



DESCENTRALIZACIÓN DE SERVICIOS DE AGUA, EFICIENCIA Y ACUERDOS DE PROTECCIÓN A LA INVERSIÓN INTERNACIONAL

Miguel Solanes¹

Asesor Regional Senior, Derecho de Aguas y Regulación de Servicios CEPAL.

Santiago de Chile (ONU)

RESUMEN

Los últimos años han visto una tendencia a reforzar los méritos de la descentralización en general y de los servicios de agua en particular. Declaraciones como la de Dublín, han enfatizado las ventajas de la descentralización. A continuación se explicitan los temas básicos de la descentralización y la economía del agua y sus servicios y la descentralización y los acuerdos internacionales para la protección de la inversión extranjera. En el segundo capítulo, se analizan los factores económicos que inciden sobre el agua y sus servicios, como políticas macroeconómicas; la prioridad del sector en políticas presupuestarias; las economías de escala y ámbito y relación con eficiencia y equidad; la escala de la corrupción y relación con servicios de agua y la regulación y captura. En el tercer capítulo se consideran los acuerdos internacionales de protección de inversión y sus características básicas y antecedentes.

PALABRAS CLAVES

Descentralización, eficiencia, equidad, corrupción, acuerdos de inversión, derechos de los inversores, regulación

¹ Regional Advisor on Water Resources Regulation, Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC)



I. INTRODUCCIÓN

Los últimos años han visto una tendencia a reforzar los méritos de la descentralización en general, y de los servicios de agua en particular. Declaraciones como la de Dublín, han enfatizado las ventajas de la descentralización. Una serie de documentos promueven la descentralización, y discuten las posibilidades de potenciar sus aplicaciones con alternativas de financiación a nivel local, generalmente vía municipios y su endeudamiento para financiar los servicios. Se afirma también que la descentralización promueve la eficiencia, por ejemplo, en informes de más alto nivel.²

Sin embargo, en el análisis del tema descentralización es conveniente tener en cuenta ciertos elementos que inciden en los servicios y en el agua recurso, aún si los mismos se descentralizan. Estos incluyen:

- a) Que las políticas macroeconómicas generales del gobierno central tienen un impacto radical en los servicios, y en la inserción del agua en la economía productiva;
- b) Que la economía del servicio debe ser por lo menos considerada, cuando se habla de descentralización;
- c) Que, particularmente para países no desarrollados, la descentralización en el contexto de los acuerdos de protección de inversión, puede ser una ficción;
- d) Que los impactos negativos de esta ficción se potencian en la medida en que la gobernabilidad y la regulación del agua y sus servicios no se nutran de principios avanzados y adecuados en la materia.

² Vid. WORLD PANEL ON FINANCING WATER INFRASTRUCTURE, (2003); 3RD WORLD WATER FORUM, (2003); BANCO MUNDIAL, (1993).



II. FACTORES ECONÓMICOS QUE INCIDEN SOBRE EL AGUA Y SUS SERVICIOS

1. POLÍTICAS MACROECONÓMICAS GENERALES Y SUSTENTABILIDAD DEL SECTOR

Conforme al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en su informe sobre desarrollo humano y agua, el agua es una necesidad doméstica, que también sustenta sistemas ecológicos, y suministra insumos a sistemas productivos que son fuentes de ingresos.³ Más aun, la escasez física de agua puede ser un problema en algunos países, pero la escasez de agua en el núcleo de la crisis de la crisis global de agua se encuentra enraizada en poder, pobreza y desigualdad y no en disponibilidad física. Además, para el PNUD, la escasez de agua es manufacturada a través de procesos políticos que perjudican a los pobres.

En línea con los comentarios arriba CEPAL ha efectuado algunos análisis del impacto de las políticas económicas generales y su incidencia sobre el sector. En este sentido los casos más emblemáticos resultan de una comparación entre Argentina y Chile en la década de los noventa. Ambos países comenzaron procesos de privatización en ese decenio. Sin embargo mientras que Chile centralizó los servicios a partir de los 80's, Argentina los federalizó a partir de los 70's.

Chile lo hizo en el contexto de una economía con balances fiscales, y con asignaciones de fondos públicos según prioridades sociales. Esto se tradujo en crecimiento económico sostenido, lo que permitió la financiación de sistemas privados de agua y saneamiento, hasta el presente.

Argentina, por el contrario, después de 60 años de políticas con gran priorización del sector (desde 1913, en que se crea Obras Sanitarias de la Nación), en los años setenta decidió que su prioridad era subsidiar la paridad entre el dólar y el peso. Para hacerlo el estado tomaba dólares prestados en

³ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2006).

los mercados de capitales, subsidiaba la tasa de cambio y mantenía una paridad que no era resultado de la productividad de la economía sino de endeudamiento. Esto aumentó la tasa de interés, afectó la inversión, y llevó a la crisis económica del 2003. El colapso general afectó, entre otras cosas, el agua y sus servicios. Por un lado el Estado le quitó prioridad en el presupuesto oficial del gobierno, y por otro lado la artificialidad de la economía afectó los ingresos de la población, sobre todo la población pobre, que no pudo hacer frente a las tarifas de agua.

El agua es un servicio caro, que demanda gran inversión, y las economías nacionales que no favorecen el desarrollo sustentable no pueden garantizar la sustentabilidad de inversiones y servicios. En este sentido no hay descentralización que pueda competir con los impactos de macroeconomías en desajuste permanente. Hoy, las compañías de agua internacionales que invirtieron en Argentina están en su mayoría demandando a Argentina en cortes de arbitraje internacional. La defectuosa regulación de los servicios, a veces inducida,⁴ la pobreza metodológica de la privatización,⁵ y la falta de principios generales regulatorios en la esfera del arbitraje internacional hacen la situación de Argentina muy comprometida. El asesoramiento defectuoso que recibió el tercer mundo en el periodo privatizador,⁶ la ideologización de la regulación que se implementó bajo este asesoramiento,⁷ y la falta de comprensión de lo que implicaban los acuerdos de inversión internacional que se firmaron sin evaluación,⁸ conspiran para que se enfrente una situación difícil.

A esto conviene agregar, para considerar contextos, que en varios casos, las privatizaciones fueron favorecidas por organismos de financiación internacional, en situaciones en las cuales la cooperación financiera

⁴ SAPPINGTON, (1993), sugería mecanismos creativos de transferencias de precios para ocultar ganancias.

⁵ GUASH, (2003, 2004, 2006).

⁶ KESSIDES, (2004).

⁷ OGUS, (1994)

⁸ KHAN, MAKHDOOM ALI, (2006)



internacional no se materializaba sino se privatizaba. Este fue, según comentaristas, el caso de Dar-es-Salaam en Tanzania.⁹

En lo que hace al agua recurso, en los 80's y 90's Mendoza, en Argentina pierde casi un cuarto su superficie irrigada, y las tareas de conservación y protección se vieron postergadas.¹⁰ Con esto se ven confirmadas las proyecciones de impacto que ya en los 1950's efectuaba Ciriacy-Wantrup en lo que hace a la correlación entre factores económicos e institucionales generales (tasas de interés, mercados, inflación, precios, titulación y tenencia, subsidios, etc.) e inversión y conservación.¹¹

2. PRIORIDAD DEL SECTOR EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PRESUPUESTARIAS. SISTEMAS DE SUBSIDIOS

Los servicios de agua potable y saneamiento tienen muy bajos retornos brutos a la inversión, con tasas que varían de 6:1 a 10:1. Son intensivos en capital: tres o cuatro veces más que la industria eléctrica, y cinco a seis veces más que ferrocarriles. Esto nos indica que las posibilidades de inversión privada varían con el estado de la economía general y que la situación de los pobres no es fácilmente remediable, salvo que se den sistemas de subsidios eficaces, sean directos, cruzados, intergeneracionales, etc.. De nuevo en este punto es ilustrativo considerar los casos de Argentina y Chile en los noventa.

Argentina, que por décadas había privilegiado el sector, decidió, a partir de los setenta, primero descentralizarlo a provincias, eliminando los aportes nacionales, y luego, en los noventa, privatizarlo, sin subsidio para los pobres. El resultado fue que estos no podían afrontar los costos de conexión, ni las tarifas y se vieron postergados. Se dio un doble proceso, por un lado la anulación de la prioridad del sector en la política nacional, y por otro la marginación consciente de los que no podían pagar.

⁹ DUMBAR Y PETERSON, (2008)

¹⁰ DÍAZ AND BERTRANOU, (2003).

¹¹ CIRIACY-WANTRUP, (1951).



