

Tratados internacionales de protección a la inversión y regulación de servicios públicos

Florencia Saulino



Ministerio Federal de
Cooperación Económica
y Desarrollo

giz

Este documento fue preparado por Florencia Saulino, consultora de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), bajo la coordinación de Andrei Jouravlev, Oficial para asuntos económicos de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), con colaboración de Caridad Canales, funcionaria de la misma división, en el marco del proyecto CEPAL/GTZ "Sustentabilidad e igualdad de oportunidades en globalización. Componente 1, Tema 4: Construyendo compromiso, eficiencia y equidad para servicios sustentables de agua potable y saneamiento en América Latina y el Caribe" (GER 08/004), ejecutado por la CEPAL en conjunto con la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), y financiado por el Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo (BMZ) de Alemania.

Las opiniones expresadas en este documento, que no ha sido sometido a revisión editorial, son de exclusiva responsabilidad de la autora y pueden no coincidir con las de la Organización.

Índice

Resumen.....	5
I. Apertura del taller	7
II. Panel 1	9
A. Presentación de Emilio Lentini	9
B. Presentación de Miguel Solanes	10
C. Presentación de Carlos Espósito	11
D. Presentación de Juan Pablo Bohoslavsky	12
III. Panel 2	13
A. Presentación de Stephan Schill	13
B. Presentación de Santiago Montt	13
C. Presentación de Michael Waibel	14
D. Presentación de Horacio Rosatti	14
E. Presentación de Gabriel Bottini	14
IV. Panel 3	17
A. Presentación de Mónica Pinto	17
B. Presentación de Juan Justo	18
C. Presentación de Florencia Saulino	19
D. Presentación de Ezequiel Nino	20
V. Panel 4	21
A. Presentación de Evamaría Uribe	21
B. Presentación de Magaly Espinosa	22
C. Presentación de Jorge Saravia	22
D. Contribución de José Salazar	23
Anexos	25
Anexo 1: Programa del taller	26
Anexo 2 Resultados de la evaluación del taller	28
Anexo 3 ¿Qué es lo que pueden hacer los países cuando actúan bajo la mirada de los TBIs?, por Juan Pablo Bohoslavsky	29
Anexo 4 Derecho internacional de inversiones y derecho público comparado: fundamento conceptual e implicancias prácticas, por Stephan Schill	36

Anexo 5	Ajuste de las tarifas de servicios públicos en tiempos de crisis garantizadas en monedas extranjeras, por Michael Waibel	41
Anexo 6	La inconsistencia del CIADI como régimen jurisdiccional internacional: reflexiones a partir del caso argentino, por Horacio Rosatti.....	44
Anexo 7	Recomendaciones sobre convivencia entre los TBIs y el derecho humano al agua, por Juan Pablo Bohoslavsky y Juan Justo	48
Anexo 8	Resumen del estudio para relanzar las IP en el sector agua potable y saneamiento del Perú: aportes del regulador SUNASS, por José Salazar	50

Índice de recuadros

Recuadro 1	Conclusiones y sugerencias del Seminario “Acuerdos Internacionales de Inversión, Sustentabilidad de Inversiones de Infraestructura y Medidas Regulatorias y Contractuales”	8
Recuadro 2	Temas a considerar para mejorar la posición del país ante un eventual arbitraje	10

Resumen

La División de Recursos Naturales e Infraestructura de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en cooperación con la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Argentina, revista Res Publica Argentina y Universidad Autónoma de Madrid, España, organizaron el Taller “Tratados Internacionales de Protección a la Inversión y Regulación de Servicios Públicos” (Buenos Aires, Argentina, 19 de noviembre de 2010) (véase el Anexo 1). El objetivo del evento fue analizar las implicaciones y los desafíos que entrañan los tratados internacionales de protección de las inversiones extranjeras para la labor de los organismos de regulación y fiscalización de los servicios agua potable y saneamiento y la protección de los derechos humanos en este campo. El taller contó con la participación de representantes de organismos de regulación, control y fiscalización de América Latina y expertos internacionales —quienes lo evaluaron positivamente (véase el Anexo 2)—, y buscó fortalecer la capacidad de los gobiernos de los países de la región para diseñar e implementar políticas públicas efectivas para el sector, con énfasis en elementos tales como compromiso, eficiencia, equidad y sustentabilidad. Los debates se centraron en torno a los siguientes temas: i) tratados de protección a la inversión, implicaciones para la formulación de políticas públicas en la regulación, fiscalización y prestación de servicios públicos, con énfasis en el sector de agua potable y saneamiento; ii) arbitraje en conflictos relacionados con la prestación de servicios públicos, la experiencia argentina y déficits en el sistema de arbitraje y vías de solución; iii) implicaciones de tratados de protección a la inversión en materia de derechos humanos, incluyendo el derecho humano al agua, y política ambiental; y iv) experiencias en la regulación y fiscalización de servicios públicos, en particular los de agua potable y saneamiento, en especial cuando estos cuentan con la participación de inversores extranjeros.

I. Apertura del taller

En la sesión de apertura del taller hicieron uso de la palabra: Roberto Saba, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo; y Andrei Jouravlev, Oficial para Asuntos Económicos de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la CEPAL.

Roberto Saba les dio la bienvenida a los participantes y señaló la importancia de los temas que se discutirían durante la jornada. En particular, destacó el valor de abordar la discusión sobre el impacto de los tratados de inversión desde distintas ópticas, incluyendo la protección de los derechos humanos y el medio ambiente. Asimismo, señaló la conexión existente entre los temas a tratar y el especial interés de la Universidad en temas de derecho público, derecho internacional, derecho ambiental y derecho internacional de los derechos humanos.

Andrei Jouravlev realizó una introducción a los temas que se iban a tratar en el taller y su conexión con la misión de CEPAL. En particular, señaló que el taller se realizaba en el marco del proyecto “Sustentabilidad e igualdad de oportunidades en globalización. Componente 1, Tema 4: Construyendo compromiso, eficiencia y equidad para servicios sustentables de agua potable y saneamiento en América Latina y el Caribe” cuyo objetivo es fortalecer la capacidad de los países de la región para diseñar e implementar políticas públicas efectivas para el sector de agua potable y saneamiento, con énfasis en elementos tales como compromiso, eficiencia, equidad y sustentabilidad.

Señaló que los países de América Latina y el Caribe han firmado numerosos acuerdos de protección a la inversión y que, como resultado, existe una gran cantidad de servicios prestados y derechos detentados por empresas que están comprendidas en los sistemas de protección a la inversión extranjera. En muchas ocasiones, la manera en que los árbitros resuelven cuál es el balance entre el poder estatal y el derecho de propiedad se distancia de los principios desarrollados por los sistemas legales domésticos. Destacó que esta situación se traduce en el debilitamiento de la capacidad de los países de la región para diseñar e implementar políticas públicas en sectores de servicios públicos.

Agregó que el taller continuaba la discusión iniciada en Lima, Perú, durante el Seminario “Acuerdos Internacionales de Inversión, Sustentabilidad de Inversiones de Infraestructura y Medidas Regulatorias y Contractuales” (véase el Recuadro 1) y que su objetivo central era el análisis de las implicaciones de los tratados de protección a la inversión para la labor de los organismos de regulación, control y rectoría de los servicios públicos y para la protección de los derechos humanos en ese campo. Por último, señaló que el desafío consiste en lograr una sinergia positiva y sustentable entre inversiones extranjeras y desarrollo de los países, en especial de sectores estratégicos de la economía, como los servicios de agua potable y saneamiento.

RECUADRO 1
CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS DEL SEMINARIO “ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN, SUSTENTABILIDAD DE INVERSIONES DE INFRAESTRUCTURA Y MEDIDAS REGULATORIAS Y CONTRACTUALES”

Que los países sean renuentes a firmar y prorrogar acuerdos internacionales de inversión que no contengan cláusulas de protección de interés público o que no reivindiquen los principios generales y prácticas comunes en cuestiones regulatorias de servicios públicos.

Que a los derechos de los inversionistas extranjeros se agreguen sus deberes correlativos, como los de eficiencia, diligencia debida, buena fe, transparencia y respeto por el interés público del país huésped y sus normas legales.

Que se promueva una reforma del sistema arbitral de inversión, para que se corrijan sus disfuncionalidades de carácter procedimental, entre las que se cuentan la falta de rendición de cuentas, el déficit en materia de publicidad y participación, la inexistencia de sistemas de unificación de la jurisprudencia arbitral, y la falta de independencia —conflicto de interés— de los árbitros.

Que se propicie que sean incorporados expresamente como derecho aplicable en los arbitrajes de inversión los principios comunes que se han desarrollado en la legislación comparada en materia de protección de interés público, medio ambiente, aguas, servicios públicos, derechos humanos y manejo de la crisis económica. Los acuerdos de protección a la inversión extranjera han generado un sistema jurídico mediante el cual la institucionalidad internacional ha avanzado aplicando principios que no se ajustan a la materia tratada, en numerosas ocasiones son inconsistentes con principios básicos de los respectivos derechos constitucionales domésticos, no coinciden con aquéllos que las naciones aplican en iguales circunstancias, no promueven comportamientos económicos sanos, ni son deferentes de ciertos derechos fundamentales.

Que antes de aceptar la inversión privada internacional en servicios públicos, los países desarrollen e implementen los marcos regulatorios basados en los principios fundamentales de eficiencia, buena fe, igualdad ante la ley, debida diligencia y transparencia. En este sentido, los lineamientos para la revisión tarifaria del sector sanitario en el Perú aprobados en 2008, son una muestra de una notable sofisticación de la técnica regulatoria (véase la página 33).

Que se haga claro a los inversores que las gestiones ante las agencias de promoción de inversiones extranjeras, no los eximen de cumplir con todas las obligaciones ante los organismos sectoriales competentes (como los ambientales, de aguas o de asuntos sociales), ni constituyen una excusa para la ignorancia de las legislaciones y regulaciones nacionales.

Que las agencias de promoción de inversiones no deben otorgar autorizaciones sin la conformidad expresa de los organismos sectoriales competentes en cuestiones de servicios públicos, recursos hídricos y medio ambiente.

Que se requiere una mayor coordinación entre las agencias que regulan la actuación de los inversores, los cuerpos de abogados estatales expertos en cuestiones de protección de las inversiones extranjeras y los funcionarios que negocian los tratados bilaterales de inversión (TBIs).

Fuente: Jorge Barraguirre, Ximena Fuentes, Andrei Jouravlev y Michael Hantke Domas (2010), *Acuerdos internacionales de inversión, sustentabilidad de inversiones de infraestructura y medidas regulatorias y contractuales*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/W.325, Santiago de Chile (disponible en Internet en <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/3/40483/lcw325e.pdf>).

II. Panel 1

A. Presentación de Emilio Lentini¹

Se refirió a la importancia que tuvo y tiene el problema de los arbitrajes internacionales de inversión para la Argentina y en particular para el sector de agua potable y saneamiento. Destacó que estos conflictos han afectado a casi la mitad de la población del país.

Presentado el panorama general, identificó los factores que contribuyeron a crear condiciones favorables para que los contratos suscriptos entre el Estado y los prestadores privados entraran en conflicto, llevando primero a su renegociación y luego al arbitraje internacional.

Entre ellos, destacó los importantes compromisos de inversión asumidos por los prestadores. Estos compromisos hicieron que los flujos de fondos del negocio tuvieran grandes saldos negativos durante los primeros años, que requirieron aportes adicionales de los accionistas o el financiamiento de terceros. Asimismo, señaló que el marco contractual generaba fuertes incentivos a ajustar el valor de contrato a través del incumplimiento del plan de inversiones. A este panorama se sumaron condiciones macroeconómicas y sociales complejas, sublimadas por la crisis económica (2001-2002) que modificó sustancialmente las variables y dio lugar a la renegociación de los contratos.

Se refirió a la valuación del daño en los arbitrajes. Destacó que resulta llamativa la diferencia entre los valores demandados y las valuaciones presentadas por la Argentina.

Atribuyó las diferencias a las metodologías de valuación utilizadas por las partes. Señaló que una de las alternativas más realistas sería utilizar el valor de los activos no amortizados (estados contables), pero este cambio necesitaría ajustes regulatorios. Agregó que existen otros métodos que los tribunales han tomado como referencia, como los aportes de los accionistas, pero su uso podría resultar problemático.

Finalmente, señaló ciertas modificaciones al marco regulatorio que contribuirían a mejorar la posición del país ante un eventual arbitraje (véase el Recuadro 2).

¹ Representante para América del Sur de la Red de Investigación “*Res-EAU-Ville*” del Centro Nacional de Investigación Científica (CNRS) de Francia.

RECUADRO 2

TEMAS A CONSIDERAR PARA MEJORAR LA POSICIÓN DEL PAÍS ANTE UN EVENTUAL ARBITRAJE

Marco ex ante:

Marco legal: i) aplicación de alcance general comparado con contrato entre partes; y ii) específico desde el punto de vista técnico y económico.

Licitación: i) estudios previos; y ii) procedimiento y criterio de subasta.

Contrato (o marco legal general): i) metodología de determinación de tarifas y de la posición de equilibrio del contrato; ii) no otorgar garantías específicas y excesivas (como tarifas en dólares, cobertura financiera, automaticidad de los aumentos tarifarios y exención de niveles de calidad e inversiones); iii) obligatoriedad de ejecutar el plan de inversiones a costos eficientes; iv) distribución de riesgos explícita; v) cláusulas de limitación de renegociaciones (por ejemplo, metas inversiones y calidad cumplidas); vi) consideración del contexto socio-económico y ambiental; y vii) sistemas de información, uso de contabilidad regulatoria.

Organización del ente regulador: i) experiencia previa de la estructura organizativa de la regulación y control; y ii) altamente especializada con selección por mérito y capacitación.

Marco ex post:

Protocolos formales y documentados de la aplicación de los instrumentos regulatorios: i) revisiones tarifarias; ii) información de la empresa (contabilidad regulatoria) y del mercado (“benchmarking”), y rentabilidad regulatoria; iii) cuantificación de los niveles de eficiencia; iv) procedimientos de sanción y recurso administrativo; v) control del cumplimiento del plan de inversión y niveles de calidad de los servicios, incluido estudios de impacto socio-ambiental; y vi) regulación y control del endeudamiento.

Auditorías técnicas y contables calificadas e independientes.

Participación de la comunidad y los usuarios mediante mecanismos formales.

Difusión y transparencia.

B. Presentación de Miguel Solanes²

Presentó una síntesis de un trabajo que preparó para el Instituto Internacional de Desarrollo Sostenible (IISD) de Canadá, en donde compara los principios de derecho interno de países desarrollados con las decisiones de tribunales arbitrales respecto de temas relacionados con servicios públicos.

Señaló que los servicios públicos modernos actúan como sustitutos del Estado y que, como tales, la jurisprudencia nacional los sujeta a una serie de condiciones entre las que se destacan la eficiencia en la prestación del servicio, la debida diligencia y la buena fe. Sin embargo, destacó que existen grandes brechas entre las jurisprudencias nacionales y los laudos de los tribunales arbitrales con respecto a estas obligaciones. En efecto, las decisiones de los tribunales arbitrales generalmente se basan en un conjunto de principios muy limitados, que muchas veces ignoran las prácticas regulatorias comunes. Advirtió que esta actitud es parte de un problema mayor que está dado por la tendencia de los árbitros a tratar estos conflictos como si fueran parte del derecho privado, sin tener en cuenta las implicaciones que sus decisiones tienen en temas como el medio ambiente, la salud pública y el bienestar general.

