



Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)

Juan Pablo Bohoslavsky



NAZIONALE UNIDAE

CEPAL



Ministerio Federal de
Cooperación Económica
y Desarrollo

gtz

Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)

Juan Pablo Bohoslavsky



CEPAL



Ministerio Federal de
Cooperación Económica
y Desarrollo

gtz

Este documento fue preparado por el consultor Juan Pablo Bohoslavsky bajo la coordinación de Andrei Jouravlev, Oficial de asuntos económicos de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 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” (GER 08/004), ejecutado por la CEPAL en conjunto con la Cooperación Técnica Alemana (GTZ) y financiado por el Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo de Alemania (BMZ).

El autor agradece a Alejandro Contreras, Michael Hantke-Domas, Juan Justo, Andrei Jouravlev, Emilio Lentini, Mario Rejtman Farah, Pablo Riberi, Julio Rivera, Claudia Rodríguez Vidal, Estela Sacristán, Stephan Schill, Miguel Solanes y Michael Waibel, por sus comentarios y aportes.

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

Índice

Resumen.....	5
Introducción.....	7
I. Marco legal general de la protección de las inversiones extranjeras	11
A. Entendiendo la foto: desde la disputa por la Fórmula Hull a los modernos TBIs	11
B. ¿Cómo y para qué se crearon los TBIs?.....	14
C. Soberanía y TBIs: una tensión inevitable.....	15
D. Inversiones extranjeras, TBIs y desarrollo económico-social	17
E. Privatizaciones, regulación liviana y problemas en el área del agua.....	18
II. Los principios que regulan los servicios de agua potable y saneamiento	21
A. Los servicios públicos, el mercado y la regulación	21
B. Identificando principios generales	23
C. Fuentes de los fundamentos que inspiran la regulación en diferentes sistemas legales	24
D. Descripción de los principios regulatorios comunes	26
1. La perspectiva norteamericana e inglesa	26
2. El desarrollo jurídico latinoamericano.....	27
III. El sistema de protección de las inversiones extranjeras y los principios regulatorios	33
A. Parquedad de los TBI y margen de discreción de los árbitros.....	33
B. Derecho aplicable, conflictos normativos y principios generales	34
C. Los estándares de protección aplicados por los árbitros	36
1. Expropiación directa e indirecta.....	36
2. Tratamiento justo y equitativo.....	41
3. La cláusula paraguas.....	45
4. Medidas discriminatorias o arbitrarias	46
5. Nación más favorecida y tratamiento nacional.....	48
6. El estado de necesidad como defensa.....	49
D. Agua, derechos humanos, regulación y derechos de los inversores.....	53
E. Brecha entre el derecho internacional y el doméstico: afectación de las capacidades regulatorias.....	56
F. Problemas de riesgo moral y sustentabilidad del sistema de protección de las inversiones.....	59

IV. Recomendaciones: lecciones aprendidas y desafíos frente a los cambios.....	61
A. El costo de alejarse de los principios regulatorios fundamentales	61
B. ¿Qué es lo que pueden hacer los Poderes Ejecutivo y Legislativo cuando actúan bajo la mirada de los TBIs?	62
1. Negociando TBIs y acuerdos de inversión	62
2. Cómo redactar los contratos y las normas	63
3. Cuando se mejora la regulación	64
4. Principios que pueden y deben inspirar la regulación y los arbitrajes.....	65
C. Cambios y prospectivas en los TBIs	67
Conclusiones.....	69
Bibliografía	73

Resumen

Este trabajo explica cómo los arbitrajes internacionales de inversión se han alejado de ciertos principios jurídicos que sí son acogidos por los sistemas legales domésticos —particularmente en materia de regulación de servicios públicos— y expone las consecuencias políticas, sociales y económicas de tales laudos. Propone una forma concreta de minimizar este problema, sugiriendo que los principios regulatorios sean considerados por los árbitros cuando evalúan si una medida regulatoria es consistente o no con un tratado bilateral de inversión (TBI). Este trabajo se concentra en los servicios de agua potable y saneamiento.

Primero se describe la evolución del sistema de protección de las inversiones extranjeras. Luego se exponen las bases y principios de la teoría y práctica regulatoria de los Estados Unidos, Inglaterra y varios países de América Latina, induciendo principios comunes. Seguidamente, se analiza en concreto y desde una posición crítica la manera en la que numerosos árbitros resuelven las disputas arbitrales, desconociendo facultades regulatorias básicas, lo que provoca problemas de enfriamiento regulatorio y de riesgo moral tanto del lado de los inversores como de los Estados.

Se sostiene que los principios regulatorios comunes deben ser considerados técnicamente como derecho aplicable en los arbitrajes de inversión. Además, se sugiere su incorporación expresa en los TBIs. Este cambio promovería una mayor predictibilidad del sistema de protección de los derechos de los inversores extranjeros, la inyección de consideraciones sociales y económicas como variables para resolver las disputas arbitrales, y la promoción de comportamientos más eficientes de los prestadores privados de servicios públicos, especialmente en el sector de agua potable y saneamiento. Se realizan recomendaciones específicas dirigidas a las agencias públicas al momento de decidir cambios regulatorios y a los Estados al negociar los TBIs. Finalmente se explican los cambios que ya están operando en el ámbito de estos tratados.