Chile por otro lado, ha priorizado el sector por los últimos cuarenta años, en forma sistemática, primero a través de empresas del sector público, y luego con empresas privadas, en ambos casos manteniendo subsidios a los pobres por niveles de ingresos.

3. ECONOMÍAS DE ESCALA Y ÁMBITO, SU RELACIÓN CON EFICIENCIA Y EQUIDAD

Una de las características más importantes-y consistentemente más ignoradas en ciertos discursos-del sector, es que el agua potable y el saneamiento tienen grandes economías de escala y ámbito. El suministro de agua potable y en especial los servicios de alcantarillado y tratamiento de aguas servidas requieren más inversión de capital que otros servicios de utilidad pública: casi 25 veces los ingresos anuales. Así, los costos, y sus diferencias entre sistemas pueden variar de 1 a 8 según se trate de sistemas grandes o pequeños. Los estudios hechos en Estados Unidos muestran que la inversión promedio para sistemas pequeños es de U\$S 1 600, por residencia de 3 habitantes, mientras que los mismos costos bajan a U\$S 200 en sistemas grandes. Por esta razón los servicios de agua y saneamiento son un monopolio natural.¹²

Cabe destacar que en el campo de los servicios de agua potable y saneamiento, el país probablemente más exitoso de la región latinoamericana, Chile, adopta un modelo propio, donde capitaliza las economías de escala y alcance para satisfacer en forma eficiente la cobertura de servicios sobre la base de empresas regionales, que cubren un área significativa de territorio. Al así hacerlo reformó su sistema municipal tradicional.

Esto mientras los países que han adoptado modelos de base político-administrativa muy atomizada al nivel de municipios, presentan graves dificultades, sin posibilidades de realizar economías de escala y con municipios pobres y ricos y esquemas de subsidios que no funcionan. Es patente que además estos sistemas fragmentados generan altos costos de transacción.

¹² PHILLIPS, (1993).



Así, en Perú se ha dicho: "en el país, de un total de 143 plantas de tratamiento de aguas residuales (PTAR), no existe ningún proyecto que pueda denominarse exitoso" "Las inversiones en construcción de PTAR en las EPS del Perú están en el orden de los 369 Millones de US \$, cifra que fue colocada por diversos gobiernos"¹³.

Mientras que en Colombia, se afirma: "En cuanto al tratamiento de aguas residuales, existen actualmente 410 sistemas construidos en 354 municipios... Se estima que sólo un 33% de los sistemas construidos tienen un adecuado funcionamiento." (Conferencia Latinoamericana de Saneamiento, Cali, Colombia, 12 al 16 de noviembre de 2007).

En Europa el caso emblemático es Inglaterra, que en los ochenta llega a la conclusión de que cumplir con las directivas de la EU con empresas municipales no solo será lento y costoso, sino además ineficiente. Por esta razón estructura empresas regionales, que sirven a millones de habitantes, con sensibles ahorros de costos y tiempo. En este sentido vale la pena destacar que Francia, sistema de base municipal, ha sido recientemente apercibida por la Comisión Europea, por falencias en el cumplimiento de la Directiva Europea de 1991 sobre tratamiento de efluentes urbanos en áreas sensitivas, a despecho de haber sido condenada por esto en la Corte Europea de Justicia.¹⁴

Argentina, en Sur América, crea una empresa nacional, en 1913, debido a la urgente necesidad de terminar con enfermedades de base hídrica, con acuerdos con las provincias, que al ganar economías de ámbito, y reducir costes de transacción, logra contar con servicios de agua potable y saneamiento en períodos de tiempo relativamente cortos. Como se hizo notar mas arriba, los cambios de prioridad de la financiación pública condujeron a descentralizaciones y privatizaciones que terminaron con la calidad de los servicios, básicamente por mal diseño y evaluación económica de los sistemas y su sustentabilidad.

¹³ SUNASS Documento de discusión (www.sunass.gob.pe/)

¹⁴ "Waste Water Treatment: Commission Gives France Final Warning" European Commission, IP/08/150, Brussels, 31 Jan 2008.



Aún en Estados Unidos, cuyos servicios de agua han sido municipales por tradición, estados como Tejas promueven la consolidación, para una mejor cobertura de demandas por calidad y ambiente, cuyos costos fragmentados agregados son más altos que si los sistemas se consolidan.

Por otro lado, el interesante informe del Tribunal de Cuentas Francés, sobre la industria del agua en Francia, hace un listado de las limitaciones municipales, a saber, entre otras, poca competencia, falta de medios, poca cooperación entre comunas, falta de claridad contractual, lagunas de información, malos controles, y organización deficiente.¹⁵

En algunos casos, el proceso la descentralización como filosofía ha prescindido de los aspectos técnicos y económicos de la prestación de los servicios de utilidad pública, con lo cual se han perdido economías de escala y de aglomeración. Esto desincentiva la búsqueda de alternativas más eficientes para la prestación de los servicios, y además sujeta a las empresas a una relación con el nivel local que en algunas jurisdicciones ha resultado en prestación ineficiente y problemas en el uso de los fondos públicos. Ello es particularmente cierto respecto de los servicios de agua potable y saneamiento, dadas las características del sector donde la duplicación de instalaciones sería inconveniente desde el punto de vista económico.

Aparte de los argumentos dados, se ha estimado que la fragmentación por razones de competencia tiene un rol bastante limitado, debido a los altos costos del transporte, ausencia de sistemas de distribución integrados a nivel nacional y las fuertes ventajas de las empresas ya establecidas. Recientemente Ofwat, el regulador inglés, ha reconocido que la competencia no funciona en la industria del agua y saneamiento. Las economías de escala se pierden cuando hay una fuerte desagregación a nivel municipal. Finalmente, se ha sugerido que la fragmentación da lugar a un incremento de los costos de transacción y a la necesidad de recurrir a acuerdos contractuales o de mercado para suplir la coordinación interna.

¹⁵ COUR-DES COMPTES, (1997).



Es de destacar que la reducción de costos es una condición sine qua non de la equidad, dado que a menores costos se mejoran las posibilidades de expandir los servicios. En este sentido, la presencia de un número limitado de empresas grandes también favorece la equidad al facilitar la regulación, tarea extremadamente difícil cuando se trabaja con universos de miles de prestadores fragmentados.

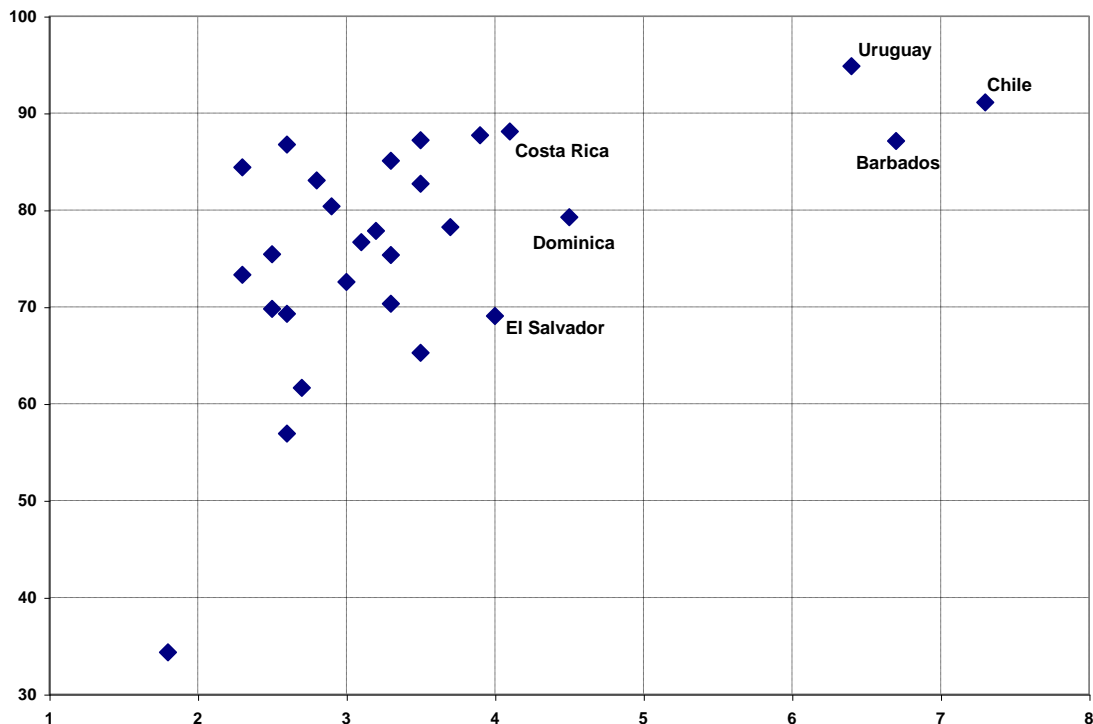
4. LA ESCALA DE CORRUPCIÓN

Desgraciadamente muchos países en desarrollo tienen un lugar relevante en los índices de corrupción internacional. Y el sector agua y saneamiento se ha visto afectado por la misma. La evidencia empírica es que ni la estatización ni la privatización han liberado al sector de la corrupción.¹⁶ Más aun, en un tema muy relacionado con la corrupción, que es la incidencia de renegociaciones en contratos de privatización, el sector agua potable y saneamiento ha destacado más que otros servicios públicos.¹⁷

La corrupción es un tema importante, pues supone que los fondos disponibles para servicios públicos no son utilizados ni con la mayor eficiencia ni con la mayor eficacia. De hecho, hay una correlación inversa entre corrupción y acceso a servicios. El siguiente cuadro, elaborado por CEPAL, así lo demuestra.