Destacó que, en su opinión, podría recurrirse a ciertos principios generales que surgen del análisis de la legislación comparada para lograr un balance entre la importancia de los temas que

² Investigador senior en el área de análisis económico e institucional de la Fundación IMDEA (Instituto Madrileño de Estudios Avanzados) Agua.

deciden los tribunales arbitrales y los criterios que aplican para adoptar sus decisiones. Estos principios incluyen: la regulación por ley y no por contrato; y los deberes de eficiencia, debida diligencia y buena fe.

Señaló que la inclusión de estos principios en el ordenamiento jurídico de los Estados contribuiría a mejorar su posición ante posibles reclamos internacionales. Asimismo, destacó que los Estados deberían llevar a cabo un estudio del derecho comparado sobre la regulación de servicios públicos, y establecer en los contratos que el derecho aplicable en caso de conflicto es aquel que tenga las mayores garantías para el Estado y los usuarios. Recomendó que, antes de comprometerse en contratos de gestión u otros, como desarrollo de obras de desalinización con garantía de ingresos y compra obligatoria, los países deben hacer apropiados estudios costo-beneficio y de sustentabilidad financiera y económica, considerando impactos en la equidad, contexto macroeconómico, sector a beneficiar, beneficios y costos del proyecto, su distribución, y capacidad de pago.

C. Presentación de Carlos Espósito³

Centró su presentación en el concepto de expectativas legítimas en el ámbito de los acuerdos de protección a la inversión. En primer lugar, destacó que este concepto no se encuentra regulado como tal, sino que surge de la aplicación del principio de trato justo y equitativo.

Siguiendo los principios del derecho anglosajón, alemán y comunitario europeo, señaló la necesidad de distinguir las expectativas legítimas de las expectativas razonables. Sostuvo que las expectativas razonables pueden definirse como aquéllas que tendría una persona razonable en un ámbito concreto en el que se considera que esas expectativas son relevantes. En cambio, las expectativas legítimas son aquellas expectativas razonables a las que se les puede atribuir consecuencias procesales y compensatorias en términos legales.

Destacó que para poder traducir el contenido de las expectativas legítimas en el ámbito del arbitraje se requiere el cumplimiento de tres criterios: i) la conducta debe ser directamente atribuible al Estado; ii) las expectativas deben ser razonables; y iii) debe existir un nexo de conexión causal entre la conducta del Estado y el daño.

Respecto del primero de estos criterios, señaló que la conducta de los Estados no puede ser juzgada en términos abstractos, sino que es necesario tener en cuenta la situación concreta del país del que se trate. Asimismo, destacó la necesidad de determinar qué tipo de acciones deberían ser consideradas como permitidas para los Estados, puesto que lo que no está permitido para los poderes públicos no podría constituir una expectativa legítima del inversor extranjero. En este sentido, consideró que la utilización de un principio “*caveat investor*”, utilizando la analogía del principio “*caveat emptor*” del derecho anglosajón, podría utilizarse para evaluar la responsabilidad del inversor por sus decisiones.

Destacó que, si bien en el derecho anglosajón, alemán y comunitario europeo existen estudios de derecho interno sobre el concepto de “*expectativas legítimas*”, no ocurre lo mismo en los países latinoamericanos. Propuso entonces realizar estudios sobre cómo se han aplicado estos principios en el derecho administrativo interno de los países latinoamericanos, y conectar sus conclusiones con los principios básicos del derecho internacional y del derecho administrativo global que puedan afectarlos.

Por último, señaló que un estudio sustantivo procesal y consecuencialista de este principio ayudaría a evitar interpretaciones extensivas o injustificadas por parte de árbitros internacionales, que gozan de una legitimidad mucho menor que la de los jueces elegidos constitucionalmente.

³ Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad Autónoma de Madrid.

D. Presentación de Juan Pablo Bohoslavsky⁴

Presentó su trabajo “*Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*”⁵ y, en particular, su exposición se centró en el desafío que implican los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones para el ejercicio eficaz de las facultades regulatorias básicas de los Estados.

En este sentido, señaló que la jurisprudencia arbitral es sumamente rígida al interpretar los derechos de los inversores lo que, sumado a una interpretación expansiva de conceptos como el de “*expectativas legítimas*”, puede ocasionar una erosión notable de las facultades regulatorias básicas de los Estados.

Recordó que en los casos que han sido resueltos en el sector de agua potable y saneamiento, los tribunales arbitrales internacionales han ignorado tanto el componente económico que existe detrás de la regulación del servicio público, como el principio de eficiencia y sus derivaciones. Del mismo modo, los tribunales arbitrales no han considerado el carácter de derecho humano al agua, aún en aquellos casos en donde organizaciones no gubernamentales habían presentado *amicus curiae* explicando que las medidas adoptadas respondían a la necesidad de proteger ese derecho.

Sostuvo que ante una jurisprudencia como esta, que condiciona y limita la actividad regulatoria, es lógico que las agencias resuelvan internalizar esos límites, inhibiéndose de cambiar la regulación y mejorarla, en parte por el temor a las consecuencias internacionales de sus decisiones. Destacó que este “*enfriamiento regulatorio*” puede generar un anquilosamiento político, social, económico y hasta intelectual en la manera de pensar la teoría regulatoria.

Por otra parte, señaló que ningún gobierno podría, ni debería indemnizar a los inversores por todos los riesgos que implica hacer negocios en un país. En este sentido, sostuvo que el criterio extremadamente objetivo al que han recurrido muchos árbitros, según el cual ni la buena fe ni el interés público son factores que pueden justificar una medida estatal, genera estímulos perversos tanto para el gobierno como para los inversores. Destacó la necesidad y relevancia de realizar estudios robustos de derecho comparado a fin de identificar con precisión y sistematizar las fuentes del derecho que deben aplicarse en los arbitrajes de inversión.

Formuló una serie de recomendaciones en relación al rol que deberían cumplir los poderes legislativos y ejecutivos, tanto al momento de negociar y suscribir un tratado de protección de inversiones como cuando su objetivo es modificar la regulación de los servicios públicos (véase el Anexo 3). También describió los cambios que ya están operando en los tratados bilaterales de inversión (TBIs) negociados por diversos países de diferentes regiones del mundo.

⁴ Director de la Maestría en Derecho Administrativo Global, Universidad Nacional de Río Negro, y consultor de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la CEPAL.

⁵ Juan Pablo Bohoslavsky (2010), *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/W.326, julio, Santiago de Chile (disponible en Internet en <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/4/40484/lcw326e.pdf>).

III. Panel 2

A. Presentación de Stephan Schill⁶

Se refirió al enfoque que ve al derecho internacional de las inversiones como una forma de derecho público global⁷. Explicó que este enfoque implica un método de interpretación específica que consiste en utilizar el derecho público comparado para concretizar los principios vagos de los tratados de protección de inversiones y determinar el espacio de acción del Estado. Destacó que este enfoque puede servir para reconciliar la protección de los inversores extranjeros y el interés público, sin modificar los TBIs.

B. Presentación de Santiago Montt⁸

Centró su presentación en las dificultades que genera la revisión del derecho doméstico por los tribunales arbitrales. En primer lugar, señaló la relación existente entre el derecho doméstico y el derecho internacional. Destacó que existe una relación entre la legalidad o ilegalidad doméstica y la legalidad o ilegalidad internacional. Esta relación no implica que el Estado pueda utilizar el derecho doméstico para defenderse ante el incumplimiento de sus obligaciones internacionales, sino que, cuando el Estado actúa de acuerdo al derecho doméstico, es más difícil llegar a la conclusión de que ha incurrido en responsabilidad internacional.

Para ejemplificar esta relación citó el caso “*Thunderbird Gaming*”. En este caso, un inversionista extranjero había instalado máquinas de juego que operaban basándose en las habilidades del jugador. La autoridad mexicana no sólo prohibió el negocio, sino que procedió al decomiso de las máquinas por considerar que la actividad era ilegal. Destacó que, para la decisión de la controversia, resultaba clave determinar si este tipo de máquinas eran ilegales de acuerdo al derecho mexicano, ya que en ese caso el inversor no podría reclamar propiedad ni hablar de expropiación. En igual sentido, citó los casos “*Metalclad*”, “*EnCana*” y “*Occidental Petroleum*”.

⁶ Miembro Investigador Principal (Senior Research Fellow), Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg, Alemania.

⁷ Véase el Anexo 4.

⁸ Director del Centro de Regulación y Competencia, Universidad de Chile.

En segundo lugar, remarcó las dificultades que genera la revisión del derecho doméstico por los tribunales internacionales. Sostuvo que en dicha revisión el tribunal debería tener en cuenta no sólo el derecho sino también los hechos que motivaron la decisión y las políticas públicas subyacentes a ésta.

Para hacer frente a las dificultades que genera la revisión judicial de un derecho que no es el propio del tribunal, propuso utilizar como modelo las soluciones adoptadas en países federales. Destacó que en los EE.UU., los tribunales federales muchas veces deben aplicar el derecho local, y para estos casos existe lo que se conoce como “*recurso de certificación*”, que permite al tribunal federal pedirle opinión a la corte suprema estadual sobre la interpretación de la ley local.

Para concluir, consideró que sería posible utilizar un recurso equivalente al de certificación, que permita a los tribunales arbitrales consultar a la corte suprema del país sobre la interpretación del derecho local. Destacó que este enfoque facilitaría la labor de los árbitros a la vez que permitiría al Estado retomar el control de su ordenamiento jurídico.

C. Presentación de Michael Waibel⁹

Versó sobre los problemas que presenta el arbitraje de inversiones para hacer frente a los casos en los que se cuestionan medidas adoptadas ante una crisis económica¹⁰. En particular, sostuvo que la política cambiaria de un gobierno es la quintaesencia de la política general de regulación y como tal no debería ser revisada en profundidad por los tribunales arbitrales. Asimismo, analizó la aplicación de la figura del “*estado de necesidad*” a las medidas adoptadas por un Estado frente a una crisis como la que enfrentó la Argentina y señaló la conveniencia de reformular el texto de los tratados para garantizar que la política monetaria y cambiaria del Estado esté excluida de la jurisdicción de los tribunales arbitrales.

D. Presentación de Horacio Rosatti¹¹

Se refirió a las inconsistencias que presenta el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) como régimen jurisdiccional internacional y formuló propuestas para superarlas¹².

E. Presentación de Gabriel Bottini¹³

Centró su presentación en el funcionamiento de las instituciones propias del arbitraje de inversiones y en la evolución de esta rama del derecho.

En lo que respecta al funcionamiento de las instituciones, sostuvo que si bien ha habido desarrollos favorables en lo relativo a la recusación de los árbitros —que incluían una mayor conciencia de la importancia del tema y de la necesidad de exigirles una conducta imparcial—, casos como “*Vivendi*” aún ponían en duda la legitimidad del sistema de arbitraje de inversiones.

Destacó que en la decisión de anulación de “*Vivendi*”, los tres miembros del comité *ad hoc* sostuvieron que una de los árbitros se encontraba inmersa en una situación de conflicto de intereses,

⁹ Becario de Postdoctorado (Postdoctoral Fellow) de la Academia Británica, Universidad de Cambridge. Profesor Visitante, Universidad de St. Gallen, Suiza.

¹⁰ Véase el Anexo 5.

¹¹ Profesor titular de Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral. Ex Procurador del Tesoro de la Nación Argentina.

¹² Véase el Anexo 6.

¹³ Director Nacional de Asuntos y Controversias Internacionales, Procuración del Tesoro de la Nación Argentina.

por haber sido nombrada como directora de una sociedad que era a su vez accionista de la empresa actora. Asimismo señaló que resultaba extremadamente preocupante la opinión adicional de uno de los miembros del comité, quien denunció que: *“miembros de mayor jerarquía de la Secretaría se acercaron informalmente a los miembros individuales del comité con vista a modificar el texto. Naturalmente, esto significó una gran tensión para el comité, ya que planteó muchas cuestiones fundamentales respecto de su procedencia, la independencia, la comunicación abierta y directa entre los miembros del comité y la confidencialidad”*.

Al respecto, señaló que el CIADI es un organismo administrativo cuya función se limita a prestar asistencia a los tribunales arbitrales, y agregó que ningún funcionario del CIADI debería tener influencia sobre la sustancia de los procedimientos. Asimismo, destacó que dichos funcionarios deberían evitar incurrir en conductas que generen la apariencia de que las decisiones de los árbitros están influenciadas por el Banco Mundial.

En lo que respecta a la cuestión de fondo, sostuvo que en los últimos 10 años se ha asistido a la creación del derecho de inversiones, a partir de la interpretación que los tribunales han hecho de los estándares muy amplios y vagos que se encontraban contenidos en los tratados. Señaló como ejemplo el concepto de *“expectativas legítimas”*. Destacó que, tal como lo sostuvo el profesor Pedro Nikken en el caso *“Suez”*, este concepto no surge del sentido ordinario del texto de los tratados, ni tampoco existe una práctica internacional que muestre que la intención de los Estados fue proteger las expectativas legítimas del inversor. Por tanto, resulta posible afirmar que este concepto surgió enteramente como una creación de los tribunales arbitrales.

Frente a esta situación, consideró necesario examinar si las propuestas de la doctrina, y en particular del derecho administrativo global, presentan una solución adecuada al problema. Destacó que el derecho administrativo global realiza aportes muy interesantes, como la adopción de herramientas provenientes del derecho local y de la jurisprudencia de otros tribunales internacionales. Sin embargo, señaló la necesidad de ser muy cuidadosos a la hora de legitimar la aplicación del derecho administrativo global por tribunales que tienen los problemas antes mencionados.

En este sentido, remarcó que la estructura actual del sistema de arbitraje no ofrece las garantías de imparcialidad, idoneidad e independencias que resultarían necesarias para aplicar este derecho. Por tanto, consideró que antes de promover la adopción de un derecho administrativo global resultaría necesario adoptar instituciones que ofrezcan las garantías antes mencionadas.

IV. Panel 3

A. Presentación de Mónica Pinto¹⁴

La presentación versó sobre el impacto que los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones pueden tener en cuestiones vinculadas con los derechos humanos, con especial interés en el derecho humano al agua.

Señaló que si bien el derecho al agua siempre formó parte de los derechos humanos, su reconocimiento como derecho autónomo es muy reciente. En efecto, el 28 de julio de 2010 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 64/292 que reconoce el derecho al agua y al saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. Destacó que, con anterioridad a esta resolución, el derecho al agua se consideraba parte integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, que incluye el derecho de toda persona a la calidad y cantidad de agua suficiente para sus necesidades esenciales, suministrada en las mejores condiciones posibles.

Sostuvo que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas que permitan progresivamente poner en vigencia estos derechos y, al mismo tiempo, la de no tomar medidas regresivas, es decir, que pongan a la población en una situación peor a la que se encontraban cuando estos comenzaron a regir.

Respecto de la relación de los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones y los tratados de derechos humanos, señaló que no existe nada que permita inferir que se trata de dos grupos de derechos que son incompatibles; o que es imposible delegar en el sector privado o en la inversión extranjera la provisión de servicios básicos como es el servicio del agua potable y saneamiento.

Sin embargo, destacó que aún en los casos en los que el Estado delega la provisión del servicio en una empresa privada, sigue siendo internacionalmente responsable por la regulación de este sector. Por tanto, la delegación no puede suponer un desconocimiento de los estándares mínimos que el derecho a un nivel de vida adecuado exige y, si el inversor privado no puede asegurar el cumplimiento de dichos estándares, el Estado está obligado a tomar medidas para garantizar estos derechos.

