

**EL DERECHO ADMINISTRATIVO
FRENTE AL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES.
Comentarios al laudo arbitral
*Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay***

*José Ignacio Hernández G.**

INTRODUCCIÓN

El 8 de julio de 2016 un Tribunal Arbitral constituido en el marco del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), decidió el reclamo presentado por la empresa *Philip Morris Brands Sàrl y otros* en contra de Uruguay (CIADI No. ARB/10/7).

El reclamo se basó en diversas denuncias de violación del Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) celebrado entre Uruguay y Suiza en 1988, derivadas de la regulación para el control sobre el tabaco dictada por Uruguay. En concreto, las denuncias partieron de dos medidas adoptadas por Uruguay: (i) la prohibición de comercializar más de una variedad de cigarrillo (la exigencia de presentación única) y (ii) la obligación de colocar advertencias sanitarias en el empaque, equivalentes al ochenta por ciento (regulación del 80%). Ambas medidas fueron adoptadas por medio de actos dictados por el Poder Ejecutivo, o sea, actos administrativos¹. El laudo arbitral de 8 de julio de 2016 desestimó las denuncias formuladas por la empresa tabacalera, al considerar que se trataba de medidas ajustadas al TBI, las cuales respondían al ejercicio razonable del poder del Estado para intervenir en la economía.

Se trata de una de las decisiones más importantes dictadas en uno de los temas que genera mayor preocupación en el arbitraje internacional de inversiones: el reconocimiento de límites al poder de revisión del arbitraje derivados del margen de deferencia que debe

* Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello. Director del Centro de Estudios de Derecho Administrativo, Universidad Monteávila. Investigador Visitante, Georgetown University.

¹ La regulación en materia de presentaciones fue dictada mediante la Ordenanza del Ministerio de Salud Pública de 18 de agosto de 2008. La regulación del 80% fue dictada mediante el Decreto N° 287/009 de 25 de junio de 2009.

reconocerse a la soberanía del Estado sede de la inversión para intervenir en la economía, esto es, el llamado «derecho a regular».

Asimismo, este laudo pone en evidencia cómo los casos resueltos por el arbitraje internacional de inversiones responden típicamente a controversias derivadas de la actividad de limitación que el Poder Ejecutivo del Estado sede ejerce sobre el inversor. Ello aconseja valorar a ese arbitraje desde una perspectiva más amplia, que tome en cuenta, dentro de las fuentes de Derecho Internacional aplicables, a los principios generales de Derecho Administrativo, de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

El propósito de este breve ensayo es analizar el citado laudo de 8 de julio de 2016, pero desde la perspectiva antes referida, es decir, desde la relación que debe existir entre el arbitraje internacional de inversiones y el Derecho Administrativo. A tal fin, el presente ensayo se dividirá en dos partes. En la primera se exponen las razones por las cuales el arbitraje internacional de inversiones tiene que valorarse desde el Derecho Administrativo Global, tomando en cuenta los principios generales de Derecho Administrativo. La segunda parte estudia el problema de la deferencia hacia el Estado sede, desde la mencionada perspectiva del Derecho Administrativo. Ambas partes se expondrán, principalmente, tomando en cuenta el citado laudo de 8 de julio de 2016.

I. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

El arbitraje internacional de inversiones ha sido valorado como una figura cercana al arbitraje comercial internacional, esto es, como un mecanismo para resolver disputas comerciales con el Estado. Asimismo, el arbitraje internacional de inversiones es valorado en el marco de los principios que rigen, en el Derecho Internacional, la responsabilidad del Estado. De esa manera, podemos citar recientemente los laudos de 24 de marzo de 2016, asunto *Mesa Power Group, LLC vs. Canadá*² y de 15 de abril de 2016, en el asunto *Vesley Group Limited v. Venezuela*³, en los cuales se insiste en la interpretación del correspondiente Tratado de acuerdo con la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*.

La primera valoración la consideramos errada, mientras que la segunda valoración la consideración insuficiente. En efecto, el arbitraje internacional de inversiones, especialmente basado en Tratados, no se limita a la solución de disputas comerciales o contractuales. Antes por el contrario, toda la manifestación de la actividad e inactividad del Estado sede -especialmente por medio de su Administración, como veremos- queda sometida al Tratado. Por ello, el Tribunal Arbitral puede resolver disputas relacionadas con políticas públicas del Estado sede, traducidas en actos propios del Poder Público, como el acto administrativo.

De otro lado, no puede negarse que el Derecho Internacional resulta aplicable al arbitraje, especialmente en tanto su fuente directa es el Tratado. Sin embargo, las reglas de interpretación de los TBIs, de acuerdo con los artículos 31 y 32 de la *Convención de Viena*

² Arbitraje bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, "TLCAN", conocido por sus siglas en inglés "NAFTA", de acuerdo con las reglas bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL), párrafo 232.

³ Caso CIADI No. ARB/06/4, párrafo 115.

sobre el *Derecho de los Tratados*, son insuficientes, pues esas reglas no están especialmente diseñadas para resolver controversias Estado-inversor. Así, en el arbitraje internacional de inversiones las «*relaciones entre las partes*» a las cuales alude el citado artículo 31, no atienden a relaciones entre Estados, sino a relaciones entre el Estado sede y el inversor, típicamente, surgidas con ocasión a relaciones jurídico-administrativas.

Precisamente, es necesario atender a este último para realizar la naturaleza única del arbitraje internacional de inversiones, como un mecanismo especialmente diseñado para resolver controversias Estado-inversor, que en la práctica, suelen estar basadas en la actividad o inactividad de la Administración doméstica. De allí la propuesta de encuadrar al arbitraje internacional de inversiones dentro del llamado Derecho Administrativo Global.

1. *El arbitraje internacional de inversiones como mecanismo de control de la Administración Pública*

El sistema actual de arbitraje internacional es consecuencia de los cambios producidos entre las décadas de los cincuenta y los sesenta del pasado siglo. Luego de fracasar los intentos por crear instrumentos multilaterales de protección de inversiones, se optó por acudir a instrumentos bilaterales, orientados a promover y proteger las inversiones recíprocas. Tal fue el origen, en 1959, de los TBIs. Poco después, en 1965, se suscribió la Convención CIADI, por medio de la cual se creó un centro institucional especializado en administrar mecanismos de solución de disputas Estado-inversor, como el arbitraje.

En la década de los noventa del pasado siglo proliferaron los TBIs, como consecuencia del auge de las políticas de liberalización. Ello permitió el surgimiento de Tratados de integración que incluían, también, cláusulas de protección de inversiones, lo que permitió ampliar la categoría de Tratados a los Acuerdos Internacionales de Inversión (AIIs).

Sin embargo, el cambio cuantitativo en el arbitraje internacional de inversiones se daría más recientemente, a inicios del presente siglo. Así, en 2001 Argentina atravesó una crisis económica que llevó al Gobierno a adoptar medidas de excepción⁴. Aun cuando las medidas de emergencia adoptadas se rigieron por el Derecho Público doméstico, diversos inversionistas consideraron que esas medidas violaban los estándares de tratamiento reconocidos en TBIs suscritos por Argentina. Por ello, sometieron tales controversias al arbitraje bajo las reglas del CIADI⁵.

A partir de entonces quedó en evidencia que el arbitraje internacional de inversiones basado en Tratados tiene un alcance más amplio que el arbitraje comercial internacional y el que el arbitraje basado en contratos. Así, el arbitraje internacional de inversiones basado en Tratados no conoce de simples controversias contractuales, sino de cualquier

⁴ Álvarez, José y Khamsi, Kathryn, “*The Argentine Crisis and Foreign Investor*”, en *The Yearbook of International Investment and Policy 2008/2009*, Oxford University Press, 2009, pp. 379 y ss. Por ello, el Derecho argentino ha prestado especial atención al arbitraje. Puede verse a Nieto, Rafael, “La paradoja del auge del arbitraje de inversión: ¿están los Estados reconsiderando su apoyo al arbitraje? El caso argentino”, en *Arbitraje internacional. Tensiones actuales*, Legis, Bogotá, 2007, pp. 35 y ss.