¹⁶ ESTACHE, (2006).

¹⁷ GUASH, (2003, 2004, 2006)



El tema corrupción es importante en el manejo de fondos de apoyo, obviamente. En Chile, el manejo de subsidios vía municipios, a los pobres, para agua y saneamiento, ha sido relativamente poco afectado por la corrupción por cuestiones intrínsecas al país en este tema, pero también por la estructura central de manejo de subsidios, con sujeción a normas generales, y con procedimientos de monitoreo general. En otros países la contabilidad de, y la responsabilidad por, los subsidios nacionales, a nivel local, ha sido un problema.

Uno de los interrogantes que se plantean en relación a corrupción es cuales serian las relaciones, si alguna, entre acuerdos de inversión y corrupción. Wells y Ahmed detallan casos de inversiones internacionales en Indonesia, donde los socios locales eran figuras políticas relevantes y poderosas, sus parientes y asociados, con casos en los cuales el socio local podía llegar a cobrar dividendos antes de que se hubieran comenzado las construcciones involucradas en el proyecto.¹⁸ En este contexto, se argumenta que la

¹⁸ WELLS AND AHMED, (2007).



descentralización formal del gobierno incremento los problemas de corrupción, pues los burócratas locales tenían autoridad sin frenos formales.¹⁹ En un caso, CalEnergy, donde Indonesia suspendió un contrato internacional, los abogados del gobierno indonesio, quisieron argumentar corrupción. . El ministro Hatharto, suegro de un socio local de la compañía, instruyó que no se invocara la misma.²⁰ Con la estructura de los juicios arbitrales, esto inmediatamente destruye la posibilidad de que la cuestión sea planteada, por nadie, en forma obligatoria. No es que el arbitraje favorezca la corrupción. Pero si los gobiernos no quieren plantearla, los pueblos quedan, salvo casos excepcionales, desprotegidos.

Así, en el caso Wena v. Egypt el tribunal considero que las alegaciones de corrupción eran perturbadoras, pero que como el país no había tomado medidas internas, el argumento no era estimable.²¹

Las decisiones arbitrales también pueden favorecer formas sutiles de corrupción, cuando establecen que las declaraciones de un oficial, o un organismo público obligan a los gobiernos, sin condicionarlo a contexto y legalidad. En MTD Vs. Chile, el tribunal falló que una autorización de inversión gubernamental, sin informar sobre planes de regulación, que dependían de otra entidad, y que el inversor no controló, genera responsabilidad pública. Eventualmente, el acto de un solo individuo, podría generar responsabilidad pública, máxime si se considera que el sistema de compensaciones, y la forma en que funciona genera serios problemas de riesgo moral.²²

En el particular caso del agua, la practica de efectuar ofertas basadas en tarifas bajas, para después renegociar, compone el problema. En Buenos Aires, la tarifa fue renegociada en plazos muy anteriores a los comprometidos en el acuerdo de concesión, sobre la base de información defectuosa. La coincidencia del procedimiento con el de otros países, como Tanzania, induce

¹⁹ Ebda.

²⁰ Ebda.

²¹ MANN, (2006).

²² WELLS AND AHMED, (2007).

a pensar en una práctica con un patrón de conducta, y la conciencia de que el propósito de la oferta era ganar la licitación, y después renegociar sin competencia. En el caso de Buenos Aires, el gobierno renegocio en beneficio de la empresa todas las veces que era necesario hacerlo. En el caso de Tanzania (Biwater) la empresa intento renegociar, el Gobierno se negó, y la compañía fue demandada frente a tribunales arbitrales internacionales.²³

5. LA REGULACIÓN

Hemos visto anteriormente que los servicios de agua potable y saneamiento tienen características de monopolio natural. Esto hace que necesiten regulación adecuada, dada la falta de competencia. Estas características de monopolio natural favorecen, a falta de regulación adecuada, la captura de los servicios por sectores de interés. Las posibilidades básicas de captura son:

Captura por las empresas prestatarias del servicio, de manera de obtener ganancias que van más allá de costos competitivos y beneficio razonable. Esto se puede hacer a través de una serie de mecanismos, incluyendo elevados salarios, primas y bonificaciones especiales, gastos irrazonables, compras entre empresas afiliadas, como comprobó la auditoria Halcrow en Buenos Aires, endeudamiento excesivo, amortizaciones indebidas, etc. La captura también se expresa en renegociaciones frecuentes favorables a la empresa, sea en inversiones, calidad de servicio, o tarifas, para mencionar algunos supuestos.

- Captura por sindicatos de empleados de la compañía de servicios. En este caso la captura se manifiesta fundamentalmente por niveles salariales, cantidad de empleados, cantidad de directorios, miembros del directorio en exceso, cantidad de empresas vinculadas al sector, todas con un mismo propósito final, pero fragmentadas de modo de aumentar el potencial de empleo, también se manifiesta en sistemas de procuración en los que los contratistas están vinculados a sindicatos, familiares, etc.

²³ GUASH, (2004, 2006).

- Captura por la burocracia estatal, lo que básicamente tiene manifestaciones similares a la captura sindical.
- Finalmente, ha habido casos en los cuales se dan alianzas entre los distintos sectores con un interés en captura. Así, por ejemplo, en los noventa la burocracia política central argentina ignoraba a los reguladores, para hacer acuerdos directamente con los prestadores. Y los prestadores, integrando al sindicato en los cuadros directivos de las empresas, manejaban las audiencias públicas para que los usuarios no tuvieran una participación relevante, en discusiones de tarifas, servicios, etc.

Las posibilidades de captura y las características monopólicas de los servicios de agua potable y saneamiento hacen que sea un sector sumamente regulado. La regulación tradicional se definía en términos simples: tarifas razonables, servicio universal, no discriminatorio, igualdad, servicio seguro y adecuado. Al presente, habida cuenta de potenciales para captura y abuso de posición dominante, se han sumado más obligaciones regulatorias: información, prevención de transferencia de precio, control de deudas y costos, incluido personal, existencia de reguladores independientes, entre otras.

Dado que la regulación defectuosa y la captura afectan tanto la eficiencia como la equidad del servicio, en tanto que incrementan artificialmente sus costos y tarifas, bajando las posibilidades de expansión, el sector debe contar con una regulación uniforme y adecuada a comparaciones entre distintos prestadores. Además es importante para asegurar prácticas apropiadas y contratos con contenidos y obligaciones mínimas. Es difícil imaginar que esto suceda en un contexto descentralizado sin condiciones comunes.

Tanto Chile como Inglaterra cuentan con un marco regulatorio nacional, que permite comparaciones, y además establece condicionalidades legales y operativas muy significativas. Entre las legales tiene importancia fundamental la obligación de eficiencia de la legislación inglesa, y su transferencia a usuarios, y dentro la misma legislación, a nivel operativo, las obligaciones de



información de las empresas y la forma en que la misma se debe presentar. Si Argentina hubiera tenido un marco regulatorio legal nacional, con obligaciones comunes de eficiencia, transferencia de eficiencia, información, transferencia de precios, organización de información, y endeudamiento máximo de las compañías en relación a capital sus problemas legales en tribunales arbitrales internacionales serían mas manejables. La naturaleza errática de la regulación en la privatización de Buenos Aires fue notada en informes de funcionarios del Banco Mundial.²⁴

Finalmente, mientras mas cercano al nivel de prestación este el regulador, mas fácil su captura. Por esto es que el regulador ingles, y el chileno, son nacionales.