¹⁴ Decana y Profesora Titular de Derecho Internacional Público y de Derechos Humanos y Garantías, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Finalmente, señaló que existe una situación prioritaria respecto de las normas de derechos humanos que surge de la jurisprudencia internacional a partir de 1970, cuando la Corte Internacional de Justicia consideró a los derechos humanos como normas *erga omnes* que forman parte del derecho internacional consuetudinario. Finalmente, destacó que en la actualidad nos encontramos en camino a una situación en la cual la normativa de derechos humanos se va a transformar en un criterio hermenéutico para interpretar todas las normas de derecho.

B. Presentación de Juan Justo¹⁵

Presentó su trabajo en coautoría “*Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión*”¹⁶. Se refirió al rol de las autoridades nacionales en su interacción con los inversores extranjeros desde su posición como garantes de los derechos humanos. Explicó que la sujeción del Estado a estos dos regímenes de forma simultánea puede dar lugar a un dilema para los Estados, que podrían incurrir en responsabilidad internacional por no adoptar las medidas que les exigen los tratados de derechos humanos; o por adoptarlas, afectar los intereses de los inversores extranjeros y así activar la protección de los TBIs.

Para evitar o reducir las mencionadas tensiones, propuso resignificar el papel de las autoridades domésticas a partir de dos perspectivas: i) concebir ciertas medidas regulatorias que originan las controversias como expresiones del deber de protección de un derecho humano; y ii) reconocer a las autoridades nacionales, en su calidad de agentes convencionales internos, la posibilidad de controlar la convencionalidad de las decisiones que se adoptan en los arbitrajes de inversiones extranjeras.

Respecto de la primera, señaló que al abordar el análisis de la actividad estatal desde la perspectiva convencional, como manifestación del derecho internacional, resultaba posible sortear las limitaciones impuestas por la regla de inoponibilidad del derecho interno. En este sentido, destacó que la jurisprudencia constante de los tribunales de derechos humanos ha establecido que no es posible justificar la lesión a estos derechos argumentando que se está cumpliendo un acuerdo de inversiones. A esto se suma el rol esencial que los tratados de derechos humanos asignan a los Estados. En efecto, en base al principio de subsidiariedad es posible sostener que cuando las autoridades nacionales velan por el cumplimiento de los pactos, o previenen una violación a los derechos humanos, están actuando como órganos convencionales internos, es decir, son agentes directos de la aplicación de los pactos en el territorio nacional. Por tanto, sostuvo que la actuación y las medidas adoptadas por las autoridades deben ser abordadas desde el derecho internacional.

Respecto de la segunda propuesta, recordó que ésta consiste en reexaminar el control de los laudos arbitrales. Sostuvo que si bien el control de constitucionalidad está vedado en función de la regla de inoponibilidad del derecho interno, resulta viable el control de convencionalidad. Explicó que los Estados, como actores principales en la aplicación de los pactos, tienen que velar para que las medidas que implementan no infrinjan los tratados de derechos humanos, lo que les exige entre otras cosas controlar la convencionalidad de las decisiones que ejecutan.

Agregó que, una vez que se reconoce la viabilidad de este control, es posible pensar en mecanismos más fluidos de resolución de las controversias que involucran inversiones y derechos humanos; y ese recorrido empieza en la labor arbitral. Son los árbitros los primeros que tienen la posibilidad de favorecer una lectura armónica del tratado bilateral que no genere esta incompatibilidad.

¹⁵ Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Nacional del Comahue.

¹⁶ Juan Pablo Bohoslavsky y Juan Bautista Justo (2011), *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión*, borrador, División de Recursos Naturales e Infraestructura, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile.

Sin embargo, sostuvo que si esa tarea de armonización fracasa, lo que tiene que hacer el Estado es activar el test de convencionalidad. Es decir que, si se intentase ejecutar un laudo contrario a un pacto de derechos humanos, el juez debería denegar su cumplimiento y ejecución para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional. Finalmente, destacó que en caso de que los estamentos nacionales fallen, se activará la subsidiariedad y ese control será ejercido por los órganos internacionales. Sugirió realizar un pedido de opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para que aclare y defina estas cuestiones¹⁷.

C. Presentación de Florencia Saulino¹⁸

Centró su presentación en las implicancias de los tratados de protección de inversiones para la política ambiental. Señaló que la introducción de nuevas regulaciones en materia ambiental en muchos casos puede generar un importante incremento en los costos de las empresas reguladas o significar la prohibición de actividades antes permitidas. En estos casos, los inversores extranjeros podrían sostener que las medidas adoptadas por el Estado son expropiatorias o violan la obligación de dar al inversor un trato justo y equitativo.

Se refirió a distintos casos en los cuales los tribunales arbitrales tuvieron que expedirse sobre la compatibilidad de las normas ambientales con los compromisos asumidos por el Estado en los tratados de protección de inversiones, y en particular a los casos “*Metalclad*” y “*Methanex*”. Sostuvo que, si bien en ambos casos resultaba difícil aislar completamente la cuestión ambiental, era posible extraer algunas lecciones a partir de su análisis.

Señaló que en el caso “*Methanex*” el tribunal consideró que el inversor extranjero no podría haberse creado una expectativa legítima del mantenimiento del régimen legal, basándose en la evidencia que demostraba que en los EE.UU. era común que se prohibiera el uso de sustancias químicas por motivos ambientales.

Sin embargo, destacó que un tribunal tal vez llegaría a una conclusión diferente si el país demandado no suele dictar este tipo de normas. En ese caso, resultaría posible recurrir a dos tipos de políticas públicas para disminuir el impacto del cambio en la legislación. La primera es lo que se conoce como “*grandfathering*” que implica excluir a las empresas existentes de la obligación de cumplir con las nuevas regulaciones ambientales. Señaló que ésta tal vez sea la opción más extrema, y su utilización dependerá hasta cierto punto de la situación ambiental de la que se trate, y de si esta protección no significa mantener un nivel de calidad ambiental que viole las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. Una segunda opción consistiría en utilizar un cronograma para la implementación de las nuevas medidas. Esta metodología se utiliza en muchos regímenes ambientales internacionales e implica otorgar un período de gracia a las empresas para que se adapten al nuevo estándar, combinado, en algunos casos, con el ajuste progresivo del nivel de exigencia de la norma.

Para concluir, consideró que debería tenderse hacia una interpretación de los tratados de protección de inversiones que no limite la posibilidad del Estado de regular legítimamente sus problemas ambientales. En este sentido, destacó que la incertidumbre científica y el avance en nuestra comprensión de los problemas ambientales hace que no siempre sea posible prever los impactos que una determinada industria, o que el uso de determinada sustancia pueden tener en el medio ambiente. Por tanto, una lectura muy estricta de la pretensión de mantener el marco jurídico en el que se realiza la inversión afectaría seriamente la capacidad regulatoria del Estado y los derechos de sus ciudadanos.

¹⁷ Véase el Anexo 7.

¹⁸ Profesora de Derecho Ambiental, Universidad de Palermo.

D. Presentación de Ezequiel Nino¹⁹

Se refirió al reclamo presentando por la empresa Suez contra el gobierno argentino por la concesión de la empresa Aguas Argentinas y, especialmente, al procedimiento de arbitraje ante el CIADI, en el que la organización que preside presentó un escrito en calidad de *amicus curiae*.

Señaló que este caso fue uno de los primeros en el que el CIADI autorizó la participación de organizaciones de la sociedad civil. Destacó que posteriormente, el Reglamento de Arbitraje del CIADI fue modificado para contemplar dicha participación (regla 37(2)), pero aún hoy no se permite a los terceros el acceso a la información obrante en el expediente ni la participación en las audiencias orales. Sostuvo que esta normativa implica una limitación muy importante a los derechos humanos a participar y acceder a la información.

En lo que respecta a la consideración de cuestiones de derechos humanos por parte de los tribunales arbitrales, sostuvo que los tratados de protección de inversiones limitan considerablemente el ámbito de decisión del tribunal. Recordó, por ejemplo, que en el caso “*Suez*”, el tribunal sostuvo que no le correspondía decidir si la empresa había vulnerado los derechos humanos de la población, al negarse a cumplir con la obligación de extender la red de aguas y cloacas. Señaló que estas limitaciones desnaturalizan los conflictos jurídicos entre los inversores y el Estado, a la vez que obligan a éste último a compensar a una compañía que no debería recibir tal compensación si se tomaran en cuenta todos los factores relevantes.

¹⁹ Director de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ). Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Palermo.

V. Panel 4

A. Presentación de Evamaría Uribe²⁰

Expuso sobre la prestación de servicios públicos de agua potable y saneamiento en Colombia y señaló eventuales diferencias con otros casos presentados. En Colombia, existe un sistema constitucional, legal y regulatorio que crea condiciones normativas y reglas de juego claras que establecen un marco normativo e institucional externo al contrato suscrito entre la autoridad pública y el proveedor del servicio público y que es de obligatorio cumplimiento por las partes. Este marco normativo define de forma precisa y *ex ante* las reglas en materia de tarifas, precios, rentabilidades aceptables, reglamentos técnicos, indicadores de servicio, derechos de los consumidores, etc. Existe, además, una institucionalidad exigente para la vigilancia del cumplimiento normativo y sanción oportuna en caso de incumplimiento y que funciona de manera externa y complementaria al régimen propio del contrato. Destacó que ésta es una diferencia central con el régimen que existió en otros casos considerados, donde gran parte de la tarea que podría ser propia del regulador estatal, fue definida por las partes por medio de un contrato, producto de una negociación bilateral entre el Estado y el proveedor del servicio.

Asimismo, señaló que el rol del sector privado en la provisión de servicios públicos de agua potable y saneamiento es diferente al usual en otros servicios públicos, como electricidad, gas o telecomunicaciones. En efecto, en Colombia, en el sector de agua potable y saneamiento los inversionistas se han especializado como operadores y gestores de los servicios, pero el Estado ha asumido un papel muy importante en el financiamiento a largo plazo de la inversión en la infraestructura básica de estos servicios. El rol de la inversión privada ha sido limitado porque los plazos de retorno son muy largos para garantizar una rentabilidad mínima adecuada, o alternativamente, harían necesarios niveles tarifarios sustancialmente altos, de difícil cobro en las poblaciones más pobres. El sector privado, en las actuales circunstancias de un servicio de agua potable y saneamiento altamente descentralizado y municipal, es renuente a asumir ciertos riesgos inherentes a un financiamiento de largo plazo. Actualmente el país avanza en la definición de esquemas de financiamiento que minimicen estos riesgos, potencien el rol de las instituciones financieras privadas y reduzcan como resultado el esfuerzo fiscal para financiar la expansión de infraestructura. Sostuvo que estos factores deben tenerse en cuenta al momento de distribuir los riesgos entre la contraparte pública y el inversor privado.

²⁰ Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, Colombia (septiembre de 2002 – noviembre de 2010).

Se refirió también a las facultades de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) para realizar intervenciones administrativas en situaciones en donde se encuentra comprometida la prestación del servicio. Explicó que la ley colombiana otorga facultades muy precisas a la SSPD respecto de la prestación de los servicios públicos por particulares y por entes públicos. En particular, mencionó un caso en el que este organismo tuvo que decretar la cesación de pagos y reestructurar la deuda de una compañía por orden administrativa, con el fin de hacer viable la prestación de los servicios. Destacó que, a su entender, esta facultad de intervención fue la que permitió a la SSPD poner fin a la crisis y forzar la renegociación del contrato y así evitar la alternativa de una orden administrativa de liquidar la compañía.

Concluyó que, en situaciones de crisis económica extrema, cuando los contratos negociados para condiciones normales entran en dificultades profundas para su ejecución, resulta de especial cuidado tener en cuenta que la autoridad pública tiene un doble rol en un contrato de concesión: como parte del contrato y como encargado de la toma de decisiones de política pública. Esta dualidad es difícil de separar o aislar en las disputas contractuales, especialmente cuando la contraparte privada tuvo expectativas razonables y confianza legítima respecto del manejo de ciertas variables externas al contrato y que son del resorte del ejercicio legítimo de las políticas públicas.

B. Presentación de Magaly Espinosa²¹

Se refirió a la situación en Chile, y en particular a la provisión de servicios de agua potable y alcantarillado. Explicó que en su país los servicios urbanos están en manos de operadores privados que proveen servicios de agua potable, alcantarillado y tratamiento, logrando de esta forma una cobertura cercana al 100 % en agua potable y alcantarillado y al 83% en tratamiento de aguas servidas.

Señaló que para alcanzar estos estándares, hace dos décadas Chile llevó a cabo una reforma en el sector agua potable y alcantarillado que tuvo por objetivo central separar los roles de operador y regulador. Esto se logró mediante la adopción de un marco regulatorio muy estricto y detallado que entre otras cosas preveía un modelo de autofinanciamiento, a través de una tarifa que garantizaba al operador los recursos necesarios para la operación, el mantenimiento y la reposición de la infraestructura. Este marco, incluyó un procedimiento para la solución de las controversias en el proceso de fijación de tarifas, basado en una comisión de expertos, y un sistema de subsidios a la demanda para los consumidores de menores recursos.

Destacó que este marco regulatorio fijó reglas claras y permitió al país alcanzar los estándares de calidad actuales. Sin embargo, sostuvo que el desafío a futuro está relacionado con la reposición de la infraestructura que ha cumplido su vida útil, sin que esto implique un aumento significativo en la tarifa, y que es ahí donde el modelo va a mostrar su fortaleza o debilidad.

C. Presentación de Jorge Saravia²²

Versó sobre el estado de la prestación del servicio en las provincias que forman parte de la Asociación Federal de Entes Reguladores de Agua y Saneamiento (AFERAS) de la Argentina y se centró en particular en los casos sometidos a arbitraje internacional y en las razones que motivaron los reclamos de los inversores extranjeros. Asimismo, explicó el proceso de “reestatización” de los servicios de agua potable y saneamiento iniciado con posterioridad a los arbitrajes; y se refirió a los subsidios que reciben los usuarios.

²¹ Superintendente de Servicios Sanitarios, Chile.

²² Presidente, Asociación Federal de Entes Reguladores de Agua y Saneamiento (AFERAS) de la Argentina. Vocal, Ente Regulador de los Servicios Públicos (ERSeP) de la provincia de Córdoba.

Por otra parte, destacó que los modelos que proponen protecciones recíprocas tienden a generar una garantía para quienes invierten en recursos tecnológicos, y fueron útiles en el sector en distintos niveles. Sin embargo, señaló que resulta necesario dejar en claro que las cuestiones relacionadas con el riesgo empresarial y del giro del negocio no resultan alcanzables por este tipo de tratados. Por último, señaló la necesidad de evaluar los niveles de garantías locales que se pueden ofrecer a los inversores extranjeros.

D. Contribución de José Salazar²³

No logró participar en forma directa en el taller, pero remitió el artículo “*Resumen del estudio para relanzar las IP en el sector agua potable y saneamiento del Perú: aportes del regulador SUNASS*” para la discusión en este panel (véase el Anexo 8).

²³ Presidente del Consejo Directivo, Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS), Perú.