⁵ Miles, Kate, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment, and the Safeguarding of Capital*, Oxford, 2013, pp. 322 y ss.

actividad o inactividad imputable al Estado, especialmente, con ocasión a políticas públicas desplegadas en la economía a través de su Administración⁶.

Como era lógico esperar, la amplitud del control arbitral generó diversas críticas, que básicamente apuntaban a la falta de legitimidad del arbitraje para conocer de políticas públicas⁷. Estas críticas fueron particularmente intensas en Latinoamérica⁸, siendo relevante el caso de Bolivia (2007), Ecuador (2009) y Venezuela (2012)⁹, pues esos Estados denunciaron el Convenio CIADI, principalmente, considerando que las políticas económicas no podían someterse, sin más, a arbitraje internacional¹⁰.

Frente a esta realidad, un sector de la doctrina ha venido insistiendo en que es necesario cambiar la valoración del arbitraje internacional de inversiones, el cual debe ser considerado como un mecanismo de control externo sobre el Estado sede y su Administración, que garantiza el cumplimiento del Tratado aplicable y, por ello, promueve en el ámbito internacional el Estado de Derecho. Por ello, en una propuesta que compartimos, el arbitraje internacional de inversiones debe valorarse como un mecanismo de Derecho Público que regula relaciones entre el Estado y los inversores¹¹. Con lo cual, el estudio institucional de ese arbitraje debe ser de Derecho Público Comparado, es decir, de Derecho Constitucional y Administrativo Comparado¹². Esto permitirá una mejor interpretación de los estándares de protección del inversor que son así, también, estándares de revisión del

⁶ Lo que llevó a considerar la conexión entre ese arbitraje y el interés público. Entre otros, vid. Mills, Alex, "The public-private dualities in international investment law and arbitration", *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2012, pp. 99 y ss.

⁷ Van Harten, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 17 y 43.

⁸ Cremades, Bernardo M., "Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America", en *Business Law International* N° 7, 2006, pp. 53 y ss.

⁹ En general, vid. Rondón de Sansó, *En torno a la denuncia de Venezuela del CIADI*, Caracas, 2012, pp. 205 y ss. Véase también a Titi, Catherine, "Investment arbitration in Latin America the uncertain veracity of preconceived ideas", en *Arbitration International Law* N° 30, 2014, pp. 357 y ss.

¹⁰ Rondón de Sansó, Hildegard, *Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión*, Caracas, 2010, pp. 97 y ss. En el fondo de estas críticas, entendemos, reside un problema de mayor entidad: la aparente colisión entre el arbitraje internacional de inversiones y el concepto tradicional de Estado y soberanía, en el contexto de la globalización. Puede verse, desde la perspectiva Argentina, a Rosatti, Horacio, "Globalización, Derecho Constitucional y Arbitraje Internacional: Conexiones e interferencias en el caso argentino", en *Revista Internacional de Arbitraje* N° 13, Legis, Bogotá, pp. 79 y ss.

¹¹ La referencia al "Derecho Público", en este contexto, no desconoce que el arbitraje internacional es gobernado por el Derecho Público Internacional. La referencia, por el contrario, alude al Derecho Público Comparado con el sentido que esa expresión tiene en el Derecho doméstico, es decir, el Derecho que gobierna las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, típicamente, mediante el Derecho Constitucional y Administrativo. Ello implica reconocer la utilidad del método de Derecho Comparado: el arbitraje gobernando por el Derecho Internacional Público es analizado mediante la comparación con el Derecho Constitucional y Administrativo.

¹² Principalmente, vid. Wälde, Thomas, "The Specific Nature of Investment Arbitration", en Kahn, Philippe y Wälde, Thomas, (editores), *Les Aspects Nouveaux Du Droit Des Investissements Internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 42 y 76. Igualmente, vid. Stephan W. Schill, "International Investment Law and Comparative Public Law: Ways out of the Legitimacy Crisis?", tomado de <<http://www.iilj.org/research/documents/if2010-11.schill.pdf>> [Consulta: 04.08.16]. La adopción de un método de Derecho Público para encuadrar conceptualmente el arbitraje, es considerado un factor que aminora la crisis de legitimidad del arbitraje. Vid. Mann, Howard, "Civil society perspectives: what do the stakeholders expect from the international investment regime?", en *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, cit. pp. 22 y ss.

Estado sede y de su Administración¹³. En sentido similar ha observado Brown que el arbitraje internacional de inversiones permite el control jurisdiccional y la revisión de las políticas públicas adoptadas por el Estado en ejercicio de su soberanía, con lo cual ese arbitraje tiene un claro carácter de Derecho Público¹⁴.

2. *El arbitraje internacional de inversiones desde el Derecho Administrativo Global*

La especial naturaleza del arbitraje internacional de inversiones ha llevado a proponer que tal arbitraje debe insertarse dentro del llamado Derecho Administrativo Global, esto es, el conjunto de principios que, en el espacio global, (i) aplican a la Administración Global y (ii) a la Administración doméstica.

Así, conviene recordar que la propuesta del Derecho Administrativo Global surgió en la doctrina de Estados Unidos de Norteamérica, y luego fue desarrollada en Europa, incluyendo a España, así como en Latinoamérica. Inicialmente esta propuesta partió de la existencia de una «Administración Global». De esa manera, se observó que en el espacio global es posible identificar a organismos internacionales que desarrollan una actividad similar a la actividad administrativa, como es el caso del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas. Tales organismos, con la globalización, comenzaron a desarrollar una actividad cada vez más compleja y de cierta forma autárquica a la actividad administrativa del Estado. Por ello, del concepto tradicional de «Administración Internacional» se pasó al concepto de «Administración Global» para describir a esos organismos. Tomando en cuenta ello, la doctrina observó que la actividad de limitación o regulación de esos organismos incidían en la libertad de los ciudadanos, pese a lo cual su actividad no quedaba gobernada por ningún Derecho especial. Por ello se propuso articular un conjunto de principios generales o comunes de Derecho Administrativo -bajo la denominación «Derecho Administrativo Global»- con el propósito de asegurar que esa actividad de regulación cumpliera con principios tales y como el debido proceso, la proporcionalidad y la rendición de cuenta¹⁵.

¹³ Schill, Stephan W., "International Investment Law and Comparative Public Law-an Introduction", en *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 3 y ss.

¹⁴ A pesar de lo cual, observa Brown que el marco institucional y procesal del arbitraje sigue modelos del arbitraje comercial. Cfr.: "Procedure in Investment Treaty arbitration and the relevance of Comparative Public Law", en *International Investment Law and Comparative Public Law*, cit., pp. 659 y ss.

¹⁵ Una de las primeras referencias en este sentido es de Aman, Alfred, *Administrative Law in a Global Era*, Cornell University Press, 1992, especialmente pp. 131 y ss. Especialmente, vid. Kingsbury, Benedict, Krisch, Nico y Stewart, Richard B., "The emergence of Global Administrative Law", *Law & Contemporary Problems* N° 68, 2005, Duke University, pp. 15 y ss. En España puede consultarse entre otros a Ballbé, Manuel, "El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización", en *Revista de Administración Pública* N° 175, Madrid, 2007, pp. 215 y ss; Meilán Gil, José Luis, *Una aproximación al Derecho administrativo global*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Madrid, 2011, pp. 15 y ss.; Mir Puigpelat, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 208 y ss.; Ponce Solé, Juli (coordinador), *Derecho administrativo global*, Marcial Pons, Madrid, 2010, *in totum*, y Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, "El Derecho administrativo global: un derecho principal", en *Revista de Derecho Público* N° 120, Caracas, 2009, pp. 7 y ss. Desde Latinoamérica, entre otros, vid. Delpiazzo, Carlos E., "Perspectiva latinoamericana del Derecho administrativo global", en *Desafíos del Derecho adminis-*

El Derecho Administrativo Global fue ampliado para incluir, también, a los organismos que se encargan de controlar, desde el Derecho Internacional, la actuación de los Estados y muy especial de su Administración Pública, en lo que Cassese ha denominado el «sistema judicial internacional»¹⁶. Dentro de esos organismos se han incluido a los Tribunales Arbitrales que resuelven disputas Estado-inversor, muy especialmente en el marco del Convenio CIADI, en tanto ese Convenio diseña mecanismos especiales de resolución de este tipo de controversias. De allí que Sabino Cassese ha concluido que el CIADI opera como una «*corte internacional administrativa*»¹⁷.