III. DECENTRALIZACIÓN Y ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

1. ACUERDOS DE INVERSIÓN Y AGUAS

En los últimos 20 años los países del tercer mundo han firmado una serie de acuerdos de la inversión extranjera en sus territorios. Estos han sido o acuerdos de inversión, o acuerdos de comercio, con capítulos sobre inversiones. A través de los mismos han tratado de garantizar la situación y protección de los intereses de sus inversores, como una manera, de atraer inversores. Esto ha sido una tendencia universal, con excepciones como Brasil, que en un documento oficial afirmó, al parecer con algún grado de razón, que para un país como Brasil, con institucionalidad estable, garantías constitucionales a la propiedad, y oportunidades económicas, la firma de estos instrumentos no era necesaria. El documento retiraba 6 propuestas de ratificación de acuerdos de protección de inversión previamente enviados al Congreso.²⁵

²⁴ ALCÁZAR, (2000).

²⁵ BRASIL, MENSAJE DEL EJECUTIVO AL CONGRESO, (2002); PETERSON, (2003).

La cautelosa postura de Brasil, y su confianza en que la economía, y la institucionalidad interna son factores más relevantes que los acuerdos de inversión, a los efectos de inversiones, han sido justificadas por una serie de investigaciones. Así, se ha comprobado que los impactos de los acuerdos de inversión no pueden ser evaluados en forma aislada de las condiciones de la economía, la gobernabilidad, y la institucionalidad doméstica.²⁶

Los acuerdos de protección a la inversión internacional son la forma en que los inversores internacionales han tratado de proteger sus intereses, frente a posibles conductas arbitrarias, confiscatorias, o irrazonables de los países en los que la inversión tiene lugar. Fundamentalmente en términos prácticos, sus mecanismos han sido utilizados por inversores de países desarrollados, frente a conductas de países subdesarrollados.²⁷

Los acuerdos presentan una serie de características comunes:

- Son una limitación a la arbitrariedad doméstica pero eventualmente también al ejercicio normal de la soberanía;
- Aplican mecanismos y técnicas de derecho internacional, para situaciones que son claramente domésticas, avanzando en campos que han sido tradicionalmente resorte de los gobiernos nacionales, locales, o provinciales;
- El diseño de los mecanismos de arbitraje responde a los mecanismos de arbitración de arbitrajes privados. Sin embargo la mayoría de los casos de arbitraje se ha concentrado en cuestiones de servicios públicos, de recursos naturales, y de medio ambiente,²⁸ todas cuestiones de interés público.
- El objetivo del sistema es proteger el interés de los inversores. Consecuentemente esta es la guía de los árbitros. Cuestiones tales

²⁶ TOBIN; ROSE-ACKERMAN (2006).

²⁷ FRANCK, (2007).

²⁸ Ebda.

como el interés público de los países, derechos humanos, y el ambiente están mas allá de la misma.

- Cuando un país firma uno de estos acuerdos el mismo obliga a todos los niveles de gobierno, prácticamente con independencia de estructura constitucional.
- El tribunal arbitral se constituye solo a petición del inversor, de modo que el mercado del arbitraje es un monopsonio.
- Las interpretaciones de los tribunales han tendido a ser expansivas, tanto en la proyección de los intereses protegidos, como en el alcance de los mecanismos de protección.
- Cada tribunal es supremo en su esfera, sin apelaciones, con procedimientos reservados, sin intervención de terceros. En algunos casos se ha admitido el amicus curiae, a criterio del tribunal, tanto para la intervención, como para la consideración de los impactos que la misma pueda tener en el caso.
- En consecuencia hay un número relevante de casos, en los cuales, debido a la falta de un mecanismo de unificación de jurisprudencia, se han producido decisiones diferentes en casos similares. Un ejemplo son Methanex (USA) y Metalclad (México).
- Excepto en casos especiales los tribunales no están obligados a considerar principios generales del derecho aplicados por los principales sistemas jurídicos del mundo, y en algunas materias, como regulación, expropiación, crisis económica, debido proceso esta brecha ha producido resultados notables, tanto por su contenido, como por su distancia de las practicas de los países.
- Y es que en las materias mencionadas las practicas y la jurisprudencia de los países miran la estabilidad de largo plazo de la estructura social, y el equilibrio de intereses, mientras que la tarea de los tribunales arbitrales es proteger los intereses del inversor, en el pleito del caso.

- En el régimen arbitral de los acuerdos de inversión no hay incompatibilidades, se puede ser juez en un caso, y litigante en otro, sucesiva o simultáneamente.
- El régimen tiene una serie de proyecciones en el agua y sus servicios. Las inversiones en servicios están cubiertas por el régimen; también los cambios en regimenes regulatorios de servicios; los sistemas de derechos al agua, y el control de externalidades a su respecto; y además las inversiones comunes en muchas de las cuales el agua es un elemento relevante: fabricas, agricultura, desarrollos inmobiliarios y turísticos etc.
- En términos de aguas el trato justo y equitativo, en la peculiar noción de los tribunales arbitrales, podría ser violado por ejemplo si se crean tarifas donde antes no las habían, o una nueva condicionalidad de uso que no entraba en el otorgamiento inicial de los derechos, o cargos por no uso cuando la legislación original no previó ni obligación de uso, ni cargo por no usar; incrementos en controles de polución con impacto en la ganancia del inversor obligado a controlar externalidades; limitaciones en asignaciones iniciales de agua, no anticipadas; o nuevos requerimientos en contratos de provisión de servicios, o controles tarifarios derivados de crisis económica. Methanex dejó a salvo respecto de la excepción del poder de policía las garantías expresas dadas por un gobierno, aun cuando las mismas fueran factualmente dudosas.
- Por ejemplo, el listado de casos en los cuales Argentina es demandada en tribunales habituales incluye una serie de provincias, y la descentralización de servicios no ha impedido que el recurso al tribunal arbitral externo, sin agotar las instancias locales, prospere.
- De hecho, por la especial naturaleza y juego de intereses asociados a los tribunales arbitrales, los tribunales aceptaron jurisdicción en el 88.02% de los casos en que la misma se cuestionó.²⁹

²⁹ Ebda.

- La apertura de jurisdicción arbitral se ve reforzada por las cláusulas paraguas, en la cual cualquier violación de una obligación se considera automáticamente violación del acuerdo internacional de inversiones.
- Los casos en que Argentina está demandada incluyen:
 1. Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentina Republic (ICSID Case No. ARB/97/3).
 2. Azurix Corp. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/12).
 3. Azurix Corp. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/30).
 4. SAUR International v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/4).
 5. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/17).
 6. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A v. Argentina Republic (ICSID Case No. ARB/03/19) consolidated with AWG Group plc v. Argentina (UNCITRAL).
 7. Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/07/17).
 8. Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/07/26).
- Otros casos internacionales se han referido a Bolivia, y a Tanzania.
- Además, hay una serie de casos, que se verán mas adelante en el desarrollo del informe, en los cuales los poderes municipales o estatales han visto sus acciones contestadas por inversores y han perdido los pleitos sobre la base de los acuerdos firmados por los gobiernos nacionales.
- Es por esto que en algunos acuerdos, como Cafta, gobiernos como el norteamericano han expresamente excluido las materias de competencia estatal de sus estados miembros

2. PROBLEMAS DE LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN

A) Facultades locales

Los derechos sobre aguas, las actividades que tengan potencial para afectar aguas, y los contratos públicos para servicios que involucren aguas caen bajo la protección de los acuerdos de inversión y son resueltos bajo sus términos procedimentales y principios substantivos.

El poder regulatorio del Estado es ahora cuestionado por la interpretación que las cortes de arbitraje hacen de los acuerdos de inversión, bajo desarrollos ad-hoc que los países que firmaron los acuerdos no tuvieron probablemente en consideración. Varias decisiones han comprometido las capacidades públicas de regulación.

Así, se han cuestionado las capacidades regulatorias de los gobiernos, nacionales, estatales y locales y también a los intereses de las comunidades.

En el caso Tecmed, una compañía española, había adquirido inmuebles para operar un relleno sanitario en Hermosillo, Sonora, México. Cuando el municipio decidió que el relleno no era en el mejor interés de la comunidad, y la comunidad, que manifestó públicamente, y el estado de Sonora, consideraron igualmente, la licencia para operar el sitio no fue renovada y la compañía demandó por discriminación, violación de la garantía de plena protección y seguridad, expropiación indirecta, y por violación del principio de trato justo y equitativo.

El tribunal consideró que había habido expropiación de facto, expropiación indirecta, y falta de proporcionalidad. El tribunal también decidió que las autoridades mejicanas habían actuado en forma contradictoria, asegurando al operador que podría mudar sus operaciones a otra parte, pero por la otra no renovando la licencia. Por otro lado el tribunal decidió que México no había violado el principio de seguridad y protección plena, ni tampoco la de trato no discriminatorio, dado que no son absolutas.³⁰

³⁰ ALVAREZ, (2004).



