.3.499>

Hirsch, Moshe (2012). Sources of international investment law. En Andrea K. Bjorklund y August Reinisch (eds.), *International investment*

EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS EN LOS
ARBITRAJES DE
INVERSIÓN: UNA
PROPUESTA DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
GLOBAL
PUBLIC
SERVICES IN THE
INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION: AN
APPROACH UNDER
THE PERSPECTIVE
OF THE GLOBAL
ADMINISTRATIVE
LAW

law and soft law (pp. 9-38). Cheltenham: Edward Elgar. <http://dx.doi.org/10.4337/9781781003220.00007>

Jezè, Gastón (1947). *Derecho administrativo. Tomo I*. Buenos Aires: El Ateneo.

Miles, Kate (2013). *The origins of international investment law: Empire, environment, and the safeguarding of capital*. Cambridge: Cambridge University Press. <http://dx.doi.org/10.1017/cbo9781139600279>

Kingsbury, Benedict, Nico Krisch & Jonathan B. Wiener (2005). The emergence of global administrative law. *Law & Contemporary Problems*, 68, 15-61.

Kinney, Eleanor D. (2002). The emerging field of international administrative law: its content and potential. *Administrative Law Review*, 54(1), 415-433.

Kläger, Roland (2011). *Fair and equitable treatment in international investment law*. Oxford: Oxford University Press. <http://dx.doi.org/10.1017/CBO9780511974915>

Lares Martínez, Eloy (2001). *Manual de derecho administrativo*. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

Marienhoff, Miguel (1993). *Tratado de derecho administrativo. Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Martín Mateo, Ramón (1999). *El marco público de la economía de mercado*. Madrid: Trivium.

Martín Rebollo, Luis (2003). Sociedad, economía y Estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público). En Luis Cosculluela (coord.), *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer* (pp. 611-648). Madrid: Civitas.

Martín-Retortillo Baquer, Sebastián (2000). La Administración Pública en la llamada crisis del Estado social de Derecho. En *Fragmentos de derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons.

Meilán Gil, José Luis (2011) *Una aproximación al Derecho administrativo global*, Madrid: Global Law Press – Editorial Derecho Global.

Mir Puigpelat, Oriol (2004). *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*. Madrid: Civitas.

Mitchell, Andrew D. & John Farnik (2009). Global administrative law: Can it bring global governance to account? *Federal Law Review*, 37, 237-261.

Muci Borjas, José Antonio (2007). *El derecho administrativo global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Muci Borjas, José Antonio (2010). Control judicial y arbitraje internacional conforme al derecho administrativo global. *Revista de Derecho Público*, 122, 71-85.

Organización Mundial del Comercio (1998). Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón. AB-

1998-4. Informe del Órgano de Apelación. WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998 (98-3899).

Ortino, Federico (2013). The investment treaty system as judicial review. *American Journal of International Arbitration*, 24(3), 437-468.

Paulsson, Jan (2008). International arbitration is not arbitration. *Stockholm International Arbitration Review*, 2.

Rodríguez-Arana Muñoz, Xaime (2009). El derecho administrativo global: un derecho principal. *Revista de Derecho Público*, 120, 7-48.

Rodríguez-Arana Muñoz, Xaime (2014). *Derecho administrativo y Administración Pública en tiempos de crisis*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Rodríguez, Libardo (2013). El derecho administrativo transnacional o global: un nuevo capítulo del derecho administrativo. *Global Law Press*. <http://es.globallawpress.org/articulos-interes-seleccion-semana/>

Rondón de Sansó, Hildegard (2010). *Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión*. Caracas: Exlibis.

Rondón de Sansó, Hildegard (2012). *En torno a la denuncia de Venezuela del CIADI*, Caracas.

Cassese, Sabino (2005). Global standards for national administrative procedure. *Law and Contemporary Problems*, 68, 109-126.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando (2011). León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del derecho en las bases del concepto de servicio público. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 5, 43-86.

Savino, Mario (2006). Il ruolo del comitati negli ordinamenti europeo e globale. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico. Quaderno 2. Diritto e Amministrazioni Nello Spazio Giuridico Globale*, 121-149.

Schill, Stephan W. (2011). Enhancing international investment law's legitimacy: Conceptual and methodological foundations of a new public law approach. *Virginia Journal of International Law*, 52(1), 57-102.

Shapiro, Martin (2001). Administrative law unbounded: Reflections on government and governance. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 8(2), 369-377.

Slaughter, Anne-Marie (2001). Governing the global economy through government networks. En Michael Byers (ed.), *The role of law in international politics* (pp. 177-205). Oxford: Oxford University Press. <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199244027.003.0010>

Stewart, Richard (2005). U.S. Administrative law: A model for global administrative law? *Law and Contemporary Problems*, 68(3), 63-108.

Titi, Catharine (2014a). Investment arbitration in Latin America the uncertain veracity of preconceived ideas. *Arbitration International Law*, 30(2), 357-386. <http://dx.doi.org/10.1093/arbitration/30.2.357>

205

EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS EN LOS
ARBITRAJES DE
INVERSIÓN: UNA
PROPUESTA DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
GLOBAL
PUBLIC
SERVICES IN THE
INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION: AN
APPROACH UNDER
THE PERSPECTIVE
OF THE GLOBAL
ADMINISTRATIVE
LAW

Titi, Catharine (2014b). *The right to regulate in international investment law*. Oxford: Hart-Nomos. <http://dx.doi.org/10.5040/9781472561695>

Tornos Mas, Joaquín (2000). La actividad de regulación. En Francisco Sosa Wagner (coord.), *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, Tomo I* (pp. 1329-1342). Valencia: Tirant lo Blanch.

Van Harten, Gus (2008). *Investment treaty arbitration and public law*. Oxford: Oxford University Press. <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199552146.001.0001>

Wälde, Thomas (2007). The specific nature of investment arbitration. En Philippe Kahn y Thomas Wälde (eds.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers. <http://dx.doi.org/10.1163/ej.9789004153721.3-987.2>

Waline, Jean (2008). *Droit administratif*. París: Dalloz.

Weiler, Todd (2013). *The interpretation of international investment law: Equality, discrimination, and minimum standards of treatment in historical context*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers. <http://dx.doi.org/10.1163/9789004232235>

Wuertenberger, Thomas D. & Maximilian C. Karacz (2008). Using an evaluative comparative law analysis to develop global administrative law principles. *Michigan State Journal of International Law*, 17(2008-2009), 567-599.

Zegarra, Diego (2005a). *El servicio público. Fundamentos*. Lima: Palestra.

Zegarra, Diego (2005b). *Servicio público y regulación. Marco institucional de las Telecomunicaciones en el Perú*. Lima: Palestra.

Recibido: 11/03/2016
Aprobado: 02/05/2016