Anexos

Anexo 1

Programa del taller

09:00-09:30 Palabras de apertura

Roberto Saba, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo

Andrei Jouravlev, Oficial para Asuntos Económicos de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la CEPAL

09:30-11:30 Panel 1: Tratados de protección a la inversión, implicancias para la formulación de políticas públicas en la regulación y prestación de servicios públicos, con énfasis en los servicios de agua potable y saneamiento

Moderador: *Juan Pablo Bohoslavsky*, Director de la Maestría en Derecho Administrativo Global, Universidad Nacional de Río Negro, y consultor de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la CEPAL

Emilio Lentini, Representante para América del Sur de la Red de Investigación “Res-EAU-Ville” del Centro Nacional de Investigación Científica (CNRS) de Francia

Miguel Solanes, Investigador senior en el área de análisis económico e institucional de la Fundación IMDEA (Instituto Madrileño de Estudios Avanzados) Agua

Carlos Espósito, Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad Autónoma de Madrid

Juan Pablo Bohoslavsky, Director de la Maestría en Derecho Administrativo Global, Universidad Nacional de Río Negro, y consultor de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la CEPAL

11:30-12:00 Café

12:00-14:00 Panel 2: Tratados de protección a la inversión y arbitraje en conflictos relacionados con la prestación de servicios públicos. La experiencia de la Argentina. Déficit en el sistema de arbitraje y vías de solución

Moderador: *Carlos Espósito*, Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad Autónoma de Madrid

Stephan Schill, Miembro Investigador Principal (Senior Research Fellow), Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg, Alemania

Santiago Montt, Director del Centro de Regulación y Competencia, Universidad de Chile

Michael Waibel, Becario de Postdoctorado (Postdoctoral Fellow) de la Academia Británica, Universidad de Cambridge. Profesor Visitante, Universidad de St. Gallen, Suiza

Horacio Rosatti, Profesor titular de Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral. Ex Procurador del Tesoro de la Nación Argentina

Gabriel Bottini, Director Nacional de Asuntos y Controversias Internacionales, Procuración del Tesoro de la Nación Argentina

14:00-15:00 Almuerzo

15:00-17:00 Panel 3: Tratados de protección a la inversión, implicaciones en materia de derechos humanos, incluyendo el derecho humano al agua, y política ambiental

Moderador: *Alejandro Turyn*, Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Buenos Aires y Universidad de Palermo. Abogado de la Dirección de Asuntos y Controversias Internacionales de la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina

Mónica Pinto, Decana y Profesora Titular de Derecho Internacional Público y de Derechos Humanos y Garantías, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires

Juan Justo, Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Nacional del Comahue.

Florencia Saulino, Profesora de Derecho Ambiental, Universidad de Palermo

Ezequiel Nino, Director de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ).
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Palermo

17:00-17:30 **Café**

17:30-18:50 **Panel 4: Experiencias en la regulación y fiscalización de servicios públicos, en especial los de agua potable y saneamiento, cuando éstos cuentan con la participación de inversores extranjeros**

Moderador: *Miguel Solanes*, Investigador senior en el área de análisis económico e institucional de la Fundación IMDEA (Instituto Madrileño de Estudios Avanzados) Agua

Evamaría Uribe, Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, Colombia (septiembre de 2002 – noviembre de 2010)

Magaly Espinosa, Superintendente de Servicios Sanitarios, Chile

Jorge Saravia, Presidente, Asociación Federal de Entes Reguladores de Agua y Saneamiento (AFERAS) de la Argentina. Vocal, Ente Regulador de los Servicios Públicos (ERSeP) de la provincia de Córdoba

18:50-19:00 **Clausura del taller**

Anexo 2

Resultados de la evaluación del taller

Como parte de su estrategia de mejora continua, y con la intención de identificar los resultados concretos de la actividad, la CEPAL realizó una evaluación del Taller “Tratados Internacionales de Protección a la Inversión y Regulación de Servicios Públicos”.

Aproximadamente 50 personas asistieron al taller, de las cuales 34 completaron el formulario de evaluación. El 47% de los asistentes pertenecían al ámbito académico o universitario y el 24% al sector público. El rango de edad de los participantes fue dominado por el grupo de menores de 30 años (47%), seguido por mayores de 51 años (21%). De los asistentes, el 53% fueron hombres.

El 59% consideró como muy bueno el contenido sustantivo del taller, mientras que el 38% lo evaluó como bueno. En igual sentido, más del 60% encontró que el evento respondió a sus expectativas. Casi el 42% de los participantes consideró que la calidad de los contenidos era muy buena y casi un 55% encontró que era buena. Asimismo, el 67% de los participantes evaluó la relevancia de los temas presentados como muy buena y 33% consideró que era buena.

Cabe destacar que el 84% de los participantes encontraron que los contenidos del taller habían sido útiles o muy útiles para el futuro desarrollo de su trabajo; y un 69% dijo haber obtenido un mayor conocimiento de experiencias y casos gracias a su asistencia al evento (en una escala del 1 (poco) al 5 (mucho), el 38% le asignó una calificación de 4 y el 31% una nota de 5). Un número similar de participantes consideró que de su participación en el taller derivarían insumos para la formulación de políticas públicas que contribuirían a mejorar la calidad de su trabajo.

En lo que respecta a la profundidad con que se trataron los temas durante el taller, el 41% la evaluó como buena, y el 34% consideró que era muy buena. Respecto al equilibrio entre teoría y práctica un 44% encontró que era muy bueno y un 34% consideró que era bueno.

Más del 83% de los asistentes se mantuvieron muy interesados al haber asignado una calificación de 4 o más a esta pregunta. De igual manera, un 87% consideró que los debates fueron muy productivos. Si bien el 57% dijo haber tenido oportunidad de participar en los debates un 30% de los encuestados no tuvieron oportunidad de participar. Finalmente, el 84% consideró que los debates podrían aportar a la formulación de políticas públicas.

Los expositores, así como el contenido de sus presentaciones, obtuvieron una evaluación positiva por parte de los participantes. El 90% de los asistentes consideró bueno o muy bueno el contenido de los debates al haber asignado una calificación de 4 o más a esta pregunta. Asimismo, el 84% evaluó como buena o muy buena la calidad sustantiva de las presentaciones y el 55% consideró que las exposiciones eran muy relevantes, otorgándoles una calificación de 5. La distribución del tiempo entre los temas discutidos en el taller fue considerada como buena por un 48% de los participantes y muy buena por un 35%; mientras que, la relevancia de los temas presentados fue evaluada como muy buena por un 67% de los participantes.

En general, la organización del taller fue considerada como muy buena con un 63% de los participantes otorgándole una calificación de 5 a esta aseveración. De igual manera, el 75% de los asistentes evaluó las instalaciones y condiciones ambientales positivamente, evaluándolas como buenas o muy buenas.

En conclusión, **el taller logró cumplir con las expectativas de los participantes quienes en general evaluaron positivamente todos los aspectos de éste.** Sin lugar a dudas se logró mantener el interés de los asistentes y debatir las implicaciones y desafíos que entrañan los tratados internacionales de protección a la inversión extranjera para la labor de los organismos de regulación, control y fiscalización de los servicios de agua potable y saneamiento, y para la protección de los derechos humanos en este campo.

Anexo 3

¿Qué es lo que pueden hacer los países cuando actúan bajo la mirada de los TBIs?, por Juan Pablo Bohoslavsky²⁴

Negociando tratados de protección a la inversión

Desde que se concibe la idea misma de acordar inversiones extranjeras, se debe pensar de manera estratégica, visualizando la materialización de la inversión y el conflicto subsiguiente como una hipótesis posible. Esto significa que los negociadores oficiales no sólo de los TBIs sino también de los contratos de inversión que definen los derechos y obligaciones de las partes, actúen como si sus prácticas estuvieran siendo juzgadas por los árbitros. Si prometen algo, explícita o implícitamente, será exigido por los inversores. Si son ambiguos en sus declaraciones, correrán el riesgo de que sean interpretadas como confirmadoras de las alegaciones de los inversores.

En tales negociaciones debería participar personal técnico debidamente preparado, y no sólo oficiales políticos. Ese personal técnico debería provenir de las áreas responsables de atraer inversiones pero también —y esto es de suma importancia— de las agencias públicas de regulación. Esto, presumiblemente, llevaría a los reguladores a participar más en la planificación y negociación de TBIs y de los contratos de inversión, advirtiendo sobre posibles impactos futuros de los compromisos negociados. Como la actuación de las autoridades locales compromete la responsabilidad del Estado nacional en términos de TBIs, es necesario que las autoridades regulatorias locales también se comprometan en esas negociaciones.

En forma previa a la negociación con el inversor, se debería realizar un diagnóstico del sector, constatando falencias, necesidades y desafíos para el futuro. Esta evaluación y estrategia de desarrollo deberían formar parte integral de las negociaciones y los documentos preliminares que luego fungen en el acuerdo de inversión. En caso de disputa arbitral, esos documentos servirán para entender la visión gubernamental de ciertos compromisos.

Es importante que desde el principio se manifieste de manera precisa y explícita qué es lo que el Estado espera de la inversión, cuáles serán y en qué dirección evolucionarán los principios que regularán la relación entre el Estado y la empresa, y los deberes de ésta. De esa forma se reducen las lagunas normativas y se evita que sean integradas por la interpretación expansiva de los árbitros, previniendo a su vez el riesgo de que los laudos se alejen demasiado de lo que las partes del conflicto esperaban una de otra.

Tal como suele suceder en el sector privado, sería conveniente que el gobierno elaborara un documento o declaración de principios básicos uniformes que deben ser respetados por los oficiales que comprometen al Estado en las negociaciones de contratos de inversión. Ese documento de principios no podría ser modificado por declaraciones de agentes, con lo cual no sólo se reduce el margen de error de los negociadores, sino también el espacio para la corrupción.

Los programas de formación y capacitación de los oficiales públicos que negocian acuerdos o contratos de inversión deberían incluir cursos específicos sobre protección de las inversiones y temas regulatorios, de manera que puedan mensurar adecuadamente las consecuencias legales de mediano y largo plazo que producen sus decisiones²⁵.

Sería conveniente la aprobación de una regulación específica en materia de depósito y custodia de los documentos relativos a los trámites precontractuales y los ya propios del negocio, de

²⁴ Director de la Maestría en Derecho Administrativo Global, Universidad Nacional de Río Negro, y consultor de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la CEPAL.

²⁵ Como el Curso sobre Acuerdos de Inversión Internacional, Aguas y Servicios Públicos (Sede de la CEPAL, Santiago de Chile, 28 de junio al 6 de julio y 13 al 17 de agosto de 2007).

manera de asegurarse que podrán ser presentados en un eventual juicio incluso décadas más tarde si ello fuera necesario. Asimismo, se sugiere evitar compromisos de confidencialidad de los documentos contractuales que serían positivamente definitorios para la suerte del Estado en caso de disputa arbitral.

Cómo redactar los contratos y las normas

Si las normas (y los contratos lo son) que regulan la inversión son ambiguas, los árbitros pueden presumir que esa característica auspicia la interpretación normativa que beneficie al inversor. Por tales motivos es recomendable que los contratos sean concretos y específicos acerca de los derechos y obligaciones de cada parte, así como sus expectativas recíprocas. Se deben describir los intereses y objetivos de las partes, así como los principios generales y específicos que gobernarán la relación. Particularmente los principios, en caso de disputa arbitral, constituyen un elemento que coadyuva a reducir el ámbito de incertidumbre relacionada con las normas aplicables a la inversión. Así, el capítulo correspondiente al derecho aplicable asume una relevancia clave en la formación de los contratos.

Es probable que la mayoría de inversores se resista a someter una disputa a lo que disponga el derecho doméstico del país que los aloja. Pero también es cierto que el derecho internacional contiene reglas que tienden a balancear adecuadamente los intereses en juego en este tipo de controversias. En ese caso, a través de una comparación del estado del arte jurídico y prácticas normalmente aceptadas, se debe hacer mención tanto al derecho internacional como al derecho comparado que gobernarán el arbitraje, que no necesariamente coinciden con los estándares de protección de las inversiones tal como la jurisprudencia arbitral actual suele interpretarlos. El derecho aplicable puede referirse específicamente a los principios de buena fe, los principios regulatorios avanzados, el deber de prudencia y razonabilidad en la administración de los negocios y el principio de eficiencia, entre otros. Esto mejoraría substancialmente la calidad de las normas aplicables en caso de disputas.

También puede remitirse a principios o estándares en la forma que han sido reconocidos en laudos concretos, o describirlos para excluir su aplicación. Por ejemplo, la forma en la que la evolución regulatoria y su impacto sobre la situación de los inversores fue entendida en *Metalclad contra México* es muy diferente al criterio adoptado en *Methanex contra los EE.UU.*

Asimismo, pueden incorporarse normas concretas que, si bien no están directamente relacionadas con los derechos de los inversores, en caso de arbitrajes también podrían ser relevantes dados todos los ámbitos y relaciones que una inversión puede afectar en la práctica. La referencia a normas domésticas e internacionales, relativas a los pueblos originarios, derechos humanos, protección del medio ambiente, los derechos laborales, los recursos naturales, etc., puede forzar a una visión más holística a la hora de resolver disputas por inversiones, sobre todo si se tiene presente que numerosos laudos tienden a asumir una mirada parcial acerca de las complejas variables sociales, políticas y económicas que interactúan en ese tipo de conflictos.

Del mismo modo sería conveniente que no sólo se describa en los términos recién indicados el derecho vigente al momento del perfeccionamiento del contrato, sino que se fije, si ello fuera posible, de manera prospectiva la dirección que tomará la evolución de esa regulación. Aquí se deberá hacer referencia a la orientación esperada de perfeccionamiento del marco legal de acuerdo con el estado del arte en la materia, mejores prácticas, el conocimiento científico de la actividad en cuestión, y demás definiciones de esa naturaleza. Esto no implica la imposición de estándares de desempeño a cargo de los inversores (que en no pocas ocasiones se encuentran prohibidos por los TBIs), sino la anticipación del sentido de la evolución de la regulación, de manera que todas las partes sean conscientes de ello. En ningún caso la prohibición de estándares de desempeño puede interpretarse de manera expansiva para justificar y promover conductas ineficientes por parte del inversor.

Finalmente, debería insertarse en los contratos una cláusula de diligencia debida de los inversores, de manera que se les sea claramente exigible un comportamiento que respete los estándares mínimos de cuidado profesional al desplegar su actividad económica en el mercado.

Desde que los contratos de inversión requieren de cierta jerarquía normativa dependiendo de cada sistema legal en cuestión, las consideraciones antedichas relativas a su redacción son aplicables transitivamente a la elaboración de decretos y leyes, pues también constituyen compromisos gubernamentales frente a los inversores.

La participación y control ciudadanos en la formación y perfeccionamiento de acuerdos de inversión, sobre todo en sectores estratégicos y sensibles de la economía, reforzaría la propuesta antedicha. El reclamo ciudadano para que se consideren seriamente sus intereses sociales y económicos se puede traducir, precisamente, en la inyección al contrato de normas y principios que los promuevan y protejan adecuadamente. Esto requiere la profesionalización y especialización de las organizaciones no gubernamentales y representantes de usuarios, para lo cual el Estado puede asumir una política de capacitación activa.

Al momento de mejorar la regulación

Como las decisiones que toman las agencias reguladoras (en sentido amplio, comprendiendo a los reguladores económicos, autoridades de agua, ambientales, etc.) pueden generar serias secuelas legales a luz de los TBIs, sería conveniente establecer sistemas permanentes de consultas con las oficinas encargadas de negociar estos acuerdos, de defender al Estado en tribunales arbitrales y de promocionar las inversiones extranjeras. Esto reduciría el riesgo de demandas arbitrales. Al mismo tiempo, sería aconsejable que el personal técnico y político de las agencias regulatorias realicen cursos de formación sobre el funcionamiento del sistema de TBIs.

Como resulta inevitable en algún punto que la regulación de un servicio público sea modificada y mejorada, se debe resguardar el debido proceso, garantizando la transparencia regulatoria. Esto comprende la obligación de hacer públicas las medidas gubernamentales, legislativas y judiciales relevantes que sean de aplicación general, a contestar dudas acerca de su sentido o alcance, a no exigir el cumplimiento de normas que aún no hayan sido oficialmente publicadas, a administrar el derecho de una manera uniforme, imparcial y razonable, al mantenimiento de tribunales administrativos independientes, y a instituir procedimientos que garanticen esa independencia.