Esto ha permitido incluir al arbitraje internacional de inversiones basado en Tratados dentro del Derecho Administrativo Global¹⁸. Dos consecuencias prácticas derivan de lo anterior:

- La *primera* consecuencia, es reforzar la tesis según la cual el arbitraje internacional de inversiones tiene, en el ámbito internacional, una naturaleza única y especial. Es único pues no existe, en el ámbito internacional, algún otro mecanismo general de solución de disputas Estado-inversor. Es especial, por cuanto el arbitraje está diseñado para resolver conflictos Estado-inversor, basados típicamente en relaciones jurídico-administrativas.

De allí el paralelismo existente entre el arbitraje internacional de inversiones y la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin perder de vista las importantes diferencias entre uno y otro mecanismo de solución de controversias, lo cierto es que en ambos casos nos encontramos ante controles jurisdiccionales externos sobre la Administración, que cumplen dos propósitos: (i) el control del principio de legalidad y (ii) la defensa de los derechos de los ciudadanos. En el arbitraje, el primer objetivo se logra a través del control sobre el cumplimiento de los estándares de protección previstos en el Tratado; lo segundo, se alcanza a través de la tutela de los derechos del inversor. De allí la dualidad ya señalada de los estándares establecidos en el TBI, que son *estándares de revisión* y *estándares de protección*¹⁹.

trativo contemporáneo, Tomo II, Paredes, Caracas, 2009, pp. 1286 y ss. y Muci-Borjas, José Antonio, *El derecho administrativo global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 51 y ss. Los principales estudios de Kingsbury y Stewart dedicados a este tema han sido traducidos al español en la obra *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Global Law Press-Editorial de Derecho Global, Sevilla, 2016, editada por Javier Barnes. Nuestra posición sobre este tema puede verse en Hernández G., José Ignacio, “El concepto de Administración pública desde la buena gobernanza y el Derecho Administrativo Global. Su impacto en los sistemas de Derecho Administrativo de la América española”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, N° 16, 2012, pp. 197 y ss

¹⁶ Cassese, Sabino, *The global polity*, Global Law Press, Sevilla, 2012, p. 15

¹⁷ Sabino Cassese, «Global Administrative Law: An Introduction» (Working Paper, 2004), en http://www.iilj.org/oldbak/global_adlaw/documents/CassesePaper.pdf [Consulta: 06.08.16].

¹⁸ Van Harten, Gus y Loughlin, and Marti, “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law” en *European Journal of International Law* N° 17, 2006, pp. 121 y ss.

¹⁹ Ortino, Federico, “The Investment Treaty System as Judicial Review”, en *American Journal of International Arbitration* N° 24, 2013, pp. 437 y ss. Véase también a Moloo, Rahim y Jacinto, Justin M., “Standards of Review and Reviewing Standards: Public Interest Regulation in International Investment Law”, en Sauvart, Karl P., *Yearbook on International Investment Law & Policy 2011-2012*, Oxford University Press, 2013, p. 539. Igualmente, vid. Burke-White, William W. y Von Staden, Andreas, “Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations”, en *The Yale Journal of International Law*, Número 35, 2010, pp. 283 y ss.

La *segunda* consecuencia, es que la interpretación del TBI debe tomar en cuenta, dentro de las fuentes de Derecho Internacional aplicables, a los principios generales de Derecho Administrativo, de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Inversiones, como veremos en la sección siguiente.

3. *La utilidad de los principios generales de Derecho Administrativo y la tendencia a ignorar su aplicación: el caso Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay*

Considerando la similitud entre el arbitraje internacional de inversiones y el control jurisdiccional sobre la Administración Pública, Thomas Wälde ha sostenido que el arbitraje internacional de inversiones no puede ser considerado como una derivación del arbitraje comercial internacional, esto es, como un mecanismo para resolver disputas comerciales con el Estado. En realidad, bajo el TBI aplicable, toda la actividad e inactividad de la Administración se somete a los estándares de protección del inversor, con lo cual, el Tribunal Arbitral actúa como un órgano externo de control de la legalidad de esa actividad e inactividad. Tomando en cuenta ello, Wälde insistió en la necesidad de integrar, en la interpretación del Tratado, los principios generales de Derecho Administrativo²⁰.

Ahora bien, como se sabe, dentro de las fuentes de Derecho Internacional a las que alude el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, encontramos, en el literal c) de su numeral 1, a los «*principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas*». El propósito de esa norma fue evitar que la Corte pudiese abstenerse de decidir en ausencia de una norma aplicable desde el Derecho Internacional Pública, razón por la cual se permitió acudir a los principios generales del Derecho interno de los Estados²¹. Precisamente, el artículo 38.1 literal c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ha sido invocado por la doctrina (Della Cananea) para justificar la existencia del Derecho Administrativo Global, estructurado a partir de los principios generales de Derecho Administrativo sistematizados por el método comparado²².

De esa manera, el arbitraje internacional de inversiones, en tanto mecanismo de control jurisdiccional de controversias usualmente surgidas con ocasión a la Administración del Estado sede, debe considerar dentro de las fuentes de Derecho Internacional aplicables, a los principios generales de Derecho Administrativo Comparado, en tanto ello permitirá adecuar la aplicación de los estándares de protección del Tratado a relaciones jurídico-administrativas.

Así, los estándares de protección establecidos en los TBIs coinciden con principios generales de Derecho Administrativo: prohibición de tratos discriminatorios; interdicción de la arbitrariedad; proporcional; protección de la confianza legítima y justa indemnización

²⁰ Wälde, Thomas, "The Specific Nature of Investment Arbitration", cit., pp. 42 y 76.

²¹ Hirsch, Moshe, "Sources of international investment law", en *International Investment Law and Soft Law*, Edward Elgar, 2012, pp. 39 y ss., p. 23

²² Della Cananea, Giacinto, "Genesis and Structure of General Principles of Global Public Law", en *Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relationships, Legal Issues and Comparison*, Springer, 2011, pp. 89 y ss

expropiatoria son estándares de protección que corresponden a principios generales de Derecho Administrativo de amplia difusión en el Derecho Comparado²³.

Un ejemplo reciente -y excepcional- de este método es el caso *Gold Reserve v. Venezuela*. En esa oportunidad, el Tribunal Arbitral interpretó el estándar del «trato justo y equitativo», desde la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo²⁴. Con ello, el Tribunal reconoció que los estándares de protección del inversor son, al mismo tiempo, estándares de revisión del Estado sede y en específico, de su Administración²⁵. Esto es lo que llamamos la *interpretación de Derecho Administrativo de los estándares de protección*, esto es, la interpretación de los estándares previstos en los Tratados considerando, también, a los principios generales de Derecho Administrativo.

Sin embargo, la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo suele estar ausente en las decisiones arbitrales de los Tribunales constituidos bajo el Convenio CIADI. Por el contrario, lo común es que los estándares de protección sean interpretados a de las citadas reglas de interpretación de la *Convención de Viena*, tomando en cuenta otras decisiones arbitrales, decisiones que a su vez han partido, casi exclusivamente, de la citada Convención.

Precisamente, el caso *Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay* es un ejemplo de cómo el Tribunal Arbitral no toma en cuenta la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo, lo que empaña la interpretación realizada a los estándares de protección aplicables.