En este particular caso, que no deja de tener sus peculiaridades (Es el gobierno responsable por no renovar? Y si lo es, que sentido tiene la posibilidad de renovar, si se convierte en compulsiva? O es responsable por la forma en que manejó la no renovación?).

Por otro lado el tribunal también declaró que las intenciones del gobierno eran menos importantes que el efecto que las medidas tienen sobre el propietario y sus intereses, y la forma de las medidas menos importantes que sus efectos actuales.³¹

En el caso Metalclad, también contra México, de nuevo se aplicó la doctrina de los solos efectos, considerando los impactos sobre el inversor, mas que las motivaciones del gobierno. En el mismo un municipio (Guadalcazar) se negó, en el contexto de una privatización a entregar un permiso de construcción para la operación de un sistema de rellenos con residuos peligrosos. El estado del municipio además declaró que el área era un área de protección de una rara especie de cactus. También se ha considerado que el relleno podía contaminar acuíferos.³² El gobierno nacional había, por su parte, dado seguridades que la inversión cumplía con todas las regulaciones ambientales y de planificación.³³

En este caso el tribunal consideró que la expropiación, incluye la interferencia encubierta o incidental con el uso de la propiedad, con el efecto de privar al propietario en todo o en parte, del uso, o del beneficio económico razonablemente esperado de la propiedad. Por tanto México responde, por expropiación, al haber permitido el comportamiento municipal cuestionado. Los motivos de la medida son irrelevantes a efectos del caso.

Es importante tener en cuenta que un caso en que los derechos ambientales de un propietario fueron conculcados la Corte Europea de Derechos Humanos,

³¹ KRIEBAUM, (2007).

³² SORNARAJAH, (2002).

³³ KRIEBAUM, (2007).



falló en contra del Gobierno de España, como garante de estos derechos (López Ostra).

Pero fuera de Europa, en el contexto de los acuerdos de inversión y sus arbitrajes, la cuestión de los derechos humanos es ajena a los acuerdos y a los arbitrajes, al punto de que un tribunal arbitral podría fallar en contra de un gobierno, si las decisiones o regulaciones sobre derechos humanos, afectan una inversión.³⁴

En otro caso, Pope, un tribunal arbitral en el contexto del Nafta, dictaminó que un caso de regulación no discriminatoria se incluye en la noción de expropiación. Y en SD Myers, también se aceptó que la regulación puede constituir un caso de expropiación.

Es probablemente por estos casos, aunque hay otros, que veremos mas adelante, que se haya afirmado que el sistema de arbitraje para inversión internacional opera sobre la base de derechos de propiedad irrestrictos. Ello pese a que las experiencias domésticas y los precedentes de derecho nacional indican que bajo una serie de situaciones y condiciones (cambio de circunstancias, términos que implican mala fe, abuso, contrarios a moral y buenas costumbres, política pública, compulsión, corrupción, inconsistencia, asimetría de información, riesgo moral, entre otros) los contratos pueden no ser considerados sagrados. Según Wells and Ahmed: la magia de los derechos de propiedad en los países industrializados no deviene del hecho que sean absolutos, sino más bien del balance entre los derechos de los individuos y los corporativos, y la equidad y el beneficio económico común.³⁵ Existen tensiones y batallas pero las mismas se llevan a cabo en foros de amplia aceptación pública.

En esta materia de balances, hay un fallo muy ilustrativo de un juez estadounidense, Holmes, en 1912, referido a tarifas de servicios públicos, donde el poder para regular “debe ser un proceso de timonear entre Scylla y

³⁴ Ebda.

³⁵ WELLS AND AHMED (2007).



Charibdis”. Por una parte se puede asumir que una franquicia de servicios es el derecho a obtener el rédito más alto posible, sin competencia, bajo la garantía de la propiedad privada. En este caso el poder de regular es nulo. Por otro lado, si el poder de regular significa la eliminación de la propiedad privada, esta no existe. Ninguno de estos extremos puede haber sido aceptado. Se debe llegar a un punto medio. ” (United States Supreme Court, Cedar Rapids Gas Light Co. v. City of Cedar Rapids, 223 U.S. 655).

Las nociones de punto medio y balance son cruciales en los sistemas regulatorios modernos. El fallo de 1912 podría ser la fuente de la afirmación de que los derechos de propiedad no son absolutos.

Sin embargo, las garantías al inversor extranjero resultantes de los acuerdos de inversión, no persiguen un balance general, sino la protección de un interés de un sector de inversores. Estas garantías incluyen el trato nacional, la nación mas favorecida, el trato justo y equitativo, la protección de la propiedad, y prohibición de imponer requerimientos de performance.

Los principios de protección aplican durante toda la vida de la inversión, como derechos del inversor sin que este tenga obligaciones explícitas generales correlativas. Aplican a inversiones anteriores o posteriores al acuerdo. Además, los tribunales arbitrales han ampliado, vía interpretación, los derechos de los inversores.

Esto impone la necesidad de contar con marcos regulatorios apropiados, antes de que tengan lugar inversiones.³⁶ Pero aún así no hay garantías de que los países no puedan encontrarse eventualmente en situaciones difíciles. Por un lado no hay forma de prever las necesidades regulatorias a 20 años plazo, por la otra las crisis económicas pueden afectar seriamente la inversión extranjera- como en el caso reciente de Argentina- y además los tribunales arbitrales son soberanos en cada caso, sin obligaciones respecto de precedente o principios generales.

³⁶ MANN, (2006).

Algunos de los derechos garantizados han generado dialéctica, por las divergencias observadas entre sistemas domésticos y sistema arbitral. Esto ha motivado que la Conferencia Nacional de Legislaturas Estatales (2007), y el Estado de Washington en Estados Unidos (2005) hayan expresado preocupaciones respecto del impacto del sistema de inversiones internacionales sobre los gobiernos locales y estatales, y su capacidad regulatoria y la preservación de sus facultades, en la protección de intereses públicos, como salud, seguridad, ambiente, y derechos laborales, y protección de consumidores. Es por esta razón que en Cafta, el acuerdo de inversión entre USA y Centroamérica, se eliminaron del mismo los servicios responsabilidad de los estados miembros de la Unión.

B). Expropiación

La garantía de la propiedad es un estándar absoluto que no se basa en la protección de inversores domésticos. Se puede expropiar con compensación. El estándar es un componente tradicional del derecho internacional.

Lo que es nuevo, sin embargo es la extensión del estándar para cuestionar regulaciones con impactos en inversores internacionales. Se ha argumentado con bastante éxito que una regulación que tiene un impacto significativo sobre inversores internacionales es una expropiación. En el área del Nafta, se atribuye esta extensión a la tradición de defensa de la propiedad en Estados Unidos.

Sin embargo es difícil conciliar esta interpretación con casos como el de Penn Station, Charles River Bridge, y legislación como la Leyes de Aguas Limpias, Aire Limpio, y otras piezas de legislación ambiental, en las que nunca se pago compensación por expropiación.³⁷ También es difícil conciliarla con jurisprudencia sobre regulación ex post de servicios, como el caso Mumm Vs Illinois, con la jurisprudencia sobre regulación de tarifas de servicios públicos en la crisis del 29, la jurisprudencia sobre tarifas que requiere confiscación (léase trabajar a pérdida) en materia de tarifas de servicios para que haya

³⁷ ebda.



expropiación, o con los casos que consagraron que era legítimo ejercicio del poder de policía cancelar los derechos ribereños no utilizados al cambiar los sistemas de derechos ribereños al uso del agua, reemplazándolo por permisos. A mayor abundamiento es difícil conciliarla con la decisión del caso, sobre la reducción a prorrata, sin compensación, de los derechos al uso del agua del lago Mono. Esta decisión se fundó en la doctrina del fideicomiso público (*public trust*) y limitó los derechos de riego en el Oeste Americano, que hasta ese momento se consideraban invencibles.

En los estudios que se hacen en Estados Unidos sobre las brechas entre decisiones de tribunales arbitrales, y la propia legislación y jurisprudencia doméstica, la conclusión es que la jurisprudencia arbitral protege intereses económicos mas amplios que los que protege la legislación y jurisprudencia doméstica; que la jurisprudencia arbitral acepta la posibilidad de la “separación conceptual” (*conceptual severance*), que la nacional rechaza; y que el impacto económico requerido por jurisprudencia arbitral para que exista una expropiación, es menor que el impacto económico requerido por la doctrina, ley, y jurisprudencia nacional.³⁸

La mayoría de los países, en sus legislaciones nacionales, tienen principios para balancear intereses colectivos y privados, con ciertos techos y pisos: por un lado la no expoliación del público y no causar daños por ejemplo, y por otro la no confiscación, o desfuncionalización de la propiedad. Sin embargo la tendencia de los tribunales arbitrales, y su limitada visión y misión pueden comprometer, en algunos países, estos balances.