En cuanto a los aspectos materiales de la nueva regulación, debe estar inspirada y promover los principios comunes y mejores prácticas regulatorias. Adicionalmente, el instrumento regulatorio utilizado debe ser proporcional al objetivo buscado. En este punto, como la regulación debe implicar la movilización coherente de sus diferentes aspectos, también sería aconsejable que se explique cómo esa medida puntual se inserta en un plan regulatorio integral, de manera tal que surja su sentido sistémico.

Es conveniente que todas estas consideraciones técnico-jurídicas se expliciten formalmente de manera que si un árbitro debe interpretar el propósito y sentido de la nueva regulación disponga de mayores elementos.

Sería propicio que las agencias de regulación junto a los abogados del Estado especializados en TBIs confeccionen un código o protocolo que se siga en caso de modificación substancial de regulaciones que afecten a inversores extranjeros. Ese procedimiento debería comprender la realización previa de interconsultas de agencias de gobierno, diálogo con la comunidad y los inversionistas, y la realización de los tests de garantía procesal, legitimidad (si son consistentes con los principios regulatorios) y proporcionalidad.

Principios que pueden y deben aplicarse en los arbitrajes

No sólo los funcionarios que diseñan e implementan regulaciones estatales sino también los abogados que defienden a los Estados en los arbitrajes de inversión pueden y deben aplicar y exigir la aplicación de los principios regulatorios de los servicios públicos. Uno de los componentes legales generalmente ignorados en los arbitrajes de inversión es precisamente el llamado conjunto de principios regulatorios, cuya práctica judicial y reconocimiento formal se encuentran ampliamente consolidados en los EE.UU., Inglaterra, y varios países latinoamericanos, entre otros. Estos principios promueven el

sano y sustentable equilibrio entre el bienestar de los consumidores y la rentabilidad de las empresas prestadoras de servicios públicos. Esos principios son, entre otros, la transparencia, la eficiencia, la buena fe en la administración del negocio y la previsión razonable de cambios regulatorios.

A su vez cada uno de esos principios puede desagregarse. Por ejemplo, la eficiencia, que impide, entre otras conductas, que el endeudamiento del prestador sea excesivo, que se declaren costos irrazonables o se reconozcan bienes inútiles como base de capital, y que no concurren contrataciones predatorias ni sistemas de transferencias de precios. Estos son algunos de los instrumentos que le permiten al Estado asegurar la prestación del servicio y a la empresa ganar dinero, única manera de garantizar que funcione adecuadamente un sistema gestionado por sujetos privados y que se expanda sobre todo hacia los sectores más vulnerables.

Al mismo tiempo, estos principios representan un límite para el Estado. No sólo porque prohíben genéricamente el llamado oportunismo regulatorio, sino porque abren las puertas al inversor para que pueda usufructuar de todas las garantías que le ofrece el derecho administrativo, que aseguran una buena gobernabilidad: legalidad, acceso a la información, proporcionalidad, transparencia, razonabilidad, debido proceso, etc. En términos regulatorios esto puede significar, por ejemplo, la exigencia de aplicación de pautas objetivas y transparentes en la asignación de subsidios.

La noción de interés público involucrado en la regulación no debe ser una cobertura para la ignorancia, impericia o designios corruptos de los funcionarios. Tampoco esa noción se limita —desde una perspectiva más amplia que la regulatoria— exclusivamente a limar las imperfecciones del mercado, sino que debe corporizar, de alguna manera, verdaderos valores de igualdad en democracia. Esto significa que los objetivos económicos de la regulación no pueden estar desconectados de los fines sociales que todo sistema democrático debe promover. En otras palabras, aunque, por ejemplo, el principio de eficiencia constituye un elemento central de la regulación, de todos modos, transitivamente, crea las condiciones materiales para la consecución de objetivos sociales superiores, tales como la equidad y el acceso a servicios públicos en condiciones dignas, que sin duda pueden sostener la idea de interés público de una medida gubernamental.

La evidencia de que los principios regulatorios constituyen también un freno para la arbitrariedad estatal, sobre todo en su faz procesal, está dada por el hecho de que ha comenzado a utilizarse en los TBIs y los arbitrajes la noción de transparencia regulatoria para definir el alcance del estándar de tratamiento justo y equitativo y proteger así al inversor frente a abusos del soberano.

Los principios regulatorios gobiernan una importante cantidad de inversiones que terminan en arbitrajes internacionales, y son precisos en cuanto a lo que inversor y regulador deben hacer. Esos principios regulatorios pueden incluso ser complementados por el llamado derecho suave (no vinculante) materializado en las prácticas codificadas de buen gobierno corporativo (como las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos para Empresas Multinacionales o el Pacto Mundial de las Naciones Unidas), que también definen los deberes de los inversores. Sería conveniente el desarrollo de ese tipo de codificación de prácticas pero aplicado específicamente a la regulación de servicios públicos.

La relevancia de importar estos principios como derecho aplicable en el ámbito global (específicamente arbitral) no sólo reside en que resulta jurídicamente correcto, en el sentido de que son principios legales que vienen a colmar un vacío que existe en esa materia y que hoy es cubierto por los árbitros apelando a una interpretación que progresivamente se aleja de los parámetros legales domésticos, sin contar para ello con un sólido soporte normativo internacional. También cuenta en su favor que implican reglas económicamente sanas para los inversores y las comunidades en las que actúan, que fomentarían de esa manera inversiones extranjeras sustentables.

Bajo la órbita de los TBIs, la conducta soberana está sujeta a un control obligatorio, lo que hace que esos tratados sean normas que típicamente conforman el llamado derecho administrativo global. Por ese motivo, las normas jurídicas que regulan el poder estatal y su control deben jugar un rol preponderante en los arbitrajes de inversión: no son arbitrajes comerciales entre sujetos privados sino que involucran poder soberano, con lo que las normas de derecho público y su traducción jurídica

global deben ser observadas por los árbitros. Estas consideraciones técnicas pretenden significar que los principios regulatorios comunes, de hecho, forman parte del derecho internacional que los árbitros deben observar cuando definen el derecho aplicable en las disputas por inversión.

Es cierto que los países presentan un desarrollo dispar en sus técnicas regulatorias. Esto es un dato de la realidad y refleja en gran medida las diferentes características sociológico-políticas, etapas de desarrollo y tradiciones jurídicas que cada uno de ellos presentan. Al margen de que más allá de las diversidades los fundamentos económicos y jurídicos de las regulaciones que provienen de diferentes modelos tienden a coincidir, debe señalarse que las herramientas metodológicas que brinda el derecho administrativo global permiten a los países con corta experiencia en materia de empresas privadas operando sus servicios públicos, que perfeccionen sus regulaciones interactuando críticamente con principios más desarrollados o consolidados. Concretamente, los países que cuentan con una experiencia relativamente corta regulando a sujetos privados pueden beneficiarse incorporando a los contratos y perfeccionando según el caso, los principios y prácticas avanzadas que se encuentran sistematizados en este estudio. Este es un ejemplo concreto de cómo la interacción de los sistemas legales genera efectos evolutivos positivos.

Ese mejoramiento generalmente es gradual, pues implica la movilización burocrática y política de diversas agencias, y en ocasiones del propio parlamento. Pero también puede ser veloz: los lineamientos para la revisión tarifaria del sector sanitario en el Perú aprobados en 2008 por la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS)²⁶ son una muestra de una notable sofisticación de la técnica regulatoria. Esto demuestra que el material de aprendizaje para importar referencias regulatorias también puede operar potencialmente entre países latinoamericanos.

Los expertos en servicios públicos utilizan la expresión inglesa “*benchmarking*” (regulación por comparación) para referirse a un proceso sistemático y continuo a fin de evaluar comparativamente el funcionamiento del servicio en cuestión con las mejores prácticas u otros competidores. De esa manera, se fijan modelos ideales que sirven para marcar la dirección que debe adoptar el servicio. Esta es una práctica habitual en las agencias regulatorias. En este trabajo, en definitiva, se propone que sea aplicada también a los contratos de inversión, de manera de conformar las reglas de funcionamiento mediante principios sofisticados que tenderán al mejoramiento del sistema.

En definitiva, si un gobierno regula la actividad de manera consistente con los principios generales del sector (y el benchmarking es un método eficaz para efectuar ese test) reduciría los riesgos de un reclamo arbitral por parte de los inversores. La buena fe que inspira ese tipo de medidas se encontrará acreditada siempre que estén respaldadas por aquellos principios regulatorios y sean el fruto de un proceso transparente de toma de decisión. Confiar más en principios regulatorios debe llevar, al mismo tiempo, a reforzar los aspectos democráticos, participativos, de transparencia, debido proceso, legitimidad, proporcionalidad y demás principios relevantes provenientes del derecho administrativo.

Cambios en los TBIs

Los principios regulatorios fundamentales deberían aplicarse de *lege lata* (esto es, por ser principios generales del derecho constituyen derecho vigente, no requieren de ninguna reforma legal). Aún así, la forma en la que los TBIs consagran los estándares de protección de los inversores, que carecen de un desarrollo dogmático consolidado, conceden a los árbitros una dosis de discrecionalidad que es utilizada para interpretar de manera expansiva los derechos de los inversores. Una vez que se hayan sistematizado suficientemente los principios regulatorios en cuestión, debería llevar a los países de la región a modificar sus TBIs a fin de que estos principios sean incorporados expresamente como derecho aplicable.

²⁶ “Lineamientos para la Revisión Extraordinaria de la Fórmula Tarifaria por Incorporación de Proyectos y por Adelanto de Inversiones Previstas en el Plan Maestro Optimizado”, 4 de agosto de 2008 (Resolución del Consejo Directivo N° 056-2008-SUNASS-CD, Diario Oficial El Peruano, 6 de agosto de 2008).

El motivo por el cual los TBIs preverían normas específicas para los servicios públicos reside precisamente en la especial relevancia social, económica y política que registran las inversiones en tal sector, especialmente en los países latinoamericanos. Los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) están directamente vinculados con la cantidad y calidad de la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento.

La modificación de TBIs que se sugiere aquí implicaría dos propósitos complementarios. En primer lugar añadir entre los objetivos del TBI la promoción y homogenización de las mejores prácticas regulatorias en una economía globalizada. Y segundo, la previsión de reglas más concretas, explícitas y económicamente sanas que permitan a los Estados aprobar regulaciones de manera legítima y de buena fe, descartando la regulación oportunista, arbitraria o alejada de los principios regulatorios, protegiendo de esa manera a los inversores contra abusos y mala fe. Esas definiciones dotarían a su vez de mayor predictibilidad al sistema de resolución de controversias por inversiones extranjeras.

Como las reglas substantivas deberían ser establecidas por los Estados y no por los árbitros, se debe entonces realizar un esfuerzo por codificar y desarrollarlas a fin de equilibrar los intereses de los inversores y los Estados que los alojan. Esto necesariamente implica un trabajo de armonización de normas regulatorias dentro de cada Estado y a su vez como actividad intergubernamental y global. Partiendo de consensos básicos en materia de principios regulatorios aplicables a los servicios públicos (¿quién podría decir que un proveedor de agua potable no debe ser eficiente?), los equipos que negocian los TBIs deberían beneficiarse del trabajo de los expertos que pueden precisar y consensuar la explicitación de tales principios.

La mayor precisión de los TBIs llevaría así, al mismo tiempo, a una mayor flexibilidad, incorporando precisamente principios que permitan reequilibrar de una manera sustentable los intereses de los inversores y los Estados que los alojan, adaptándose a las nuevas realidades que fuerzan a un Estado, de buena fe, a perfeccionar la regulación. Ese objetivo se alcanza, complementariamente, interpretando armoniosamente las obligaciones internacionales de los Estados, lo cual implica observar (y aplicar) integral y equilibradamente el derecho, y no sólo las normas focalizadas en la protección de las inversiones extranjeras.

Esta propuesta no alteraría la correcta función de las llamadas cláusulas paraguas, desde que éstas no niegan la capacidad del Estado para regular la actividad del inversor en línea con el interés público. De hecho, daría un contenido más preciso acerca de lo que debe ser considerado una violación de los compromisos del Estado con los inversores. Una muestra de que la forma de aplicar los estándares clásicos de protección de las inversiones no generan una plena satisfacción en los Estados que conforman la red de TBIs, es precisamente la drástica decisión adoptada por India y Singapur al ratificar su último TBI: no incluyeron referencias a las cláusula de nación más favorecida y de protección total y de seguridad, ni al principio de tratamiento justo y equitativo.

En el tratado de libre comercio firmado entre los EE.UU. y Uruguay en 2004 entró en escena una cláusula que da muestra de que la modificación de los TBIs sugerida en este trabajo es políticamente centrada. Tal TBI prevé que excepto raras excepciones, las acciones regulatorias no discriminatorias diseñadas y aplicadas para proteger el legítimo bienestar público (salud pública, seguridad y medio ambiente) no constituyen expropiaciones indirectas. Otro tanto puede decirse a partir del modelo de TBI aprobado por los EE.UU. en su versión 2004, que dispone que no se podrá impedir a un Estado parte que aplique las medidas que considere necesarias para cumplir con sus obligaciones en materia de seguridad o paz internacionales, o para proteger sus intereses esenciales de seguridad. El modelo de TBI de Noruega de 2007 expresamente dispone que los Estados pueden establecer medidas gubernamentales para proteger la salud o seguridad públicas, o el medio ambiente, sin que ello implique la violación del TBI. El modelo de TBI de Canadá de 2004 es aún más amplio, ya que legitima la regulación razonable que tienda a proteger el sistema bancario.

Esa tendencia de reconocer las facultades regulatorias básicas de los Estados se ha visto potenciada, previsiblemente, por la reciente crisis global. Los Estados exigen para sí mayores márgenes de actuación en contextos de emergencia. Concorre con este fenómeno extraordinario uno

que tiene relación con la dinámica global de las inversiones. Numerosos países desarrollados son crecientemente exportadores pero también importadores de capital, lo cual explica, en parte, por ejemplo, por qué los TBIs de China se asemejan más y más al texto y filosofía del modelo de TBI 2004 de los EE.UU.

El sentido del cambio propuesto, que implica también por parte del inversor un mayor grado de responsabilidad y cooperación, ya ha comenzado a tomar cuerpo en cierta jurisprudencia arbitral aún minoritaria. La exigencia de una conducta honesta, de una evaluación seria de los riesgos que entraña la inversión (lo cual comprende la anticipación de cambios regulatorios previsibles) y de una administración razonable por parte del inversor, han comenzado a operar paulatinamente como variables en algunos laudos en los últimos años. Más claramente se ha señalado en laudo reciente que “cualquier empresario o inversor sabe que el Derecho evolucionará con el tiempo. Lo que se prohíbe, sin embargo, es que el Estado se comporte de una manera injusta, irrazonable o inequitativa en ejercicio de su poder legislativo”.

El cambio en los TBIs que se propone aquí es en gran medida independiente del grado de desarrollo que registre el país parte de dichos tratados. La forma en la que el gobierno de los EE.UU. ha afrontado la crisis económica, discriminando las empresas nacionales y extranjeras a la hora de decidir e implementar los salvatajes, lo pondrá cara a cara con el estándar de tratamiento justo, equitativo y no discriminatorio, y seguramente necesitará un claro plafón jurídico internacional para justificar esas decisiones si algún inversor extranjero lo desafía en los tribunales arbitrales internacionales, para lo cual la modificación de sus TBIs juega un rol central.

El esquema jurídico propuesto pretende a su vez sintetizar el cambio ideológico que la crisis económica mundial está produciendo en el plano internacional. La insensibilidad de los árbitros frente al impacto social, económico y político de sus laudos es inconsistente con la creciente necesidad de crear sistemas globales de reglas que aseguren la convivencia e interacción armoniosa de los actores del sistema económico mundial.