Como señalamos, este caso se originó con ocasión al reclamo presentado por el inversor, basado en la actividad administrativa de policía o actividad de limitación del Estado sede, esto, es Uruguay. Básicamente, los alegatos del inversor apuntaban a la irracionalidad o desproporcionalidad de las medidas de limitación adoptadas por la Administración en materia de tabaco. En concreto, se alegó la violación de cinco estándares: (i) el estándar expropiatorio; (ii) el estándar del trato justo y equitativo; (iii) el estándar de protección frente a medidas de limitación de la inversión; (iv) denegación de justicia y (v) violación de las garantías asociadas a la propiedad intelectual.

Ahora bien, el contexto en el cual tales denuncias se formularon responde a un caso propio del Derecho Administrativo, en concreto, la limitación administrativa a la libertad económica y propiedad privada basada en la protección del derecho a la salud²⁶. De hecho, las medidas administrativas que fueron cuestionadas en la sede del arbitraje habían sido demandadas en nulidad ante Uruguay, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la Corte Suprema de Justicia²⁷.

²³ Esta es una de las conclusiones asumidas por William Burke-White y Andreas von Staden, en “The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations”, *International Investment Law and Comparative Public Law*, cit., pp. 659 y ss. Véase también a Yannaca-Small, Katia, “Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments”, en *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008, pp. 111 y ss.

²⁴ Laudo de 22 de septiembre de 2014, en el Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1.

²⁵ Giacinto Della Cananea, “Equivalent Standards under Domestic Administrative Law: A Comparative Perspective”, en *Transnational Dispute Management N° 1*, 2009, tomado de: <www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1367>, [Consulta: 04.08.16].

²⁶ Esto es lo que se conoce en Derecho Administrativo como actividad de policía, o actividad de limitación. Por todos, vid. Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho Administrativo Económico, Volumen I*, La Ley, Madrid, 1991, pp. 125 y ss.

²⁷ Sección 153 y siguientes del laudo.

Sin embargo, el laudo del 8 de julio de 2016 consideró -como es usual- que el Derecho aplicable era el TBI Uruguay-Suiza, interpretado de acuerdo con *Convención de Viena*²⁸. No se cuestiona la aplicación de esas fuentes. Nuestra crítica apunta a que el Tribunal, además, ha debido ponderar la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo aplicables como fuente de Derecho Internacional.

De esa manera, a los fines de determinar la razonabilidad o proporcionalidad de las medidas administrativas de limitación adoptadas por el Estado sede, hubiese sido de utilidad considerar a los principios generales de Derecho que regulan a este tipo de limitaciones en relaciones jurídico-administrativas, esto es, los principios generales de Derecho Administrativo empleados como fuente de Derecho Internacional bajo el citado artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Solo desde el Derecho Público Comparado puede concretarse, con suficiente certidumbre, el alcance del principio de proporcionalidad a relaciones jurídico-administrativas²⁹.

II. LA DEFERENCIA AL ESTADO SEDE Y LA PROTECCIÓN DEL «DERECHO A REGULAR». DE NUEVO, SOBRE LA UTILIDAD DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La rápida evolución del arbitraje internacional de inversiones, y la experiencia derivada de la crisis Argentina, llevó a cuestionar la amplitud del control arbitral, en una controversia similar a la que, durante el siglo XX, se planteó entre el estándar nacional -derivado de la doctrina Calvo- y el estándar mínimo internacional. Estas preocupaciones se hicieron sentir especialmente en Latinoamérica, en parte, pues los Estados de esa región sufrieron un incremento de reclamos arbitrales, principalmente, ante el CIADI³⁰.

No obstante, avanzado el presente siglo, tales preocupaciones se han extendido incluso a Estados que tradicionalmente actuaron como exportadores de capitales. La globalización, así, ha permitido difuminar la clásica distinción entre *Estados exportadores* y *Estados receptores de inversión*, de lo cual está surgiendo un consenso en cuanto a la necesidad de conciliar los TBIs -y demás Acuerdos de protección de inversiones existentes- con la soberanía del Estado sede de intervenir en la economía. Esto ha llevado a confeccionar un nuevo modelo de Tratado, en el cual los estándares de protección se definen con mayor precisión, reconociéndose además la soberanía del Estado para intervenir en temas tales y como la salud y el medio ambiente³¹. Como se afirmó en la *Agenda de Acción de Addis Ababa*, suscrita en el marco de la Tercera Conferencia de la Organización de Naciones Unidas del Financiamiento para el Desarrollo (Julio 2015):

«El objetivo de proteger y promover la inversión no debe afectar nuestra habilidad de proteger nuestros objetivos de políticas públicas. Vamos a incentivar la

²⁸ Párrafos 209, 218 y 176 y siguientes del laudo.

²⁹ Kingsbury, Benedict y Schill, Sthepan, "Investor-state arbitration as governance: fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law", en *El nuevo Derecho administrativo global en América Latina*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, pp. 219 y ss.

³⁰ Véase en general a Dugan, Christopher F., et al, *Investor-State Arbitration*, Oxford, 2008, pp. 11 y ss. y Sornarajah, M., *The international law on foreign investment*, Cambridge University Press, 2010, pp. 19 y ss.

³¹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), *World Investment Report 2016*, Organización de Naciones Unidas, 2016, pp. 100 y ss.

confección de acuerdos de comercio e inversión con apropiadas garantías que impidan limitaciones a las políticas domésticas y a la regulación en beneficio del interés público ...».

La protección del «derecho a regular» ha llevado a analizar si debe existir un «margen de deferencia» por parte del Tribunal Arbitral, lo que responde a los límites que el Tribunal Arbitral debe respetar al momento de determinar si la actuación del Estado sede - típicamente a través de su Administración Pública- contrarío o no los estándares de protección del inversor. Esta materia evidencia, especialmente, la utilidad que pueden tener los principios generales de Derecho Administrativo, lo que estudiaremos tomando en cuenta el caso *Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay*.

1. *Los principios generales de Derecho Administrativo y el problema del “margen de deferencia” en el arbitraje internacional de inversiones*

En el Derecho Internacional de Inversiones se alude al término “derecho a regular”, a fin de aludir a la soberanía del Estado para intervenir en la economía, principalmente, a través de Leyes y la actividad administrativa. El derecho a regular, por ello, se relaciona con uno de los postulados defendidos con énfasis en la década de los sesenta y setenta del pasado siglo en el marco del llamado Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI), a saber, la defensa de la soberanía de cada Estado para regular y ordenar su economía³².

El derecho a regular es también conocido, en este ámbito, como «poder de policía»³³, esto es, como el poder del Estado sede de restringir el ejercicio de la actividad económica del inversor, a fin de atender a cometidos de interés público, como la defensa del medio ambiente y de salud. El ejercicio del poder de policía no es, en sí mismo, contrario al TBI. Tampoco se cuestiona que el Tratado pueda limitar ese poder de policía a través de los estándares de protección del inversor, cuya violación puede ser declarada por el Tribunal Arbitral. El punto del debate, más bien, se centra en determinar cuál es el ámbito que puede tener el control jurisdiccional ejercido por el Tribunal Arbitral, o lo que es igual, la necesidad de reconocer un «margen de deferencia», conforme al cual, el Tribunal Arbitral, en cierto casos, debe considerar que el poder de policía del Estado sede no resulta contrario a los estándares de protección, sin que pueda sustituirse en la valoración y decisiones del Estado sede con ocasión al ejercicio de ese poder de policía³⁴.

Sin embargo, en el Derecho Internacional de las Inversiones no existe una regla clara sobre si debe existir un margen de deferencia del Estado sede y, de ser el caso, cómo ese margen debería determinarse³⁵. Ello no ha impedido a la doctrina y a las decisiones

³² Dugan, Christopher, *et al*, *Investor-State Arbitration*, cit., pp. 25 y ss.