Esto se debe a que a nivel internacional, los arbitrajes inversor-estado, y la literatura conexas van en direcciones divergentes e inconciliables, muchas bases basadas en puntos de vista prejuiciados, que consideran que la regulación pública es normalmente una interferencia innecesaria con la propiedad privada. De acuerdo a Mann la decisión en Methanex (Methanex contra los Estados Unidos, donde se aceptó que el ejercicio normal del poder

³⁸ PORTERFIELD, (2007)

de policía, sin discriminación, y debido proceso no es compensable, salvo que se hayan dado garantías expresas [esto último para salvar los casos en contra de Argentina] sobre el comportamiento estatal).³⁹ Mas aun, el tribunal en Methanex aceptó la noción de la noticia constructiva, (constructive notice, en algún sentido una especie de público y notorio, pues en Estados Unidos el inversor debe estar consciente que la cuestión ambiental es fundamental, de política pública, y por tanto expuesta a regulación) es inconciliable con la decisión en Metalclad, que consagró la expropiación en una cuestión similar.

Vale la pena destacar que el caso Methanex tiene compañía, puesto que en el caso Saluka, se aceptó también el poder de policía, como legitimador de regulaciones comúnmente aceptadas dentro del poder de policía del estado, que es parte del derecho consuetudinario internacional. El derecho consuetudinario internacional justifica entonces la injuria económica, sin compensación, que resulta de la regulación efectuada bona-fides.⁴⁰

C).Trato Justo y Equitativo

Este estándar es también absoluto, y no se define por el tratamiento conferido a otros inversores. Sin embargo se define en forma contextualizada, considerando tiempo y circunstancias. Algunos autores reclaman que el mismo considere no solo el interés del inversor foráneo, sino también el de todos los interesados, o miembros de la sociedad.⁴¹

Hay quienes argumentan que este estándar es una regla residual, que se aplicaría cuando todas las otras reglas de responsabilidad internacional no tienen lugar. Por tanto el estándar sería justicia ad-hoc, basado en equidad.⁴² Y las fuentes del mismo se cuestionan pues tendría un contenido altamente indeterminado, al mismo tiempo que es el derecho más frecuentemente invocado por los inversores, y los tribunales.

³⁹ MANN, (2006).

⁴⁰ WATTS, (2006).

⁴¹ MANN, (2006).

⁴² DOLZER, (2005); BARRAGUIRRE, (2005).



El mismo emerge como un estándar de derecho administrativo, invocando elementos de transparencia en la toma de decisiones, debido proceso y derecho a ser oído, acceso a la revisión judicial y administrativa de decisiones, además de dosis liberales de equidad y razonabilidad en el tratamiento al inversor extranjero. Los abusos notorios en la toma de decisiones administrativas están penalizados bajo esta garantía, pero el test no se limita a casos en los cuales nos encontremos a fallas o arbitrariedades patentes que producen un shock en su desprecio por la ley, sino que incluye fallas menores como falta de apelaciones, no renovaciones de licencias, incoherencia entre decisiones de órganos administrativos y contextos de planificación nacional y otras conductas estatales. Aunque algunos tribunales podrían ajustar el test a las circunstancias del país y del inversor no hay aun puntos de vista conclusivos en este tema. Se sostiene que es un estándar dinámico y en evolución, que no puede quedar limitado a criterios utilizados en el siglo pasado. Se podría invocar no solo cuando existan fallas de debido proceso legal, sino además cuando existan decisiones que no se ajusten a afirmaciones o seguridades dadas por oficiales públicos. Un criterio que se aplica cada vez mas en relación a este derecho es la consideración de si el gobierno actuó en una forma consistente con las legítimas expectativas del inversor, lo que algunos consideran un test muy subjetivo.⁴³

Como resulta claro este estándar no se limita al respeto del debido proceso legal, va más allá. Al igual que con la protección de expropiación no conocemos muchos estudios que expliciten las brechas entre esta protección y su equivalente nacional, el debido proceso. Pero algunos que se han hecho en Estados Unidos indican una brecha entre la legislación doméstica y las decisiones de tribunales arbitrales internacionales.

Porterfield argumenta que el estándar no es una norma legítima de derecho internacional pues su contenido es indeterminado. Y la autoridad para determinar este contenido no puede ser delegada en cortes arbitrales ni mecanismos de apelación ad hoc. Las áreas regulatorias críticas al interés

⁴³ Vid. Occidental Vs Ecuador, 2004, y otros casos, HANTKE y DOMAS, (2005)



general como ambiente, salud, y derechos comunitarios no pueden quedar vulnerables a un criterio de contenido indefinido.⁴⁴

En este campo, según Porterfield, los expertos consideran que los principios constitucionales de la no-delegación de funciones serían violados si los tribunales arbitrales internacionales pudieran crear un derecho internacional común a todos los inversores extranjeros, discrecionalmente, y en constante evolución. Este derecho internacional, surgido de tribunales internacionales carecería de consentimiento estatal, y por ende de legitimidad. En este sentido la preocupación con la falta de legitimidad del proceso de creación de contenido de la norma vinculada al trato justo y equitativo es común.

Incluso hay quien, reconociendo esta ilegitimidad, propone que se recurra a procedimientos similares a los aplicados en derecho romano.⁴⁵ Y hasta cierto punto la propuesta es lógica. Desde la época del derecho quirítico y algunos fueros medievales no se conocía un sistema con tanto énfasis en una clase, e indiferencia por valores más solidarios. Por supuesto que queda abierta la pregunta si es dable aplicar principios y procedimientos romanos en sociedades democráticas, y si dos mil años de evolución no significan nada.

Otro punto de preocupación es que la evolución del principio no resulta de práctica consuetudinaria o tratados, sino de tribunales internacionales, constituidos solo por pedido de inversores, que están creando su propia ley, cuando en rigor las fuentes obligatorias del derecho internacional son los tratados y la costumbre, y no la jurisprudencia de los tribunales ad-hoc, encargados de aplicar los tratados de inversión. Además se argumenta que carece de especificidad.⁴⁶ Además, el principio en la interpretación arbitral permite una revisión agresiva de elementos económicos, que no proceden en el debido proceso de Estados Unidos (requisitos de entornos económicos estables).

⁴⁴ PORTERFIELD, (2006).

⁴⁵ GILLES-SOURGENS, 2007).

⁴⁶ US CORTE SUPREMA, (2004).



Munchlinski argumenta la necesidad de considerar que la aplicación de los principios de trato justo y equitativo tienen origen en principios de equidad, que reclaman que quien argumenta la defensa a su vez venga en equidad, es decir de buena fe, y con una foja de servicios limpia.⁴⁷ A este respecto hace notar que el Derecho de la inversión consagra derechos pero no deberes de los inversores, pero que pese a ello hay una serie de casos de los que se deduce que algunos tribunales han aceptado, en algunos casos, algunas obligaciones, como la de buena fe, prudencia y diligencia al evaluar inversión y contexto, incluida la situación y cultura del país, y una operación razonable de los negocios. Hay una serie de casos a este respecto, como Electronica Sicula, Genin, Ogulin, Waste Management, Inceysa Vallisolitana, Methanex, donde estos principios se han puesto en operación. Muchlinski aboga para que estas obligaciones tengan recepción más sistemática en la jurisprudencia. El problema es que los acuerdos no los consagran, y si bien los árbitros pueden recurrir a ellos no están obligados a hacerlo.

También se los ha reconocido en relación a servicios públicos, bajo la forma de obligación de eficiencia, debida diligencia, buena fe por OECD.⁴⁸

Y en particular relación a servicios públicos son parte integrante del derecho regulatorio de países con tradición en prestación privada de servicios públicos.

La limitación, sin embargo es que por un lado los tribunales arbitrales no están obligados a aceptar precedente, y por otro no están sujetos a apelación ni unificación. Tampoco se concibe su tarea como un equilibrio, ni tienen obligación de considerar los principios de derecho desarrollados por sistemas nacionales principales por ejemplo en relación a agua recurso, ni servicios públicos.

Así, se avanza sobre la esfera doméstica, sin considerar los precedentes comunes en el derecho comparado, en las materias sometidas a jurisdicción arbitral. Y si bien se puede justificar el recurso a tribunal arbitral por falta de

⁴⁷ MUNCHLINSKI, (2005).