Anexo 4

Derecho internacional de inversiones y derecho público comparado: fundamento conceptual e implicancias prácticas, por Stephan Schill²⁷

Introducción

En mi exposición me referiré a un proyecto doctrinario que consiste en ver al derecho internacional de las inversiones como una forma de derecho público global. Esta concepción es diferente de los enfoques prácticos que vienen del lado del arbitraje internacional comercial; y también difiere de la concepción clásica del derecho internacional. Este enfoque forma parte de un proyecto en el que trabajé durante los dos últimos años y que culminó recientemente con la publicación del libro “*International Investment Law and Comparative Public Law*”.

Entender al derecho internacional de las inversiones como una forma de derecho público ilustra, entre otros aspectos, cómo reconciliar la protección de los inversores extranjeros y el interés público, por ejemplo en el contexto de la regulación de agua, sin modificar los TBIs. Implica un método de interpretación específica, particularmente utilizar el derecho público comparado para concretizar los principios vagos de los TBIs y para determinar el espacio de acción del Estado.

Mi exposición tiene cuatro partes: en primer lugar, voy a abordar las razones por las que necesitamos este tipo de proyectos doctrinarios; en segundo lugar, me voy a referir al concepto del derecho internacional de inversiones como derecho público; en tercer lugar, voy a presentar el derecho público comparado como método de interpretación de los principios vagos de los TBIs; y finalmente, voy a abordar de manera breve algunas implicancias prácticas de este método para la regulación y la administración del los servicios públicos.

¿Por qué necesitamos este tipo de doctrina?

El derecho de inversiones, afronta varios desafíos. Algunos doctrinarios hablan de una “crisis de legitimidad” del derecho internacional de las inversiones. Esta crisis involucra varios elementos:

- la impresión de que los TBIs limitan la soberanía del Estado sin establecer una orientación clara para los tribunales arbitrales;
- el creciente número de interpretaciones divergentes y contradictorias de los tribunales arbitrales, y la falta de previsibilidad que de ellas resulta;
- el conflicto del derecho de inversiones con el interés público y la percepción de que el sistema está predispuesto en favor de los inversores;
- el posible conflicto entre el derecho de inversiones y otras áreas del derecho internacional, especialmente los derechos humanos y el derecho ambiental internacional; y
- las máximas de procedimiento, en particular la confidencialidad de los arbitrajes, que impiden a los afectados expresarse y participar.

Las propuestas de solución para estos problemas normalmente se centran en reformas institucionales, como un retorno al arbitraje Estado-Estado, la introducción de un órgano de apelación de los laudos arbitrales, o el establecimiento de un tribunal internacional permanente en materia de

²⁷ Miembro Investigador Principal (Senior Research Fellow), Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg, Alemania.

inversiones. Esto podría contribuir a la coherencia de la jurisprudencia arbitral y asegurar que ésta logre un balance adecuado entre los intereses de los inversores y el interés público.

Sin embargo, en la práctica, las perspectivas de un cambio tan profundo son bastante lejanas. Pareciera que la gran mayoría de los Estados no están dispuestos a establecer un tribunal permanente o un órgano de apelación y tampoco quieren abandonar el arbitraje inversor-Estado. No obstante, los problemas de legitimidad permanecen. Para evitar que el sistema se hunda completamente, tenemos que buscar posibles formas de adaptarlo. Asimismo, una adaptación del sistema presente permitiría dejar intacta la confianza que tienen los inversores en el arbitraje internacional como un mecanismo de solución de controversias eficaz e imparcial. Es por esto que son necesarios proyectos de reforma que puedan ser implementados hacia adentro del sistema.

Además, es importante de considerar las alternativas al arbitraje: por un lado, la resolución de los conflictos en los tribunales locales, y por otro la protección diplomática. En cuanto a los tribunales locales, el problema es que sólo una parte pequeña de los Estados tiene tribunales independientes, imparciales y efectivos. Asimismo, los inversores extranjeros no se sienten necesariamente cómodos litigando ante estos tribunales. En cuanto a la protección diplomática, el problema es que los inversores extranjeros no tienen un derecho a que su Estado de nacionalidad ejerza esta protección.

Derecho internacional de inversiones como derecho público global

La razón principal, a mi juicio, del debate y también de los problemas que tenemos en el derecho internacional de inversiones en cuanto a la importancia o no del interés público es la disonancia entre el modelo de arbitraje comercial y los efectos que tiene la actividad de los tribunales arbitrales más allá de la resolución de un conflicto individual. Además, lo que complica las cosas es que en la práctica del derecho de inversiones hay dos comunidades epistémicas: por un lado están los abogados formados en arbitraje comercial; y, por otro, los que tienen una formación más propia del derecho internacional público. Ambos grupos tienen una concepción diferente sobre cuál debería ser la función del proceso de solución de controversias: para los comercialistas el arbitraje sólo es la solución de un conflicto individual, nada más; los internacionalistas, por contrario, enfatizan que el arbitraje es parte de un orden público mundial que impone limitaciones a la conducta del Estado. Además, los comercialistas no consideran relevante el hecho de que una de las partes del arbitraje de inversiones sea un Estado, mientras que los internacionalistas tienen una sensibilidad especial hacia el Estado y el interés público.

Muchas veces resulta difícil reconciliar estas posiciones. Por eso, la concepción del derecho internacional de inversiones como parte de un derecho público global puede ofrecer una tercera vía. Los enfoques de derecho público comparado parecen estar destinados a ser exitosos como un enfoque alternativo ya que ni un enfoque puramente desde derecho internacional ni un enfoque netamente desde el derecho comercial parecen resultar suficientes para comprender las características específicas del derecho internacional de las inversiones.

- El derecho internacional de las inversiones es distinto del derecho internacional clásico que era un derecho entre Estados. El derecho moderno de inversión, por el contrario, se caracteriza por reconocer al inversor el derecho de iniciar un arbitraje directamente contra el Estado. No es un derecho subsidiario, sino un derecho que rige las relaciones entre inversor y Estado directamente.
- El arbitraje inversor-Estado también es distinto del arbitraje comercial. Normalmente no se trata sobre diferencias contractuales, sino sobre cuestiones relativas a los límites del poder regulador y administrativo del Estado, por ejemplo, disputas sobre poderes de emergencia, supervisión de servicios públicos, control o prohibición de sustancias peligrosas, etc. Además, el consentimiento del Estado figura en los tratados de forma general y prospectiva y puede ser aceptado por cualquiera que califique como inversor bajo el tratado. En consecuencia, el arbitraje de tratados de inversión es esencialmente un

proceso judicial que reemplaza la competencia de los tribunales domésticos. Los arbitrajes bajo TBIs, en consecuencia, involucran casos o controversias propias del derecho público, similares a los que son resueltos por los tribunales nacionales en recursos del derecho administrativo o constitucional o por cortes internacionales de derechos humanos.

- Las diferencias con el arbitraje comercial también son evidentes en cuanto al efecto de los arbitrajes. Mientras que el arbitraje comercial se limita a resolver una controversia específica, los tribunales de inversión también funcionan como un mecanismo de autoridad pública, ya que influyen en el comportamiento de los inversores extranjeros y de los Estados en general más allá de la controversia en particular de la que se trate, al crear jurisprudencia que sirve como precedente. Es decir que los tribunales del derecho de inversiones son legisladores a nivel internacional, en mucha mayor medida que los tribunales de arbitraje comercial. Esta función de servir como legisladores internacionales también se observa en las expectativas de que los tribunales arbitrales decidan los casos que se les presentan de forma coherente, o por lo menos lo más coherente posible. Es decir que los tribunales tienen la percepción de que deben cumplir con el objetivo de desarrollar un sistema coherente de protección de inversiones internacionales.

La decisión sobre jurisdicción en el caso “*Saipem S.p.A. vs. Bangladesh*” (caso CIADI N° ARB/05/7, decisión sobre jurisdicción y recomendación sobre medidas provisionales, del 21 de marzo de 2007) resulta ilustrativa: “*El Tribunal considera que no está atado por las decisiones anteriores. Al mismo tiempo, es de la opinión de que debe tener debidamente en cuenta las decisiones anteriores de tribunales internacionales. Cree que, con sujeción a razones imperiosas en contrario, tiene el deber de adoptar las soluciones desarrolladas en una serie de casos compatibles. Asimismo, considera que, con sujeción a las características específicas de un determinado tratado y de las circunstancias del caso concreto, tiene el deber de tratar de contribuir al desarrollo armonioso del derecho de inversiones y, de ese modo, de responder a las expectativas legítimas de la comunidad de Estados y de los inversores relativas a la seguridad jurídica del Estado de Derecho*”.

Debido a las diferencias entre el derecho internacional público clásico en lo que respecta a la protección de las inversiones extranjeras, por un lado, y el arbitraje comercial, por otro, las analogías con ambos sistemas, mientras que ciertamente no son excluidas, deben ser tratadas con precaución.

En cambio, en vista del consentimiento al arbitraje del Estado, se trata de un sistema que busca determinar la conformidad de la conducta del gobierno con normas preestablecidas, contenidas en un acuerdo internacional, y entonces estamos frente a un sistema de derecho público que es más parecido al control judicial del accionar del Estado bajo el derecho administrativo y constitucional a nivel nacional o al control judicial a nivel internacional (como en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)).

En consecuencia, propongo entender al derecho internacional de las inversiones como una disciplina de derecho público, enfoque que puede superar las diferentes visiones de los comercialistas e internacionalistas. Esta perspectiva de derecho público puede ser fuente de una nueva concepción doctrinaria que, a mi modo de ver, puede contribuir a otorgar una mayor legitimidad al derecho internacional de las inversiones, porque puede lograr demostrar que los problemas y las soluciones a nivel internacional corresponden, o deberían corresponder, a las soluciones desarrolladas en el ámbito del derecho público nacional.

Derecho internacional de inversiones y derecho público comparado

Esta concepción demanda un método específico, en particular, de derecho público comparado. Se basa en la idea de que el derecho internacional de inversiones y el arbitraje es funcionalmente similar a las garantías constitucionales y a los principios de derecho administrativo en el ámbito nacional en lo que respecta al ejercicio del poder público. El derecho público comparado es particularmente útil ya que

los métodos tradicionales de interpretación de los tratados, que se centran en el sentido textual de éstos, se enfrenta a límites significativos. ¿En qué, por ejemplo, puede contribuir el texto de la disposición que establece el derecho de los inversores a recibir un trato justo y equitativo?

Un análisis comparativo de derecho público puede contribuir a lograr varios objetivos:

- puede hacer más concreta la interpretación de las normas vagas de protección en los tratados internacionales;
- puede ayudar a equilibrar la protección de las inversiones con otros derechos;
- puede garantizar una mayor coherencia en la interpretación de los tratados;
- puede garantizar la coherencia entre el régimen de inversiones y otros regímenes del derecho internacional, como el derecho ambiental o los derechos humanos; y también,
- puede sugerir reformas a los tratados o a la práctica arbitral sin cambiar los tratados bilaterales o el Convenio CIADI.

Una perspectiva de derecho público comparado no sólo tiene propósitos diferentes, sino también diversos efectos en cuanto a la interpretación de los TBIs:

- puede cumplir una función política al sugerir cambios en el sistema actual de protección de inversiones extranjeras;
- puede ser una fuente de inspiración, ayudando a los árbitros a ser consientes de otras soluciones posibles; y lo más importante,
- puede ser directamente relevante como fuente de derecho internacional, en la medida en que sea posible demostrar que existen principios generales del derecho que involucran la forma en la que la autoridad pública debe ejercerse en la relación entre el Estado y los inversores privados.

Lo que es importante es que no puede ser sólo el derecho público del Estado que acoge la inversión, ni tampoco el del Estado del inversor, sino que necesitamos un enfoque más amplio. La razón es que los tratados son muy parecidos y los tribunales, Estados e inversores los tratan como si fueran parte de un régimen quasi-multilateral. Un análisis comparado, entonces, debe tomar nota de los múltiples ordenamientos jurídicos.

Asimismo, un análisis comparativo puede concretizar la interpretación de los derechos de los inversores, principalmente de dos maneras. Primero, puede permitir que los tribunales deduzcan reglas más específicas de los principios vagos del derecho de inversiones. Un análisis comparativo del derecho público, por ejemplo, podría ser usado para desarrollar las normas a las cuales deben conformarse los procedimientos administrativos en el sector de agua potable y saneamiento o para determinar el punto en el cual una regulación no-indemnizable se convierte en una expropiación que debe ser compensada.

Por otra parte, un análisis de derecho público comparado puede ser usado para justificar la conducta de un Estado *vis-à-vis* un inversor extranjero. Si una conducta similar, por ejemplo, el rechazo de un contrato entre el inversor y el Estado en una situación de emergencia, es generalmente aceptada por otros sistemas jurídicos nacionales, los tribunales arbitrales deberían incorporar este hecho a su interpretación del TBI.

La perspectiva del derecho público comparado también puede comprender la comparación entre el derecho de inversiones y otros regímenes internacionales. Un campo particularmente prometedor es la jurisprudencia de las cortes internacionales de derechos humanos o del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Implicaciones prácticas para la regulación de servicios públicos

Para la regulación de servicios públicos, por ejemplo, en relación a los servicios de agua potable y saneamiento, pensar en un cuadro de derecho público comparado significa que la relación entre el inversor y la autoridad administrativa debe ser regida por principios que se encuentran en varios órdenes de derecho administrativo y constitucional. Sin enumerar estos principios de una manera completa, un ejercicio de derecho comparado lleva por lo menos a los principios siguientes:

- **Principio de autoridad del Estado para regular en el interés público:** es decir que la administración puede y debe regular y también intervenir cuando las circunstancias cambian y cuando el interés público lo requiere. Es el Estado el que determina el interés público y puede dar supremacía a este interés en relación a la protección de los derechos de inversores. Sin embargo, existen límites importantes.
- **Principio de la legalidad:** significa que la administración debe actuar en el marco y dentro de los límites que impone el derecho doméstico. Evitar la corrupción es un asunto especialmente importante en ese contexto.
- **Protección de las expectativas legítimas:** el poder del Estado de regular y el principio de legalidad no significa que los intereses de los inversores no merezcan protección alguna. Por lo contrario, se reconoce en el derecho público comparado que el Estado debe respetar las expectativas legítimas de los inversores. Cuando hay un contrato entre un inversor y el Estado, en principio ese contrato debe ser respetado (principio de *pacta sunt servanda*). Pero es posible modificar ese contrato si el Estado compensa al inversor. En los casos en los que no existe un contrato, el poder del Estado es más amplio, pero también debe tener en cuenta los intereses legítimos de los inversores.
- **Principio de proporcionalidad:** lo que se necesita bajo este principio es encontrar un equilibrio proporcional entre el interés público y el interés de los inversores privados.
- **Varios derechos en materia procesal:** cuando el Estado regula, tiene que respetar los derechos en materia procesal, como el derecho de ser oído, el deber de motivar las decisiones, etc. Éstos son todos aspectos de la idea de “buena gobernabilidad”.
- **Principio de efectividad y el principio de la continuidad del servicio público:** son principios que permiten a la administración actuar para asegurar que el inversor cumpla con sus obligaciones y preste su servicio en el interés público.

Estos principios son sólo algunos de los conceptos que pueden surgir de un análisis de derecho público comparado en cuanto a la administración de los servicios públicos. En conclusión, desde mi punto de vista, no es necesario introducir cambios rápidos al sistema actual de protección de inversiones extranjeras y al arbitraje inversor-Estado. Lo que es más importante es que la doctrina se desarrolle más rápidamente y de una manera más constructiva, sobre todo en lo que respecta al derecho público comparado, por ejemplo, en el desarrollo de directrices de mejores prácticas (“*best practice guidelines*”) para varios sectores de la actividad pública que pueden ayudar a las agencias reguladoras a evitar la responsabilidad del Estado por incumplimiento de los TBIs.