³³ Una de las limitaciones admitidas a la revisión arbitral deriva del concepto de “poder de policía”, en el sentido que las medidas basadas en ese poder tienden a presumirse válidas. Vid. Shirlow, Esmé, “Deference and Indirect Expropriation Analysis in International Investment Law: Observations on Current Approaches and Frameworks for Future Analysis”, en *ICSID Review N° 29*, 2014, pp. 595 y ss. Véase el asunto *Burlington Resources vs. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, laudo de responsabilidad de 14 de diciembre de 2012, párrafos 507 y 529. Ese concepto es similar al concepto tradicional de “policía administrativa” en los distintos sistemas de Derecho Administrativo.

³⁴ Titi, Catherine, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Nomos, 2014, pp. 35 y ss..

³⁵ Bajo una posición crítica, vid. Van Harten, Gus, *Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration*, Oxford University Press, 2013, pp. 1 y ss.

arbitrales reconocer la existencia de tal margen de deferencia, para lo cual se acuden a distintas teorías, que pueden reagruparse en tres grandes grupos³⁶:

En *primer* lugar, la existencia de un margen de deferencia ha sido justificada en el principio de separación de poderes, argumentándose que el Tribunal Arbitral no puede invadir el ejercicio de las funciones propias del Estado sede³⁷.

En *segundo* lugar, otros autores proponen un estudio comparado con otras formas de resolución de conflicto en el ámbito internacional, como sucede con la doctrina del “margen de apreciación” reconocida por Tribunales de Derechos Humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁸. Esa doctrina ha sido empleada, asimismo, en otros ámbitos del Derecho Económico Internacional³⁹. Bajo esta premisa, la doctrina del “margen de deferencia” ha sido ocasionalmente admitida en el arbitraje internacional de inversiones⁴⁰.

En *tercer* lugar, hay tesis que aluden, directa o indirectamente, a la “doctrina de la deferencia”, tomando en cuenta el tipo de actuación del Estado sede que es susceptible de violar los estándares de revisión del TBI. La expresión “margen de deferencia” no es empleada con un significado unívoco⁴¹, con lo cual, en realidad, podemos encontrar distintas explicaciones en torno al tipo de actividad del Estado sede que puede ser revisada por el Tribunal Arbitral. Así, en algunas decisiones arbitrales la “deferencia” se refiere a la *intensidad* exigida para que la ilegalidad del Estado sede sea relevante a fin de justificar

³⁶ Henckels, Caroline, “The role of standard of review and the importance of deference in Investor-State arbitration”, en *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation*, Oxford University Press, 2014, pp. 113 y ss.

³⁷ Schill, Stephan W., “International Investment Law and Comparative Public Law-an Introduction”, cit. Se ha observado, sin embargo, que la separación de poderes es una regla de organización del Estado, que no puede trasladarse sin más al ámbito internacional. Vid. Weiler, Todd, *The Interpretation of International Investment Law: Equality, Discrimination, and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 331 y ss.

³⁸ Entre otros, véase a Burke-White, William y Von Staden, Andreas, en “The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations”, cit., p. 702. A Una referencia común sobre el margen de apreciación es la obra de Yutaka Arai, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* Intersentia, 2002, pp. 3 y ss. Véase igualmente a Barbosa Delgado, Francisco R., “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática”, en *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, pp. 51 y ss.

³⁹ El margen de apreciación es empleado también en el estudio de los estándares de revisión en el marco de la Organización Mundial del Comercio. Cfr.: Oesch, Matthias, *Standards of Review in WTO Dispute Resolution*, Oxford University Press, 2003, pp. 14 y ss. Véase también a Shany, Yuval, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?”, en *European Journal of International Law* N° 16, 2006, pp. 907 y ss.

⁴⁰ Arato, Julian, “The Margin of Appreciation in International Investment Law”, en *Transnational Dispute Management* N° 1, 2014, <www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2085> [Consulta 04.08.16]. En contra, puede verse la decisión adoptada en el marco del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, dictada en el caso *Quasar de Valores SICA SA and others v. Rusia*, (laudo de 20 de julio de 2012). Allí se enfatiza la diferencia entre los Tratados de Derechos Humanos y los AIIs. El Tribunal concluyó que debido a esas diferencias, la teoría del “margen de apreciación” en el marco del Derecho de los derechos humanos no era trasladable, sin más, al arbitraje Estado-inversor.

⁴¹ Schill, Stephan W., “Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-Conceptualizing the Standard of Review”, en *International Dispute Settlement* N° 3, 2012, pp. 577 y 581.

el control arbitral⁴². Otras decisiones arbitrales sostienen que en caso de duda, debe favorecerse la legalidad de la actuación del Estado sede⁴³. Asimismo, la naturaleza del estándar de protección ha sido considerada, en algunas decisiones arbitrales, a fin de identificar la existencia del principio de deferencia, en el sentido que hay estándares—como el trato justo y equitativo— que exigen una violación de cierta intensidad al Tratado aplicable⁴⁴. Otras decisiones arbitrales justifican la deferencia en el carácter técnico de las decisiones del Estado sede, lo que se equipara a la tesis del “margen de apreciación”. Aquí, además, se alude al origen democrático de las decisiones del Estado sede, como un factor que debe llevar a la deferencia de esas decisiones frente al control ejercido por el Tribunal Arbitral, que carece de orígenes democráticos⁴⁵. Finalmente, algunos Tribunales Arbitrales emplean la doctrina de la deferencia a fin de presumir la validez de la interpretación del Derecho doméstico por el Estado sede, presunción que no aplica en casos de arbitrariedad⁴⁶.

Ahora bien, las dificultades para precisar los límites del control arbitral sobre el Estado sede, y consecuentemente, la preocupación por las consecuencias de un control arbitral excesivo, son aspectos que podrían enfocarse mejor a través de la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo como fuente del Derecho Internacional.

En efecto, la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo nos permite recordar que, frente a la Administración, los TBIs actúan como límites externos que reconocen -o presuponen- el poder del Estado para intervenir en la economía, esto es,

⁴² Véase el asunto *Marion Unglaube and Reinhard Unglaube v. Costa Rica*, Caso CIADI No.ARB/09/20, laudo de 16 de mayo de 2012, párrafo 258.

⁴³ *Sempra Energy International v. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, laudo de 28 de septiembre de 2007, párrafo 301.

⁴⁴ *Glamis Gold, Ltd. vs. Estados Unidos de Norteamérica, Glamis Gold, Ltd. vs. United States of America* (Tribunal Arbitral NAFTA), decisión de 8 de junio de 2009, párrafo 617. Véase igualmente el asunto *Continental Casualty vs. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9, laudo de 5 de septiembre de 2008, párrafo 181.

⁴⁵ Como sucedió en el caso *Chemtura Corporation vs. Canadá*, laudo de 2 de agosto de 2010, en un arbitraje ad-hoc del NAFTA bajo las reglas UNCITRAL (párrafo 123). Véase también a Henckels, Caroline, “Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration”, en *International Dispute Settlement N° 4*, 2013, pp. 197 y 213.

⁴⁶ Esta es la aproximación tradicional del caso *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. México*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, laudo de 29 de mayo de 2003, párrafo 122. Más recientemente, véase el asunto *Teco Guatemala Holdings LLC vs. Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/23, laudo de 19 de diciembre de 2013, párrafo 492. Una de las justificaciones de la deferencia es la tendencia del Tribunal de confiar en la interpretación del Derecho doméstico por las autoridades del Estado sede. Véase el asunto *Joseph Charles Lemire vs. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, decisión de jurisdicción y responsabilidad de 14 de enero de 2010, párrafo 505, así como *Sergei Paushok vs. Mongolia*, laudo de jurisdicción y responsabilidad de 28 de abril de 2011, arbitraje CIADI bajo las reglas UNCITRAL, párrafo 299. Por ello, el Tribunal Arbitral no actúa como revisor de asuntos de Derecho doméstico (*William Ralph Clayton and others vs. Canadá*, en arbitraje bajo el NAFTA y las reglas del UNCITRAL, laudo de jurisdicción y responsabilidad de la Corte Permanente de Arbitraje de 17 de marzo de 2005, párrafos 437 y 439, así como *Hassan Wadi Enterprise Business Consultants Inc. v Rumania*, Caso CIADI No. ARB/10/13, laudo de 2 de marzo de 2015, párrafos 326 y 327). Por ello, por ejemplo, el Tribunal tiende a ser deferente en cuanto a la interpretación basada en el Derecho doméstico en cuanto al interés público que puede justificar una expropiación. Cfr.: Reinisch, August, “Legality of Expropriations”, en *Standards of Investment Protection*, cit., pp. 183, 186.