Introducción

A fines de 2008 la cantidad de tratados bilaterales de inversión (TBIs) ratificados por países latinoamericanos ascendía a 483, que representaba el 18% del total de TBIs vigentes en el mundo. Los países de esa región recibieron el 35% del total de 318 reclamos arbitrales registrados a esa fecha (UNCTAD, 2009), aunque esta cifra podría ser mayor¹. Computando sólo las demandas relacionadas directamente con la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento², se han registrado en todo el mundo 11 procedimientos arbitrales, correspondiendo el 91% de ellos a reclamos contra países de América Latina (véase el Recuadro 1).

En línea con numerosos laudos arbitrales que han limitado substancialmente las facultades estatales para regular las actividades que afectan el medio ambiente, en uno de los pocos casos ya resueltos vinculados a los servicios de agua potable —*Biwater Gauff contra Tanzania*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), laudo del 24 de julio de 2008— se resolvió, ignorando los principios regulatorios básicos que rigen en ese sector, que la rescisión y asunción del servicio por parte del Estado como consecuencia de un flagrante fracaso del operador privado, implica una medida expropiatoria que viola los estándares internacionales de protección de los inversores extranjeros (aunque en el caso concreto no se ordenó pagar ninguna indemnización porque el valor de la empresa era negativo). El laudo llegó al punto de considerar que la conferencia de prensa realizada por el primer ministro, informando y criticando públicamente la ineficiente administración del servicio prestado por el inversor, constituía una violación del TBI. Si efectivamente los tribunales arbitrales condicionan de alguna manera las medidas estatales que pueden afectar a los inversores extranjeros, es lógico presumir que las agencias reguladoras absorban e internalicen esos límites, lo cual puede tener, ciertamente, un impacto negativo en el cumplimiento de los objetivos que debe perseguir toda regulación de servicios públicos.

Así, entender cuáles son las secuelas legales —a la luz de los TBIs y la jurisprudencia arbitral— de la actuación que llevan adelante las agencias públicas en materia de regulación de los servicios se ha convertido hoy en un deber básico de los funcionarios a cargo de esos organismos. De la misma manera, es conveniente su involucramiento en la negociación y elaboración de los TBIs que los afectarán cada vez que tengan que tomar decisiones regulatorias relevantes.

¹ Como los arbitrajes suelen ser confidenciales en numerosas ocasiones no pueden ser contabilizados por las estadísticas.

² Con lo que se excluyen disputas relacionadas con aguas transfronterizas, canales y ríos navegables, contaminación del agua, y comercio de agua y sus derivados.

RECUADRO 1
RECLAMOS ARBITRALES EN EL SECTOR DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO

- *Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal contra Argentina* (CIADI, caso ARB/97/3). Se reclamaban 380 millones de dólares. En 2007, se condenó al Estado por 99 millones.
- *Aguas del Tunari contra Bolivia* (CIADI, caso ARB/02/3). Este caso fue concluido por acuerdo de las partes en 2006.
- *Aguas Provinciales de Santa Fe, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Interagua Servicios Integrales de Agua contra Argentina* (CIADI, caso ARB/03/17). Se reclaman 265 millones de dólares.
- *Aguas Cordobesas, Suez y Sociedad General de Aguas de Barcelona contra Argentina* (CIADI, caso ARB/03/18). Se reclaman 112 millones de dólares. El caso se suspendió por acuerdo de partes en 2007.
- *Aguas Argentinas, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal contra Argentina* (CIADI, caso ARB/03/19). Se reclaman 990 millones de dólares (contabilizando el reclamo de Anglian Water).
- *Azurix contra Argentina* (CIADI, caso ARB/01/12). Se reclamaban 570 millones de dólares. El laudo se dictó en 2006, condenando al Estado a pagar 165 millones.
- *Azurix (Azurix Mendoza) contra Argentina* (CIADI, caso ARB/03/30). Se reclaman 75 millones de dólares. En 2009, fue suspendido por acuerdo de partes.
- *SAUR International contra Argentina* (CIADI, caso ARB/04/4). Las partes se encuentran negociando luego que el tribunal confirmó su jurisdicción. El monto reclamado supera los 72 millones de dólares.
- *Impregilo contra Argentina* (CIADI, caso ARB/07/17). Se reclaman 89 millones de dólares.
- *Urbaser y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa contra Argentina* (CIADI, caso ARB/07/26). Sin datos sobre el monto reclamado.
- *Biwater Gauff contra Tanzania* (CIADI, caso ARB/05/22). En el laudo de 2008, se estableció que Tanzania expropió ilegalmente la empresa, pero no se comprobó la existencia de daño económico.

Fuente: Elaboración propia.

El presente trabajo se propone analizar el funcionamiento integral del sistema arbitral de solución de disputas entre Estados e inversores extranjeros, y exponer críticamente sus principales falencias referidas al alcance de los derechos de los inversores y la consecuente erosión excesiva de las facultades regulatorias soberanas básicas y sus efectos económicos, sociales y políticos. Para ello se utilizará el método comparativo: se cotejarán los principios de protección de las inversiones reconocidos por los árbitros internacionales con los principios regulatorios comunes aplicados en las cortes domésticas. El propósito final es comprender los límites reales que actualmente los TBIs imponen a las agencias gubernamentales cuando procuran regular un servicio público.

预览已结束，完整报告链接和二维码如下：

https://www.yunbaogao.cn/report/index?reportId=5_1731