Anexo 5

Ajuste de las tarifas de servicios públicos en tiempos de crisis garantizadas en monedas extranjeras, por Michael Waibel²⁸

La protección del inversionista es especialmente importante cuando las condiciones económicas no son benignas. Pero existe una creciente concientización en numerosas partes del mundo, no sólo en América Latina, de que el sistema actual de protección de la inversión extranjera está desbalanceado. Este desequilibrio es particularmente evidente cuando uno considera el enfoque adoptado por los tribunales internacionales de inversión con respecto a la profunda crisis económica de la Argentina. Las crisis son una característica constante de las economías de mercado. Éstas han estado con nosotros durante mucho tiempo, y nos acompañarán en el futuro previsible. Afectan a todo tipo de países: grandes, pequeños, en vías de desarrollo y desarrollados.

La mayoría de los casos en los que la Argentina es el Estado demandado tienen su origen en la crisis financiera de este país. Con una sola excepción, tengo pocas preocupaciones generales sobre la dirección que ha tomado la jurisprudencia del CIADI en los casos de servicios públicos de la Argentina. La política de cambio de moneda de un gobierno es la quintaesencia de la política general de regulación — la cual no debería ser revisada intensamente por los tribunales arbitrales internacionales (ni tampoco, por aquella misma razón, por los tribunales nacionales).

Esta política no se dirige a un inversor extranjero en particular, o a los inversionistas extranjeros en general, aunque, sin duda, puede tener un fuerte impacto en ellos. El propósito de su Ley de Emergencia Económica, de acuerdo al Estado argentino, era poner “*bajo control la situación caótica que hubiera seguido el colapso económico y social que la Argentina enfrentaba*”.

El de “CMS” y otros tribunales arbitrales afirmaron que se había violado la norma de trato justo y equitativo. Promulgando la Ley de Convertibilidad y garantizando ajustes de las tarifas mediante el índice de precios básicos al productor, Argentina había creado expectativas específicas en los inversionistas, las cuales se vieron frustradas por las medidas de emergencia. Los inversionistas tenían el derecho a una tarifa calculada en dólares y convertida a pesos al momento de la facturación.

Es un principio bien establecido en el derecho internacional que los Estados tienen derecho a regular su propia moneda. En “*Norman vs. Baltimore & Ohio Railroad Co.*”, el caso de cláusula de oro más importante en los EE.UU. tras la Gran Depresión, la corte suprema explicó que las deudas sufrían de una “enfermedad congénita” que puede ser cambiada por el legislador competente. No son propiedad. La Comisión Mixta Americano-Mexicana de Reclamaciones encontró de manera similar que es “*ley primaria, que los Estados no son responsables por las pérdidas causadas por las fluctuaciones monetarias*”.

Desde un punto de vista jurídico, una diferencia significativa entre el compromiso con el tipo de cambio fijo a través de una caja de conversión y las cláusulas de oro, es que el primero generalmente no está incorporado en los instrumentos de crédito soberano. En ausencia de cláusulas de estabilización en el contrato o TBI, destinadas a conceder un derecho legalmente imponible, los acreedores carecen de cualquier derecho a reclamar por daños y perjuicios en caso de que el gobierno modifique su régimen cambiario.

Una pregunta clave en muchos arbitrajes de la crisis financiera argentina era si bajo el requisito y en virtud del artículo 25 del proyecto de los artículos sobre responsabilidad de los Estados por los actos ilícitos internacionales aprobado por la Comisión de Derecho Internacional el estado de

²⁸ Becario de Postdoctorado (Postdoctoral Fellow) de la Academia Británica, Universidad de Cambridge. Profesor Visitante, Universidad de St. Gallen, Suiza.

necesidad podía justificar una violación *prima facie* de una obligación jurídica internacional, como la garantía de ofrecer un trato justo y equitativo.

El estado de necesidad entra en juego cuando los intereses esenciales del Estado están en peligro grave e inminente. Un Estado, ante tal circunstancia, puede ser excusado por no cumplir sus obligaciones internacionales. A fin de cuentas, el incumplimiento de la obligación internacional está subordinado a un interés esencial del Estado.

El estado de necesidad surgió de la práctica de los Estados sobre el uso de la fuerza y el derecho a la autodefensa. Como resultado de este origen, la transposición del estado de necesidad a la esfera económica y financiera crea muchas complicaciones. Si los veredictos pasados de las cortes internacionales y tribunales sirven de guía, el estado de necesidad es esencialmente ineficaz, incluso en tiempos de extrema turbulencia económica. La legislación internacional actual sobre el estado de necesidad es inadecuada para hacer frente a la “*necesidad económica*”.

La invocación del estado de necesidad no se admite si el propio Estado contribuyó a dicha situación. Un Estado no puede invocar una necesidad si su propia contribución es sustancial. Este es otro requisito de la defensa de estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario, lo cual es difícil de incorporar en el área económica.

El tribunal de “CMS” concluyó que “*las políticas y las dificultades de la Argentina contribuyeron significativamente a la crisis y a la emergencia y mientras que factores exógenos contribuyen con dificultades adicionales, estos no eximen a la demandada de su responsabilidad en el asunto*”. Así, la contribución de la Argentina era suficientemente importante. El tribunal explicó “*en este aspecto que la crisis, como la mayoría de su tipo, reconoce sus orígenes en ambas clases de factores e incluye variadas dimensiones nacionales e internacionales. Esta es una consecuencia inevitable del funcionamiento de una economía global donde interactúan factores internos e internacionales*”.

En un plano más general, es dudoso que el análisis de la contribución del país anfitrión, incluso si se realiza, dará información valiosa para la aplicación de la doctrina del estado de necesidad en las crisis de deuda soberana. Los macroeconomistas continuarán discutiendo sobre las causas y soluciones de la crisis financiera de la Argentina dentro de veinte años. Si bien el tribunal de “CMS” identificó correctamente las raíces nacionales e internacionales concurrentes de la mayoría de las crisis de deuda soberana, esta idea no es ni profunda ni nueva, y ofrece poca ayuda para la aplicación de la figura del estado de necesidad. Ningún tribunal del CIADI será capaz de desentrañar las causas exógenas y endógenas de la crisis. Esto le da más apoyo a la opinión de que el requisito de “*ninguna contribución significativa*” es inadecuado para el ámbito económico.

El estado de necesidad también exige que la medida adoptada sea la única manera de salvaguardar un interés esencial. Los tribunales lidiaron con el criterio de la “*única manera*” en el contexto financiero. El tribunal de “CMS” había señalado anteriormente que carecía de “*jurisdicción sobre medidas generales de política económica adoptadas por la República de Argentina y no puede emitir juicio sobre si están bien o mal*”. En un giro ingenioso, el tribunal de “CMS” dejó poca sustancia a la muy limitada jurisdicción. El tribunal consideró que se podría determinar si las “*medidas de política económica general que tienen una relación directa con dicha inversión se han adoptado en violación de compromisos jurídicamente obligatorios adquiridos con el inversionista en los tratados, la legislación o los contratos*”.

Bajo el enfoque de “CMS”, la disponibilidad de diversas alternativas políticas, y el apoyo de varios expertos a diferentes medidas, obvió la necesidad de examinar si la política macroeconómica era adecuada para decidir sobre la aplicabilidad del estado de necesidad. Las opiniones divergentes entre distinguidos expertos en economía indican que la política no se limita a una sola alternativa, y por lo tanto se oponen a la invocación del estado de necesidad. Como existe tal divergencia de puntos de vista en la naturaleza de la política económica, la prueba de “CMS” esencialmente carece de sentido. Siempre que haya al menos una alternativa política, el efecto de la posición de la CMS es cerrar la puerta al estado de necesidad casi en su totalidad.

Recomendación

En vista de la experiencia de la Argentina con los arbitrajes relacionados con las tarifas de servicios públicos, sería conveniente para una amplia gama de países receptores garantizar que la conducta de las políticas monetaria y cambiaria esté fuera del alcance de la revisión por los tribunales del CIADI.

Un buen modelo de un enfoque que podría ser seguido es el del artículo 10 del modelo de TBI de Canadá de 2004. Una formulación siguiendo ese artículo sobre la política prudencial para políticas monetarias y cambiarias sería: *“Nada de lo dispuesto en este acuerdo será edificado para impedir a una parte la realización de actividades, por un banco central o una autoridad monetaria o por cualquier otra entidad pública en la aplicación de políticas monetarias o cambiarias”*.

Conclusión

Un amplio margen de apreciación con respecto a la política macroeconómica es la regla reconocida en la jurisprudencia constitucional. Los tribunales tienden a evitar enredos en estas decisiones de política económica fundamental más allá de una revisión de la proporcionalidad deferente. Tribunales arbitrales internacionales deben adoptar un enfoque similar.

El juez Louis Dembitz Brandeis, disidente en el caso *“New State Ice Co. vs. Liebmann”*, dio un argumento similar. Refiriéndose a la Gran Depresión como *“una emergencia más grave que la guerra”*, explicó que: *“Seguir la experimentación en lo social y económico es una grave responsabilidad. La negación del derecho a experimentar puede estar cargada de serias consecuencias para la nación”*. La experimentación es fundamental para responder a las cambiantes necesidades económicas y sociales. La política económica no es una ciencia exacta, sino más bien un *“mar inexplorado”*. Los jueces y los árbitros deberían tener mucho cuidado de no introducir sus preferencias personales en materia de política económica para definir principios jurídicos.

Si los países desarrollados son rutinariamente llamados ante tribunales arbitrales internacionales a fin de defenderse y dar respuestas sobre sus políticas macroeconómicas frente a la crisis económica mundial que comenzó en 2008, y se les ordena pagar una indemnización substancial a favor de los inversionistas extranjeros, la dinámica del arbitraje de inversión cambiaría de manera irrevocable. Los Estados incluso podrían reafirmar el control sobre el proceso, por ejemplo, al excluir la posibilidad de que medidas de manejo de crisis sean impugnadas ante los tribunales de inversión mediante un acuerdo intergubernamental. No hay duda de que la crisis actual va a reformar el sistema legal actual de inversión internacional, con profundas implicancias para el arbitraje de inversión.

Anexo 6

La inconsistencia del CIADI como régimen jurisdiccional internacional: reflexiones a partir del caso argentino, por Horacio Rosatti²⁹

Inconsistencias

Se trata de un régimen constitutivamente antisistémico

Se entiende por sistema a la interacción de un conjunto de elementos o componentes heterogéneos que permite dar funcionamiento (o explicar) la complejidad de un determinado fenómeno.

La disposición estructural (considerando la forma en que los elementos se colocan) y las relaciones funcionales (considerando las interacciones que entre ellos se producen) permiten distinguir a un sistema, orientado a una finalidad específica, de un mero agregado de elementos, dominado por la casualidad y carente de finalidad y funcionalidad propias. La disposición estructural del conjunto y las relaciones funcionales que dentro de un sistema se generan, revela la importancia de sus componentes, al punto que la alteración sustancial de alguno de ellos habrá de repercutir en el conjunto. Son características de todo sistema su autonomía y la regularidad de sus criterios de funcionamiento.

El régimen de los arbitrajes internacionales CIADI³⁰ en materia de inversiones no funciona como un sistema; los tribunales tramitan sus casos con absoluta independencia de criterio; el régimen jurídico que los rige impide que exista un tribunal de alzada o la casación de la jurisprudencia, por lo que el valor de los precedentes es relativo³¹.

Cuando una de las partes de las causas sujetas a arbitraje se reitera (como el caso de la República Argentina en su carácter de demandada) esta imposibilidad congénita del régimen arbitral de funcionar como sistema (es decir de relacionar los distintos casos cuando existe un elemento de conexión) impide a los tribunales, que tramitan cada caso como si fuera el único caso, tener una visión global de la problemática. Podría decirse que —por no funcionar como un sistema— los distintos casos co-existen pero no con-viven (no se relacionan). No se trata de una cuestión de buena o mala voluntad, sino de la lógica del régimen.

Se trata de un régimen autorreferencial y hermético

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados que crea el CIADI y aprueba mecanismos de solución de controversias basadas en la conciliación y en el arbitraje internacional, establece lo siguiente:

- Presume *juris tantum* que si no ha habido declaración expresa en contrario el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje según el convenio excluye cualquier otro recurso.

²⁹ Profesor titular de Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral. Ex Procurador del Tesoro de la Nación Argentina.

³⁰ La República Argentina aprobó mediante la Ley N° 24.353 (Boletín Oficial del 2 de septiembre de 1994) el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965).

³¹ Tal como lo demuestran los llamados casos checos tramitados en el ámbito de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (“*CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs. The Czech Republic*” y “*Ronald S. Lauder vs. The Czech Republic*”).

- Presume *juris tantum* que si no ha habido declaración expresa en contrario puede recurrirse al arbitraje sin exigir el agotamiento previo de las vías administrativas o judiciales nacionales.
- El tribunal arbitral resuelve sobre su propia competencia, pudiéndolo hacer como “*cuestión previa*” o “*conjuntamente con el fondo de la cuestión*”.
- El laudo tiene el valor de una sentencia firme dictada por un tribunal del Estado condenado y se ejecuta de acuerdo con las normas que —sobre ejecución de sentencias— estuvieran en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda.
- El laudo sólo puede ser aclarado, revisado o anulado de acuerdo a los mecanismos previstos por el convenio, que excluye la jurisdicción local.

El régimen arbitral es autorreferencial porque se interpreta a sí mismo (decide sobre su propia competencia y sobre la elección e interpretación de los standards aplicables a los casos sujetos a resolución) y hermético, porque juzga que si se ha elegido la vía arbitral no puede intentarse ninguna otra (cepo de ingreso) y porque lo que ha decidido no puede discutirse en ninguna otra instancia que no sea la arbitral (cepo de egreso).

Esta hermeticidad no es sólo procesal (cepos de ingreso y egreso) sino también sustancial; se manifiesta en su probada incapacidad para relacionar al derecho público nacional (cuya aplicabilidad siempre se declama aunque pocas veces se respeta) con el derecho internacional.

Tal incapacidad —especialmente apreciable en el régimen CIADI— no es atribuible a todo régimen jurisdiccional internacional, sino sólo a aquellos que no funcionan como sistema. Por ejemplo, el sistema interamericano de protección de derechos humanos, aprobado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, llamada “*Pacto de San José de Costa Rica*”), en la medida en que sujeta la intervención de los organismos internacionales al previo agotamiento de la jurisdicción nacional, no tiene esa dificultad de relacionamiento, ni en sus aspectos procesales ni en los sustanciales.

Llama la atención que las normas que protegen internacionalmente los derechos más sublimes (como la vida, la integridad física, la libertad en sus distintas manifestaciones, la honorabilidad, etc.) y que están llamadas a actuar cuando tales derechos son desconocidos en los Estados nacionales, resulten más hospitalarias en la consideración (y aceptación) de la intervención de los tribunales de esos Estados nacionales que las normas procesales que se limitan a proteger internacionalmente el derecho de propiedad, como es el caso del CIADI.

Tiene dificultades para incorporar variables socioeconómicas

El lógico sesgo comercialista que tiñe al régimen arbitral internacional en materia de inversiones, consecuencia de los fines para los que fuera concebido, se erige —en un caso tan singular como el argentino— en una dificultad adicional para incorporar la ponderación de factores socioeconómicos en la resolución de las causas³², que no sólo permitirían explicar conductas del demandado sino también encontrar alternativas de solución para los demandantes.