“derecho a regular” del Estado sede, o “poder de policía”⁴⁷. Aquí es aplicable, comparativamente, la tesis de la vinculación negativa, que como tal, admite un grado de deferencia a favor de la Administración⁴⁸.

Frente a la Administración del Estado sede, los AIIs actúan como límites externos. El Tratado, así, no habilita a la Administración para intervenir en la economía. Antes por el contrario, el Tratado presupone la potestad de la Administración para intervenir en la economía, como parte de la soberanía del Estado. La función del Tratado es más bien otra, a saber, fijar los límites dentro de los cuales la Administración podrá regular la economía. Solo cuando esos límites sean violados, es decir, solo cuando la Administración viola alguno de los estándares reconocidos en el Tratado, es que el Tribunal Arbitral podrá declarar la violación del Tratado y, de ser el caso, acordar las medidas de reparación que estime pertinente.

La relación del Tratado con la Administración, por ello, no puede explicarse a través de la tesis de la vinculación positiva, en tanto no es el Tratado el que habilita a la Administración para intervenir en la economía, asunto enteramente dominado por el Derecho doméstico. Por ello, aplicando analógicamente los modos de vinculación de la Administración a la Ley, se concluye que la relación entre el Tratado y la Administración puede explicarse como una vinculación negativa, lo que implica, consecuentemente, el reconocimiento de un margen de deferencia, en el sentido que el Tribunal Arbitral no podrá sustituirse en la Administración allí donde no ha quedado en evidencia la violación del estándar aplicable.

Así, la deferencia deriva, al menos inicialmente, del tipo de vinculación que los TBIs producen respecto de la Administración. Al tratarse de una vinculación negativa, el Tribunal Arbitral debe partir del principio conforme al cual el Estado sede -especialmente, a través de su Administración- puede regular la actividad del inversor, regulación que deberá reputarse legítima salvo que se determine, con claridad, la violación del estándar de protección aplicable.

2. La arbitrariedad y el margen de deferencia en el arbitraje internacional de inversiones

Un concepto que es relevante al momento de determinar la existencia del margen de deferencia es la arbitrariedad, pues de acuerdo con las decisiones arbitrales en la materia, la deferencia no opera en caso de arbitrariedad. Así, si la medida del Estado sede es considerada arbitraria, el Tribunal podrá valorar íntegramente tal medida para considerarla contraria al Tratado. De lo contrario, privará la deferencia a favor de tal medida. A su vez, la arbitrariedad eleva el tipo de violación al Tratado que puede ser considerada por el Tribunal Arbitral, al exigirse que solo violaciones groseras o evidentes puedan ser

⁴⁷ Henckels, Caroline, “Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration”, cit. Cabe advertir que el alcance del control arbitral suele ser valorado desde dos extremos: o la deferencia total o una revisión sin deferencia, conocida como “*de novo review*”. Un ejemplo más bien excepcional de un control minucioso sin margen de deferencia puede verse en el asunto *Methanex Corporation vs. Estados Unidos de Norteamérica*, decisión adoptada en el marco del NAFTA bajo las reglas UNCITRAL de 3 de agosto de 2005 (parte IV, Capítulo D, párrafos 7 y 15).

declaradas por el Tribunal Arbitral, todo lo cual apareja un grado de deferencia respecto de violaciones que no revistan esas características especiales⁴⁹.

En el Derecho Internacional de Inversiones, el concepto de arbitrariedad ha sido tomado desde el Derecho Internacional Público, sin que se aprecie –no al menos, de manera recurrente– que tal concepto sea empleado a partir de los principios generales de Derecho Administrativo. Por el contrario, las distintas decisiones arbitrales que se pronuncian sobre la arbitrariedad suelen partir de la definición aportada en el caso *ELSI* de la Corte Internacional de Justicia⁵⁰. Allí se afirmó lo siguiente:

“La arbitrariedad no es tanto algo opuesto a una regla jurídica, sino algo opuesto al Estado de Derecho (...) Se trata de una violación intencionada al debido proceso, un acto que choca o al menos sorprende, desde un punto de vista jurídico”.

En tal sentido, los Tribunales Arbitrales suelen aludir al sentido común de la arbitrariedad. De allí que suele relacionarse la arbitrariedad con la decisión adoptada por el «puro capricho» del Gobernante⁵¹. En el laudo de 11 de diciembre de 2013, recaído en el caso *Micula vs. Rumania*, caso CIADI N° ARB/05/2, la aproximación al concepto de arbitrariedad se hizo a partir del concepto de irrazonable (*unreasonable*). De esa manera, en el párrafo 525 de esa decisión se sostiene que la decisión irrazonable es aquella que no está justificada o basada en motivos. La decisión del Estado será razonable cuando cumpla con dos condiciones, a saber, (i) su justificación en una política racional y (ii) la racionalidad de la medida en función a tal política. Este último requisito demuestra que no es suficiente que la medida invoque políticas racionales, pues además, es indispensable que la ejecución de la medida por el Estado se ajuste racionalmente a ese objetivo.

Esa segunda condición enfatiza la relación entre la arbitrariedad y la proporcionalidad⁵². La proporcionalidad es, así, uno de los principios generales de mayor uso por Tribunales Arbitrales al concretar el concepto de arbitrariedad. Incluso, alguna decisión ha llegado a sostener que corresponde al Estado demostrar que la medida adoptada por la Administración en detrimento del inversor es proporcional y adecuada⁵³.

La estrecha vinculación entre arbitrariedad y proporcionalidad ha sido tomada en cuenta para precisar otro concepto problemático: las medidas de efecto equivalente a la

⁴⁸ La tesis de la vinculación negativa, como se conocida, asume que la Administración queda subordinada a la Ley, pero en el sentido que se admitirá su actuación, salvo cuando menoscabe la Ley. Por todos, vid. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, Volumen I*, Civitas-Thompson Reuters, Madrid, 2013, p. 480.

⁴⁹ Heiskanen, Veijo, “Arbitrary and Unreasonable Measures”, en *Standards of Investment Protection*, cit., pp. 87 y ss., y Schreuer, Christoph H., «Protection against arbitrary or discriminatory measures», en *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2009, pp. 191 y ss.

⁵⁰ *Elctronica Sicula SpA (ELSI) (United States of America v Italy)*, sentencia de 20 de julio de 1989, párrafo 128.

⁵¹ Laudo de 19 de agosto de 2005, dictado por el Tribunal Arbitral ad-hoc en el caso *Eureko vs. Polonia*, párrafo 233., y asunto *Azurix Corp. vs. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, decisión de 14 de Julio de 2006, párrafo 392.

⁵² Para un análisis basado en la arbitrariedad de la motivación del Estado sede, vid. *Nordzucker Ag vs. Polonia*, arbitraje ad hoc de acuerdo con el TBI Alemania-Polonia, segundo laudo parcial de 28 de enero de 2009, párrafo 91. Para un análisis de proporcionalidad, vid. *EDF (Services) Limited vs. Rumania*, laudo de 28 de octubre de 2009, Caso CIADI N° No. ARB/05/13, párrafo 293.

⁵³ *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Laudo de 5 de octubre de 2012, párrafo 416.

expropiación. Esto es, las medidas que restringen las inversiones del inversor de manera tal que privan a la inversión de toda utilidad para el inversor, con lo cual, sustantivamente, ellas equivalen a una expropiación, aun cuando el inversor mantenga la propiedad formal. Sin embargo, se presume que la regulación no tiene efectos expropiatorios, excepto cuando se compruebe una afectación intensa, desproporcionada o arbitraria⁵⁴.