⁴⁸ OECD, (2007).

confianza en la calidad de cortes locales, no es justificable desconocer los precedentes que esta materia el derecho municipal coincidente ha creado. Estos no son casos de derecho internacional tradicional, sino de derecho doméstico llevados a esfera internacional. Sus impactos son domésticos, y la falta de balance los agrava.

En materia regulatoria esta falta de balance se ve con claridad preocupante en algunos casos.

D). La ignorancia de conceptos regulatorios importantes

En Indonesia, la compañía Karaha Bodas Power, demandó al gobierno por su inversión efectiva, (U\$S 96 millones) pero además reclamó las ganancias futuras esperadas, llegando a un total de U\$S 512.5 millones. Indonesia argumentó que el proyecto no había sido finalizado, y que con la crisis asiática la compañía no hubiera sido capaz de obtener la financiación suficiente, por lo que no se podían otorgar ganancias sobre inversiones no realizadas. Además argumentó que los gastos efectivamente incurridos eran dispendiosos y excesivos. La corte arbitral declaró que si bien los gastos eran excesivos, los mismos no eran cuestionables pues, habían sido declarados abiertamente. También otorgó lucro cesante por U\$S 150 millones. Al ser capaz de cobrar lucro cesante por inversiones no efectuadas la compañía está en mejores condiciones si un proyecto falla que si este es exitoso. El inversor puede ahora invertir la compensación, y el lucro cesante, y obtener ganancias sobre una base de capital más alta que la que efectivamente invirtió. Lo mismo pasaría si cuando quiebra un banco el depositante pudiera reclamar su depósito bajo garantía estatal más lucro cesante. Normalmente la regulación no lo permite.⁴⁹

En Karaha el demandante era una compañía eléctrica. En el derecho de los servicios públicos privados un proveedor de servicios no puede reclamar el reembolso de gastos dispendiosos, ni ganancias sobre inversiones que no son útiles ni utilizables, mucho menos no efectuadas.⁵⁰

⁴⁹ WELLS AND AHMED, (2007)

⁵⁰ PHILLIPS, (1993).



En algunos casos en Argentina (Aguas Argentinas S.A., ICSID Case no ARB/03/19) el inversor reclama compensación por el impacto alegado de las medidas económicas dictadas al tiempo de la crisis de 2002. En otro caso, CMS Gas Transmisión Company, el tribunal arbitral encontró que Argentina había violado sus obligaciones, como resultado de congelar tarifas de servicios al tiempo de la crisis económica.

Es relevante comparar con la jurisprudencia de 1929-1945, de cortes nacionales, sobre el mismo tema. Así la Suprema Corte Norteamericana reconoció que había una declinación en las ganancias de los negocios y en las tasas de interés en todo el país, y estuvo dispuesta a aceptar tasas mas bajas de retorno en servicios públicos (Natural Gas Pipeline, 1942).

Al igual que en los casos de expropiación, y trato justo y equitativo, no hay estudios de derecho comparado que expliciten las diferencias entre los principales sistemas jurídicos del mundo y el sistema de arbitraje de inversión al tratar los temas mencionados. Los estudios en Estados Unidos serían una parte importante en esta evaluación, pero la misma no es completa sin referencias al sistema alemán, español, inglés, francés, etc.

E). Problemas asociados al procedimiento

Se ha visto que los casos llevados a tribunales arbitrales de inversión son sumamente relevantes al interés público. Involucran políticas económicas generales, servicios básicos, recursos naturales, por mencionar algunos temas fundamentales. Y estos importantes temas de política pública son resueltos por tres árbitros ad-hoc, sin tener en cuenta intereses generales (que son ultra vires), sin apelación, sin intervención de terceros y en secreto.

Por otro lado estos árbitros pueden además ser jueces en algunas causas y abogados en otras, sucesiva o simultáneamente, y no hay sistema que regule conflictos de intereses.



A más elementos es importante considerar que se devengan honorarios solo cuando hay causas, y que hay causas solo cuando se acepta jurisdicción. Finalmente, el servicio de arbitraje es un monopsonio, solo lo pueden requerir los inversores, que son los que crean el mercado.

CONCLUSIONES

La descentralización de servicios de agua y saneamiento no significa que la viabilidad de los mismos no sea afectada por la política nacional económica general, ni garantiza que faltando apoyos del gobierno central los municipios o entidades descentralizadas puedan cubrir los costos del servicio.

Además, la descentralización, para ser eficiente y fomentar equidad, debería considerar cuestiones como economías de escala y ámbito y minimización de costos de transacción. En algunos casos se hacen recomendaciones sin tener en cuenta las razones por las cuales países conocidos por su gobernabilidad y calidad y cobertura de servicios han creado empresas de servicios regionales.

Por otro lado la descentralización, en el contexto de los acuerdos de protección de inversiones, no tiene la misma relevancia que sin estos acuerdos, pues en última instancia las entidades descentralizadas están obligadas por los mismos y sujetas a la centralización máxima de una corte única, internacional, sin apelaciones, y sin agotar no solo las instancias locales, sino tampoco las nacionales. La descentralización, sus motivos y sus expresiones fundamentales quedan anuladas en caso de conflictos con inversores extranjeros.

Se ha llegado a una etapa constitucional, en sentido orgánico en la cual los tradicionales principios vinculados a soberanía, federalismo y derechos locales son afectados tanto por factores económicos como legales.



Los acuerdos de protección de inversión, y los capítulos de inversión en acuerdos comerciales, han variado fundamentalmente las relaciones de poder, y las capacidades legales de los países, y por ende de sus partes constitutivas provinciales, estatales o locales para tomar medidas y dictar regulaciones,

Esto resulta de varios factores, incluyendo el propósito de los acuerdos: proteger inversores, y no proteger el interés común; el hecho de que los acuerdos obliguen a todos los niveles de gobierno, salvo excepciones contractuales; la falta de obligaciones para los inversores, por lo menos en los acuerdos; y la mecánica e integración de los tribunales arbitrales. Esta mecánica incluye el hecho de que estos tribunales se crean solo a pedido de inversores, son soberanos en cada pleito, no están obligados a considerar principios generales del derecho de países relevantes, no están sujetos a apelación y no están abiertos a terceros. Esto ha resultado en brechas entre prácticas nacionales y decisiones arbitrales.

La nueva situación se compone además, debido a la pobreza de los sistemas regulatorios de muchos países, el rechazo básico que muchos tribunales han hecho de la regulación, asimilándola a confiscación; la interpretación expansiva de los derechos de los inversores, y la elaboración de normas de derecho internacional ad-hoc en forma jurisprudencial, y no por tratado o costumbre internacional.

Por ello es conveniente que los países, y los inversores en infraestructura de servicios se aseguren de contar con regulación adecuada, y en su caso, indicaciones de política que sirvan de notificación sobre cual es la visión de los gobiernos respecto a la regulación del agua y sus servicios, a fines de hacer de publico y notorio cual es el clima regulatorio general.

Además, y esto es fundamental, los países deberían resistir la tentación de tomar decisiones sin asegurar viabilidad financiera, coherencia institucional, y prevenir practicas. contractuales o de política, que otorguen garantías de difícil cumplimiento en el mediano y corto plazo. Por otro lado, en sus indicaciones de



política deberían hacer claro el comportamiento que esperan de los inversores, en términos de diligencia, buena fe, eficiencia y transparencia.

Además, es importante identificar los impactos del nuevo sistema en instituciones y gobernabilidad, y su coincidencia o desacuerdo con prácticas nacionales en los mismos temas. El alcance de la brecha si la hubiera, con respecto a practicas nacionales, y la detección si hay países que efectivamente usen en su jurisprudencia interna los principios expansivos de los tribunales arbitrales, por ejemplo en materia de expropiación y debido proceso, seria un paso muy importante.

También lo sería la identificación y la elaboración de principios nacionales comunes:

- a) del derecho de aguas como recurso, por ejemplo dominio público del agua, falta de derecho adquirido a contaminar, y obligación de solicitar permisos o sujetarse a prorratas o no causar daños;
- b) del derecho regulatorio de servicios públicos de agua, por ejemplo las obligaciones de eficiencia y sus consecuencias operativas, de buena fe, de transparencia e información y de debida diligencia

La diseminación de estos principios, por los países, y la promoción de su consideración necesaria por los tribunales arbitrales seria una contribución que puede ayudar a remediar algunas críticas que hoy se hacen al sistema de arbitraje de inversión.