La insensibilidad del régimen arbitral internacional para con la República Argentina quedó de manifiesto al negarse los tribunales de CIADI requeridos a suspender las causas en trámite a partir del inicio del proceso de renegociación de contratos sobre servicios públicos encarado por el gobierno. Esta incompreensión agregó una dificultad adicional a la de por sí compleja renegociación, porque avaló la estrategia “*a dos puntas*” de ciertas empresas (o de ciertas empresas y parte de sus accionistas), que por un lado renegocian sus contratos con el gobierno argentino y por el otro la demandan ante los tribunales CIADI.

³² Una síntesis sobre la gravedad de la crisis argentina en Horacio Rosatti (2004), “La estatidad comprometida. El caso argentino entre 1998-2002”, *La Ley Actualidad*, Buenos Aires, 20 de abril.

Esta carencia de sensibilidad, sumada a la ausencia de visión de conjunto —ya señalada— impiden la consideración global de un problema que —aunque algún arbitraje se niegue a reconocerlo— requiere de una solución también global.

Propuestas superadoras

Sobre el registro de los casos

- El registro de un caso ante el CIADI no debe ser automático para quien lo solicita ni burocrático para quien lo recibe. Es imprescindible que el registro no sea un mero trámite y que esté precedido por un estudio elemental y sumario acerca de la admisibilidad de la solicitud, a efectos de evitar la proliferación de procedimientos arbitrales manifiestamente improcedentes³³. Ello sin perjuicio del análisis de admisibilidad que a posteriori, *motu proprio* o a petición de parte, realice el tribunal arbitral designado para analizar la causa.

Sobre las decisiones de jurisdicción

- Asegurar el respeto a la voluntad manifiesta de los Estados en relación al alcance de la jurisdicción de los tribunales arbitrales³⁴. Tres personas, por sabias y eruditas que sean, no pueden prevalecer sobre la opinión coincidente de dos Estados soberanos.
- Admitir la interposición de recursos de apelación contra las decisiones de jurisdicción³⁵, puesto que derivar la resolución de los planteos de incompetencia al momento de la resolución de fondo del conflicto puede ocasionar un daño irreparable para las partes, en especial para el demandado.

Sobre los árbitros

- Exigir que los árbitros no se aparten de la interpretación que los Estados hacen de los TBIs y del Convenio CIADI (en especial en materia de legitimación activa).
- Mejorar el sistema de designación de árbitros, requiriendo: i) que conozcan y manejen adecuadamente el derecho interno que resulta aplicable a la cuestión de fondo de la controversia; y ii) que manejen el idioma en el que están expresados los documentos y normas relevantes.

³³ El artículo 36(3) del Convenio CIADI confiere poderes suficientes al secretario del organismo para rechazar las solicitudes de registro que se encuentren manifiestamente fuera de su jurisdicción. Pero, en la práctica, esta atribución no se ejerce adecuadamente. La República Argentina manifestó oportunamente su protesta por lo que consideró una registración carente de fundamento en el caso “*Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. vs. Argentina*” (Caso CIADI N° ARB/03/5).

³⁴ En las decisiones de jurisdicción dictadas en los casos “*CMS Gas Transmission Company vs. Argentina*” (Caso CIADI N° ARB/01/8 y “*Enron Creditors Recovery Corporation (antes Enron Corporation) y Ponderosa Assets L.P. vs. Argentina*” (Caso CIADI N° ARB/01/3) se desconocieron los límites que los Estados establecieron a la competencia de los tribunales CIADI. Así, pese a que el Convenio CIADI exige control para poder demandar por los derechos de una sociedad local ante tribunales CIADI (artículo 25(2)(b)), a que ello fue tenido especialmente por los Estados que participaron en la elaboración del convenio y a que otros tribunales CIADI habían exigido control para poder invocar el convenio (“*Vacuum Salt Products Ltd. vs. Ghana*”, Caso CIADI N° ARB/92/1) los tribunales de “*CMS*” (párrafo 51) y de “*Enron*” (párrafo 39) sostuvieron que, en realidad, los límites previstos en el Convenio CIADI no son relevantes; y, pese a que la República Argentina y los EE.UU. sostienen que el TBI celebrado entre ellos no abrió la puerta para que accionistas minoritarios puedan demandar ante el CIADI por perjuicios indirectos, el tribunal de “*Enron*” afirmó que lo que señalaron los Estados contratantes era irrelevante y que ellos eran igualmente competentes (párrafo 48).

³⁵ En “*CMS*” el tribunal CIADI rechazó la pretensión argentina de apelar la decisión del propio tribunal que aceptaba la jurisdicción del organismo (resolución del 17 de julio de 2003).

- Establecer mecanismos para responsabilizar a los árbitros por los perjuicios que provocan decisiones notoriamente desacertadas.

Sobre el procedimiento

- Revisar la confidencialidad de los procedimientos arbitrales. Una mayor publicidad podría contribuir a garantizar transparencia a los procedimientos³⁶.

Sobre la estructura del régimen

- Creación de tribunales de alzada y establecer la casación contra laudos definitivos.

³⁶ En la audiencia de prueba del caso “CMS”, celebrada en París (9 al 20 de agosto de 2004), la República Argentina logró que se levantara la confidencialidad del procedimiento, en mérito a los principios constitucionales nacionales que imponen la publicidad de los actos de gobierno y la obligación de rendir cuentas de los funcionarios públicos.

Anexo 7

Recomendaciones sobre convivencia entre los TBIs y el derecho humano al agua, por Juan Pablo Bohoslavsky³⁷ y Juan Justo³⁸

Las convenciones de derechos humanos cristalizan la decisión de los Estados que las ratifican de someterse a un orden jurídico que —por medio de obligaciones objetivas y garantía colectiva— les permita alcanzar cooperativamente un propósito común que al parecer no han podido lograr solos: que las personas sometidas a su autoridad tengan acceso al ejercicio efectivo de los derechos que allí se consagran. El desafío de ese esquema es la efectividad, evitando la mera declamación, y por ello ese orden jurídico convencional establece un catálogo de obligaciones mínimas de imperativo acatamiento frente al cual no cabe oponer otros compromisos, sean internos o internacionales. A la par, los rasgos propios de las obligaciones específicamente consagradas en las convenciones —en especial su operatividad horizontal— juegan, a través del deber de protección que engendran, como fundamento y límite de las facultades regulatorias que pueden impactar en los derechos de los inversores.

Es en ese marco que los países se han comprometido —entre otras cosas— a organizar su estructura gubernamental de modo de obtener niveles mínimos en el disfrute del derecho al agua por parte de su población y lograr progresivamente su plenitud. La articulación esencial para la consecución de esos objetivos no es otra que la adopción de medidas públicas (legislativas, administrativas o judiciales) encaminadas razonable y concretamente hacia esa finalidad tutelar.

Como resultado de esa premisa cooperativa y sus ramificaciones, los miembros de los sistemas de derechos humanos no tienen dada la posibilidad de justificar una infracción —por acción u omisión— a sus deberes aduciendo el cumplimiento de otro compromiso internacional, del mismo modo en que no pueden oponer su derecho interno. La jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos establece claramente que cada miembro es responsable en esos órdenes más allá de todo otro compromiso que pueda haber asumido en paralelo y por ende no puede invocar la convención del CIADI o un TBI para incumplir las convenciones. Sólo les queda denunciarlas, siempre que esté contemplada expresamente esa posibilidad en la propia convención y en todo caso con efectos hacia el futuro (artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)).

Ello implica que todos los actores del sistema —tanto domésticos como supranacionales— deben velar por que las prácticas que involucren a los miembros —cualquiera sea su origen o modalidad— se conformen con las directivas de los pactos y desde ese lugar interesa reafirmar el rol central de las autoridades nacionales. La convencionalidad que late en la finalidad de ciertas regulaciones estatales registra, naturalmente, el respaldo de un sistema sin intersticios de inmunidad: cuando nos hallamos ante la concreción razonable y proporcionada del deber de tutelar, desafiar esas regulaciones implica también eludir el régimen de tutela de los derechos fundamentales.

Desde esa perspectiva, la afectación que un laudo puede provocar en términos de derechos convencionales puede ser directa o derivada. El primer caso se presenta cuando el laudo desconoce un derecho fundamental o invalida una medida que cumple con el deber de protección emanado del pacto. La afectación es derivada cuando la ignorancia del componente convencional de la medida estatal juzgada impone un costo presupuestario prohibitivo para el Estado, que a su vez lo inhibe de organizar su aparato estatal del modo en que la CADH se lo exige. Esto último es así en aquellos supuestos en los que priorizar los derechos fundamentales de la población por sobre los del inversor

³⁷ Director de la Maestría en Derecho Administrativo Global, Universidad Nacional de Río Negro, y consultor de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la CEPAL.

³⁸ Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Nacional del Comahue.

extranjero —con la carga económica del laudo que eso implicaría— sería sencillamente una opción demasiado costosa.

Cuando se resuelve un diferendo entre el Estado y un inversor que involucra algún derecho amparado en el régimen convencional, los árbitros deben dar cuenta de la interacción entre los dos regímenes internacionales involucrados y no pueden desplazar del análisis a ninguno de ellos (los inversores no son inmunes a la letra de los pactos de derechos humanos). La pauta básica para gestionar razonablemente esa interacción consiste en encontrar lecturas del TBI que resulten compatibles con las directivas en materia de derechos humanos y viceversa. Existe una necesidad de armonización a fin de evitar la fragmentación de un orden jurídico internacional que aspira a la juridicidad y —consecuentemente— a la coherencia. Ningún TBI prescinde expresamente de la aplicación de convenciones de derechos humanos. De hecho, el artículo 42 de la convención del CIADI, el 31.3.c de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y las cláusulas abiertas de los TBIs que se refieren a la aplicación del derecho internacional ofrecen las ventanas formales para que el derecho de las inversiones sea aplicado de manera consistente con el de los derechos humanos.

A partir de la posibilidad de esa armonización, los esfuerzos deben orientarse hacia la jerarquización del papel de las autoridades estatales en el marco de los TBIs. Ellas asumen un rol transcendente como agentes necesarios de la vigencia de los pactos de derechos humanos y —desde ese lugar— se postula la incorporación de dos reglas a la dinámica de funcionamiento de los TBIs: i) obligación de los árbitros de valorar la medida regulatoria desde la perspectiva del deber de protección consagrado en los pactos de derechos humanos, evitando que el laudo comprometa su eficacia; y; ii) facultad estatal de controlar la convencionalidad de los laudos y abstenerse de cumplirlos en caso de respuesta negativa.

La redistribución de fuerzas que tales propuestas implican en el marco de los TBIs es tangible y debe por lo tanto ser objeto de un debate amplio y plural. Desde esa vocación, teniendo en cuenta lo controvertido del tema y sus profundas proyecciones para todos los países sometidos a la CADH, sería interesante explorar la posibilidad de requerir —por conducto de los sujetos legitimados— una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (artículo 64 de la CADH) tendiente a dilucidar las reglas aplicables a la interacción de los sistemas internacionales de derechos humanos y de inversiones. A simple título ejemplificativo, esa solicitud podría contener los siguientes interrogantes: ¿Puede el cumplimiento del deber de protección de un derecho humano generar responsabilidad internacional del Estado? ¿En qué casos? ¿Cuál sería el alcance de la indemnización? ¿Admite la CADH la ejecución de un laudo contrario a ella dictado en un arbitraje de inversión? En su caso, ¿Qué órgano está facultado para verificar tal extremo?

En todo caso, tal como el Alto Comisionado para los Derechos Humanos lo ha sugerido, es conveniente que los Estados incluyan explícitamente en las negociaciones y luego en los TBIs y acuerdos de inversión argumentos vinculados a los derechos humanos de manera que los árbitros realicen las más amplias consideraciones acerca del contexto social y legal aplicables al caso.

Anexo 8

Resumen del estudio para relanzar las IP en el sector agua potable y saneamiento del Perú: aportes del regulador SUNASS, por José Salazar³⁹

El Perú es un país de ingreso medio con grado de inversión, alto crecimiento de producto interno bruto y una agenda sociopolítica pendiente (reducir la pobreza, abrir la sociedad a los excluidos, disminuir la desigualdad, unificar las identidades colectivas regionales, recuperar la confianza del ciudadano en el Estado, completar la reforma del Estado, entre otros). El Partido Aprista Peruano (PAP) planteó en su plan de gobierno (2005) el acceso universal al agua potable y saneamiento, que mejora la calidad de vida del ciudadano, como la inversión en el fortalecimiento de la gobernabilidad democrática, resumido en el slogan “*sin agua no hay democracia*”.

El plan de gobierno del PAP para el 2006-2011 plantea el acceso universal al agua potable y saneamiento (a través del Programa Agua para Todos⁴⁰) como la columna vertebral de su programa social que sostiene el crecimiento más limpio con justicia social. Aquí el reto era financiar el cierre de la brecha de infraestructura sectorial, que había generado una deuda social intergeneracional que debía reducirse rápidamente para reducir el riesgo país, y acceder al “*grado de inversión*”, lo cual reduciría el servicio de la deuda externa y liberaría recursos para programas sociales que aseguran la paz social.

Para acelerar la inversión en infraestructura, se combina el Estado (operadores públicos con subsidio del Programa Agua para Todos) y el mercado (capital y gestión privada). En este espacio, tiempo y parte de la historia, se relanza la iniciativa privada⁴¹ (IP) como un mecanismo para acelerar la inversión y gestión del privado en los servicios públicos en alianza pública privada. En el 2006, la IP prometía una “*reducción de plazos y precios, una mejor gestión y mayor transparencia*” a una población impaciente que percibía la licitación pública estatal, como lenta, compleja, ineficiente.

Después de cuatro años, la SUNASS ha efectuado un balance y ha encontrado que a pesar de contar con la decisión política de apoyar las IP, los resultados no han sido satisfactorios. La evidencia empírica revela que de 13 IP sólo un proyecto ha sido adjudicado al sector privado bajo esta modalidad, consumiendo seis años (inicio de operación). Entonces, la IP ha resultado más lenta, cara, complicada y secreta que una licitación pública internacional. En suma, la esperanza de acelerar la participación privada en el sector de agua potable y saneamiento (con inversión o gestión), a partir del esquema de una IP repotenciada ha quedado como un espejismo por problemas de diseño, el cual no ha logrado superar las barreras estructurales sectoriales.

Este documento es un resumen del estudio integral de la SUNASS sobre la IP que plantea recomendaciones para perfeccionar el mecanismo de ésta, para acelerar el cierre de la brecha de infraestructura sectorial que supera los 6 mil millones de dólares (para un acceso y servicio universal).

³⁹ Presidente del Consejo Directivo, Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS), Perú. La versión completa de este artículo se encuentra en http://www.eclac.cl/drni/noticias/noticias/2/41152/jose_salazar.pdf.

⁴⁰ Véase Hernán Garrido-Lecca (2010), *Inversión en agua y saneamiento como respuesta a la exclusión en el Perú: gestación, puesta en marcha y lecciones del Programa Agua para Todos (PAPT)*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/W.313, septiembre, Santiago de Chile (disponible en Internet en <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/4/41044/lcw313e.pdf>).

⁴¹ La Iniciativa Privada es una modalidad de alianza pública privada por la que una empresa puede proponer al Estado la inversión en alguna obra de infraestructura. El ente receptor de la iniciativa puede aceptar o rechazar la propuesta. Si la acepta, ésta es declarada de interés mediante su publicación. Otros posibles ejecutores de la propuesta tienen la posibilidad de manifestar su interés en llevar adelante la misma. Si este último fuese el caso, se convoca a un concurso público. De no haber otros interesados, la obra es ejecutada por el privado con la contraprestación señalada en la declaratoria de interés.