Ahora bien, el principio de arbitrariedad, al exigir un grado determinado de violación al TBI, ha sido también empleado para tratar de resolver el problema del margen de deferencia hacia el Estado sede⁵⁵. Así fue examinado en el caso *the Tza Yap Shum*, en el cual se sostuvo que la arbitrariedad es un principio fundamental que debe definirse con precaución, tomando en cuenta elementos como la motivación de la decisión, la buena fe y el debido proceso, así como su conexión con el estándar del «trato justo y equitativo». Además, para ese laudo, cuando el Tribunal Arbitral analiza la medida del Estado sede, debe respetar un «grado de deferencia», el cual es limitado: si el Estado actúa con arbitrariedad no se respetará ninguna deferencia⁵⁶:

«Pero esta deferencia no es ilimitada. Aun cuando se tomen medidas en virtud de un interés público legítimo, los Estados no están exentos de responsabilidad y de la obligación de pagar compensación si su proceder es arbitrario o discriminatorio».

Debido a esto, la arbitrariedad exige demostrar «algo más» que la ilegalidad de la decisión⁵⁷. Por ello, puede apreciarse una tendencia favorable a la deferencia hacia el Estado sede, especialmente respecto de medidas técnicas, las cuales -salvo casos de arbitrariedad- se estiman conforme con el TBI⁵⁸.

Sin embargo, no se aprecia en estas decisiones un enfoque basado en el principio de arbitrariedad dentro del Derecho Administrativo Comparado, a pesar que, en el ámbito específico de las relaciones jurídico-administrativas, la interdicción a la arbitrariedad es un principio de gran tradición. Esto ha afectado la elaboración de un marco adecuado que

⁵⁴ La regulación adoptada por el Estado se presume que no tiene efectos expropiatorios, salvo cuando revista especiales condiciones, no siempre precisadas con rigor en la jurisprudencia. Por ello, un sector opina que la diferencia entre una medida de regulación y una medida de efectos equivalentes a la expropiación -o expropiación indirecta- debe encontrarse en la intensidad de la medida, relacionada con la proporcionalidad, que es un principio conectado con la interdicción de la arbitrariedad, según hemos visto. Cfr.: Henckels, Caroline, «Indirect expropriation and the right to regulate: revisiting proportionality analysis and the standard of review in investor-state arbitration», en *Journal of International Economic Law*, Volumen , N° 15, 2012, pp. 244 y ss.

⁵⁵ Schill, Stephan W., “Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-Conceptualizing the Standard of Review”, cit.

⁵⁶ *Señor Tza Yap Shum vs. Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, laudo de 7 de Julio de 2011, párrafos 148, 186, y 192. Véase la decisión de nulidad de ese laudo, de 12 de febrero de 2015, párrafo 156.

⁵⁷ De acuerdo con este criterio, además de la ilegalidad o “*ultra vires*”, es necesario demostrar una irregularidad más grave. Luego, si en una primera impresión se concluye que la Administración ha obrado abusivamente, regirá una especie de presunción de arbitrariedad. Ver: Weiler, Todd, “Good faith and regulatory transparency: the story of Metalclad v Mexico” en *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, 2005, pp. 701 y 737. Ese trabajo se basa en la decisión *Metalclad Corporation Claimant vs. México*, Caso CIADI N° ARB(AF)/97/1, laudo de 30 de agosto de 2000.

⁵⁸ Laudo de 4 de abril de 2016, en el asunto *Crystallex International Corporation vs. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, párrafo 583.

permita precisar un concepto general de arbitrariedad, apreciándose más bien análisis casuísticos derivan en decisiones no siempre consistentes⁵⁹.

3. *El margen de deferencia, la arbitrariedad y el caso Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay*

El caso *Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay* responde a esta línea de protección del derecho a regular frente a control arbitral basado en TBIs. Como vimos, tal y como se concluyó en el laudo comentado, cada vez más se impone la tesis según la cual el Tribunal Arbitral debe presumir la conformidad con el Tratado de las medidas adoptadas por el Estado sede mediante el ejercicio de su poder de policía, como es el caso de la intervención administrativa en economía que atiende a la protección del derecho a la salud.

El objeto básico de ese caso, como indicamos, consistía en determinar si la regulación dictada por la Administración en materia de tabaco constituía una violación al TBI aplicable, lo que pasaba, entre otros aspectos, por determinar su razonabilidad y racionalidad. Precisamente, el laudo arbitral comentado negó que las medidas administrativas cuestionadas violasen el TBI, partiendo de la deferencia a favor del poder de policía del Estado sede.

Así, el Tribunal Arbitral concluyó que la protección a la salud ha sido considerada una manifestación esencial del poder de policía del Estado sede. Por ello, reiteró que como regla, la regulación adoptada por el Estado para atender políticas públicas, como el derecho a la salud debe presumirse conforme al Tratado. Sin embargo, el comentado laudo del 8 de julio de 2016 recordó que tal deferencia no siempre ha sido reconocida⁶⁰:

«El principio según el cual el ejercicio racional y de buena fe del poder de policía del Estado en materias como el mantenimiento del orden público, la salud o la moralidad, excluye compensación incluso cuando ocasiona daños a un inversión, con lo cual las medidas tomadas para esos fines no deben ser consideradas como expropiatorias, no encontró reconocimiento en las decisiones arbitrales. Pero una línea consistente orientada a diferenciar el ejercicio del poder de policía de la expropiación indirecta surgió después del 2000».

Tomando en cuenta estos antecedentes, el Tribunal Arbitral consideró que las regulaciones en materia de tabaco habían sido dictadas para proteger el derecho a la salud, de conformidad con el ordenamiento jurídico de Uruguay. Asimismo, el Tribunal consideró que las medidas fueron adoptadas de buena fe y de manera no-discriminatoria, y que en general, se trató de medidas efectivas para proteger la salud pública, considerando otras fuentes de Derecho Internacional, especialmente, el *Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el control del tabaco*⁶¹.

⁵⁹ Metodología que ha sido criticada, por derivar en interpretaciones casuísticas y potencialmente contradictorias. Vid. Kingsbury, Benedict y Schill, Sthepan, “Investor-state arbitration as governance: fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law”, cit. La expresión en inglés es “*I know it when I see it*”. Esa frase, como es sabido, es tomada de Estados Unidos de Norteamérica. En el caso *Jacobellis v. Ohio* (378 U.S. 184 (1964), la Corte Suprema de Justicia precisó que el concepto de «obscenidad» -que es un típico concepto jurídico indeterminado- no puede determinarse de manera apriorística, sino en cada caso concreto.

⁶⁰ Párrafos 291 y siguientes.

⁶¹ Párrafo 395.

De esa manera, el Tribunal Arbitral reiteró la aplicación del margen de deferencia, al considerar que «*la responsabilidad por medidas de salud pública descansa en el Gobierno y los Tribunales de Inversión deben reconocer una amplia deferencia a las decisiones del Gobierno en aspectos domésticos como la protección de la salud pública*». Tal grado de deferencia llevó al Tribunal a considerar que las medidas administrativas cuestionadas no eran arbitrarias o desproporcionales, con lo cual, no violaban el estándar del trato justo y equitativo⁶².

Este enfoque evidencia los cambios producidos en el sistema de arbitraje internacional de inversiones, que luce hoy como un sistema más consolidado, que reconoce la necesidad ponderar debidamente la soberanía del Estado sede para regular la actividad del inversor. Esta deferencia a favor del Estado sede aplica de manera especial ante medidas derivadas del poder de policía en temas de «orden público», como sucede especialmente con la protección de la salud.

No obstante, el laudo arbitral comentado se limitó a la interpretación del Tratado aplicable de acuerdo con los principios de la Convención de Viena, considerando diversas decisiones de Tribunales internacionales, pero sin concretar los estándares valorados desde la perspectiva del Derecho Administrativo Comparado, a pesar de que el caso examinado era un caso típico de limitaciones administrativas a la libertad económica y propiedad privada.