BIBLIOGRAFÍA

- **ALCÁZAR, Lorena; Manuel Abdala and Mary Shirley** (2000), “*The Buenos Aires water concession*”, Policy Research Working Paper No 2311, World Bank, April, Washington, D.C. (<http://econ.worldbank.org>).
- **ALVAREZ, Gabriela** (2004), Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. v. United Mexican States (Case No. ARB(AF)/00/2). Introductory note, International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) (<http://www.worldbank.org>).
- **ARB/05/22, before ICSID, between Biwater Gauff** (Tanzania) Limited and United Republic of Tanzania, Amicus Curiae Submission.
- **BANCO MUNDIAL** (1993), “*Water Resources Management*”, USA.
- **BARRAGUIRE, Jorge** (2005), “*El estándar de protección internacional de trato justo y equitativo*”, Social visión of Water in the Andes.
- **COUR-DES-COMPTES** (1997), “*La Gestion des Services Públicos Locaux D’Eau et D’Assainissement*”, Resume, Janvier 1997, www.ccomptes.fr.
- **CIRIACY-WANTRUP, Siegfried** (1951), “*Dollars and sense in agriculture*”, Circular, No 402, California Agricultural Experiment Station.
– (<http://www.economics.nrcs.usda.gov>).
- **DÍAZ, Edgardo and Armando Bertranou** (2003), *Investigación sistémica sobre regímenes de gestión del agua. El caso de Mendoza. Argentina, South American Technical Advisory Committee (SAMTAC), Global Water Partnership (GWP).*

- **DOLZER, Rudolf** (2005), *“Fair and equitable treatment: a key standard in investment treaties”*, International Lawyer, Volume 39, Number 1, Spring.
- **DUMBAR, Damon & Luke Eric Peterson**, *“Tanzania Declares Victory in Dispute with Water Services Company”*, Investment Treaty News, (ITN) January 11. 2008, IISD, www.iisd.org.
- **ESTACHE, Antonio; Ana Goicoechea and Lourdes Trujillo** (2006), *“Utilities reforms and corruption in developing countries”*, Policy Research Working Paper, No 4081, World Bank, December, Washington, D.C. (<http://econ.worldbank.org>).
- **FRANCK, Susan D.** (2007), *“Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration, North Carolina Law Review*, December 2007.
- **GILLES SOURGENS, Frederic** (2007), *“Icsid Arbitration and the Importance of Public Accountability of a Private Judicature-A Roman Law Perspective”* International Community Law Review 9, pp. 59-102.
- **GREGOIRE, Christine** (2005), *“Governor Washington State”*, The Honorable Rob Portman, 19 August
- **GUASCH, Luis** (2004), *“Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right”*, World Bank, Washington, D.C. (<http://www.worldbank.org>).
- **GUASCH, Luis and Stéphane Straub** (2006), *“Renegotiation of infrastructure concessions: an overview”*, Annals of Public and Cooperative Economics, Volume 77, Number 4, December (<http://ssrn.com>).

- **GUASCH, Luis; Jean-Jacques Laffont and Stéphane Straub** (2003), *“Renegotiation of concession contracts in Latin America”*, Policy Research Working Paper, No 3011, World Bank, April, Washington, D.C. (<http://econ.worldbank.org>).
- **HANTKE-DOMAS, Michael** (2005), *“Common Legal Principles of Advanced Regulatory Systems”*, September 2005. Occidental v. Ecuador, Final Award, UNCITRAL, July 2004; CMS Gas v. Argentina, ICSID Case No ARB/01/8, May 12, 2005.
- **KESSIDES, Ioannis** (2004), *“Reforming infrastructure: privatization, regulation, and competition”*, World Bank, Washington, D.C. (<http://www.worldbank.org>).
- **KHAN, Makhdoom Ali** (2006), en Peterson, Luke Eric, *“Pakistan Attorney General advises States to scrutinize investment treaties carefully”*, Investment Treaty News, 1 December, International Institute for Sustainable Development (IISD) (<http://www.iisd.org>).
- **KRIEBAUM, Ursula** (2007), *“Privatizing human rights: the interface between international investment protection and human rights”*, The law of international relations — liber amicorum Hanspeter Neuhold, August Reinisch and Ursula Kriebaum (Editors), Eleven International Publishing.
- **MANN, Howard** (2006), *“Implications of international trade and investment agreements for water and water services: some responses from other sources of international law”*, Social Vision of Water in the Andes, (<http://www.aguavisionsocial.org>),
- **MANN, Howard** (2005), The final decision in Methanex v. United States: some new wine in some new bottles, International Institute for Sustainable Development (IISD), Winnipeg, Manitoba, Canada (<http://www.iisd.org>).

- **MANN, Howard**, (2006), *“Is Fair and Equitable Fair, Equitable, Just, or Under Law?”* 100 American Society of International Law Proceedings, forthcoming.
- **MUHLINSKI, Peter** (2006), *“Caveat investor? The relevance of the conduct of the investor under the fair and equitable treatment standard”*, International and Comparative Law Quarterly, Volume 55, Number 3, July.
- **NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURES** (2007), 2007 - 2008 policies for the jurisdiction of the: Labor and Economic Development Committee (<http://www.ncsl.org>).
- **ORGANISATION FOR ECONOMIC CO OPERATION AND DEVELOPMENT**, (2007), OECD principles for private sector participation in infrastructure, Paris (<http://www.oecd.org>).
- **OGUS, Anthony** (1994), *“Regulation: legal form and economic theory”*, Clarendon Law Series, Oxford.
- **ORDOQUI, María Begoña** (2007), *“Servicios de agua potable y alcantarillado en la ciudad de Buenos Aires, Argentina: factores determinantes de la sustentabilidad y el desempeño”*, Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), Recursos Naturales e Infraestructura series No 126, LC/L.2751-P, Santiago, Chile (<http://www.eclac.org/drni>).
- **PETERSON, Luke Eric**, (2003), *“Brazil remains wary of international investment rules”*, Investment Law and Policy Weekly News Bulletin, 1 June, International Institute for Sustainable Development (IISD) (<http://www.iisd.org>).
- **PHILLIPS, Charles** (1993), *“The regulation of public utilities. Theory and practice”*, Public Utilities Reports, Inc., Arlington, Virginia.

- **PORTERFIELD, Matthew** (2006), “*An international common law of investor rights?*”, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, Volume 27, Number 1, Spring (<http://ssrn.com>).
- **PORTERFIELD, Matthew** (2004), “*International expropriation rules and federalism*”, Stanford Environmental Law Journal, Volume 23, Number 3, January (<http://ssrn.com>).
- **ROWLEY, William; Michael Reisman and Van Vechten Veeder** (2005), In the matter of an international arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement and the UNCITRAL Arbitration Rules between: Methanex Corporation Claimant/Investor and United States of America Respondent/NAFTA Party. Final award of the tribunal on jurisdiction and merits, 9 August (<http://www.state.gov>).
- **SAPPINGTON, David** (1993), “*Comment on ‘Regulation, institutions, and commitment in telecommunications’, by Levy and Spiller*”, Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics. 1993, Michael Bruno and Boris Pleskovic (Editors), World Bank, Washington, D.C.
- **SORNARAJAH M.** (2002), “*The Clash of Globalisations and the International Law on Foreign Investment*”, Simon Reisman Lecture in International Trade Policy, The Norman Paterson School of International Affairs, 12/09/2002, Ottawa.
- **TOBIN, Jennifer and Susan Rose-Ackerman** (2006), “*When BITs have some bite: the political-economic environment for bilateral investment treaties*”, Yale Law School, November (<http://www.law.yale.edu>).
- **UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, Human Development Report**, (2006), “*Beyond Scarcity: Power, Poverty, and the Global Water Crisis*” UNDP, NY, USA.



- **UNITED STATES SUPREME COURT**, (2004), “*Sosa V. Alvarez-Machain*”, 03-339 542 U.S. 692, (<http://www.findlaw.com>).
- **UNITED STATES SUPREME COURT**, (1912), “*Cedar Rapids Gas Light Co. v. City of Cedar Rapids*”, 223 U.S. 655, (<http://www.findlaw.com>).
- **WATTS, Arthur; Maître Yves Fortier y Peter Behrens** (2006), “*The matter of an arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules 1976*”, Saluka Investments BV (The Netherlands) claimant v. The Czech Republic respondent. Partial award, (<http://ita.law.uvic.ca>).
- **WELLS, Louis; Rafiq Ahmed** (2007), “*Making foreign investment safe: property rights and national sovereignty*”, Oxford University Press, New York
- **WORLD PANEL ON FINANCING WATER INFRASTRUCTURE**, (2003), Chair Michel Camdessus, Writer James Winnepenney, “*Financing Water for All*” World Water Council, 3rd World Water Forum, 2003.

ACRÓNIMOS

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD),
plantas de tratamiento de aguas residuales (PTAR)