Ahora bien, la aplicación al caso comentado de los principios generales de Derecho Administrativo, como fuente de Derecho Internacional, hubiese permitido afinar mejor alguno de los pronunciamientos del Tribunal Arbitral. Así:

Por un lado, y en *primer* lugar, el concepto de «margen de deferencia» pudo haberse enfocado más robustamente desde las limitaciones tradicionalmente admitidas al control de la actividad técnica de la Administración económica por parte del juez contencioso-administrativo.

En *segundo* lugar, el concepto de arbitrariedad -y consecuentemente, de proporcionalidad- hubiese podido perfilarse mejor acudiendo al método comparado del Derecho Administrativo, a fin de extraer un concepto común de arbitrariedad desde el Derecho Administrativo Comparado, de mejor adaptación a relaciones jurídico-administrativas entre el Estado y el inversor, como fue el caso de las relacionadas examinadas por el Tribunal Arbitral.

Por último, y lo más importante, el Tribunal Arbitral pudo considerar la interrelación existente entre el concepto de *sacrificio particular* en el Derecho Administrativo Comparado y el concepto de expropiación indirecta. Como pudimos ver, el Tribunal asumió el concepto de expropiación indirecta otorgando especial atención a la finalidad del poder de policía: si la limitación sobre la inversión se justifica en razones de interés general, como la protección de la salud, entonces, debe presumirse no solo que esa limitación es conforme al Tratado, sino que además, ella no genera derecho a compensación.

Sin embargo, en el Derecho Administrativo Comparado -nos referimos específicamente al Derecho Administrativo en Iberoamérica, en Alemania y también, en Estados Unidos- se ha admitido que hay limitaciones que, *incluso persiguiendo un fin de interés general*, pueden ocasionar en el caso concreto un daño especial o sacrificio particular, que el

⁶² Párrafo 399.

propietario no está en el deber de tolerar⁶³. Como se sostiene en la *Carta de México sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado*, aprobada por el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo en 2014⁶⁴:

«En el ejercicio de su actividad lícita, el Estado también puede provocar perjuicios injustos, cuando genera un daño especial y anormal sobre la esfera jurídica de quien no tiene el deber jurídico de soportarlo, creando con ello una situación de desigualdad de las personas frente a las cargas públicas».

La finalidad de la medida de limitación; su adecuación al test de razonabilidad y racionalidad y en general, la adecuación al principio de proporcionalidad e interdicción a la arbitrariedad, son parámetros que determinan la licitud o ilicitud de la medida. Pero incluso cuando la aplicación de esos parámetros permita concluir que la medida de limitación es lícita -por responder a un fin de interés general, así como por ser una medida debidamente motivada, racional y proporcionada- la responsabilidad patrimonial de la Administración puede subsistir, si se determina que existe un daño especial, o sea, una aminoración patrimonial que en el caso examinado implica un sacrificio que el propietario no está en el deber de tolerar.

El laudo comentado, por el contrario, niega la responsabilidad internacional del Estado, considerando únicamente la licitud de las medidas administrativas de limitación cuestionadas, licitud declarada, además, bajo una amplia deferencia al Estado sede. Una inadecuada interpretación de este criterio, mantenido en el laudo de 8 de julio de 2016, podría llevar a rechazar el derecho de compensación del inversor ante cualquier medida administrativa de limitación del Estado basada en cometidos estatales considerados afines al orden público.

No obstante, es conviene insistir que tal conclusión no puede sostenerse, sin más, en el Derecho Administrativo Comparado, pues la tesis de la responsabilidad patrimonial de la Administración por sacrificio particular o por daño especial requiere, precisamente, la existencia de *medidas lícitas* de limitación que, pese a ello, ocasionan en el caso concreto un daño indemnizable. La licitud de la medida administrativa de limitación, por ello, no es una condición que excluya absolutamente a la responsabilidad patrimonial de la Administración⁶⁵.

⁶³ Excedería de los límites de este trabajo analizar a profundidad la tesis del sacrificio particular o daño especial. Como referencia general podemos citar a Waline, Jean, *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 453 y 473.

⁶⁴ Puede consultarse en la *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 5, Caracas, 2014, pp. 319 y ss. Desde una perspectiva comparada, vid. Parés Salas, Alfredo, *La responsabilidad patrimonial extracontractual de la Unión Europea por actuaciones conformes a Derecho*, Editorial Jurídica Venezolana, Konrad Adenauer Stiftung, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, pp. 23 y ss. y 37 y ss. En Estados Unidos se estudia a la expropiación regulatoria, para aludir a los casos en los cuales la regulación, pese a ser lícita, ocasiona un daño indemnizable. Cfr.: Epstein, Richard, *Takings. Private property and the Power of Eminent Domain*, Harvard, 1994, p. 331. Estos conceptos han sido antes analizados por nosotros en Hernández G., José Ignacio, *La expropiación en el Derecho Administrativo venezolano*, UCAB, Caracas, 2014, pp. 123 y ss.

⁶⁵ Como se ha observado «siempre que se produzca un daño producido como consecuencia de una función administrativa que el administrado no está en el deber de soportar nace el derecho a la indemnización, aunque el acto que origina el daño sea conforme al Ordenamiento jurídico». González Pérez, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2013, p. 411.

Incluso, el concepto de expropiación indirecta, en el Derecho Internacional de Inversiones, precisamente parte de considerar que aun cuando la medida de limitación adoptada por el Estado sede atiende a una causa de interés público, será posible determinar la existencia de efectos expropiatorios y, por ende, el derecho a compensación del inversor, cuanto esa limitación afecte de tal intensidad al inversión que privada permanentemente de toda utilidad a la inversión⁶⁶.

En el comentado laudo de 8 de julio de 2016 no se aprecia un adecuado desarrollo de esta posibilidad, quizás por haberse centrado más en reiterar el principio de deferencia derivado del ejercicio del poder de policía que no resulta manifiestamente arbitrario. Esta deferencia -desde la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo- es sin duda relevante para determinar la licitud de la limitación a la inversión. Pero incluso admitiéndose esa licitud, hubiese sido deseable un análisis más detallado de los supuestos en los cuales la regulación que responde a una causa de interés público puede generar daños especialmente intensos que como tal, implican un sacrificio indemnizable⁶⁷.

No estamos señalando, aclaramos, que en el caso resuelto por el Tribunal Arbitral existía un daño especial que ha debido ser indemnizado, o una medida de limitación con efecto expropiatorio. Más bien queremos llamar la atención acerca de cómo la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo pudo haber enriquecido el análisis efectuado por el Tribunal Arbitral.

En cualquier caso, el laudo *Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay* podría ser el inicio de una etapa del arbitraje internacional de inversiones que, con mayor intensidad, promueve la protección del derecho a regular de los Estados sedes. En esta nueva línea, deberá insistirse en la utilidad de acudir a los principios generales de Derecho Administrativo como fuente complementaria del Derecho Internacional aplicable al arbitraje de inversiones.

Caracas (Venezuela), agosto de 2016

Fecha de recepción: 8 agosto 2016.

Fecha de aceptación: 20 agosto 2016.

⁶⁶ Toda limitación o regulación sobre la propiedad privada, que en un caso concreto resulte particularmente intensa y desproporcionada, de forma tal que ella prive permanentemente al inversor del uso o del beneficio económico de la inversión, tendrá efectos expropiatorios (*Pope Talbot vs. Canadá*, laudo de 31 de marzo de 2002). Ese efecto expropiatorio no requiere demostrar la intención de la medida de regulación: basta que ésta genere un efecto expropiatorio, aun cuando no haya sido ésa la intención (*Generation Ukraine vs. Ucrania*, laudo de 16 de septiembre de 2003).

⁶⁷ El laudo niega que la limitación administrativa haya afectado sensiblemente a la inversión, pero siempre partiendo de la deferencia en torno a la licitud de las limitaciones derivadas del ejercicio del poder de policía.

